SWISS EXPERTS INFO

Edition / Ausgabe / Edizione / Edition 1.1.2019

Bulletin d'information de la
Informationsbulletin der
Bulletin d'informazione della
Newsletter of the

et/und/e/and

Chambre Suisse des experts judiciaires techniques et scientifiques
Schweizerischen Kammer technischer und wissenschaftlicher Gerichtsexperten
Camera svizzera degli esperti giudiziari tecnici e scientifici
Swiss chamber of Technical and Scientific Forensic Experts

Swiss Experts Certification SA (SEC)
Certification de personnes selon ISO 17024
Personenzertifizierung nach ISO 17024
Certificazione delle persone secondo la norma ISO 17024
Certification of persons according to ISO 17024

EXPERTISEN – NUTZEN, RISIKEN UND DIE VERANTWORTUNG DES EXPERTEN

ROLAND HÜRLIMANN, DR. IUR., LL.M., RECHTSANWALT, ZÜRICH

«Artikel erschienen an der Baurechtstagung, Freiburg 2011.»

I. Ausgangslage

II. Nutzen von Expertisen
- A Expertise als Instrument zur Beweissicherung
- B Expertise als Instrument zur Entscheidungshilfe
- C Expertise als Instrument zur Streiterledigung

III. Risiken von Expertisen
- A Risiken in der Person des Sachverständigen
- B Risiken in Bezug auf Form und Aufbau von Gutachten
- C Typische Risiken bei der Erstattung einer Expertise
- D Typische Risiken im Umgang mit Expertisen

IV. Die Verantwortung des Privatgutachters
- A Die Haftung aus Schlechterfüllung
- B Die Haftung aus Verzug
- C Die Haftung aus «rechtlicher Sonderverbindung» (Vertrauenshaftung)
- D Die Haftung aus unerlaubter Handlung
- E Verjährung der Ansprüche gegen den Privatgutachter

V. Die Verantwortung des Gerichtsexperten
- A Die Gutachtertätigkeit als quasi-hoheitliche Aufgabe
- B Die Haftung des Gerichtsgutachters nach Verantwortlichkeitsgesetz
- C Die Haftung des Gerichtsexperten nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung

EXPERTENSUCHE

Die Mitglieder der Schweizerischen Kammer technischer und wissenschaftlicher Gerichtsexperten und die zertifizierten Expertinnen und Experten finden Sie mittels Stichwortsuche im Internet:

RECHERCHE D'EXPERTS

Vous pouvez trouver les membres de la Chambre suisse des experts judiciaires techniques et scientifiques ainsi que les experts certifiés à l'aide de mots clés aux adresses internet suivantes:

RICERCA ESPERTI

Può avvenire con l'inserimento di parole chiavi nel sito internet:

SEARCH FOR EXPERTS

Experts for a particular task can be found on the internet with the aid of keywords:

www.swiss-experts.ch
www.experts-certification.ch
www.international-experts.ch

Zieglerstrasse 29
CH-3007 Bern
T +41 31 838 68 68
office@swiss-experts.ch

IMPRESSUM

Redaktion: Schweizerische Kammer technischer und wissenschaftlicher Gerichtsexperten und Swiss Experts Certification SA.
Sekretariat: Zieglerstrasse 29 , CH-3007 Bern, T 031 838 68 72. Empfänger: Zertifizierte Expertinnen und Experten, Mitglieder der Schweizerischen Kammer technischer und wissenschaftlicher Gerichtsexperten, Gericht, Versicherungen und andere interessierte Kreise.

I. AUSGANGSLAGE

Bauen ist komplex, in technischer und rechtlicher Hinsicht. Auseinandersetzungen auf dem Bau liegen heute regelmässig Fragestellungen zugrunde, deren Entflechtung und Beurteilung selbst qualifizierten Fachleuten zuweilen Mühe bereitet. Umgekehrt entwickelt sich auch das «Baurecht» immer mehr zu einer eigentlichen Spezialdisziplin. Es ist daher nicht erstaunlich, dass im Streitfall die Gutachtertätigkeit eine zunehmend wichtigere Rolle spielt. Expertisen sind heute – sowohl für Behörden und Gerichte wie auch für Private und deren Anwälte – praktisch *unentbehrlich.* Nach Erhebungen in Deutschland, die auch für die Schweiz zutreffen dürften, schliessen sich Gerichte in rund 95% aller Baufälle den Ausführungen des Sachverständigen an [1].

