

**ZOR.2022.6**  
(OZ.2020.15)  
Art. 57

**Entscheid vom 30. Mai 2022**

Besetzung      Oberrichter Richli, Präsident  
                     Oberrichter Lienhard  
                     Oberrichter Egloff  
                     Gerichtsschreiber Huber

Kläger            **A.**\_\_\_\_\_,  
                     [...]   
                     vertreten durch Rechtsanwältin Monika Guth Eichner,  
                     Aeschenvorstadt 67, Postfach, 4010 Basel

Beklagter        **B.**\_\_\_\_\_,  
                     [...]   
                     vertreten durch Rechtsanwalt Markus Siegrist,  
                     Bleichemattstrasse 43, Postfach, 5001 Aarau

Gegenstand    Forderung; Ausstand

---

## **Das Obergericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

#### **1.1.**

Der Kläger reichte gegen den Beklagten am 5. Dezember 2019 beim Friedensrichteramt Kreis XVI eine Schadenersatzklage gemäss Art. 685 Abs. 1 i.V.m. Art. 679 Abs. 1 ZGB ein. Umstritten ist, ob Bauarbeiten auf dem Grundstück des Beklagten zu Schäden am Grundstück des Klägers geführt haben.

#### **1.2.**

Nachdem zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte, stellte die Friedensrichterin Kreis XVI dem Kläger am 18. Juni 2020 die Klagebewilligung aus.

### **2.**

#### **2.1.**

Mit Klage vom 21. Oktober 2020 stellte der Kläger beim Bezirksgericht Zofingen folgende Anträge:

" 1.

Es sei der Beklagte zu verurteilen, dem Kläger den Betrag von CHF 140'256.80 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 27. April 2014 zu bezahlen. Mehrforderungen ausdrücklich vorbehalten.

2.

Unter o/e-Kostenfolge einschliesslich den Kosten für das Schlichtungsverfahren in der Höhe von CHF 300.00 zu Lasten des Beklagten."

#### **2.2.**

Der Beklagte beantragte mit Klageantwort vom 13. Januar 2021:

" 1.

Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit auf sie überhaupt eingetreten werden darf.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten des Klägers."

#### **2.3.**

Im Nachgang zur Instruktionsverhandlung vom 28. April 2021 ordnete der Präsident des Bezirksgerichts Zofingen mit Verfügung vom 10. Mai 2021 die Einholung eines Gutachtens zu den vom Kläger geltend gemachten Schäden an seiner Liegenschaft an. Er stellte den Parteien in Aussicht, mit der Erstellung des Gutachtens C., dipl. Bau-Ing. ETH/SIA, Q., zu beauftragen. Gleichzeitig setzte er den Parteien Frist an zur Erhebung allfälliger

Einwendungen gegen die vorgesehene Gutachterin und ihre schriftliche Instruktion und Inpflichtnahme sowie zur Beantragung von Ergänzungsfragen.

**2.4.**

Am 20. und 31. Mai 2021 reichten der Kläger und der Beklagte ihre Stellungnahmen ein. Mit Eingaben vom 21. (Beklagter) und 23. Juni 2021 (Kläger) äusserten sie sich zur Eingabe der jeweiligen Gegenpartei.

**2.5.**

In der Verfügung vom 29. Juli 2021 passte der Präsident des Bezirksgerichts Zofingen gestützt auf die Eingaben der Parteien den Fragenkatalog an und sah vor, D., Dr. sc. techn., dipl. Bau-Ing. ETH, R., mit der Erstellung des Gutachtens zu beauftragen.

**2.6.**

Der Beklagte erhob mit Eingabe vom 19. August 2021 abermals Einwendungen gegen den Fragenkatalog, nicht aber gegen den vorgesehenen Gutachter. Der Kläger erklärte sich in seiner Eingabe vom 9. September 2021 mit dem Fragenkatalog und dem Gutachtentvorschlag einverstanden.

**2.7.**

Am 19. Oktober 2021 reichte D. seinen Kostenvoranschlag für das Gutachten ein.

**2.8.**

Der Beklagte stellte am 1. November 2021 beim Bezirksgericht Zofingen ein Ausstandsgesuch mit folgenden Rechtsbegehren:

- " 1.  
Der vorgesehene Gutachter, Herr D., E. GmbH, R., habe für das vorliegende Verfahren in den Ausstand zu treten.
- 2.  
Es sei ein Zwischenentscheid über das Ausstandsbegehren zu fällen.
- 3.  
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten des Klägers."

