

# Expertisierung vergänglicher Sachverhalte und Verbindlichkeit von Gutachten im Prozess

Autor(en): **Trümpy, Daniel**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizer Ingenieur und Architekt**

Band (Jahr): **115 (1997)**

Heft 11

PDF erstellt am: **24.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-79215>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Daniel Trümpy, Forch

## Expertisierung vergänglicher Sachverhalte und Verbindlichkeit von Gutachten im Prozess

**Im Bauen müssen mitunter vergängliche Sachverhalte expertisiert werden. Der Autor behandelt die Frage, welche Gutachtensarten sich hierfür besonders eignen.**

Die Aufgaben des Gutachters werden etwa wie folgt umschrieben (Vogel, S. 253): - Feststellung von Tatsachen aufgrund der Sachkunde, - Mitteilung von Erfahrungssätzen des Fachgebietes, - Beurteilung von Tatsachen aufgrund des Fachwissens und der daraus fliessenden Erfahrungssätze. Mitunter werden Sachverständige auch präventiv zur Verhinderung von Schadenfällen eingesetzt (sog. technische Überwachung; Hürlimann, S. 432). Keine Aufgabe des Gutachters, sondern eine solche des Richters ist hingegen diejenige der Rechtsanwendung.

Im Zusammenhang mit dem gestellten Thema geht es dem Autor namentlich um zwei Fragestellungen: Es stellt sich einerseits die Frage, bei welchen Arten von Gutachten grundsätzlich von einer Festhaltung eines vergänglichen Sachverhaltes mit vollem Beweiswert (im späteren Prozess) die Rede sein kann und bei welchen Gutachtensarten von einer solchen Festhaltung grundsätzlich und im Normalfall nicht gesprochen werden kann. Die Festhaltung «mit vollem Beweiswert» wird hier im Sinne der von Rohrer (S. 413 unten) gebrauchten Terminologie auch als beweismässig definitive Festhaltung bezeichnet und meint hier nichts anderes, als dass dem Gutachten nicht einer oder mehrere der unter dem übernächsten Titel behandelten Einwände entgegengehalten werden kann (können). Eine zweite Frage ist die, welche Verbindlichkeit ein Gerichtsgutachten und auch welche Verbindlichkeit ein Schiedsgutachten für den Richter im Prozess haben. Abgestellt wird im folgenden (im Sinne einer Auswahl) auf das zürcherische Recht. In terminologischer Hinsicht sei klargestellt, dass derjenige Privatgutachter, dem nur von einer Partei die Ausarbeitung eines Gutachtens übertragen ist, mitunter auch als Parteigutachter bezeichnet wird (Hürlimann, S. 434 oben; Widmer, S. 426). Im übrigen sei betreffend den technischen Experten auch auf den Aufsatz von Urs Hess-Odoni, «Der technische Ex-

perte - seine Rechte und Pflichten», in SI+A Nr. 24 vom 8. Juni 1995, S. 14 ff., verwiesen.

### Beweislast und beweismässig definitive Festhaltung vergänglicher Sachverhalte

Es gibt nicht selten Situationen, in denen der aktuelle («ursprüngliche») Zustand beweismässig definitiv festgehalten werden muss (z.B. müssen in einer konkreten Situation deshalb Mängel behoben werden, damit sie nicht noch grösser werden, selbstverständlich unter Wahrung eines allfälligen «Nachbesserungsrechts» des Unternehmers etwa im Sinne von Art. 169 Abs. 1 Satz 1 SIA-Norm 118). Gemeint ist mit anderen Worten die genügende Festhaltung «vergänglicher» Sachverhalte (und zwar namentlich auch im Hinblick auf einen späteren Prozess).

«Die Regeln über die Beweislast bestimmen die Folgen der Beweislosigkeit» (Vogel, S. 227). Jemand trägt aufgrund des materiellen Rechts zumeist die Beweislast für eine Tatsache (also die Folgen der Beweislosigkeit einer solchen). Hervorgehoben sei, dass es Beweislastverträge gibt und dieselben unter dem Vorbehalt von ZGB 27/OR 20 zulässig sind (Vogel, S. 234; vgl. BGE 85 II 504). Dies gilt auch für einen vergänglichen «ursprünglichen» Zustand, der sich im Zeitpunkt des Prozesses gegebenenfalls bereits geändert hat. An einer beweismässig definitiven Festhaltung einer vergänglichen Tatsache hat vorab - aber bei weitem nicht nur (man denke an den Gegenbeweis) - diejenige Partei ein Interesse, welche die Beweislast für dieselbe trägt.

