

---

**13. Kolloquium "Baurecht heute" vom 29. Januar 2020**

im Auditorium FORUM ST. PETER der Credit Suisse, Zürich

---

**Was nützen Gutachten?**

Referat von Tobias Müller, MLaw, Rechtsanwalt

**Einleitung**

Sie sind insbesondere in der Baubranche fast nicht mehr wegzudenken. Die Gutachten.

Ich möchte Ihnen heute einen kurzen Überblick darüber verschaffen, welche Arten von Gutachten es überhaupt gibt, zu welchem Zeitpunkt diese Ihnen von Nutzen sein können und insbesondere auch wie diese – aus anwaltlicher Sicht – zu würdigen sind.

Ein Gutachten wird insbesondere dann benötigt, wenn es um komplexere wissenschaftliche oder technische Fragen geht. Die Beweggründe, weshalb wir uns bei solchen Fragen auf ein Gutachten verlassen möchten, lassen sich vereinfacht auf zwei Gründe reduzieren: Einerseits ist dies der Fall, wenn wir selbst die Antwort auf eine Frage nicht wissen, beispielsweise dann, wenn uns die nötige Erfahrung oder das nötige Equipment fehlt, den fraglichen Sachverhalt selbst zu durchleuchten, andererseits wollen wir stets dann ein Gutachten, wenn wir jemand anderen von etwas überzeugen wollen bzw. diesem beweisen möchten, dass wir recht haben. Insbesondere im letzteren Fall scheint es daher vorteilhaft, wenn wir durch eine dritte, fachkundige Person unseren Standpunkt festigen können.

Im Nachfolgenden werde ich zwischen den Privat-/Parteigutachten, Gutachten, die von einem Gericht eingeholt werden (kurz: gerichtliche Gutachten) und schliesslich den Schiedsgutachten unterscheiden, wobei ich das Augenmerk vornehmlich auf die Privatgutachten legen werde.

**Privatgutachten**

Bei den Privatgutachten möchte ich noch eine weitere Triage vornehmen, nämlich eine Unterscheidung danach, zu welchem Zeitpunkt ein solches Privatgutachten eingeholt bzw. verwendet wird. Dies kann einerseits ausserprozessual/ausserstreitig geschehen, also zu einem Zeitpunkt, in dem noch kein Streit mit einer anderen Partei besteht bzw. noch gar keine Gegenpartei vorhanden ist, andererseits auch vorprozessual, wenn also schon eine Meinungsverschiedenheit mit einem anderen besteht, diese aber noch nicht gerichtlich eskaliert ist. Schliesslich werde ich mich dem Nutzen eines Privatgutachtens in einem laufenden Prozess zuwenden.

Mit dem ausserprozessualen Szenario möchte ich mich an dieser Stelle nicht zulange aufhalten. Die Ausgangslage ist hier relativ klar: Dem Auftraggeber des Gutachtens fehlen Informationen, die er durch die Fachkunde eines Experten einkaufen will. Der Nutzen des Gutachtens ist ebenso einleuchtend: Der Erhalt eben dieser gewünschten Informationen. Dies können beispielsweise Information zum Baugrund oder zur Bausubstanz sein, anhand derer sodann entschieden wird, ob und wie ein Bauprojekt realisiert werden kann.

Spannender ist sodann der Umgang mit Privatgutachten, wenn bereits ein Streit mit mindestens einer weiteren Partei entbrannt, aber noch nicht gerichtlich eskaliert ist, wir uns also im vorprozessualen Szenario befinden. Können sich die Streitparteien beispielsweise nicht einigen, ob ein Mangel tatsächlich ein Mangel ist oder ob ein Mangel auch ursächlich für einen Folgeschaden war, so wird in erster Linie derjenige, der gegenüber dem anderen einen Anspruch zu haben glaubt, je nach Komplexität des Sachverhaltes einen Gutachter mit der Klärung der streitigen Frage beauftragen.

Ist das Gutachten sodann erstellt und zieht – aus der Perspektive der Auftragsgebers – die richtigen Schlüsse, möchte man damit gegenüber seinem Streitpartner den eigenen Anspruch belegen und gegebenenfalls auch beziffern.

In aller Regel erfolgt sodann aber zunächst die folgende Reaktion des Gegenübers: «Ich erkenne dieses Gutachten nicht an».

Auch wenn eine solche Rückmeldung zunächst enttäuschend ist, ist in diesem Moment – und insbesondere auch dann, wenn sich der Streitpartner bereits anwaltlich beraten lässt – kaum eine andere Antwort zu erwarten. Nicht nur hatte der Streitpartner zu diesem Zeitpunkt gegebenenfalls noch nicht die Zeit, das Gutachten vertieft zu studieren, vielmehr wird er ganz grundsätzlich Zweifel an der Korrektheit des Gutachtens haben, insbesondere weil er nicht weiss, ob es sich dabei um ein Gefälligkeitsgutachten handelt oder nicht. Schliesslich möchte er zu diesem Zeitpunkt auch noch nichts anerkennen, was er später allenfalls bereuen könnte.

