

HSU.2021.3 / fr / mv

Entscheid vom 19. Mai 2021

Besetzung Oberrichter Vetter, Vizepräsident
Gerichtsschreiberin Näf

Gesuchstellerin **S. AG,** _____
vertreten durch Dr. iur. Oliver Bucher und MLaw Matthias Brunner,
Rechtsanwälte, Oberstadtstrasse 7, Postfach 2060, 5402 Baden

Gesuchsgegnerin **H. AG,** _____
vertreten durch lic. iur. Werner Schib, Rechtsanwalt, Jurastrasse 4, Post-
fach, 5001 Aarau

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung
(Art. 158 Abs. 1 ZPO)

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Am 23. März 2021 erliess der Vizepräsident folgende Verfügung:

1.

Das **Gesuch** vom 4. Februar 2021 wird im anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 9. März 2021 modifizierten Umfang **gutgeheissen**.

2.

Es wird die **vorsorgliche Abnahme** eines **Sachverständigengutachtens** angeordnet.

3.

3.1.

Als **Sachverständiger** wird eingesetzt:

Dr. G.J.

3.2.

Der Sachverständige hat im Rahmen seines Gutachtens folgende Fragen zu beantworten:

1. Können Sie aufgrund der vorliegenden Erschütterungsmessungen oder (falls für die sachverständige Beurteilung notwendig) eigenen Messungen/Erhebungen bestätigen, dass im Firmengebäude der Gesuchstellerin Erschütterungen feststellbar sind? Welche Intensität haben diese Erschütterungen?
2. Falls ja:
 - a) Können Sie aufgrund der bereits vorhandenen Messungen bzw. eigenen Messungen/Erhebungen einen kausalen Zusammenhang zwischen den gemessenen Erschütterungen auf dem Grdst.-Nr. 123 GB W. und dem Betrieb des Werks auf dem Grdst.-Nr. 454 GB W., insbesondere dem Betrieb der Mühle, feststellen?
 - b) Gibt es für die festgestellten Erschütterungen weitere Ursachen? Wenn ja: Welche und wie wirken sich diese auf die Erschütterungen insgesamt aus?
 - c) Wie beurteilen Sie die Eigenfrequenzen (Eigenschwingungen) und die Reaktionsfrequenzen der Gebäude der Gesuchstellerin?
3. Wie beurteilen Sie die nachfolgenden Beschädigungen (detaillierte Beschreibung mit Fotodokumentation und Beurteilung)?

- a) **Beschädigung A:** Riss zwischen Fassadenwand und KS-Mauerwerkswand zwischen Pausenraum und Sitzungszimmer im Obergeschoss des Speditionsgebäudes (Abbildungen in Gesuchsbeilage 8; Markierung örtliche Lage in Gesuchsbeilage 9)
- b) **Beschädigung B:** Riss in KS-Wand zwischen Pausenraum und Sitzungszimmer im Obergeschoss des Speditionsgebäudes (Abbildungen in Gesuchsbeilage 10; Markierung örtliche Lage in Gesuchsbeilage 11)
- c) **Beschädigung C:** Drei Risse in der Fassadenwand auf der Westseite des Speditionsgebäudes im Obergeschoss im Pausenraum und Sitzungszimmer (Abbildungen in Gesuchsbeilage 13, Markierung örtliche Lage in Gesuchsbeilage 14)
- d) **Beschädigung D:** Riss in der Wanddecke der KS-Mauerwerkswand bei den Mikrowellen im Pausenraum im Obergeschoss des Speditionsgebäudes (Abbildungen in Gesuchsbeilage 16; Markierung örtliche Lage in Gesuchsbeilage 17)
- e) **Beschädigung E:** Riss in der Wand beim Schiebetüraufleger bei der Schiebetür zwischen Vorplatz und Pausenraum im Obergeschoss des Speditionsgebäudes (Abbildungen in Gesuchsbeilage 18; Markierung örtliche Lage in Gesuchsbeilage 19)
- f) **Beschädigung F:** Riss am Anschluss der KS-Mauerwerkswand und der Stahlbetonwand im südlichen Teil des Obergeschosses des Speditionsgebäudes zwischen den Räumen Garderobe Herren und Vorplatz (Abbildungen in Gesuchsbeilage 20; Markierung örtliche Lage in Gesuchsbeilage 21)
- g) **Beschädigung G:** Beschädigung Plattenboden im Obergeschoss sowie in den Treppenhäusern des Speditionsgebäudes (Abbildungen in Gesuchsbeilage 22; Markierung örtliche Lage in Gesuchsbeilage 23)
- h) **Beschädigung H:** Riss in der Fuge zwischen Anbau Staubfilteranlage und Aussenwand auf der östlichen Seite der Fabrikationshalle (Abbildungen in Gesuchsbeilage 24; Markierung örtliche Lage in Gesuchsbeilage 25)
- i) **Beschädigung I:** Riss in der KS-Mauerwerkswand bei der Eingangstüre zum Zimmer Sitzung 2 im Obergeschoss des Bürogebäudes (Abbildungen in Gesuchsbeilage 26; Markierung örtliche Lage in Gesuchsbeilage 27)
- j) **Beschädigung J:** Riss in der Wand zwischen Studio und DU/WC bei der Türe zu Zimmer DU/WC im Obergeschoss des Bürogebäudes (Abbildungen in Gesuchsbeilage 28; Markierung örtliche Lage in Gesuchsbeilage 29)