*Beispiel: Ein Vorunternehmer hat ein fehlerhaftes Werk erstellt, wobei von den Beteiligten «angenommen» wird, dass die Fehlerhaftigkeit auf eine fehlerhafte Ausführungsanweisung des Bauherrn zurückgeht. Es wird bei der gegebenen Situation von den Beteiligten als möglich betrachtet, dass der Fehler des Vorunternehmer-Werkes zu einem Fehler des Nachunternehmer-Werkes führen wird. Überdies wird befürchtet, dass nach Vollendung des Werkes des Nachunternehmers weder die Fehlerhaftigkeit des Vorunternehmer-Werkes noch die «Ursächlich-*

*keit derselben» für die Fehlerhaftigkeit des Nachunternehmer-Werkes mehr gutachterlich festgestellt werden könnten. Wer ist hier an der beweismässig definitiven Festhaltung der Fehlerhaftigkeit des Vorunternehmer-Werkes und dessen Ursachen interessiert?*

Nicht von einer beweismässig definitiven Festhaltung möchte ich hingegen grundsätzlich und für den Normalfall dann sprechen, wenn dem Gutachten einer oder mehrere der unter dem übernächsten Titel behandelten Einwände entgegengehalten werden kann (können).

### Kein Gutachten ist der amtliche Befund

Der Gemeindeammann/Stadtammann ist kein Sachverständiger (er ist - nebenbei bemerkt - in Zürich auch der Betriebsbeamte). Der amtliche Befund (ein Rapport, evtl. mit Fotos, «wenn möglich» im Beisein der Parteien aufgenommen) ist keine Gutachterabklärung, sondern eine reine Tatsachenfeststellung eines Beamten. Vorausgesetzt ist, dass keine besondere Fachkenntnis nötig ist. Der amtliche Befund ist in der Zürcher Zivilprozessordnung im 5. Abschnitt betreffend «Beweissicherung» geregelt. Gemäss Sträuli/Messmer, N4 zu § 234 ZPO sowie Widmer, S. 428, hat der amtliche Befund die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde (ZGB 9; anderer Meinung möglicherweise Hürlimann, S. 451, unter Verweisung auf BR 1988 S. 13 Nr. 5) und wird er in einem nachfolgenden Prozess wie ein richterlicher Augenschein frei gewürdigt.

*Beispiel (bei Widmer, S. 428): Bei Regen wird der Gemeindeammann gerufen und hat die gemachten Feststellungen wie z.B. feuchter Boden zu rapportieren plus evtl. zu fotografieren; es ist aber nicht seine Sache, eine Ursachenabklärung vorzunehmen und zu beurteilen, warum der Boden feucht ist.*

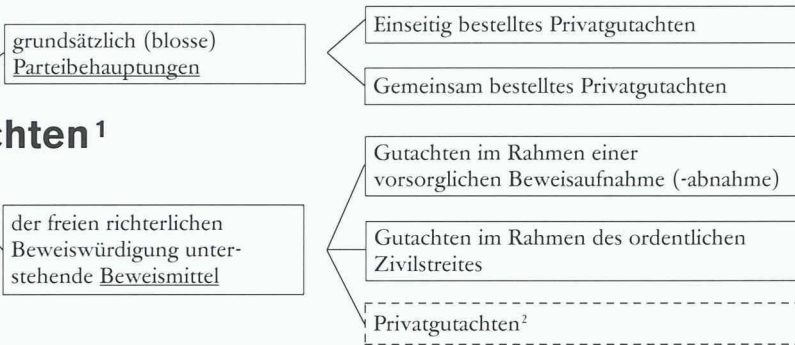
### Privatgutachten sind (grundsätzlich nur) Parteibehauptungen

Privatgutachten sind im Normalfall keine Beweismittel, sondern haben grundsätzlich nur die Bedeutung von Parteibehauptungen (Sträuli/Messmer, N2 zu § 171; Vogel S. 253 f.; Hürlimann, S. 450 f.; LGVE 1993 I, Nr. 20, S. 29 ff.).