**2.9.**

Der Kläger ersuchte mit Stellungnahme vom 10. November 2021 um Abweisung des Ausstandsbegehrens, soweit darauf einzutreten sei, unter Kostenfolge zulasten des Beklagten.

**2.10.**

D. nahm mit Eingabe vom 7. Dezember 2021 zum Ausstandsgesuch Stellung.

**2.11.**

Der Beklagte äusserte sich in seiner Eingabe vom 14. Dezember 2021 zu den Stellungnahmen des Klägers vom 10. November 2021 und von D. vom 7. Dezember 2021.

**2.12.**

Der Kläger nahm zu dieser Eingabe am 16. Dezember 2021 Stellung.

**2.13.**

Der Präsident des Bezirksgerichts Zofingen entschied am 13. Januar 2022:

" 1.

Das Ausstandsgesuch des Beklagten wird abgewiesen.

2.

Als Gutachter wird Herr D., Dr. sc. techn., Dipl. Bau-Ing. ETH, E. GmbH, X-Strasse, R., eingesetzt."

**3.**

**3.1.**

Gegen diesen ihm am 19. Januar 2022 zugestellten Entscheid erhob der Beklagte mit Eingabe vom 28. Januar 2022 beim Obergericht des Kantons Aargau Beschwerde mit folgenden Anträgen:

" 1.

Die Verfügung des Bezirksgerichts Zofingen vom 13. Januar 2022 im Verfahren OZ.2020.15 sei vollumfänglich aufzuheben und es sei anzuordnen, dass der vorgesehene Gutachter, Herr D., E. GmbH, R., für die Erstellung des im Verfahren OZ.2020.15 vorgesehenen Gutachtens in den Ausstand zu treten habe.

2.

Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an das Bezirksgericht Zofingen zurückzuweisen.

3.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten des Beschwerdegegners."

**3.2.**

Der Kläger beantragte mit Beschwerdeantwort vom 22. März 2022:

" 1.

Es sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

2.

Unter o/e-Kostenfolge einschliesslich den Kosten des Vorverfahrens (inkl. MWST) zu Lasten des Beschwerdeführers."

### **3.3.**

Der Beklagte nahm mit Eingabe vom 6. April 2022 zur Beschwerdeantwort Stellung.

---

## **Das Obergericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

#### **1.1.**

Entscheide über den Ausstand einer sachverständigen Person sind gemäss Art. 50 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO selbständig mit Beschwerde anfechtbar (SVEN RÜETSCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 51 f. zu Art. 183 ZPO, insbesondere mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_255/2011 vom 4. Juli 2011 E. 1.2; THOMAS WEIBEL, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FRANZ HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 22 zu Art. 183 ZPO). Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Auf die fristgerecht eingereichte Beschwerde gegen den Entscheid des Präsidenten des Bezirksgerichts Zofingen vom 13. Januar 2022 ist demnach einzutreten.

#### **1.2.**

Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven und auch in Verfahren, welche der Untersuchungsmaxime unterstehen, da die Beschwerde nicht der Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern grundsätzlich nur der Rechtskontrolle des erstinstanzlichen Entscheids dient (Urteil des Bundesgerichts 4A\_476/2019 vom 27. September 2019 E. 3; DIETER FREIBURGHaus/SUSANNE AFHELDT, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FRANZ HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 3 f. zu Art. 326 ZPO).

### **2.**

#### **2.1.**

Die Vorinstanz hat das vom Beklagten gegen D. gestellte Ausstandsgesuch abgewiesen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, D. habe für das Erstellen einer zuverlässigen Kostenschätzung die Problemstellung erkennen und die erforderlichen Untersuchungshandlungen identifizieren müssen. In seiner Offerte habe er sich unter anderem über die gesetzte Spundwand dahingehend geäussert, dass diese weitestgehend nutzlos und zur Hangsicherung im vorliegenden Fall nicht geeignet gewesen sei. Erst mit dem Setzen von Betonwinkeln seien wirksame Hangsichernde Massnahmen erfolgt. Inwiefern diese Ausführungen unsachlich und die

