

3381

Schiedsgutachter. Ablehnung.

Das Institut des Schiedsgutachters ist materiell-rechtlicher Natur.

Sehen die Vertragsbestimmungen vor, dass die Schadensermittlung erst nach der Bestimmung des Schiedsgutachters erfolgen soll, so ist ein Ablehnungsgrund zu bejahen, wenn der Gutachter der einen Partei bereits vorher Abklärungen zur Feststellung des Schadens vorgenommen hat (Art. 67 VVG).

Sachverhalt:

Zwischen A. und B. besteht ein Versicherungsvertrag in Form einer Haushaltpolice. Im Herbst 1996 kam es im Hause des A. zu einem Wasserschaden im Hallenschwimmbad. Ein Teil der Sanierungsarbeiten ist bereits ausgeführt und von B (Versicherung) im Teilbetrag von Fr. 485'000.-- bezahlt worden. Noch umstritten ist die Höhe allfälliger Mehrkosten. Für die Schadenermittlung enthält Ziff. 18.1 Abs. 3 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen folgende Bestimmung:

Beachten Sie, dass die Versicherungssumme keinen Beweis für das Vorhandensein sowie den Wert der versicherten Sachen bildet und Sie deswegen die Schadenhöhe beweisen müssen. Wir unterstützen Sie aber dabei, indem wir den Schaden entweder mit Ihnen, mit einem gemeinsamen Experten oder in einem Sachverständigenverfahren ermitteln. Das Sachverständigenverfahren kann von Ihnen wie von uns verlangt werden. Jede Partei ernennt einen Sachverständigen und diese beiden wählen vor Beginn der Schadenermittlung einen Obmann. Sind sich die Sachverständigen einig, sind deren Feststellungen für Sie und uns verbindlich. Weichen sie voneinander ab, entscheidet der Obmann über die strittig gebliebenen Punkte innerhalb der Grenzen beider Feststellungen. Jede Partei trägt die Kosten ihres Sachverständigen; die Kosten des Obmannes tragen beide je zur Hälfte.

Am 15. September 2000 teilte B. (Versicherung) dem Vertreter des A. mit, dass sie für die Ermittlung der Schadenhöhe das Sachverständigenverfahren gemäss Ziff. 18.1 Abs. 3 AVB verlange. Sie ernannte X. als ihren Sachverständigen. A. hat die Person des Sachverständigen X. in der Folge wegen Befangenheit abgelehnt. Seinen Sachverständigen hat A. neun Monate später in der Person von O., Architekt

HTL, ernannt. Zur Wahl eines Obmannes des Sachverständigengremiums ist es bisher nicht gekommen.

Mit Eingabe vom 15. Juni 2001 an das Kantonsgerichtspräsidium hat der Gesuchsteller A. ein Befehlsbegehren eingereicht mit den Anträgen, das Gericht habe zur Durchführung des Sachverständigenverfahrens einen Sachverständigen zu ernennen, eventuell sei der Gesuchsgegnerin B. eine Frist von sieben Tagen anzusetzen, um einen unbefangenen Sachverständigen zu ernennen. Die Vorinstanz hat das Eventualbegehren des Gesuchstellers mit Entscheid vom 6. Juli 2001 gutgeheissen und der Gesuchsgegnerin befohlen, innert 14 Tagen ab Rechtskraft des Urteils einen unbefangenen, neuen Sachverständigen zu ernennen. Gegen diesen Entscheid hat die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 24. Juni 2001 appelliert und die Bestätigung des von ihr bereits bestimmten Sachverständigen X. beantragt.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 67 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG, SR 221.229.1) kann sowohl der Versicherer als auch der Anspruchsberechtigte verlangen, dass der Schaden von den Parteien ohne Verzug festgestellt werde. Weigert sich eine Partei, bei der Feststellung des Schadens mitzuwirken, oder können sich die Parteien über die Grösse des entstandenen Schadens nicht einigen, so ist, vorbehältlich besonderer Vereinbarungen, der Schaden durch gerichtlich bestellte Sachverständige zu ermitteln (Abs. 2). In der Praxis wird seit jeher ausgiebig von der ausdrücklich durch Art. 67 Abs. 2 VVG eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, anstelle einer richterlichen Sachverständigenbestellung ein aussergerichtliches Sachverständigenverfahren zu vereinbaren. Dieses Verfahren wird meist in den AVB näher geordnet. Das Versicherungsverhältnis der Parteien sieht ein solches aussergerichtliches Sachverständigenverfahren in Ziff. 18.1 AVB vor. Die Parteien stimmen mit der Vorinstanz darin überein, dass Ziff. 18.1 Abs. 3 AVB als Schiedsgutachtervereinbarung zu werten ist.

Uneinig sind sich die Parteien darin, ob die Tätigkeit des Schiedsgutachters dem Prozessrecht oder dem materiellen Recht zuzuordnen sei. Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass die Tätigkeit des Schiedsgutachters, wenn auch nicht im Ergebnis, so doch der inneren Natur nach, eine richterliche sei. Es gehe bei dieser Tätigkeit um das Ausserstreitsetzen eines Tatbestandelementes. Dabei sei es natürlicher, den Schiedsgutachtervertrag nicht dem Privatrecht, sondern dem

Prozessrecht zuzuweisen. Der Vorinstanz ist es allerdings, wie der von ihr zitierten Literatur zu entnehmen ist, nicht entgangen, dass die Frage in der Lehre umstritten ist.