Gemäss neueren Prozessordnungen soll der Richter Privatgutachten dennoch gegebenenfalls als Beweismittel würdigen können (vgl. auch BGE 86 II 134). Siehe in diesem Zusammenhang beispielsweise Appenzell Ausserrhoden 194 oder § 262 der aargauischen Zivilprozessordnung, welche letztere Bestimmung wie folgt lau-



## Gutachten<sup>1</sup>



<sup>1</sup> Eine Sonderstellung hat das Schiedsgutachten. Es untersteht namentlich nicht der richterlichen Beweiswürdigung, sondern ist für den Richter grundsätzlich verbindlich (siehe oben Ziff. 7).

<sup>2</sup> Zur Frage von Privatgutachten als Beweismittel siehe unter dem Titel «Privatgutachten sind (grundsätzlich nur) Parteibehauptungen».

tet: «Der Richter kann nach seinem Ermessen auch aussergerichtliche Gutachten zulassen.» (Siehe hiezu auch Eichenberger, N1 zu § 262 AG-ZPO).

Nicht eingetreten sei auf die Frage, ob der Richter dort, wo das anwendbare Prozessrecht keine derartige Bestimmung enthält, Privatgutachten dennoch als Beweismittel zulässt und zwar im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung. Zitiert sei in diesem Zusammenhang einerseits die Meinung von Sträuli/Messmer, N2 zu § 171 ZPO: «Gleichwohl wird gegen die beweismässige Anerkennung des Privatgutachtens eines anerkannten Fachmanns nichts einzuwenden sein, wenn dieses im Auftrag beider Parteien erstattet wurde (...).» Andererseits sei die in LGVE 1993 I Nr. 20 S. 30f. wiedergegebene Auffassung des Luzerner Obergerichts angeführt: «Richtig ist, dass nach neueren Zivilprozessordnungen der Richter die Privatexpertise als Beweismittel würdigen kann (...). Diese Möglichkeit besteht jedoch nur resp. gerade deshalb, weil diese Kantone entsprechende Bestimmungen in ihre neuen Zivilprozessordnungen aufgenommen haben. Demgegenüber besteht im Kanton Luzern weder in der geltenden noch im Entwurf zur neuen Zivilprozessordnung eine solche Regelung ... Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass auch der Entwurf zur neuen ZPO das Privatgutachten als Beweismittel ausschliesst.»

Selbst wenn der Richter das Privatgutachten als Beweismittel zulässt, so ist jedenfalls meines Erachtens dessen Beweiskraft dem Grundsatz nach und im Normalfall nicht als sehr hoch zu veranschlagen. Zunächst kann dem Privatgutachten der Einwand entgegengehalten werden, es sei nicht unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB verfasst worden. Dem gerichtlichen Sachverständigen droht nämlich für die Erstattung eines wissenschaft-

lich falschen Gutachtens eine Strafe bis zu fünf Jahren Zuchthaus (Art. 307 StGB), was beim Privatgutachter nicht der Fall ist. Alsdann kann dem Privatgutachten gegebenenfalls der Einwand entgegengehalten werden, es seien bei Einholung des Privatgutachtens die Grundsätze des rechtlichen Gehörs nicht gewahrt gewesen (z.B., die Parteien hätten bei der Ernennung des Privatgutachters keine Gelegenheit gehabt, mitzuwirken und etwa Ausschluss- oder Ablehnungsgründe geltend zu machen oder bei der Privatgutachter-Inspektion beizuwohnen oder dem Privatgutachter nach Vorlage der Privatexpertise Ergänzungs- oder Zusatzfragen zu stellen). Überdies besteht der Einwand, dass der Privatexperte das Privatgutachten grundsätzlich nicht als hoheitliche Verrichtung (siehe zur Gerichtsgutachter-tätigkeit als hoheitlicher Verrichtung Hürliemann, S. 480f.) verfasst. Das Privatgutachten hat daher nach der hier vertretenen Auffassung in einem ordentlichen Prozess im Normalfall keinen besonderen Beweiswert (Rohrer, S. 414). Anderer Meinung ist allerdings das Bundesgericht. Es vertritt in einem neueren unveröffentlichten Entscheid vom 29. September 1993 erneut die Auffassung, (gewissen?) Privatexpertisen dürfe (richterlich) durchaus volle Beweiskraft zuerkannt werden, «sofern der Sachverständige sein Gutachten aufgrund weitgehend vollständiger Informationen erstellt und solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen» (mit Verweisung auf BGE 113 IV 1, 104 V 209 E. c S. 212, 86 II 129 E. 3 S. 134).