Häufig ist streitig, wie und weshalb es zu Mängeln, zu Ausmass-Differenzen, zu Mehraufwendungen oder etwa zu Bauverzögerungen gekommen ist. Bauvorgänge werden bei der Realisierung der Bauten nur lückenhaft dokumentiert und der Umstand, dass bei einem Projekt zahlreiche Beteiligte involviert sind, erschwert im Nachhinein die Beurteilung, wer welches Fehlverhalten zu vertreten hat und welche rechtlichen Konsequenzen daraus abzuleiten sind.

Expertisen sind daher von *grossem Nutzen,* und den Ergebnissen der gutachterlichen Tätigkeit kommt regelmässig eine *weitreichende Bedeutung* zu. Die mit dem Streitfall betrauten Richter, selbst Fachrichter eines Handelsgerichts, sehen sich nach Projektbeendigung (verständlicherweise) oftmals ausser Stande, den «wahren» Sachverhalt ohne gutachterliche Unterstützung zu ermitteln. Zur Durchführung des Beweisverfahren ist der Beizug von Sachverständigen daher unabdingbar und Expertisen «entscheiden» regelmässig über den Erfolg oder Misserfolg des Beweisverfahres und beeinflussen nicht selten auch den Ausgang des Gerichtsverfahrens. Insofern ist der Sachverständige in der Tat *die Schlüsselfigur* praktisch eines jeden Bauprozesses, auch wenn sich die Beteiligten bewusst bleiben, dass die Vorlage von Expertisen keine «démission du juge» zur Folge haben darf [2].

Expertisen bergen auch *Risiken.* Sachverständige sind Experten auf einem Gebiet, das der Richter nicht beherrscht. Die korrekte Würdigung einer Expertise gehört zu den schwierigsten Aufgaben eines Gerichtes überhaupt. Der Richter muss, obgleich er mutmasslich nicht über ausreichend eigene Sachkunde zur Beantwortung einzelner Beweisthemen verfügt, die mit dem Gutachten unterbreiteten Tatsachenbefunde überprüfen respektive die Schlussfolgerungen des Experten nachvollziehen. Die Beteiligten dürfen daher von Sachverständigen nicht nur ein überdurchschnittliches Mass an fächerüberschreitendem Wissen erwarten; sie dürfen – darüber hinaus – voraussetzen, dass sich die Verfasser von Expertisen über ein gewisses Grundverständnis auch für juristische Fragestellungen auszeichnen, wollen sie ihrer verantwortungsvollen Position als «Hilfspersonen des Gerichts» gerecht werden.

[1] PRECHTEL/OBERHEIM, Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess, 4. Auflage, Köln 2009, S. 432.

[2] BGE 113 II 432: «Rechtsfragen abschliessend zu beurteilen, ist… nicht Sache der Experten».