Wortwahl herablassend sein sollten, führe der Beklagte nicht weiter aus und solches sei auch nicht erkennbar. Das lediglich subjektive Empfinden einer Partei dürfe bei der Beurteilung, ob ein Anschein der Befangenheit bestehe, keine Rolle spielen. D. begründe in seiner Stellungnahme vom 7. Dezember 2021 anschaulich mit einer Skizze, weshalb die Spundwand als Hangsicherung nicht genüge. Die beanstandeten Passagen in der Offerte seien denn auch sachbezogen und nicht etwa ausfallend oder polemisch. Der Vorwurf des Beklagten, D. habe sich am 7. Dezember 2021 erneut inhaltlich geäussert, bevor er seine Untersuchungen vorgenommen habe, weshalb er in den Ausstand zu treten habe, sei unzutreffend. D. habe sich zwecks seriöser Offertstellung bereits vor Erstattung des Gutachtens mit den in den Akten befindlichen Dokumenten, Fotos und "Schiedsgutachten" auseinandersetzen müssen, um sich eine erste Meinung hinsichtlich der erforderlichen Untersuchungshandlungen für die Gutachtenerstellung zu bilden. Wenn er als ausgewiesener Fachexperte mit 50 Jahren Berufserfahrung auf den ersten Blick erkenne, dass die Spundwand zur Hangsicherung nicht geeignet gewesen sei, dürfe er dies so äussern, ohne in der Sache nicht mehr als unvoreingenommen zu erscheinen. Bereits aus dem "Schiedsgutachten" vom 31. August 2016 und den Ergänzungen dazu gehe hervor, dass die Spundwand als Sicherungsmassnahme nicht geeignet gewesen sei, was somit beiden Parteien bereits bekannt gewesen sei. Mit seinen Äusserungen in der Offerte habe sich D. noch nicht über die Folgen der ungeeigneten Hangsicherung ausgelassen. Er verliere kein Wort darüber, ob z.B. eine Hangrutschung stattgefunden habe und die vom Kläger behaupteten Schäden an seiner Liegenschaft auf die Bauarbeiten auf dem Grundstück des Beklagten zurückzuführen seien, was der Kern des zu erstattenden Gutachtens sein werde. Indem D. u.a. eine Zustandsaufnahme durch eine spezialisierte Drittfirma sowie umfassende Bodenuntersuchung mit Sondier- und Rammbohrung vorsehe, sei erstellt, dass er sich in der Sache noch nicht abschliessend festgelegt habe. Damit sei das Ergebnis des auszufertigenden Gutachtens noch offen und es bestehe kein Anschein der Befangenheit bei D.

## **2.2.**

Der Beklagte machte dagegen in seiner Beschwerde im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe sein Ausstandsbegehren zu Unrecht abgewiesen. Sie habe das Recht falsch angewendet und den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt. Gemäss Frage 7 der Verfügung vom 29. Juli 2021 habe der Gutachter zu beurteilen, ob sich aufgrund der Lage der Grundstücke und der Beschaffenheit des Baugrunds Hangsicherungsmassnahmen aufgedrängt hätten, wenn ja, welche und bei welchem Baufortschritt. Gemäss Frage 7.1 habe der Gutachter ausserdem zu beurteilen, ob diese Sicherungsmassnahmen im vorliegenden Fall angewendet worden seien. D. habe sich bereits im Rahmen seiner Offerte vom 19. Oktober 2021 zur Spundwand geäussert und diese als ungeeignet und nutzlos bezeichnet. D. habe sich damit in seiner Offerte zu den Fragen 7 und 7.1 und

damit zur Streitsache bereits geäussert, bevor er in Pflicht genommen worden sei und seine Untersuchungen vorgenommen habe. Obwohl noch umfangreiche Untersuchungen geplant seien, habe sich D. bereits eine Meinung zu Ungunsten der vom Beklagten getroffenen Massnahme gebildet, was nicht zulässig sei. Es mache zumindest den Anschein, als sei D. befangen. Dessen Stellungnahme vom 7. Dezember 2021 vermöge den Anschein der Befangenheit nicht zu entkräften. Statt eigene Untersuchungen vorzunehmen, stütze sich D. auf die Beweismittel und Behauptungen des Klägers. Der Anschein der Befangenheit sei offensichtlich. D. habe die Gerichtsakten nicht nur im Hinblick auf die vorzunehmenden Untersuchungen und Abklärungen konsultiert, sondern bereits gestützt auf ein vom Kläger eingereichtes Beweismittel erste Schlüsse gezogen. Dies sei unzulässig. Es sei offensichtlich unzutreffend und aktenwidrig, dass beiden Parteien bekannt sein solle, dass die Spundwand ungenügend gewesen sein solle. Der Anschein der Befangenheit sei offensichtlich. Die Ausführungen von D. seien zudem unsachlich. Die Wortwahl ("nutzlos") sei herablassend. Da D. nicht verpflichtet gewesen sei, bereits in der Offertphase Ausführungen zur Geeignetheit der Spundwand zu machen, und die betreffende Ziffer nur sechs Sätze enthalte, wobei die Hälfte der Sätze sich mit der angeblichen Nutzlosigkeit der Spundwand beschäftige, sei offensichtlich, dass die Ausführungen polemisch und unnötig gewesen seien und - so mache es zumindest bei objektiver Betrachtung den Anschein - darauf abzielten, die vom Beklagten ausgeführten Sicherungsmassnahmen abzuqualifizieren. Auch deswegen bestehe der Anschein der Befangenheit.

