

ZK 12 26, publiziert April 2012

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 2. Februar 2012

Besetzung

Oberrichterin Apolloni Meier (Referentin), Oberrichter Messer und Oberrichter Bähler
Gerichtsschreiber Rüetschi

Verfahrensbeteiligte

X.

vertreten durch Rechtsanwalt A.

Gesuchsgegnerin/Beschwerdeführerin

gegen

Y.,

vertreten durch Fürsprecher B.

Gesuchsteller/Beschwerdegegner

Gegenstand

Eheschutz

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland,
Gerichtspräsident Chételat, vom 3. Januar 2012

Regeste:

- *Art. 183 Abs. 2 ZPO, Art. 50 Abs. 2 ZPO, Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO: Frage der selbständigen Anfechtbarkeit der Ernennung von Sachverständigen nach erstattetem Gutachten. Anforderungen an die Substantiierung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils.*
- *Wird das bereits erstattete Gutachten angefochten bzw. ersucht eine Partei um Anordnung eines neuen Gutachtens, ist eine hierauf erlassene erstinstanzliche Verfügung in der Regel nur mittels Beschwerde anfechtbar, wenn durch die angefochtene Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Der drohende nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil muss substantiiert behauptet und nachgewiesen werden. Es nicht Aufgabe des Gerichts, von Amtes wegen Nachforschungen anzustellen, soweit der Nachteil nicht geradezu in die Augen springt. Eine Partei, welche Ablehnungsgründe gegen einen Sachverständigen in „Reserve“ hält, um diese nach der Kenntnisnahme eines für sie nachteiligen Gutachtens*

nachzuschieben, handelt treuwidrig bzw. rechtsmissbräuchlich. Säumnis in diesem Sinne hat die Verwirkung des Ablehnungsgrunds zur Folge.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Im Eheschutzverfahren zwischen der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner wurde ein Gutachten bezüglich der Obhutsuteilung betreffend die Kinder D., C. und T. angeordnet. Erst mit ihrer Stellungnahme zum abgelieferten Gutachten beantragte die Beschwerdeführerin, der Sachverständige sei seines Auftrages zu entheben, das bestehende Gutachten sei aus den Akten zu weisen, es sei ein neues Gutachten mit unveränderter Fragestellung anzuordnen und es sei ein neuer unabhängiger Gutachter einzusetzen. Das „Ausstandsbegehren“ begründete die Beschwerdeführerin mit dem Umstand, der Gerichtsgutachter habe während der Erstellung des Gutachtens gleichzeitig eines der begutachteten Kinder behandelt. Das Gutachten sei nicht neutral und richte sich gegen die Beschwerdeführerin.

Die Vorinstanz wies die Anträge ab und begründete die Abweisung im Wesentlichen mit dem verspäteten Vorbringen des behaupteten Ausstandsgrundes.

Gegen diesen Entscheid reichte die Beschwerdeführerin bei der Zivilabteilung des Obergerichts eine Beschwerde ein.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

II. Formelles

(...)

4. Vorliegend geht es um einen Entscheid hinsichtlich einer Beweismassnahme (BGE 134 III 188, S. 191 E. 2.3). Angefochten ist – obschon als „Entscheid“ bezeichnet – eine prozessleitende Verfügung in einem summarischen Verfahren. Die Ernennung einer sachverständigen Person stellt eine Beweisverfügung (im weiteren Sinn) gemäss Art. 154 ZPO dar (vgl. HEINRICH ANDREAS MÜLLER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2011, Art. 183 ZPO N 12; ebenda auch CHRISTIAN LEU, N 8 zu Art. 154 ZPO). Entsprechend stellt auch der „Entscheid“ über ein gestelltes „Auswechslungsbegehren“ eine prozessleitende Verfügung dar. Die generelle Anfechtbarkeit solcher Beweisverfügungen ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen.
5. Für sachverständige Personen gelten die gleichen Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen (Art. 183 Abs. 2 ZPO). Entscheide über (bestrittene) Ausstandsbegehren betreffend Gerichtspersonen sind zwar mit Beschwerde anfechtbar (Art. 50 Abs. 2 ZPO). Es kann daraus aber nicht unbesehen geschlossen werden, die Beschwerde sei auch gegen die Ernennung von Sachverständigen generell zuzulassen, sofern dabei Ausstandsgründe gemäss Art. 47 ZPO geltend gemacht werden (implizit auch ANNETTE DOLGE, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 [zit. BSK-DOLGE], Art. 183 ZPO N 32; a.M.

wohl zum alten Recht ALFRED BÜHLER, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in: Marianne Heer/Christian Schöbi [Hrsg.], Gericht und Expertise, SWR 6/2005, 11 ff., S. 47). Es ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Gutachtensperson nicht unmittelbar am Entscheid mitwirkt.

