

Art. 50 Abs. 2 ZPO, Art. 326 ZPO. Noven in der Beschwerde. *In der Beschwerde gegen einen Ausstands-Entscheid sind neue Behauptungen nicht zulässig.*

Der Beschwerdeführer ficht den erstinstanzlichen Entscheid an, welcher sein Ausstandsgesuch gegen den in Aussicht genommenen Experten verwirft.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

Für eine sachverständige Person gelten die gleichen Ausstandsgründe wie für die Gerichtspersonen (vgl. Art. 183 Abs. 2 ZPO). Verwiesen wird damit auf die Art. 47 bis 51 ZPO. Wird im Rahmen der – gemäss Art. 183 Abs. 1 ZPO erforderlichen – vorgängigen Anhörung der Parteien ein Ausstandsgrund geltend gemacht, so hat sich das Gericht mit diesen Einwendungen bei der Ernennung des Sachverständigen auseinanderzusetzen. Hält es die angeführten Ausstandsgründe für unbegründet und ernennt es daher den Vorgeschlagenen trotzdem zur sachverständigen Person, dann ist dieser Entscheid gemäss Art. 50 Abs. 2 ZPO mit Beschwerde anfechtbar (vgl. DIKE-Komm-ZPO, Art. 183 N 16). Die vorinstanzliche Verfügung vom 19. März 2012 ist folglich mit Beschwerde anfechtbar, unabhängig davon, ob dem Beschwerdeführer ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (vgl. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO).

Mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO). Neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Besondere Bestimmungen des Gesetzes bleiben vorbehalten (vgl. Art. 326 Abs. 2 ZPO).

In seiner Beschwerdeschrift bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, er würde erst seit kurzem über Beweise verfügen, welche X. als ungeeignet erscheinen liessen, weil ein konkreter Anschein der Befangenheit bestehe [wird näher ausgeführt].

Sämtliche dieser Tatsachenschilderungen und Beweismittel sind neu, weshalb sie im Beschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 326

Abs. 1 ZPO). Dies würde selbst dann gelten, wenn die Ausstandsgründe von Amtes wegen zu berücksichtigen wären, wie es vom Beschwerdeführer behauptet wird (act. 2 S. 3 mit Hinweis auf BSK ZPO-Weber, Art. 47 N 17), wäre er damit doch nicht von seiner Pflicht entbunden, den relevanten Sachverhalt im erstinstanzlichen Verfahren vorzutragen. Das Bundesgericht hat das in *BGer* 5A_405/2011 vom 27. September 2011 (in BGE 137 III 470 nicht publizierte E.

4.5.3) klar festgehalten:

"Art. 326 ZPO regelt das Novenrecht für das Beschwerdeverfahren gemäss Art. 319 ff. ZPO. Demnach sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Abs. 1). Vorbehalten sind besondere Bestimmungen des Gesetzes (Abs. 2). Der Ausschluss von Noven gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBI 2006 7379 Ziff. 5.23.2; FREIBURGHAUS/AFHELDT, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N. 4 zu Art. 326 ZPO; BRUNNER, in: Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 4 zu Art. 326 ZPO; a.M. HUBER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, N. 9 zu Art. 121 ZPO). Der Vorbehalt in Art. 326 Abs. 2 ZPO bezieht sich beispielsweise auf die Anfechtung des Entscheids des Konkursgerichts gemäss Art. 174 SchKG (Urteil 5A_230/2011 vom 12. Mai 2011 E. 3.2.1) oder der Arresteinsprache nach Art. 278 Abs. 3 SchKG (Botschaft zur ZPO, BBI 2006 7379 Ziff. 5.23.2)."

Im Bereich des Ausstands kommt hinzu, dass gemäss Art. 49 Abs. 1 ZPO ein Ausstandsgesuch unverzüglich zu stellen ist, sobald man vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat, ansonsten ein solcher verwirkt (vgl. Diggelmann, DIKE-Kommentar [online-Stand 16. April 2012] Art. 49 N 1 mit Hinweis auf Botschaft zur ZPO, S. 7273, und BSK ZPO-Weber, Art. 47 N 17); das würde sinnlos, wenn Ausstandsgründe in jedem Stadium des Verfahrens von Amtes wegen zu berücksichtigen wären. Die Problematik besonders klarer Fälle, wo gerade darum Nichtigkeit postuliert wird (Diggelmann, DIKE-Kommentar [online-Stand 16. April 2012] Art. 51 N 2 ff.), liegt hier nicht vor. Des weiteren ist dem Beschwerdeführer auch nicht beizupflichten, dass es der Anspruch auf ein faires Verfahren gebietet, sich über die Vorschriften von Art. 326 Abs. 1 ZPO hinwegzusetzen und seinen unzulässigen Noven Rechnung zu tragen (vgl. act. 2 S. 3). Dies muss umso mehr gelten, als der Beschwerdeführer über die Möglichkeit verfügte, nach Kenntnisnahme der (behaupteten) neuen

Ausstandsgründe mit einem entsprechenden Gesuch von der Vorinstanz einen
Entscheid über den Widerruf des erteilten Sachverständigenauftrages zu erwirken
(vgl. DIKE-Komm-ZPO, Art. 183 N 16).

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 10. Mai 2012
Geschäfts-Nr.: PF120017-O/U