### **2.3.**

Der Kläger brachte im Beschwerdeverfahren im Wesentlichen vor, der Beklagte verkenne, dass sich D. noch nicht gutachterlich geäussert habe. Vielmehr habe er lediglich eine Offerte abgegeben, ohne sich eingehend zum Sachverhalt zu äussern. Für die Erstellung der Offerte habe sich D. mit den aktenkundigen Unterlagen auseinandersetzen und die Problemstellung erörtern müssen. Dabei sei nicht erkennbar und vom Beklagten auch nicht dargelegt worden, inwiefern D. befangen sein solle. Die Frage der Hangsicherungsmassnahmen habe einzig unter dem Titel "Ausgangslage" Eingang in die Offerte gefunden. Der Beklagte verkenne, dass sich D. noch nicht eingehend mit der Frage der Hangsicherungsmassnahmen auseinandergesetzt habe; so fehlten etwa sowohl Angaben zu seiner Herleitung, eine Schlussfolgerung als auch die Beantwortung des Fragenkatalogs. D. habe vielmehr eine der Problemstellungen des vorliegenden Forderungsstreits erkannt und benannt, ohne sich zu den daraus resultierenden Folgen zu äussern. Eine allfällige unrichtige Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz in Bezug auf die Anzahl der Fachmeinungen über die verwendeten Hangsicherungsmassnahmen könne ebenfalls keine Befangenheit von D. begründen. Der Beschwerdeführer habe in seiner Beschwerde

nicht aufzeigen können, inwiefern eine unrichtige Rechtsanwendung respektive eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts vorliege. Entsprechend sei die Beschwerde abzuweisen.

#### **2.4.**

Der Beklagte hielt dem in seiner Stellungnahme vom 6. April 2022 im Wesentlichen entgegen, D. habe in seiner Offerte die Spundwand als ungeeignet und nutzlos beurteilt. Damit habe er sich zweifellos gutachterlich geäußert. Daran ändere nichts, dass sich diese Ausführungen unter dem Titel "Ausgangslage" fänden. D. habe seine Beurteilung der Spundwand unmissverständlich mitgeteilt und in seiner Stellungnahme vom 7. Dezember 2021 nochmals klar zum Ausdruck gebracht, dass er sich seine Meinung bereits gebildet habe. Für die Offertstellung müsse der Gutachter prüfen, welche Untersuchungshandlungen er vornehmen müsse. Er dürfe sich aber nicht bereits in diesem Stadium, bevor er überhaupt eigenständige Untersuchungshandlungen vorgenommen habe, zu den zu beurteilenden Fragen äussern. D. habe jedoch nicht eine Problemstellung erkannt, sondern eine sich stellende Frage bereits beantwortet. Das Gutachten habe sich unter anderem damit auseinanderzusetzen, ob auf dem Grundstück des Klägers Schäden vorhanden seien, ob diese durch die Bauarbeiten des Beklagten verursacht worden seien, welche Hangsicherungsmassnahmen sich aufgedrängt hätten und ob diese im vorliegenden Fall angewandt worden seien. Komme nun D. zum Schluss, dass die errichtete Spundwand nutzlos und ungeeignet gewesen sei, äussere er sich zu einem Teil der zu beurteilenden Fragen. D. habe sich bereits zur Geeignetheit der getroffenen Hangsicherungsmassnahmen geäußert und diese beurteilt, ohne entsprechende Untersuchungen vorgenommen zu haben. Die Befangenheit sei daher klar. Die Wortwahl ("nutzlos") sei zudem herablassend. Daran ändere nichts, dass sich D. im übernächsten Satz nicht herablassend äussere.