II. NUTZEN VON EXPERTISEN

A EXPERTISE ALS INSTRUMENT ZUR BEWEISSICHERUNG

1. Expertise zur Prüfung des entstehenden Bauwerkes: Vorbereitung und Realisierung eines Projektes sind anspruchsvoll und verlangen von allen Baubeteiligten ein höchstes Mass an professioneller Planung, Ausführung und Koordination. Leistungen und Arbeitsvorgänge auf einer Baustelle sind so zu planen, dass das Projekt mit einem ungestörten Bauablauf, das heisst mit dem planmässigen Einsatz der kalkulierten personellen und maschinellen Ressourcen, realisiert werden kann. Der optimale Einsatz und die optimale Auslastung mit Arbeitskräften, Geräten oder Maschinen bedingen regelmässig eine dichte Vernetzung der Bauvorgänge. Eine solche vernetzte Ablaufplanung hat umgekehrt zur Folge, dass zahlreiche Leistungen nach Fertigstellung nur noch mit grossem Aufwand auf ihre Vertragskonformität geprüft werden können. Gerade bei grösseren Bauvorhaben sind die Baubeteiligten daher – bereits vor der Abnahme – auf ein fortlaufendes *Qualitäts-Management* angewiesen, um die vereinbarten und vorausgesetzten Anforderungen an die Qualität, an die Organisation und an die Arbeitsabläufe sicherstellen zu können. Dies verlangt den frühzeitigen Beizug von Sachverständigen, welche zur fortlaufenden Bestandesaufnahme (zuweilen als Teil- oder Zwischenprüfungen) vor Weiterbau beigezogen werden müssen. Sinnvoll und notwendig ist der Beizug eines Sachverständigen (meist eines Privatgutachters) gelegentlich schon bei Projektbeginn, zumindest aber während der Bauausführung, sei dies zur frühzeitigen Ermittlung von Projektierungs- und Baumängeln, zur Beurteilung von gelieferten Anlageteilen, Materialien und Baustoffen oder sei dies zur Formulierung einer im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausreichenden Mängelrüge [3].

Die rechtzeitige Veranlassung einer Expertise kann zum Vorteil des Unternehmers, des Bauherrn oder eines weiteren Beteiligten sein. Der Bauherr ist oftmals gar nicht in der Lage, die Vertragskonformität der erbrachten Leistungen zu überprüfen [4]. Selbst offensichtliche Mängel [5] werden ohne rechtzeitige Expertise häufig gar nicht bemerkt. Zudem ist für Bauherren der einzuschlagende Weg im Mängelrüge-Prozedere nicht immer klar ersichtlich, erst recht nicht, welchem Beteiligten letztlich ein erkannter Mangel zuzuschreiben ist. Häufig läuft der Bauherr ohne Beizug eines aussenstehenden Sachverständigen Gefahr, seine Mängelrechte zu verwirken [6].

2. Expertise zur unabhängigen Begleitung des Bauherrn: Der Beizug eines Sachverständigen kann sich selbst dann rechtfertigen, wenn der Bauherr bereits durch einen Ingenieur oder durch einen Architekten vertreten ist. Denn: *Planer* als bausachverständige Projektverfasser oder Bauleiter des Bauherrn befinden sich zuweilen in *einem Interessenkonflikt.* Muss der Planer sein eigenes Werk, d. h. namentlich die Vertragskonformität der Projektierung beurteilen, so besteht – zumindest latent – die Gefahr, dass der Bauherr nicht ausreichend objektiv über allfällige Ansprüche aus planerischen Fehlleistungen aufgeklärt wird.

3. Expertisen als vertragliche Pflichterfüllung bei Werkverträgen unter Einbezug der SIA-Norm 118: Wird auf Basis der SIA-Norm 118 gebaut, so ist der Bauherr in mehrfacher Hinsicht auf sachverständige Klärungen angewiesen. Nach Art. 5 *SIA-Norm 118* hat er die örtlichen Begebenheiten (auch von benachbarten Bauwerken) zu ermitteln und das Ergebnis vollumfänglich in den Ausschreibungsunterlagen festzuhalten, «unter Hinweis auf erkannte Vorschriften und Gefahren». Angaben zur Beschaffenheit des Baugrunds wird der Bauherr regelmässig gutachterlich klären müssen; auf die Ergebnisse einer sachverständigen Baugrund-Expertise darf sich der Unternehmer ohne Nachprüfung verlassen (Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118). Auch für weitere *Bestandes- und Zustandsaufnahmen* wird der Bauherr von Vorteil einen externen Sachverständigen beiziehen. Nach *Art. 111 SIA-Norm 118* hat «der Bauherr auf seine Kosten den Bestand und Zustand fremder Sachen (wie z. B. Grundstücke, Bauten, Verkehrswege, Leitungen, Grundwasservorkommen, Quellen), die im möglichen Einflussbereich der Arbeiten liegen», noch vor deren Beginn durch beweissichernde Massnahmen festzuhalten [7]. Solche Beweiserhebungen ermöglichen es dem Bauherrn, zu nachträglich behaupteten Veränderungen der benachbarten Grundstücke oder anderer fremder Sachen Stellung zu nehmen und ungerechtfertigte Ansprüche Dritter (z. B. für geltend gemachte Riss- oder Senkungsschäden) abzuwehren.

