

Unparteilichkeit des Gutachters im Zivilprozess – Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO.

Ein Gutachter hat im Kontakt mit den Parteien, gleich wie das Gericht, auf strikte Gleichbehandlung der Prozessparteien und ihrer Rechtsvertreter zu achten. Mit einseitigen telefonischen oder anderweitigen Kontakten zu einer Partei oder ihrem Rechtsvertreter unter Ausschluss der Gegenpartei setzt sich der Sachverständige dem Verdacht aus, er könnte einer Partei entweder Zusicherungen gemacht oder Hinweise erteilt haben oder von ihr beeinflusst worden sein (E. 3.1).

OGE 10/2016/8 vom 1. März 2019

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

In einem Ehescheidungsverfahren ordnete das Kantonsgericht u.a. die öffentliche Versteigerung der im Miteigentum der Parteien stehenden Grundstücke an. Dabei stützte es sich auf ein Verkehrswertgutachten, welches von der Ehefrau wegen Befangenheit des Gutachters abgelehnt wurde. Deren Berufung gegen das kantonsgerichtliche Urteil hiess das Obergericht gut.

Aus den Erwägungen

3.1. Das Gericht kann auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei einer oder mehreren sachverständigen Personen ein Gutachten einholen (Art. 183 Abs. 1 ZPO). Für die sachverständige Person gelten die gleichen Ausstandsgründe wie für die Gerichtspersonen (Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 ZPO). Der Anspruch auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der sachverständigen Person ist verfassungs- und konventionsrechtlich garantiert. Er leitet sich sinngemäss aus der Garantie eines unabhängigen Gerichts gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und der Garantie des fairen Verfahrens nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK ab (Annette Dolge, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, Art. 183 N. 20, S. 1024, mit weiteren Hinweisen). Gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO tritt eine Gerichtsperson unter anderem dann in den Ausstand, wenn sie aus anderen als den in lit. a bis e genannten Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein könnte. Lit. f dient damit als Auffangtatbestand. Bei der Befangenheit handelt es sich um einen inneren Zustand, der nach der Natur der Sache nur schwer bewiesen werden kann. Es genügt daher, dass objektive Umstände (Tatsachen) vorliegen, welche den Anschein der Befangenheit zu begründen ver-

mögen. 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 S. 210; 135 I 14 E. 2 S. 15; BGer 4A_118/2013 vom 29. April 2013 E. 2.1; Alfred Bühler, Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, AJP 5/1999 567 ff., S. 570; Dolge, BSK, Art. 183 N. 21, S. 1025). Diese können namentlich in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Person begründet sein (vgl. BGE 134 I 238 E. 2.1 S. 240; BGer 4A_286/2011 vom 30. August 2011 E. 3.1).

Der Sachverständige hat bei seiner Tätigkeit im Kontakt mit den Parteien, gleich wie das Gericht, auf strikte Gleichbehandlung der Prozessparteien und ihrer Rechtsvertreter zu achten. Vorsicht und Zurückhaltung ist vor allem bei telefonischen Kontakten geboten. Generell ist dem Sachverständigen zu empfehlen, mit den Parteien und ihren Rechtsvertretern schriftlich zu verkehren und jeweils die Gegenpartei mit einer Orientierungskopie zu bedienen, wenn er einseitig nur mit einer Partei Kontakt aufnimmt. Mit einseitigen telefonischen oder anderweitigen Kontakten zu einer Partei oder ihrem Rechtsvertreter unter Ausschluss der Gegenpartei setzt sich der Sachverständige dem Verdacht aus, er könnte einer Partei entweder Zusicherungen gemacht oder Hinweise erteilt haben oder von ihr beeinflusst worden sein. Es genügt diesbezüglich schon ein relativ geringfügiger Anlass, um berechtigtes Misstrauen in die Unparteilichkeit des Experten zu begründen (Bühler, S. 571). Befangenheit ist auch anzunehmen bei einseitiger Beschaffung von Untersuchungsmaterial, bei Einholung von Informationen nur bei einer Partei ohne Beteiligung der Gegenseite, bei Durchführung eines Augenscheins nur mit einer Partei, ohne der Gegenpartei Gelegenheit zur Teilnahme zu geben, oder wenn der Weg zu einem Augenschein nur mit einer Partei zurückgelegt wird (Dolge, BSK, Art. 183 N. 22, S. 1025; Sven Rüetschi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Art. 183 N. 32, S. 1918). Auch wenn einseitige Kontaktnahmen tatsächlich bloss organisatorische Fragen betreffen, finden sie definitionsgemäss in Abwesenheit der Gegenpartei statt und entziehen sich deren Kontrolle, was naheliegend begründetes Misstrauen in die Unparteilichkeit des Experten weckt. Selbst unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots lässt sich daher in diesen Fällen angesichts der Bedeutung des Anspruchs auf ein unparteiisches und unabhängiges Gericht eine restriktive Auslegung und Anwendung der entsprechenden Garantien nicht vertreten (BGer 4P.254/2006 vom 6. Dezember 2006 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 127 I 196 E. 2d S. 199 und 114 Ia 153 E. 3 S. 155 f.).