4. Waren die festgestellten Erschütterungen des Firmengebäudes für die vorbeschriebenen Beschädigungen am Firmengebäude ursächlich (bitte detailliert begründen)?
- a) Falls ja:
- i. Falls neben dem Betrieb des Werks auf dem Grdst.-Nr. 454 GB W. (insbesondere dem Betrieb der Mühle) weitere Ursachen für Erschütterungen bestehen sollten: Hatten diese Ursachen auf die Entstehung der vorbeschriebenen Beschädigungen einen Einfluss? Wenn ja: In welchem Ausmass haben sich diese Ursachen im Verhältnis zum Betrieb des Werks auf dem Grdst.-Nr. 454 GB W. (insbesondere dem Betrieb der Mühle) konkret ausgewirkt?
 - ii. Sind betreffend die beschädigten Gebäudeteile des Firmengebäudes im Zeitpunkt ihrer Erstellung - insbesondere unter Berücksichtigung von Lage, Beschaffenheit und Baugrund - Abweichungen von den Regeln der Baukunde feststellbar, welche auf die Entstehung der vorbeschriebenen Beschädigungen einen Einfluss hatten? Wenn ja: Wie und in welchem Ausmass haben sich diese Abweichungen im Verhältnis zu den festgestellten Erschütterungen konkret ausgewirkt? Wären die vorbeschriebenen Beschädigungen auch ohne diese Abweichungen von den Regeln der Baukunde eingetreten?
 - iii. Sind weitere Umstände feststellbar, welche auf die Entstehung der vorbeschriebenen Beschädigungen einen Einfluss hatten? Wenn ja: Welche weiteren Ursachen sind das? Wie und in welchem Ausmass haben sich diese im Verhältnis zu den festgestellten Erschütterungen konkret ausgewirkt? Wären die vorbeschriebenen Beschädigungen auch ohne diese Umstände eingetreten?
- b) Falls nein: Auf welche Ursache/n ist/sind diese Beschädigungen konkret zurückzuführen?
5. Wirken sich die festgestellten Erschütterungen nachteilig auf die Gesundheit (inklusive dem physischen und psychischen Wohlergehen) der sich im Firmengebäude aufhaltenden Personen, insbesondere die sich im Firmengebäude aufhaltenden Mitarbeiter der Gesuchstellerin, aus? Falls ja: Welche nachteiligen Auswirkungen sind zu erwarten?
6. Können die festgestellten Erschütterungen des Firmengebäudes zu einer Beschädigung von Einrichtungen und/oder Anlagen (z.B. Produktionsmaschinen, IT etc.) im Firmengebäude der Gesuchstellerin führen? Falls ja: Welche Beschädigungen von Einrichtungen sind zu erwarten?
7. Muss damit gerechnet werden, dass der Betrieb des Werks auf dem Grdst.-Nr. 454 GB W. (insbesondere der Betrieb der Mühle) in Zukunft weitere Beschädigungen am Firmengebäude der Gesuchstellerin verursachen wird, insbesondere Rissbildungen im Mauerwerk (bitte detailliert begründen)? Falls ja:

- a) Als wie gross erachten Sie die Wahrscheinlichkeit, dass weitere Beschädigungen eintreten werden?
- b) Innerhalb welcher Zeiträume sind weitere Beschädigungen zu erwarten?
- c) Welche Beschädigungen (Art und Ausmass) an welchen Gebäudeteilen sind zu erwarten?
- d) Erachten Sie die Statik der Baukonstruktion als gefährdet?
- e) Wie beurteilen Sie die Sicherheit des Firmengebäudes für die sich darin aufhaltenden Personen?

8.

- a) Lassen sich durch Schutzvorkehrungen/Massnahmen auf dem Grdst.-Nr. 454 GB W., insbesondere im Bereich der Mühle, die Erschütterungen des Firmengebäudes so reduzieren oder verändern, dass in Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit keine weiteren Beschädigungen am Geschäftsgebäude, schädliche oder lästige Auswirkungen auf sich im Firmengebäude aufhaltende Personen oder Beschädigungen von Einrichtungen des Firmengebäudes mehr zu erwarten sind? Wenn ja: Welche konkreten Schutzvorkehrungen/Massnahmen müssten ergriffen werden?
- b) Lassen sich durch Schutzvorkehrungen/Massnahmen auf dem Grdst.-Nr. 123 GB W. die Erschütterungen des Firmengebäudes so reduzieren oder verändern, dass in Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit keine weiteren Beschädigungen am Geschäftsgebäude, schädliche oder lästige Auswirkungen auf sich im Firmengebäude aufhaltende Personen oder Beschädigungen von Einrichtungen des Firmengebäudes mehr zu erwarten sind? Wenn ja: Welche konkreten Schutzvorkehrungen/Massnahmen müssten ergriffen werden?

9. Erfährt das Grdst.-Nr. 123 GB W. aufgrund der zugefügten Erschütterungen eine Verkehrswertverminderung? Falls ja: Auf welchen Betrag ist der Minderwert zu schätzen?

3.3.

Der Sachverständige wird nach Bezahlung des Kostenvorschusses schriftlich instruiert.

4.

Die Gesuchstellerin hat **bis 6. April 2021** einen Kostenvorschuss von **Fr. 79'160.00** für die von ihr beantragte Beweiserhebung mittels beiliegendem Einzahlungsschein zu leisten. Bei Säumnis steht der Gesuchsgegnerin das Recht zu, die Kosten vorzuschiesse. Wenn auch sie die Kosten nicht vorschiesst, wird die von der Gesuchstellerin beantragte Beweiserhebung nicht durchgeführt (vgl. Art. 102 Abs. 3 ZPO).

5.

Der **Fristenstillstand** gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO **gilt nicht** (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

2.

Nach fristgerechter Bezahlung des Kostenvorschusses durch die Gesuchstellerin erteilte der Vizepräsident dem Sachverständigen, Dr. G.J., W., mit Schreiben vom 26. März 2021 förmlich den Auftrag zur Erstellung des gerichtlichen Gutachtens.

3.

Mit Gesuch vom 23. April 2021 stellte die Gesuchstellerin folgende Anträge:

" 1.

Der an den gerichtlich ernannten Sachverständigen Dr. G.J., erteilte Sachverständigenauftrag sei zu widerrufen.

2.

Es sei eine andere sachverständige Person i.S.v. Art. 183 ZPO zu ernennen und mit der Erstellung des mit Verfügung vom 23. März 2021 angeordneten Sachverständigengutachtens zu beauftragen."

4.

Mit Stellungnahme vom 6. Mai 2021 stellte die Gesuchsgegnerin folgende Begehren:

" 1.