Hier kann die Frage offen gelassen werden. Im vorliegenden Fall, in dem es nicht um die Anfechtung direkt nach der Einsetzung des Gutachters geht, sondern um ein Auswechslungsgesuch nach erstelltem und eröffnetem Gutachten, ist ein gesetzlich vorgesehenes Beschwerderecht erst recht nicht gegeben. Wird die Behauptung des Ablehnungsgrundes – wie hier – nach Erstattung des Gutachtens erhoben, ist sie grundsätzlich als Kritik an dessen Beweiskraft im Rahmen der Beweiswürdigung zu prüfen. Die abweisende Entscheidung hätte auch erst im Endentscheid erfolgen können (vgl. für die Situation im Anwendungsbereich des Gesetzes über die Zivilprozessordnung des Kanton Bern vom 7. Juli 1918 [ZPO/BE]: LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5.A., Bern 2000, Art. 265 ZPO/BE N 1a und N 1c). Die Beschwerdeführerin ficht das bereits erstattete Gutachten an bzw. ersucht um Anordnung eines neuen Gutachtens. Die Beweiswürdigung ist noch nicht erfolgt, ein Endentscheid liegt nicht vor. Die Verfügung ist somit nur mittels Beschwerde anfechtbar, wenn durch die angefochtene Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).

Anordnungen betreffend die Beweisführung bewirken in aller Regel – mit hier nicht zur Diskussion stehenden Ausnahmen – keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil (BGer vom 10.11.2011, 4A_269/2011, BGer vom 08.06.2010, 4A_195/2010 E. 1.1.1; BGer vom 06.02.2008, 4A_440/2007 E. 1.1.1, nicht publ. in: BGE 134 III 255). Der drohende „nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil“ muss substantiiert behauptet und nachgewiesen werden (vgl. Botschaft ZPO, BBI 2006 7221 ff., S. 7377; ALEXANDER BRUNNER, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010 [zit. Kuko-BRUNNER], Art. 319 ZPO N 12). Dies entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 93 BGG. Das Bundesgericht hält fest, dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, von Amtes wegen Nachforschungen anzustellen, inwiefern ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG gegeben sein sollte, soweit er nicht offensichtlich vorliegt respektive „geradezu in die Augen springt“ (BGer vom 30. März 2011, 1C_135/2011 E. 5.2, BGer vom 23. Juni 2011, 5A_282/2011 E. 1.3; BGer vom 17.11.2011, 5A_403/2011 E. 2.4, m.H.a. BGE 133 III 629, S. 632 E. 2.3.1). Diese Vorgaben des BGG können auf die ZPO angewendet werden. Es ist jedenfalls zu fordern, dass ein Beschwerdeführer in der Beschwerdebegründung aufzeigt, inwiefern ihm im konkreten Fall ein solcher Nachteil droht (vgl. für das bundesgerichtliche Verfahren BGE 137 III 324, S. 327 E. 1, m.w.H.; BGer vom 25.10.2011, 4A_358/2011 E. 1.1).

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin erwähnt in ihrer Beschwerde den drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil nicht einmal, geschweige denn substantiiert sie diesen. Demnach kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Diese hätte gestützt auf die nachfolgenden Ausführungen ohnehin auch abgewiesen werden müssen.

III. Materielles

1. Die nachstehenden Erwägungen gelten sowohl für Fälle im Anwendungsbereich der Schweizerischen ZPO als auch für solche unter dem Regime der ZPO-BE.
2. Vor der Ernennung der sachverständigen Person(en) sind die Parteien anzuhören (so ausdrücklich Art. 183 Abs. 1 letzter Satz ZPO; vgl. für die ZPO/BE auch LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., Art. 265 ZPO-BE N 1a). Aus dem Gehörs- und Mitwirkungsrecht der Parteien ergibt sich im Einzelnen das Recht, vor der gerichtlichen Ernennung der Gutachtensperson Expertenvorschläge zu unterbreiten, das Recht, Einwendungen gegen die Person zu erheben sowie das Recht, sich zu den Gutachterfragen zu äussern und Anträge auf deren Erläuterung oder Ergänzung zu stellen (vgl. zu Letzterem Art. 185 Abs. 2 ZPO; zum Ganzen BÜHLER, a.a.O., SWR 6/2005, S. 42 f.; vgl. für die ZPO-BE LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., Art. 265 ZPO/BE N 1a).