[...]

3.4. [Die Berufungsklägerin rügte, dass eine erste Begutachtung ohne sie stattgefunden hatte und zwischen dem Gutachter und dem Berufungsbeklagten per E-Mail ein einseitiger Kontakt erfolgt war.]

3.5. Es ist zu prüfen, ob der Gutachter durch sein Verhalten den Anschein der Befangenheit weckte.

Die Akten zeigen klar, dass die Terminabsprache bezüglich des (ersten) Augenscheins [...] ausschliesslich zwischen dem Gutachter und dem Berufungsbeklagten erfolgte. Abgesehen davon, dass der aktenkundigen E-Mail-Korrespondenz nichts entnommen werden kann, was darauf hindeutet, der Gutachter könnte davon ausgegangen sein, dass der Berufungsbeklagte die Information der Berufungsklägerin übernehmen würde, wäre es ohnehin klar und ausschliesslich Sache des Gutachters gewesen, *beide* Parteien über den geplanten Augenschein zu informieren. Keinesfalls hätte er davon ausgehen dürfen, dass der Berufungsbeklagte die Gegenpartei selbst informieren würde. Einseitig erfolgte sodann auch die Beschaffung weiterer Unterlagen, welche der Berufungsbeklagte dem Gutachter mit E-Mail [...] zustellte. Dies, nachdem der Berufungsbeklagte den Gutachter ebenfalls mit Mail [...] darauf hingewiesen hatte, er sei Architekt und Erbauer der Liegenschaft und wolle sichergestellt haben, dass seine Detailkenntnisse ins Gutachten miteinfließen. Diese Unterlagen wurden der Berufungsklägerin weder zur Kenntnis gebracht noch wurde ihr deren Beizug vom Gutachter angezeigt und sie dazu angehört, ob sie diese akzeptiere, obwohl der Gutachter mit Schreiben des Kantonsgerichts [...] ausdrücklich verpflichtet worden war, sich nur auf von beiden Parteien *explizit* anerkannte Sachverhalte zu stützen. Dieses Vorgehen des Gutachters erweckte begründetes Misstrauen in dessen Unparteilichkeit und damit objektiv betrachtet den Anschein der Befangenheit. Weil demnach der Anspruch der Berufungsklägerin auf einen unabhängigen Gutachter als verletzt anzusehen ist und nach dem Gesagten die Befangenheitsgründe nicht verspätet geltend gemacht wurden, ist das Gutachten als Beweismittel auszuschliessen, ohne dass die materiellen Rügen zur inhaltlichen Mangelhaftigkeit des Gutachtens weiter geprüft zu werden brauchen.

4. Die Berufung ist gutzuheissen und die Sache zwecks Erstellung eines neuen Gutachtens an die Vorinstanz zurückzuweisen.