Die Anträge gemäss Ausstandsgesuch vom 23.04.2021 seien vollständig abzuweisen."

5.

Der Sachverständige nahm zum Ausstandsgesuch der Gesuchstellerin mit Eingabe vom 6. Mai 2021 Stellung.

6.

Die Gesuchstellerin nahm mit Eingabe vom 17. Mai 2021 zu den Eingaben der Gesuchsgegnerin und des Sachverständigen je vom 6. Mai 2021 unaufgefordert Stellung.

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1. Parteibehauptungen

1.1. Gesuchstellerin

Als Vorbemerkung bemängelt die Gesuchstellerin die ungenügende Vorbereitung des Sachverständigen bezüglich der ersten Besichtigung vom 14. April 2021. Insbesondere habe seitens des Sachverständigen keine konkrete Agenda bestanden, wie anlässlich dieser Besichtigung überhaupt vorgegangen werden sollte. Zudem sei die Mühle auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin an diesem Tag nicht in Betrieb gewesen. Der Betrieb der Mühle hätte einzig und allein vom Sachverständigen sichergestellt werden müssen. Ihr Ausstandsgesuch begründet die Gesuchstellerin im Wesentlichen mit dem objektiven Anschein der Befangenheit des Sachverständigen: Dieser habe bei der ersten Besichtigung vom 14. April 2021 im Rahmen der Betrachtung einzelner Gebäudebeschädigungen (Gebäudebeschädigungen G, B und A) bereits nach wenigen Sekunden und ohne nähere Prüfung Aussagen hinsichtlich möglicher Schadenursachen getätigt, welche angesichts der Komplexität des vorliegenden Sachverhalts nicht erwartet worden seien. Dies sei für die Gesuchstellerin insbesondere deshalb nicht nachvollziehbar, weil die von ihr beauftragten Privatgutachter dipl. Bauing. ETH/SIA A.H. sowie dipl. Bauing. D.S. im Rahmen intensiver Untersuchungen zu einem anderen Schluss gekommen seien. Wie andere Gesprächsinhalte seien diese Äusserungen im abstrakt gehaltenen Protokoll nicht erwähnt worden (vgl. Gesuchsbeilage [GB] 1). Die Protokollierung sei aus Sicht der Gesuchstellerin unzureichend. Wesentliche Feststellungen und Erkenntnisse, welche das Ergebnis der Begutachtung beeinflussen könnten, seien zu protokollieren, damit am Ende nachvollzogen werden könne, ob sie in die Würdigung des Sachverständigen miteingeflossen seien. Hingegen sei die bei der Begrüssung gemachte Aussage, wonach im Rahmen der Besichtigung "in offener, aber unverbindlicher Art und Weise über die vermuteten Ursachen gesprochen" werde, protokolliert worden. Diese Aussage sei jedoch gar nicht gemacht worden. Auch das Protokoll der Besichtigung vom 16. April 2021 sei sehr abstrakt gehalten, mit irritierenden Aussagen versehen und nicht korrekt (GB 3). Schliesslich beanstandet die Gesuchstellerin die Aussagen des Sachverständigen gegenüber Rechtsanwalt MLaw Brunner anlässlich zweier Telefongespräche vom 21. April 2021, wonach sich das Gesuch wahrscheinlich als "Sturm im Wasserglas" entpuppen könne und das Gesuch der Gesuchstellerin "gesucht" und "haarspalterisch" sei (GB 8 und 9). Die Gesuchstellerin stütze ihren Standpunkt auf die privatgutachterliche Einschätzung der U.H. AG. Diese sei dem Sachverständigen offengelegt worden. Der Sachverständige habe die Einschätzung der U.H. AG im ersten Telefongespräch vom 21. April 2021 und damit vor den als notwendig bezeichneten Messungen als "voller Widersprüche und technisch nicht haltbar" bezeichnet (GB 8). Der Sachverständige habe im Rahmen seiner Untersuchungen gegenüber den Parteien kein mündliches "Vorabgutachten" zu erstatten, insbesondere

sollten und dürften die durchgeführten Untersuchungen nicht dazu dienen, um vorgefasste Schlüsse zu legitimieren. Aus diesen Gründen bestände der erhebliche Verdacht, dass der Sachverständige seine Meinung bereits lange vor dem Abschluss seiner Untersuchungen gebildet habe.