In erster Linie können die Parteien die Unabhängigkeit der vorgeschlagenen Gutachtensperson anzweifeln, mithin Ausstandsgründe im Sinne von Art. 47 ZPO vorbringen, also die Gutachtensperson ablehnen (Art. 183 Abs. 2 ZPO; Art. 267 ZPO/BE; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., Art. 265 ZPO/BE N 1c). Eine allfällige Ablehnung bedarf aber einer hinreichenden Begründung. Trölerische Einwände, wie sie in der Praxis oft vorkommen, sind grundsätzlich unbeachtlich, wenn das Gericht nicht von sich aus die Nichteinsetzung der vorgesehenen Gutachtensperson vorzieht, etwa weil beide Parteien übereinstimmend die Ablehnung verlangen (vgl. THOMAS WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010 [zit. ZK-WEIBEL], Art. 183 ZPO N 21). Das Gericht entscheidet hierüber im Rahmen seines Ermessens (BOTSCHAFT ZPO, 7324; BÜHLER, a.a.O., SWR 6/2005, 46; BSK-DOLGE, Art. 183 ZPO N 31). Für das Gericht wäre im Übrigen aber nicht einmal die übereinstimmende Ablehnung verbindlich, wenn die designierte Gutachtensperson die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen mitbringt (Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO; vgl. zum Ganzen LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., Art. 265 ZPO/BE N 1a; LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 113 ZPO SG N 1a; BÜHLER, a.a.O., SWR 6/2005, 45 f.).

Zum Vorstehenden sei nur noch einmal in Erinnerung gerufen, dass der Gutachter im vorliegenden Verfahren in erster Linie auf Antrag der Beschwerdeführerin eingesetzt wurde, weshalb sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen, soweit sie nicht die angebliche – nachträglich eingetretene – Befangenheit betreffen.

3. Die Ausstandsgründe sind in Art. 47 Abs. 1 aufgezählt (REGINA KIENER, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010 [zit. Kuko-KIENER], Art. 47 ZPO N 8; nach ZPO/BE: Ausstandsgründe nach Art. 10 ZPO/BE und Ablehnungsgründe nach Art. 11 ZPO/BE).

Die ZPO verzichtet auf die Unterscheidung zwischen den zwingenden (obligatorischen) „Ausschlussgründen“ („iudex inhabilis“) und den nicht zwingenden (freiwilligen) „Ablehnungsgründen“ („iudex suspectus“; vgl. STEPHAN WULLSCHLEGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010 [zit. ZK-WULLSCHLEGER], Art. 47 ZPO N 17; Kuko-

KIENER, a.a.O., Art. 47 ZPO N 8; ALFRED BÜHLER. Die Stellung von Experten in der Gerichtsverfassung, in: SJZ 2009, 330, Fn 7).

Hier kann offen gelassen werden, ob sich die zwei Kategorien hinsichtlich des Vorbringens durch die Parteien unterscheiden, denn der vorliegend geltend gemachte Ausstandsgrund ist unter die Ablehnungsgründe zu subsumieren (Befangenheit bzw. Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis), der ohnehin auch unter altem Verfahrensrecht nicht während des ganzen Verfahrens von Amtes wegen zu beachten war (vgl. ALFRED BÜHLER, Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, in: AJP 1999, S. 567 ff., S. 568 ff.; vgl. für die ZPO/BE LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., Art. 13 ZPO/BE N 1).

Die Parteien müssen Ausstandsgründe von Gesetzes wegen möglichst frühzeitig geltend machen, nämlich unverzüglich nach Erhalt hinreichend konkreter Kenntnis der die behauptete Befangenheit begründenden Umstände (Art. 49 Abs. 1 ZPO; BGer vom 26.05.2008, 4A_147/2008 E. 4; PETER DIGGELMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2011, Art. 49 ZPO N 3; Art. 13 ZPO/BE; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., Art. 13 ZPO/BE N 1). Einer Partei ist es verwehrt, in einem späteren Verfahrensstadium (ihr bekannte) Ablehnungsgründe vorzubringen, die sie nicht unmittelbar nach Entdeckung dem Gericht und der Gegenpartei mitteilt (BÜHLER, a.a.O., AJP 1999, S. 567 ff., S. 568). Eine Partei, welche solche Gründe – wie vorliegend – in „Reserve“ hält, um diese nach der Kenntnisnahme eines für sie nachteiligen Gutachtens nachzuschieben, handelt treuwidrig und rechtsmissbräuchlich (vgl. BGE 132 II 485, S. 496 E. 4.3; BGE 126 III 249, 254 E. 3c; BGer vom 14.06.2011, 4A_617/2010, 3.1). Säumnis in diesem Sinne hat die Verwirkung des Ablehnungsgrunds zur Folge (BGE 134 I 20, S. 21 E. 4.3.1; BGE 132 II 485, S. 496 E. 4.3; ZK-WULLSCHLEGER, N 12 zu Art. 49 ZPO; MARC WEBER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 [zit. BSK-WEBER], Art. 50 ZPO N 3; BSK-DOLGE, a.a.O., Art. 183 ZPO N 20; Kuko-KIENER, a.a.O., Art. 49 ZPO N 5; BÜHLER, a.a.O., SJZ 2009, S. 330, Fn 7; DERS., a.a.O., AJP 1999, S. 568).

(...)

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.