

Das Baugutachten – die Sicht des Prozessanwalts

Michael Kaufmann
Advokat, MLaw

Ausgangslage

- Bauen als komplexer Vorgang (technisch und rechtlich)
- Auseinandersetzungen / Streitfälle
- Ermittlung des „*wahren*“ Sachverhalts?
- Verständnis von technischen Aspekten (bspw. für die Feststellung der Mangelhaftigkeit eines Bauwerks)
- Gutachten unentbehrlich (Abhängigkeit der Gerichte)

Beweismittel

- Schriftlicher oder mündlicher Bericht (Art. 187 Abs. 1 ZPO)
- Sachverständige Person auf einem bestimmten Gebiet
- Auskunft zu gewissen Aspekten des behaupteten Sachverhalts
- Aussagen über „*rechtserhebliche, streitige Tatsachen*“ (Art. 150 Abs. 1 ZPO)

3

Entscheidungshilfe

- Sachverständige Person = Schlüsselfigur des Bauprozesses
- Démission du juge?
- BGE 113 II 429, E. 3a: „*Rechtsfragen abschliessend zu beurteilen, ist aber nicht Sache der Experten*“
- Ungünstiges Gutachten >> verlorener Prozess

4

Das Baugutachten

- Zeitpunkt der Expertisierung
- Die Einholung des Gutachtens
- Fragen an den Sachverständigen (Gutachterfragen)
- Würdigung des Gutachtens durch das Gericht
- Umgang mit dem Gutachten durch die Parteien

5

Ausserhalb des Hauptprozesses

- Vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO)
- Privatgutachten
- Amtliche Befundaufnahme (367 II OR)

6

Vorsorgliche Beweisführung (I)

- Art. 158 ZPO:
 - Gesetzlicher Anspruch
 - Gefährdung der Beweismittel
 - schutzwürdiges Interesse } glaubhaft machen
- Keine Prüfung der Erheblichkeit des Beweisthemas
- Rechtsfrage kann nicht Beweisgegenstand sein

7

Vorsorgliche Beweisführung (II)

- Mängel behaupten (Abweichung einer vereinbarten Eigenschaft des Werks)
- Beweissicherung in Bezug auf den aktuellen Zustand
- Prozessprophylaxe: Ursache? Sanierungsmassnahmen? Mängelbehebungskosten?
- Kostentragung durch Gesuchsteller (o/e)
- Vorsorgliche Massnahme, aber Verfahrensdauer

8

Privatgutachten

- Kein zulässiges Beweismittel nach BGer: Wertlos?
- Beweissicherung
- Basis für das Behauptungsverfahren
- Privatgutachter als „*sachverständiger Zeuge*“?
- Auswirkungen auf Baustellenklima

9

Revision ZPO

Urkundenbegriff nach Art. 177 ZPO (Entwurf):

Art. 177 Begriff

Als Urkunden gelten Dokumente, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen, wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen sowie private Gutachten der Parteien.

Und das gemeinsam in Auftrag gegebene Privatgutachten?

10

Amtlicher Befund (Art. 367 Abs. 2 OR)

- Gesetzlicher Anspruch i.S. von Art. 158 ZPO
- Keine Beweisgefährdung, kein Mangel nötig
- Sachverständiger prüft, ob Werk mangelfrei oder mangelhaft
- Befund schriftlich festhalten >> Wirkung eines gerichtlichen Gutachtens
- Keine Rechtsfragen
- Geringe praktische Relevanz

11

Im Hauptprozess

- Vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO)
- Gutachten nach Art. 183 ZPO

Art. 183 Grundsätze

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.

² Für eine sachverständige Person gelten die gleichen Ausstandsgründe wie für die Gerichtspersonen.

³ Eigenes Fachwissen hat das Gericht offen zu legen, damit die Parteien dazu Stellung nehmen können.

12

Antrag auf Einholung Gutachten

- Art. 55 Abs. 1 ZPO: Antrag einer Partei
- Anspruch auf Bestellung eines Sachverständigen
- Voraussetzung: Form- und fristgerechte Beantragung
- Einholung von Amtes wegen: Ausnahme

13

Voraussetzungen der Beweisabnahme

- Art. 150 Abs. 1 ZPO: «rechtserhebliche, streitige Tatsachen»
- Behauptungs- und Substanziierungslast
- Fehlende tatsächliche Darlegung kann nicht durch Beweis Antrag geheilt werden
- Tatsachenbehauptung <> Beweismittel
- «nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen (...) werden kann» (BGE 127 III 365, E. 2b)

14

Zur Substanziierungslast

BGer 4A_412/2019 vom 27. April 2020, E. 7.4.2.1.:

«Jedoch kann vom Kläger vernünftigerweise nicht verlangt werden, dass er vor der Durchführung eines Beweisverfahrens die entscheiderelevanten technischen Aspekte bis ins letzte Detail darlegt, würde dies doch die gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche faktisch verunmöglichen.»

«Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, gelten meist als besonders substantiiert.»

«Der Umstand, dass der Experte den (...) behaupteten Kausalzusammenhang bejahte, muss (...) als Behauptung genügen, auch wenn dieser die technischen Modalitäten des Kausalzusammenhangs nicht detailliert darlegte.»