Aus dem Dargelegten ergibt sich auch, dass meines Erachtens gegebenenfalls und grundsätzlich selbst mit einem von den Parteien gemeinsam bestellten Privatgutachten keine definitive Festhaltung eines vergänglich Zustandes erfolgt.

### Richterlich bestellte Gutachten (Gerichtsgutachten) sind Beweismittel

Im Rahmen einer vorsorglichen Beweisabnahme richterlich eingesetzter Gutachter: Gemäss § 231 ZPO nimmt der Einzelrichter im Kanton Zürich im summarischen Verfahren Beweise ab, bevor der Prozess rechtshängig wird. Voraussetzung ist, dass ein Anspruch auf rasche Tatbestandsfeststellung besteht (siehe beispielweise Art. 367 OR) oder dass glaubhaft gemacht wird, die Beweisabnahme sei später erschwert oder unmöglich (sog. Beweisgefährdung). An die Glaubhaftmachung der Beweisgefährdung werden keine strengen Anforderungen gestellt (Hürliemann, S. 440). Im Bauen ist diese Voraussetzung gemäss Widmer (S. 430) etwa dann erfüllt, wenn es um Mängel geht und diese Mängel wieder behoben werden müssen, damit nicht noch grösserer «Schaden» entsteht. Die vorsorgliche Beweisabnahme erlaubt es, den aktuellen Zustand (auch vergängliche Sachverhalte) beweismässig definitiv festzuhalten (Rohrer, S. 413).

Im Rahmen des ordentlichen Zivilstreites richterlich eingesetzter Gutachter: Das Gericht zieht im ordentlichen Zivilstreit dann einen Sachverständigen bei, wenn es zur Beweiserhebung besonderer Kenntnisse bedarf, über die weder das Gericht noch einzelne seiner Mitglieder verfügt (§ 171 ZPO). Ein Problem kann nun darin bestehen, dass es im Zeitpunkt der Einleitung eines ordentlichen Zivilstreites einen vergänglichen Zustand (Sachverhalt) unter Umständen bereits nicht mehr geben kann.

### Verbindlichkeit von Gerichtsgutachten für den Richter?

Das Gerichtsgutachten untersteht der freien richterlichen Beweiswürdigung (Hürliemann, S. 450). Betreffend Schlüssigkeit und Beweiskraft eines technischen Gutachtens stellt das Bundesgericht etwa in BGE 118 Ia 144 (allerdings betreffend einem Strafprozess) was folgt fest: «In Sachfragen weicht der Richter nur aus triftigen Gründen von einer gerichtlichen Expertise ab. Die Beweiswürdigung und die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen ist Aufgabe des Richters. Dieser hat zu prüfen, ob sich aufgrund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint dem Richter die Schlüssigkeit einer Expertise in wesentlichen Punkten zweifelhaft, hat er nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung



dieser Zweifel zu erheben. Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann einen Verstoss gegen Art. 4 BV (Verbot willkürlicher Beweiswürdigung) nach sich ziehen.»

### Schiedsgutachten und deren Verbindlichkeit

Schiedsgutachter ist ein Experte, der von zwei oder mehreren Baubeteiligten mit der verbindlichen Feststellung einer oder mehrerer rechtserheblicher Tatsachen betraut wird. Bekannt ist die Abgrenzung zwischen dem Schiedsgutachter und dem Schiedsrichter, welcher letzterer als «Privatrichter» über die Gesamtheit eines Streitfalls entscheidet (Hürlimann, S. 443f.). Hürlimann (S. 442) vertritt die Auffassung, der Schiedsgutachter könne auch mit der verbindlichen Feststellung einzelner Rechtsfragen (z.B. Verschuldensanteile, Rechtzeitigkeit der Mängelrüge usw.) betraut werden. Gemäss Vogel (S. 357) hat der Schiedsgutachter keine Befugnis zum Entscheid über Rechte und Rechtsverhältnisse. Das Schiedsgutachten ist grundsätzlich sowohl für die Parteien als auch für das Gericht verbindlich. Namentlich ist freie Beweiswürdigung ausgeschlossen, da die im Schiedsgutachten enthaltenen Feststellungen im Normalfall als bewiesen angenommen werden müssen. Nicht gegeben ist die Bindungswirkung aber etwa bei schweren Verfahrens- und Inhaltsmängeln (Hürlimann, S. 452). Als sehr interessant erscheint im gegebenen Zusammenhang die von Soutter (S. 36) getroffene Feststellung, dass es regelmässig nicht an den Versicherern liegt, weshalb es nicht häufiger zu schiedsgutachterlichen Abklärungen kommt.