1.2. Gesuchsgegnerin

Für die Gesuchsgegnerin könne von ungenügender Vorbereitung des Sachverständigen keine Rede sein. Aus ihrer Sicht treffe es vielmehr zu, dass anlässlich der ersten Besichtigung vom 14. April 2021 der von der Gesuchstellerin bezahlte Parteigutachter A.H. sowie Herrn S. (zu) viel gesprochen und insbesondere wiederholt unaufgefordert ihre eigenen Meinungen geäußert hätten. Der Sachverständige hätte sich von diesen Beeinflussungsversuchen der Herren H. und S. immer wieder distanzieren und auf seine Unabhängigkeit und Unbeeinflussbarkeit hinweisen müssen. Der Sachverständige müsse die ihm gestellten Fragen erst im Rahmen des Gutachtens und nicht bereits im Rahmen eines Protokolls beantworten. Dem Sachverständigen stehe es zudem frei, klare Fälle zu benennen und erste Einschätzungen abzugeben. Diese unverbindlichen, weil noch nicht im abschliessenden Gutachten festgehaltenen Einschätzungen des Sachverständigen mögen der Gesuchstellerin nicht passen, dies sei jedoch kein Ausstandsgrund. Dass der Sachverständige nicht vorbefasst sei, zeige bspw. die Tatsache, dass er anlässlich der Besichtigung vom 14. April 2021 viele Anschlussfragen gestellt und weitere Unterlagen zur Konstruktion verlangt habe.

2. Stellungnahme Sachverständiger

Vorab weist der Sachverständige die Vorwürfe der Gesuchstellerin betreffend die Organisation der ersten Besichtigung vom 14. April 2021 in aller Form zurück. Es wäre an den Eingeladenen gewesen, abzuklären, ob die Mühle der Gesuchsgegnerin am 14. April 2021 morgens in Betrieb war. Die Protokolle seien bewusst oberflächlich und abstrakt gehalten, um keine Beurteilungen vorwegzunehmen oder aktenkundige Argumente der Gesuchstellerin zu wiederholen. Der Inhalt dieser neu als "Kurzprotokolle" bezeichneten Protokolle sei aus technischer Sicht unwichtig und habe keinen Einfluss auf das Gutachten. Die telefonisch geäußerten Bemerkungen vom 21. April 2021 seien alle im Zusammenhang mit seiner Nachtragsofferte vom 20. April 2021 erfolgt. In der Grundofferte seien keine Erschütterungsmessungen enthalten gewesen. Die Beurteilung durch die U.H. AG sei nach seiner ersten Beurteilung voller technischer Widersprüche und daher nicht zielführend. Der Sachverständige habe mit seinen Bemerkungen dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin, Rechtsanwalt MLaw Matthias Brunner, einzig klar machen wollen, dass seine Nachtragsofferte gerechtfertigt sei. Der Sachverständige betont abschliessend, dass er weder von der Gesuchstellerin noch von der Gesuchsgegnerin in irgendeiner Weise abhängig sei.

3. Rechtliches

Gemäss Art. 183 Abs. 2 ZPO gelten für eine sachverständige Person dieselben Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen. Laut Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO tritt eine Gerichtsperson namentlich dann in den Ausstand, wenn sie aus anderen als den in lit. a–e aufgezählten Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein könnte. Fundament der Ausstandsregelung sind Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.¹ Danach hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen.² Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird bereits verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten aufscheinen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen.³ Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit hervorrufen. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass die Gerichtsperson tatsächlich befangen ist.⁴

Bei der sachverständigen Person besteht ein Verdacht der Befangenheit namentlich dann, wenn sie das Gebot der Gleichbehandlung der Parteien missachtet. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn die sachverständige Person einseitig Kontakt mit einer Partei oder deren Rechtsvertreter pflegt, Informationen nur bei einer Partei einholt oder bei ihr Material beschafft, ohne dass die Gegenpartei davon in Kenntnis gesetzt wird. Der sachverständigen Person ist es auch verwehrt, einen Augenschein nur mit einer Partei durchzuführen, ohne der Gegenpartei Gelegenheit zur Teilnahme zu geben.⁵ Äusserungen der sachverständigen Person über eine Partei, andere

¹ HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Die Beweismittel, Band 2, 2019, N. 7.38.