Es ist hier nicht der Ort, sich einlässlich mit den widersprechenden Lehrmeinungen auseinanderzusetzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, die zum Teil allerdings recht alt ist, ist das Institut des Schiedsgutachtens materiell-rechtlicher Natur (BGE 67 II 148, BGE vom 14.11.1986 in Entscheidungen Schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten, 16. Sammlung, 1986/87, Nr. 33). Dieser Rechtsprechung ist für den Fall der durch Parteivereinbarung zu ernennenden Schiedsgutachter im Rahmen der Schadenfeststellung gemäss Art. 67 VWG zu folgen. Der Sachverständige steht nämlich in einem privaten Auftragsverhältnis im Sinne von Art. 394 ff. des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR, SR 220) zu der ihn ernennenden Partei (*Andreas Hönger/Marcel Süsskind*, in *Heinrich Honnig/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder* [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel/Genf/München 2001, Art. 67 N. 14). Nachdem die Tätigkeit des Schiedsgutachters nicht dem Prozessrecht zuzuordnen ist, können die Ablehnungs- und Ausstandsgründe für dessen Tätigkeit nicht in gleicher Weise wie für einen Richter oder einen gerichtlichen Sachverständigen zur Anwendung gelangen.

2. Eine gewisse Unabhängigkeit des Schiedsgutachters zu der ihn ernennenden Partei ist trotzdem zu fordern, weil der Gutachter sonst die ihm übertragene Aufgabe gar nicht sachgerecht ausführen könnte. In ihrer Appellationsschrift hat die Gesuchsgegnerin daher zu Recht darauf hingewiesen, dass der von einer Partei bestimmte Schiedsgutachter jedenfalls nicht befangen scheinen dürfe. Als befangen erscheine ein Mitglied eines mehrköpfigen Sachverständigengremiums dann, wenn zwischen ihm und der Partei, die ihn ernannt habe, ein Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis oder ein nahes Freundschafts- oder Verwandtschaftsverhältnis bestehe und namentlich dann, wenn ihm von der ernennenden Partei eine spezielle Entschädigung im Verhältnis zur ermittelten Schadenshöhe versprochen werde. Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Im vorliegenden Falle liegen nun aber ähnliche Gründe vor, die den von der Gesuchsgegnerin ernannten Sachverständigen X. als befangen erscheinen lassen.

3. Nach Ziff. 18.1 Abs. 3 AVB kann das Sachverständigenverfahren von jeder Partei verlangt werden. Hat sich eine Partei entschlos-

sen, dass dieses Verfahren zur Anwendung gelangen soll, ernennen beide Parteien einen Sachverständigen und diese beiden wählen **vor** Beginn der Schadenermittlung einen Obmann. Unterlässt es eine Partei, die ihr obliegende Bezeichnung ihres Sachverständigen vorzunehmen, so kann der Richter angerufen werden, der im Befehlsverfahren die säumige Partei zur Wahl anhält oder bei deren fortgesetzter Weigerung den Sachverständigen selbst bestimmt (*Andreas Hönger/Marcel Süsskind*, a.a.O., Art. 67 N. 12). Im vorliegenden Falle hat die Gesuchsgegnerin am 15. September 2000 die Durchführung des Sachverständigenverfahrens verlangt und ihren Sachverständigen ernannt. Der Gesuchsteller hat sich in der Folge zunächst geweigert, seinen Sachverständigen zu ernennen. Damit die Schadenshöhe durch die Sachverständigen zügig hätte ermittelt werden können, hätte die Gesuchsgegnerin unverzüglich den Richter anrufen sollen. Das hat sie jedoch nicht getan, sondern hat weiterhin mit dem Gesuchsteller über eine Teilsanierung verhandelt und ist dabei auch zu einer Teileinigung gelangt, was zur Überweisung des Teilbetrages von Fr. 485'000.– geführt hat. Die Gesuchsgegnerin hat aber nicht nur mit dem Gesuchsteller weiter verhandelt, sondern sie hat den von ihr ernannten Sachverständigen bereits Abklärungen am versicherten Schadensobjekt vornehmen lassen. Das widersprach klar Ziff. 18.1 AVB, wo es heisst, dass das vollzählige Sachverständigengremium **nach** der Wahl des Obmannes mit den Arbeiten zur Schadensermittlung beginne. Das Sachverständigenverfahren geht davon aus, dass beide Parteien, die sich ja über die Höhe des versicherten Schadens nicht einig sind, durch je einen von ihnen ernannten Sachverständigen gemeinsam an den Abklärungen beteiligen. Diese vertraglich vereinbarte Gleichbehandlung hat die Gesuchsgegnerin dadurch, dass sie ihren Sachverständigen alleine Abklärungen treffen liess, verletzt. Der vom Gesuchsteller erhobene Einwand der Befangenheit des gesuchsgegnerischen Sachverständigen erscheint unter diesen Umständen gerechtfertigt. Dabei genügt der Anschein der Befangenheit und es ist nicht zu untersuchen, ob X. tatsächlich befangen wäre, falls er zusammen mit dem erst vor kurzem vom Gesuchsteller ernannten Sachverständigen und dem noch zu ernennenden Obmann die Schadenshöhe ermitteln würde. Der Entscheid der Vorinstanz ist bezüglich der Ablehnung von X. im Ergebnis daher nicht zu beanstanden.

OGP 11.10.2001