[3] GAUCH/SCHUMACHER, KommSIA 118, N 1 ff. zu Art. 111; MESSERLI, S. 223 f.

[4] Zur Beweislast im Bauprozess: BÜHLER, S. 292 ff.; SCHUMACHER, Beweisprobleme, S. 157 ff.

[5] Zum Mangel-Begriff im Allgemeinen: GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1355 ff; zum «offensichtlichen» Mangel, der auch als «Folgemangel» bezeichnet wird: Nr. 2075; ferner BGE 117 II 427. Zum «Entwicklungsmangel»: BGer 4A.77/2008 und BGer 4A.297/2008 (6.10.2008) = BR/DC 2009, S. 57, Nr. 118 mit Anm. PICHONNAZ; dazu auch PICHONNAZ, La Pierre de l'Yonne, S. 162.

[6] Vgl. BGer 4C.125/2005 E. 5; BGer 4C.231/2004 E. 2.3.

[7] Vgl. dazu im Einzelnen: GAUCH/SCHUMACHER, KommSIA 118, N 4 ff. zu Art. 111.

Gelangt die SIA-Norm 118 zur Anwendung, ist der Bauherr und seine Bauleitung ferner berechtigt, bereits während der Ausführung der Arbeiten *Qualitätsuntersuchungen* (z. B. Stoffproben nach *Art. 137), Belastungsproben, Messungen oder andere Prüfungen am Bauwerk (vgl. Art. 139)* anzuordnen. Die Anordnung solcher Prüfungen gehört zur Aufsichtstätigkeit der Bauleitung [8]. Häufig wird die Bauleitung (zumindest bei grösseren Projekten) diese Proben und Prüfungen nicht selber durchführen, sondern entweder den Unternehmer in die Prüfungstätigkeit einbeziehen oder die Untersuchung einem unabhängigen Sachverständigen übertragen. Der Unternehmer hat zwar grundsätzlich keinen vertraglichen Anspruch darauf, dass solche Prüfungen vorgenommen werden [9]; doch kann er unter Hinweis auf eine drohende Beweisgefährdung beim zuständigen Gerichtspräsidium eine vorsorgliche Beweisführung (nach Art. 158 ZPO-CH) erzwingen, welche ihm (durch die Anordnung von Belastungsproben oder «anderer Prüfungen am Bauwerk») die Vertragskonformität seiner Bauleistung zum Zeitpunkt des Einbaus bestätigt.

4. Expertise zur Prüfung der Abnahmebereitschaft: Im Einzelfall kann sich der Bauherr veranlasst sehen, gestützt auf die Vollendungsanzeige des Unternehmers für die gemeinsame Abnahmeprüfung (vgl. Art. 158 SIA-Norm 118) einen Sachverständigen beizuziehen, weil die SIA-Norm 118 in Verschärfung der gesetzlichen Bestimmung von Art. 370 Abs. 1 OR von einem stillschweigenden *Verzicht* auf erkannte Mängel ausgeht, die ein allfälliges *Prüfungsprotokoll* nicht aufführt. Dieselbe Verzichtsfiktion gilt für Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung *offensichtlich* waren, jedoch nicht geltend gemacht wurden. Im zweiten Fall ist die Vermutung sogar «unwiderleglich» (Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118) [10]. Das Recht, «nach Ablieferung des Werkes» eine «Prüfung des Werkes und durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes zu verlangen», steht unter den Voraussetzungen von Art. 367 Abs. 2 OR [11] «jedem Teil» des Werkvertrages zu, also auch dem Unternehmer, der sich vom Richter die Vertragskonformität seiner Leistungen oder allenfalls auch die (abnahmebereite) Fertigstellung seiner Leistungen zur Vermeidung einer Pönale bescheinigen lassen will.