² BGE 139 III 433 E. 2.1.2, 139 III 120 E. 3.2.1, 138 I 1 E. 2.2.

³ HASENBÖHLER (Fn. 1), N. 7.41.

⁴ BGE 139 III 433 E. 2.1.2, 139 I 121 E. 5.1, 139 III 120 E. 3.2.1, 138 I 1 E. 2.2 je m.w.N.

⁵ BSK ZPO-DOLGE, 3. Aufl. 2017; Art. 182 N. 22; HASENBÖHLER (Fn. 1), N.7.42; BÜHLER, Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, AJP 1999, S. 571.

Sachverständige oder die Streitsache können den Anschein der Befangenheit begründen, falls die unsachlich sind oder sonst den Verdacht nahelegen, dass die sachverständige Person in ihrer Begutachtung gegenüber einer Partei oder der Sache nicht mehr unvoreingenommen ist.⁶ Jedoch begründet nicht jede unnötige Äusserung einen Ausstandsgrund.⁷ Ein Ausstandsgrund ist insbesondere dann zu verneinen, wenn die sachverständige Person die scharfe und sogar unsachliche Kritik einer Partei oder deren Rechtsvertreter in sachlicher Weise zurückweist.⁸

4. Würdigung

Die Kritik der Gesuchstellerin an der Organisation der ersten Besichtigung vom 14. April 2021 sowie der Protokollierung des Sachverständigen bezieht sich auf die Qualität der Arbeit des Sachverständigen. Diese Kritikpunkte stellen jedoch keine Ausstandsgründe gemäss Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 ZPO dar. Diesbezüglich ist die Gesuchstellerin vorliegend nicht zu hören.

Die Gesuchstellerin stört sich daran, dass der Sachverständige bei der ersten Besichtigung vom 14. April 2021 im Rahmen der Betrachtung einzelner Gebäudebeschädigungen (Gebäudebeschädigungen G, B und A) bereits nach wenigen Sekunden und ohne nähere Prüfung Aussagen hinsichtlich möglicher Schadenursachen getätigt habe. Diesbezüglich ist einzuwenden, dass der Sachverständige Aussagen zu *möglichen Schadenursachen* getätigt hat und nicht bereits *die Schadenursache* genannt hat. Eine sachverständige Person muss mit Hypothesen arbeiten, um die effektive Schadenursache im Gutachten benennen zu können. Dies hat der Sachverständige vorliegend gemacht. Dass der Sachverständige die genannten möglichen Schadenursachen nicht bereits als *die Schadenursache* aufgefasst hat, ergibt sich insbesondere daraus, dass er in der Folge weitere Unterlagen zur Konstruktion der fraglichen Gebäude verlangt sowie Abklärungen und Messungen getätigt hat. Mit anderen Worten hat der Sachverständige mit seinen am 14. April 2021 getätigten Äusserungen das Ergebnis des Gutachtens nicht bereits vorweggenommen. Ob die ausdrückliche Nennung möglicher Schadenursachen gegenüber den Parteien bereits anlässlich der ersten Besichtigung geschickt war, kann vorliegend offengelassen werden. Ein Ausstandsgrund liegt diesbezüglich nicht vor.

Anlass zu den Telefongesprächen zwischen dem Sachverständigen und Rechtsanwalt MLaw Matthias Brunner vom 21. April 2021 war die Tatsache, dass der Sachverständige die in den Gerichtsakten bereits enthaltenen Messungen nicht verifizieren konnte. Um ein korrektes Gutachten zu erstellen, beharrte der Sachverständige auf durch ihn bzw. Dr. D.G. selber

⁶ BSK ZPO-DOLGE (Fn. 5), Art. 183 N. 21; Bühler (Fn. 5), S. 570 f. je m.w.N.