#### **3.**

##### **3.1.**

Das Gericht kann auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei einer oder mehreren sachverständigen Personen ein Gutachten einholen. Es hört vorgängig die Parteien an (Art. 183 Abs. 1 ZPO). Für eine sachverständige Person gelten die gleichen Ausstandsgründe wie für die Gerichtspersonen (Art. 183 Abs. 2 ZPO). Eine Gerichtsperson tritt in den Ausstand, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse hat (Art. 47 Abs. 1 lit. a ZPO) oder aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein könnte (Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO).

Der allgemeine Ausstandsgrund der Befangenheit setzt wie bei Gerichtspersonen voraus, dass objektive Umstände (Tatsachen) vorliegen, welche den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen. Unmassgeblich



sind sowohl das subjektive Empfinden der ablehnenden Partei als auch der Umstand, dass sich die abgelehnte sachverständige Person selbst nicht befangen fühlt. Äusserungen der sachverständigen Person über eine Partei, andere Sachverständige oder die Streitsache können den Anschein der Befangenheit begründen, wenn sie unsachlich sind oder sonst den Verdacht nahelegen, dass die sachverständige Person in ihrer Beurteilung gegenüber einer Partei oder der Sache nicht mehr unvoreingenommen ist. Ist die sachverständige Person bekanntermassen Anhängerin einer bestimmten Lehrmeinung, "Schule" oder Methode, schliesst sie dies als neutrale Gutachterin nicht von vornherein aus, es sei denn, der Prozessausgang werde damit unmittelbar präjudiziert (ANNETTE DOLGE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 21 ff. zu Art. 183 ZPO). Umstände, welche geeignet sind, Misstrauen bezüglich der Unparteilichkeit der sachverständigen Person zu wecken, können ihre Ursache in organisatorischen oder funktionellen Belangen haben, sie können sich aber auch aus dem persönlichen Verhalten der sachverständigen Person ergeben (THOMAS WEIBEL, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FRANZ HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 23 zu Art. 183 ZPO).

### **3.2.**

#### **3.2.1.**

Im Verfahren OZ.2020.15 vor dem Bezirksgericht Zofingen geht es um die Frage, ob Aushubarbeiten auf dem Grundstück Nr. 155 des Beklagten dazu geführt haben, dass auf dem benachbarten oberhalb gelegenen Grundstück Nr. 960 des Klägers Schäden entstanden sind. Umstritten ist insbesondere, ob das Setzen einer Spundwand nach dem Voraushub als Sicherungsmassnahme genügend war und den Regeln der Baukunst entsprach (vorinstanzliche Akten OZ.2020.15 [VA] act. 3 - 5; 35 - 38).

#### **3.2.2.**

Der von der Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung als Gutachter eingesetzte D. führte in der Offerte der E. GmbH vom 19. Oktober 2021 unter dem Titel "1. Ausgangslage" aus (VA act. 121):

" Für das Bauvorhaben des Beklagten wurde auf der Parzelle xxx eine geböschte Baugrube erstellt. Nach dem Voraushub wurde eine Spundwand gesetzt, die jedoch weitestgehend nutzlos war. Dabei widersprechen sich der Beklagte und der Kläger, ob die Spundwand nun planmässig vor oder als Notmassnahme nach dem Eintreten von Bodenbewegungen gesetzt wurde. Wie dem auch sei, eine Spundwand ist als Hangsicherung im vorliegenden Fall nicht geeignet."

Gemäss Ziff. 4 der Offerte ("Leistungsbeschreibung") sind für die Erstellung des Gutachtens u.a. Bodenuntersuchungen (eine Sondierbohrung und eine Rammsondierung) mit Auswertung und Bericht, geotechnische Berechnungen des Bauzustands durch die F. AG, eine weitere Zustandsaufnahme

durch die G. AG und diverse weitere Abklärungen erforderlich (VA act. 123). Demzufolge kann das Gutachten nicht allein aufgrund der bereits vorhandenen Akten erstellt werden. Dessen ungeachtet äusserte sich D. bereits in Ziff. 1 der Offerte - mithin noch vor Erteilung des definitiven Auftrags - dahingehend, dass die nach dem Voraushub eingesetzte Spundwand weitestgehend nutzlos gewesen und eine Spundwand als Hangsicherung im vorliegenden Fall nicht geeignet gewesen sei. Bei dieser Aussage handelt es sich nicht um eine blosser Beschreibung der Ausgangslage für die Erstellung des Gutachtens, sondern um eine teilweise Würdigung des Sachverhalts. Damit hat D. die in der Verfügung der Vorinstanz vom 29. Juli 2021 vorgesehene Frage 7 zumindest teilweise schon beantwortet. Da D. seine Meinung zur Frage, ob die Spundwand als Massnahme zur Hangsicherung geeignet und ausreichend war, bereits vor der definitiven Auftragserteilung und vor Abschluss der vorgesehenen Untersuchungen gebildet und kundgetan hat, erscheint das Ergebnis des Gutachtens nicht mehr ohne weiteres als offen. Bei objektiver Betrachtung ist der Anschein der Befangenheit von D. deshalb zu bejahen (vgl. ALFRED BÜHLER, Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, AJP 1999 S. 570 f.).