### Exkurs: Zur Haftung bei fehlerhaftem Gutachten

*Ein Beispiel: Der Gutachter wird bei Fehlern eines Bauwerks gefragt, nach welcher Methode die Fehler zu verbessern seien. Nach einem halben Jahr zeigt sich, dass die vom Gutachter in der Expertise angeführte Nachbesserungsmethode falsch war und zu Fehlern*

*der Nachbesserungsarbeit geführt hat. Aufgeworfen ist die Frage nach der Haftung des Experten.*

Haftung des Privatgutachters: Der Vertrag betreffend die entgeltliche Verfassung eines Gutachtens wird heute als Werkvertrag «qualifiziert» (Hürlimann, S. 461 und S. 435f.). Wird ein mangelhaftes Gutachten abgeliefert, so trifft den Gutachter daher die werkvertragsrechtliche Sachmängelhaftung der Art. 367ff. OR. Die Bestellerschaft des Gutachters hat insbesondere deren Prüfungs- und Rügeobligiertheit betreffend das Gutachten ordnungsgemäss nachzukommen. Verjährungsrechtlich sei namentlich auf die Einjahresfrist von Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 OR sowie auf die Fünfjahresfrist von Art. 371 Abs. 2 OR hingewiesen. (Zur Haftung aus Verzug, aus unerlaubter Handlung und für Ratschläge, Auskünfte und Empfehlungen, zur Haftung aus Lauterkeitsrecht sowie den Besonderheiten der Haftung des Schiedsgutachters siehe im einzelnen namentlich Hürlimann, S. 466ff.).

Haftung des Gerichtsgutachters: Gemäss Hürlimann (S. 481) ist der Gerichtsgutachter im Kanton Zürich «nebenamtlich oder vorübergehend» tätige Person im Sinne von § 4 Haftungsgesetz. «Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung hoheitlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt», haftet der Staat gemäss dieser Auffassung im Kanton Zürich direkt und kausal (§ 6 Haftungsgesetz) (Hürlimann, S. 482). Dem Geschädigten steht kein Anspruch gegen den Beamten zu. Gemäss § 15 Haftungsgesetz besteht im Kanton Zürich eine Regressvorsatzsetzung darin, dass der Beamte den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet hat.

### Fazit

Trägt eine Partei die Beweislast für einen vergänglichen Sachverhalt, so kann meines Erachtens für sie gegebenenfalls die blosser Festhaltung desselben in einem Privatgutachten problematisch sein.

Die Feststellungen des Schiedsgutachters sind für den Richter grundsätzlich verbindlich. Gerichtsgutachten unterste-

**Hinweise auf Gerichtsentscheide:** BGE 86 II 134; BGE 95 II 368; BGE 105 II 3; BGE 118 Ia 144ff.; LGVE 1993 I Nr. 20 S. 29ff.

**Literaturauswahl** (zitiert wird im Text einzig mit dem Familiennamen des Autors): *Eichenberger Kurt*, Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, Baden 1987; *Guldener Max*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979; *Hess-Odoni Urs*, Der technische Experte - seine Rechte und Pflichten, Schweizer Architekt und Ingenieur, Nr. 24, 8. Juni 1995, S. 14ff.; *Hürlimann Roland*, Der Architekt als Experte, bei Gauch/Tercier, Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte, 3. Aufl., Fribourg 1995; *Robrer Beat*, Aspekte des Bauzivilprozesses, bei Lendi/Nef/Trümpy (a.a.O.), S. 403ff.; *Soutter Guy*, Expertisen aus der Sicht einer Versicherungsgesellschaft, in: SIA-Dokumentation D 016, Zürich 1987, S. 33ff.; *Sträuli Hans/Messmer Georg*, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1982; *Vogel Oscar*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Bern 1992; *Widmer Christian*, Ingenieur, Architekt und Unternehmer als Gerichtsexperten, bei Lendi/Nef/Trümpy (a.a.O.), S. 425ff.

hen demgegenüber der freien richterlichen Beweiswürdigung, wobei der Richter gemäss BGE 118 Ia 144 in Sachfragen nur aus triftigen Gründen von einer gerichtlichen Expertise abweicht.

Adresse des Verfassers:

*Daniel Trümpy*, Dr. iur., Im Dornacher 2, 8127 Forch.