⁷ DIGGELMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 47 N. 24.

⁸ HASENBÖHLER (Fn. 1), N. 7.57

vorgenommene Messungen. Dafür reichte er mit E-Mail vom 20. April 2021 (12.57 Uhr) beim Vizepräsidenten die Nachtragsofferte 1 ein. Diese E-Mail leitete der Vizepräsident gleichentags um 14:03 Uhr an die Parteien weiter. Die Gesuchstellerin reagierte darauf mit E-Mail vom 21. April 2021 (08.28 Uhr), welche der Vizepräsident um 08:38 Uhr dem Sachverständigen weiterleitete. Darauf rief der Sachverständige den Vizepräsidenten und danach Rechtsanwalt MLaw Matthias Brunner an, um mit ihm über die Nachtragsofferte und den Umfang der gewünschten Messungen zu sprechen. Als Rechtsanwalt MLaw Matthias Brunner darauf hinwies, dass die Gesuchstellerin sich auf die Beurteilung der U.H. (Privatgutachten) abstützt, entgegnete ihm der Sachverständige, diese Beurteilung sei voller Widersprüche und technisch nicht haltbar. In diesem Zusammenhang wies der Sachverständige darauf hin, dass sich das Gesuch der Gesuchstellerin wahrscheinlich als "Sturm im Wasserglas" entpuppen könne (GB 8). Nachdem der Sachverständige nochmals mit dem Vizepräsidenten sprach, telefonierte er Rechtsanwalt MLaw Matthias Brunner und erklärte ihm, der Nachtrag würde sich auf Fr. 9'000.00 (inkl. MWST) belaufen. Dabei sei gemäss den Behauptungen der Gesuchstellerin die Aussage, es handle sich um ein "gesuchtes" und "haarspalterisches" Gesuch gefallen (GB 9). Nach Auffassung des Sachverständigen treffe die Behauptung, das Gesuch sei "gesucht" und "haarspalterisch" nicht zu. Er habe Rechtsanwalt MLaw Matthias Brunner mit seiner Bemerkung "Es ist viel aufwendiger, ein Haar in einem Heuhaufen zu suchen als beispielsweise ein Fass", einzig klar machen wollen, dass seine Nachtragsofferte gerechtfertigt sei.

Ob der Sachverständige gegenüber Rechtsanwalt MLaw Matthias Brunner tatsächlich die Aussage tätigte, das Gesuch sei "gesucht" und "haarspalterisch" bzw. "Es ist viel aufwendiger, ein Haar in einem Heuhaufen zu suchen als beispielsweise ein Fass", lässt sich nicht glaubhaft nachweisen, jedenfalls nicht alleine durch die Telefonnotiz (Gesprächsprotokoll) vom 21. April 2021 (GB 9). Zeugen- und Parteibefragungen wurden keine beantragt. Damit kann nicht beurteilt werden, ob der Sachverständige alleine aufgrund dieser Aussagen befangen sein könnte. Überdies ist alleine aufgrund einzelner Aussagen kein Ausstandsgrund gegeben. Bei der Äusserung des Sachverständigen, das Gesuch der Gesuchstellerin könne sich wahrscheinlich als "Sturm im Wasserglas" entpuppen, handelt sich um eine blossе Vermutung des Sachverständigen gestützt auf seine bisherigen Erkenntnisse. Bereits aus dem Wortlaut musste für Rechtsanwalt MLaw Matthias Brunner klar sein, dass es sich hiermit um keine definitive Äusserung des Sachverständigen gehandelt hat. Zudem wollte der Sachverständige mit dieser Aussage klarstellen, dass nach seiner Auffassung – entgegen der Meinung der Gesuchstellerin – nicht ohne Weiteres auf die Schlüsse der Beurteilung der U.H. AG abgestellt werden kann und seine Nachtragsofferte daher gerechtfertigt ist.