An dieser Beurteilung nichts zu ändern vermögen die Ausführungen von D. in seiner Stellungnahme zum Ausstandsgesuch vom 7. Dezember 2021, wonach jeder Bauingenieur schon im Studium wisse, dass eine unten kaum eingespannte Wand nur sehr geringe Horizontalkräfte aufnehmen könne, und eine Spundwand praktisch nicht in einen kompakten Molassefels eingeschlagen werden könne (VA act. 144). Entscheidend ist, dass D. die Aussagen betreffend die Spundwand nicht in seinem Gutachten, sondern bereits in der Offerte für das Gutachten machte und sich damit in einer im Gutachten zu beantwortenden Frage verfrüht festlegte. Zur Prüfung des Anscheins der Befangenheit ist im vorliegenden Fall einzig auf Inhalt, Zeitpunkt und Kontext der beanstandeten Äusserung von D. abzustellen. Deshalb kommt es nicht darauf an, dass D. unbestrittenermassen über ausgewiesene Fachkompetenz und mehr als 50 Jahre berufliche Erfahrung verfügt, was es ihm erlaubt, Beobachtungen rasch einzuordnen (VA act. 145). Den Anschein der Befangenheit nicht zu beseitigen vermag auch der Umstand, dass aus dem Schiedsgutachten vom 31. August 2016 und den Ergänzungen dazu ebenfalls hervorgeht, dass die Spundwand als Hangsicherungsmassnahme im vorliegenden Fall nicht geeignet gewesen sei, womit dies den Parteien bereits bekannt gewesen sei, sind doch die im Schiedsgutachten beantworteten Fragen im von der Vorinstanz angeordneten Gutachten von einer gerichtlich eingesetzten sachverständigen Person erneut zu beantworten (Verfügung vom 29. Juli 2021 E. 1).

### **3.2.3.**

Gemäss den obigen Ausführungen ist der Ausstandsgrund von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO im vorliegenden Fall zu bejahen, da der Anschein der Be-

fangenheit von D. aufgrund seiner Ausführungen in der Offerte vom 19. Oktober 2021 besteht. In Gutheissung der Beschwerde ist deshalb die vorinstanzliche Verfügung aufzuheben und das Ausstandsgesuch gegen D. gutzuheissen.

**4.**

Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens hat der Kläger die obergerichtliche Entscheidgebühr zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO) und seine Parteikosten selbst zu tragen. Der anwaltlich vertretene Beklagte hat gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. b ZPO gegenüber dem Kläger Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung. Diese ist in Anwendung von § 8 i.V.m. § 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 2. Satz sowie § 6 AnwT zuzüglich einer Auslagenpauschale von 3 % (§ 13 Abs. 1 AnwT) und 7,7 % MWSt auf Fr. 1'360.00 festzusetzen.

---

**Das Obergericht erkennt:**

**1.**

In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichts Zofingen vom 13. Januar 2022 aufgehoben und stattdessen wie folgt entschieden:

Das Ausstandsgesuch gegen den im Verfahren OZ.2020.15 als Gutachter vorgesehenen D., Dr. sc. techn., dipl. Bau-Ing. ETH, E. GmbH, R., wird gutgeheissen.

**2.**

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 500.00 wird dem Kläger auferlegt und mit dem vom Beklagten in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet, sodass der Kläger dem Beklagten Fr. 500.00 direkt zu ersetzen hat.

**3.**

Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'360.00 (inkl. Auslagen und MWSt) zu bezahlen.

---

Zustellung an:  
den Kläger (Vertreterin)  
den Beklagten (Vertreter)  
den Gutachter  
die Vorinstanz

---

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

Gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 92, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

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. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. 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).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt **Fr. 140'256.80**.

---

Aarau, 30. Mai 2022

**Obergericht des Kantons Aargau**

Zivilgericht, 4. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Richli

Huber