Diese anfängliche Verweigerungshaltung muss indes nicht bedeuten, dass die Einholung des Privatgutachtens nutzlos war. Die Erfahrung zeigt, dass oftmals in einer späteren Reaktion – nach weiteren Gesprächen – doch eine zumindest teilweise Lösung gefunden werden kann. Dies vor allem dann, wenn der Streitpartner Gelegenheit hatte, das Privatgutachten – allenfalls unter Beizug eines eigenen Experten – zu prüfen und dabei zum Schluss kommt, dass der behauptete Anspruch des Auftraggebers des Privatgutachtens in der Tat bestehen könnte, weshalb ein allfälliges Gerichtsverfahren voraussichtlich nur weitere Kosten generieren würde.

Sollte auch zu einem späteren Verhandlungszeitpunkt auf Grundlage des Privatgutachtens keine einvernehmliche Lösung gefunden werden können, nützt ein solches Gutachten vorprozessual aber immerhin noch dahingehend, dass anhand des Gutachtens die Prozesschancen besser abgeschätzt werden können und allenfalls auch beurteilt werden kann, wo sich gewisse Beweisschwierigkeiten ergeben könnten

Dies leitet uns sodann über in das prozessuale Szenario, also in den Fall, bei dem ein Verfahren vor Gericht schon anhängig gemacht worden ist oder zumindest die Einleitung einer Klage unmittelbar bevorsteht.

Man könnte nun meinen, dass ein Privatgutachten, welches in einen Prozess eingebracht wird, sogleich für klare Fronten sorgt und grundsätzlich vom zuständigen Gericht nur noch abgesegnet werden und die daraus abgeleiteten Forderungen bejaht werden müssten.

Doch hier folgt die grosse Ernüchterung: Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes (vgl. bspw. BGE 141 III 433) stellt ein Privatgutachten kein Beweismittel dar, sondern hat lediglich den Stellenwert einer Parteibehauptung. Ein Privatgutachten beweist demnach für sich alleine noch nichts. Die Gründe hierfür wurden bereits im Rahmen der vorangegangenen vorprozessualen Ausführungen angeschnitten: Bei einem Privatgutachten besteht weder für die Gegenpartei noch für das urteilende Gericht Gewähr, dass das Gutachten objektiv ist, sich auf alle massgeblichen Fakten stützt und auch nicht durch die Instruktion des Auftraggebers in eine Richtung gelenkt worden ist, die nicht die Wahrheit widerspiegelt.

Nichtsdestotrotz ist ein Privatgutachten ein geeignetes Mittel, um den eigenen Vorteil zu befördern. Dies nämlich dann, wenn das Privatgutachten derart in den Prozess und die Rechtsschriften eingebracht und bestenfalls mit eigentlichen Beweismitteln kombiniert wird, dass es der Gegenseite nicht mehr möglich ist, sich mit pauschalen Bestreitungen zur Wehr zu setzen. Ein Privatgutachten im Prozess kann also dabei helfen, die Gegenseite in Erklärungsnot zu bringen, was vor Gericht immer von Vorteil ist.

### **Gerichtliches Gutachten**

Anders als ein Privatgutachten stellt ein gerichtliches Gutachten, also ein Gutachten, das von einem Gericht von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei in Auftrag gegeben wird, ein Beweismittel dar (vgl. Art. 168 Abs. 1 lit. d. ZPO). Dies liegt insbesondere darin begründet, dass die sachverständige Person – also der Gutachter – von Gesetzes wegen neutral sein muss und sogar unter Strafandrohung zur Wahrheit verpflichtet ist. Durch diese Voraussetzungen soll garantiert werden, dass das Gutachten möglichst objektiv ausfällt, was bei einem Privatgutachten eben nicht gewährleistet werden kann.

Das Gutachten wird sodann vom Gericht nicht unabhängig von den Parteien in Auftrag gegeben, vielmehr können sich diese zur Person des Gutachters äussern und auch entsprechende (Ergänzungs-)Fragen beantragen. Hierbei kann wiederum ein Privatgutachten nützlich sein. Nämlich dann, wenn der durch den gerichtlichen Gutachter zu beleuchtende Sachverhalt derart komplex oder technisch ist, dass es sinnvoll erscheint, vorgängig parteiintern zu klären, welche Fragen der gerichtliche Gutachter konkret beantworten soll, um ein möglichst vorteilhaftes Gutachten zu erhalten.