Dass sich die Gesuchstellerin ihrerseits auf die Beurteilung der U.H. AG abstützt und sich von ihr in technischer Hinsicht beraten lässt, ist ihr gutes Recht. Von einer sachverständigen Person darf die Gesuchstellerin jedoch nicht verlangen, dass sie dies auch tut. Im Gegenteil gebietet die Unparteilichkeit des Sachverständigen, dass er die von den Parteien vorgelegten Aktenstücke kritisch begutachtet und im Bedarfsfall – wie vorliegend mit den Messungen – eigene Abklärungen trifft. Der Sachverständige darf sich weder von den Parteien noch deren (technischen) Berater beeinflussen lassen. Folglich war es die Pflicht des Sachverständigen, auf die Durchführung zusätzlicher (eigener) Messungen zu beharren, wenn er das vorhandene Datenmaterial nicht verifizieren konnte. Es ist verständlich, dass die Gesuchstellerin an den dadurch entstehenden zusätzlichen Kosten keine Freude hatte und entsprechende Fragen stellte (vgl. E-Mail vom 21. April 2021, 08:28 Uhr). Aus Sicht des Vizepräsidenten sind die vom Sachverständigen vorgeschlagenen Messungen für die Erstellung des Gutachtens erforderlich und die Nachtragsofferte im Umfang von Fr. 9'000.00 daher gerechtfertigt. Der Sachverständige wird im Rahmen des Gutachtens detailliert erläutern müssen, weshalb die von der U.H. AG vorgenommene Beurteilung seines Erachtens voller technischer Widersprüche und daher nicht zielführend ist. Ein entsprechender Ausstandsgrund des Sachverständigen besteht jedoch auch in dieser Hinsicht nicht.

5. Fazit

Aus den obgenannten Erläuterungen ergibt sich, dass sowohl die einzelnen von der Gesuchstellerin dem Sachverständigen vorgeworfenen Kritikpunkte als auch das Verhalten des Sachverständigen als Ganzes keine Ausstandsgründe gemäss Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 f. ZPO begründen. Das Ausstandsgesuch der Gesuchstellerin vom 23. April 2021 gegen den Sachverständigen, Dr. G.J., W., ist daher abzuweisen.

6. Prozesskosten

Über die Prozesskosten dieses Ausstandsverfahrens wird im Rahmen des Endentscheids befunden (vgl. Art. 104 Abs. 1 ZPO).

7. Weiteres Vorgehen

7.1.

Die Gesuchstellerin hat den vom Sachverständigen verlangten zusätzlichen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 9'000.00 bis spätestens am 21. Juni 2021 mittels beiliegendem Einzahlungsschein an die Obergerichtskasse zu leisten.

7.2.

Nach Bezahlung dieses Kostenvorschusses hat der Sachverständige seine Arbeiten fortzusetzen und das Gutachten bis spätestens Ende August 2021 in dreifacher Ausfertigung dem Handelsgericht abzuliefern.

Der Vizepräsident erkennt:

1.

Das Ausstandsgesuch der Gesuchstellerin vom 23. April 2021 gegen den Sachverständigen, Dr. G.J., W., **wird abgewiesen.**

2.

Die Gesuchstellerin hat **bis spätestens am 21. Juni 2021** einen Kostenvorschuss von **Fr. 9'000.00** mittels beiliegendem Einzahlungsschein zu leisten. Bei Säumnis steht der Gesuchsgegnerin das Recht zu, die Kosten vorzuschiesse. Wenn auch sie die Kosten nicht vorschiess, wird die von der Gesuchstellerin beantragte Beweiserhebung nicht weiter durchgeführt (vgl. Art. 102 Abs. 3 ZPO).

3.

Der **Fristenstillstand** gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO **gilt nicht** (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach mit Einzahlungsschein)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach mit Doppel der Eingabe der Gesuchstellerin vom 17. Mai 2021 [inkl. Beilage])
- den Sachverständigen, Dr. G.J., (mit Doppel der Eingabe der Gesuchstellerin vom 17. Mai 2021 [inkl. Beilage])

Mitteilung an:

- die Obergerichtskasse

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind

beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 19. Mai 2021

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Vetter

Näf