15

Verfahren zur Einholung des Gutachtens (I)

- Anhörung der Parteien vor Erteilung des Gutachterauftrags (Art. 183 Abs. 1 ZPO)
 - Grundsätzliches
 - Sachverständige Person
 - Inhalt des Gutachtens (Expertenfragen)
 - Kosten

16

Verfahren zur Einholung des Gutachtens (II)

- Ernennung und Beauftragung durch Gericht
- Experteninstruktion (Art. 185 Abs. 1 ZPO)
 - Fragenkatalog
 - Weisungen
- Stellungnahme der Parteien sowie Änderungs- oder Ergänzungsanträge (Art. 185 Abs. 2 ZPO)
- Endgültige Fragenformulierung: Sache des Gerichts

17

Gutachterfragen (I)

- Informationsstand der fragenden Person entscheidend
- Sorgfältige, klare und präzise Formulierung
 - (fachtechnischer) Sachverstand
 - Kenntnis der Rechtslage
- Nur Aussagen zu Tatsachen, nicht aber Rechtsfragen
- Kernstück der Experteninstruktion

18

Gutachterfragen (II)

«Liegt bei diesem Werk ein Mangel vor, d.h. liegt eine Abweichung des Ist-Zustandes vom Soll-Zustand vor?»

- Ist-Zustand: Tatfrage
- Soll-Zustand: Was ist vertraglich geschuldet? Rechtsfrage
- Vertragsabweichung: Rechtsfrage
- Expertenbefund ist verbindlich – unter dem Vorbehalt, dass der Richter die Vertragsinterpretation bestätigt

19

Gutachterfragen (III)

«Kommen für die allenfalls festgestellten Mängel andere (Teil-)Ursachen in Betracht, wie namentlich der Vorzustand der Fensterläden?»

- Suggestivfragen sind unzulässig (Neutralitätsgebot)
- Keine Beeinflussung des Experten

«Kommen für die allenfalls festgestellten Mängel andere (Teil-)Ursachen in Betracht, ~~wie namentlich der Vorzustand der Fensterläden?~~»

20

Erstattung des Gutachtens

- i.d.R schriftlich, allenfalls Anordnung der Erläuterung in der Verhandlung (Art. 187 Abs. 1 OR)
- Freie Beweiswürdigung durch das Gericht:
 - Vollständigkeit
 - Nachvollziehbarkeit
 - Schlüssigkeit
- Ergänzungsfragen durch das Gericht?

21

Erläuterungsanträge / Ergänzungsfragen (I)

- Art. 187 Abs. 4 ZPO: Antragsrecht
- Nur beim ungünstigen Gutachten?
- Erfordernis der Relevanz (kurze Begründung)
- Konkrete Formulierung notwendig
- Keine nachträgliche Einführung neuer Sachverhaltselemente
- Auch nach erfolgter Erläuterung und Beantwortung der Ergänzungsfragen gilt Art. 187 Abs. 4 ZPO

22

Erläuterungsanträge / Ergänzungsfragen (II)

- Erläuterung
 - Verständnisschwierigkeiten
 - Verdeutlichung, Präzisierung
- Ergänzung
 - Vervollständigung
 - Ergänzungsbedarf

23

Erläuterungsanträge / Ergänzungsfragen (III)

Zugeständnisse zugunsten Parteigutachten:

«Ist tatsächlich auszuschliessen, dass aufgrund der von der Klägerin genannten Ursache Wasser in das Gebäude eindringt?»

Lücken, Widersprüche etc.:

«Wie begründet der Gutachter, dass die vorhandenen Risse in der Betonfassade nicht auf die festgestellte Bewehrung zurückzuführen ist?»

24

Erläuterungsanträge / Ergänzungsfragen (IV)

Unzulässige neue Sachvorbringen:

«Wie kann sich der Gutachter erklären, dass die im Jahre 1994 aufgetragene Farbe bis 2011 problemlos gehalten hat, wenn gemäss den beigezogenen Malern (vgl. Beilage 1) heute aufgrund der Feuchte der Mauer nicht gemalt werden kann?»

25

Mängel des Gutachtens

- Art. 188 ZPO: Widerruf und Beauftragung einer anderen sachverständigen Person
- Ergänzung und/oder Erläuterung
- Pflichtverletzungen des Gutachters

26

Vorgespielte Unabhängigkeit

- Unabhängigkeit und Unbefangenheit > jeglicher Anschein der Befangenheit ist zu vermeiden
- Ausstandsvorschriften nach Art. 47 ZPO
- Ausstandsbegehren sofort nach Kenntnis des Ausstandsgrundes (Art. 49 ZPO)
- Verletzung der Ausstandspflichten >> Expertise unbeachtlich

27

Unzulässige Sachverhaltsermittlung

- Abweichung von der Fragestellung
- Stellungnahme zu nicht strittigen und nicht behaupteten Punkten (überschiessendes Beweisergebnis?)
- Vermischung von Tatsachen und Werturteilen
- Ergänzende Abklärungen ohne gerichtliche Bewilligung

28

Exkursionen in die Juristerei

- Rechtsfragen sind nicht zu beantworten
- Kein Vordringen in Rechtsfragen, keine rechtlichen Ausführungen
- Ausnahme: Mangel als Rechtsfrage
- Abgrenzung: Sache des Gerichts
- Auch Exkursionen in andere Fachgebiete sind unzulässig (Selbstüberschätzung)

29

Beizug von Hilfspersonen

- Höchstpersönlichkeit der gutachterlichen Leistung
- Beizug von Hilfspersonen ohne Befugnis
- Keine Aufklärung über Beizug von Hilfskräften

30

Unzulässige Schlussfolgerungen

- Keine solide Erarbeitung der tatsächlichen Grundlagen
- Erkenntnisse werden von den Sachverhaltsermittlungen nicht getragen
- Erheblicher Einfluss auf die Beweiskraft

31

Bemerkenswertes zum Schluss

- Substanziierungserfordernis als Einfallstor
- Mitwirkung an den Gutachterfragen
- Würdigung hinsichtlich der Beweiskraft des Gutachtens

32