Auch als offizielles Beweismittel wird das gerichtliche Gutachten aber vom Gericht nicht ohne Weiteres unbesehen übernommen. Wie alle Beweismittel unterliegt es der sogenannten freien Beweiswürdigung durch das Gericht; die Richter bilden sich also ihre persönliche Meinung über den Inhalt des Gutachtens, insbesondere über dessen Korrektheit und Plausibilität und setzen es dabei auch in den Kontext mit allenfalls anderen vorhandenen Beweismitteln. Da aber ein gerichtliches Gutachten grundsätzlich nur dann in Auftrag gegeben wird, wenn dem Gericht selbst die notwendige Fachexpertise fehlt und deshalb auf

«externes» Wissen angewiesen ist, darf ein Gericht von den Erkenntnissen des Gutachtens nur aus triftigen Gründen abweichen, d.h. bspw. bei Widersprüchlichkeiten, aktenwidrigen Erkenntnissen oder Unvollständigkeit, andernfalls es ja das eigene «Unwissen» über das Wissen des Experten stellen würde.

Das gerichtliche Gutachten hat demnach zwar einen erheblichen Stellenwert, dessen Inhalt wird indes dennoch nicht leichtfertig als absolute Wahrheit angesehen. In diesem Zusammenhang kann es für eine Partei, für die ein gerichtliches Gutachten zu ungünstigen Erkenntnissen gelangte, ein eigenes Privatgutachten von Nutzen sein, um das Gericht durch die eigenen fachkundigen Abklärungen vom Vorliegen triftiger Gründe, welche gegen das gerichtliche Gutachten sprechen, zu überzeugen. Dies bedeutet freilich nicht, dass dann dem Privatgutachten per se ein höherer Stellenwert beigemessen und dieses sodann für das Gericht verbindlich würde; vielmehr dürfte ein Gericht diesfalls entweder eine Korrektur der Unzulänglichkeiten durch den gerichtlich ernannten Experten verlangen oder aber ein (gerichtliches) Zweitgutachten einholen, welches aber unter Umständen vorteilhafter für die eigene Partei ausfallen könnte. Kurz gesagt: Ein Privatgutachten kann dabei helfen, ein gerichtliches Gutachten zu falsifizieren oder zumindest zu relativieren.

### **Schiedsgutachten**

Abschliessend möchte ich mich noch dem Schiedsgutachten im Sinne von Art. 189 ZPO zuwenden. Bei diesem vereinbaren die Parteien – vorprozessual oder aber auch erst in einem laufenden Prozess –, dass eine strittige Frage abschliessend von einer gemeinsam beauftragten, sachverständigen Person beantwortet werden soll. «Abschliessend» bedeutet dabei nichts anderes, als dass die beurteilte Frage quasi ausser Streit gestellt wird und damit nicht mehr strittig sein soll.

Sollte eine Partei mit den Erkenntnissen des Schiedsgutachtens nicht einverstanden sein, so wäre eine gerichtliche Überprüfung des Gutachtens nur sehr eingeschränkt möglich. Wir haben bereits im Zusammenhang mit dem gerichtlichen Gutachten gesehen, dass ein solches Gutachten zwar vom Gericht überprüft und gewürdigt wird, aber nur beim Vorliegen triftiger Gründe davon abgewichen werden darf. Beim Schiedsgutachten ist diese Schwelle nochmals höher anzusetzen. Ein Gericht würde nur eine cursorische Überprüfung des Schiedsgutachtens vornehmen, weshalb es auch nur eine offensichtliche Parteilichkeit oder eine offensichtliche Unrichtigkeit erkennen und monieren könnte und würde.

Ein Schiedsgutachten kann demnach einschneidende Wirkungen zeitigen, weshalb es auch an gewisse Voraussetzungen gebunden ist. Zunächst muss die Einholung eines solchen Gutachtens schriftlich vereinbart werden. Dies bedeutet ein Zweifaches: Einerseits muss bei beiden Parteien der klare Wille bestehen, eine Streitfrage durch das Schiedsgutachten ausser Streit zu stellen, andererseits muss dieser Wille auch beidseitig schriftlich festgehalten werden. Eine konkludente Vereinbarung ist demnach nicht möglich.

Im Weiteren wird verlangt, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien frei verfügbar ist. Ein Schiedsgutachten wäre demnach bei Statusfragen («bin ich der Vater dieses Kindes?») nicht möglich. Zudem dürfen gegen den Schiedsgutachter keine Ausstandsgründe vorliegen, wobei hier der gleiche Massstab angesetzt wird wie bei Gerichtspersonen. Der Schiedsgutachter darf also insbesondere an der Sache kein persönliches Interesse haben oder in einer qualifizierten Nähe zu einer der Parteien stehen.