5. Expertise für die Schlussprüfung vor Ablauf der Rügefrist: Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 rechtfertigen kann sich der Beizug eines Sachverständigen auch für die sogenannte *«Zwei-Jahres-Abnahme»,* also die gemeinsame Schlussprüfung vor dem Ablauf der zweijährigen Rügefrist (vgl. Art. 177 SIA-Norm 118). Diese Schlussprüfung findet «auf Verlangen der einen oder der anderen Seite» statt und beinhaltet das Recht, zum Zweck der Beweissicherung gemeinsam den Zustand des Werkes feststellen zu lassen. Das Ergebnis dieser Schlussprüfung kann in einem von den Beteiligten *unterschriftlich anerkannten Protokoll* oder in einer gemeinsam veranlassten Expertise festgehalten werden. Mit den im Protokoll aufgeführten Mängeln kann der Bauherr belegen, dass er eine Beanstandung vor Ablauf der Rügefrist ordnungsgemäss angezeigt hat [12]. Gerade bei komplexen Bauprojekten, bei denen der Unternehmer mit dem Werkvertrag eine *Haltbarkeits- oder Funktionsgarantie* abgegeben hat, kann die Schlussprüfung der Klärung dienen, ob der Unternehmer seine vertraglichen Zusicherungen «auf Zeit» eingehalten hat. Der Unternehmer kann mit einer gutachterlich begleiteten Schlussprüfung unter Umständen den Nachweis führen, dass es sich bei den nachträglichen Beanstandungen nicht um einen verdeckten Mangel handelt, der eine Vertragsabweichung darstellt.

B EXPERTISE ALS INSTRUMENT ZUR ENTSCHEIDUNGSHILFE

1. Expertise im Rahmen eines Gerichtsverfahrens: Sowohl die bisherigen kantonalen Zivilprozessordnungen (ZPO) wie auch die neue Schweizerische ZPO anerkennen die Beweisführung durch Sachverständigengutachten. Nach Art. 183 ZPO-CH kann das Gericht «auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen» bei einer oder mehrerer sachverständigen Personen ein Gutachten einholen. Der Richter wird immer dann eine Expertise veranlassen, wenn die Abklärungen des Sachverhaltes oder die Beweiserhebungen besondere Kenntnisse verlangen, über die weder das Gericht noch einzelne seiner Mitglieder verfügen. Die Notwendigkeit für den Beizug von gerichtlichen Sachverständigen besteht in Bauprozessen *praktisch ausnahmslos,* insbesondere wenn es um die Beurteilung von Mängeln oder von anerkannten Regeln der Bautechnik geht. Baurechtliche Auseinandersetzungen sind sowohl von der Aufarbeitung der tatbeständlichen Grundlagen wie auch von der Zuordnung der Verantwortlichkeiten unter die zahlreichen Baubeteiligten regelmässig aufwendig und komplex. Dazu kommt, dass bei der Realisierung einer Baute immer häufiger auch Aspekten Rechnung zu tragen ist, die den gängigen und traditionellen Rahmen der Bautechnik und Wissenschaft sprengen.

8 GAUCH/PRADER, KommSIA 118, N 3 zu Art. 137 und N 6 zu Art. 139; vgl. auch Art. 34 Abs. 1 und 2 SIA-Norm 118.

9 GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1475 f.

10 GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2633 ff.; HÜRLIMANN, Werkabnahme gemäss SIA-Norm 118 und die Mängelhaftung, BRT 2007, S. 149.

11 Durch die richterliche Bezeichnung einer sachverständigen Person zur Prüfung eines Werkes nach Art. 250 lit. b Ziffer 4 ZPO-CH.

12 GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2712; GAUCH, KommSIA-Norm 118, N 16 ff. zu Art. 179.

Selbst Handelsgerichte sehen sich oftmals ausser Stande, ihren Entscheid einzig und allein auf den technischen Sachverstand ihrer Fachrichter abzustützen. Zwar genügt nach Lehre und Rechtsprechung die Fachkunde eines einzigen Gerichtsmitgliedes [13], doch ob dessen Meinungsäusserung tatsächlich an die Stelle einer Expertise tritt, hängt vor allem auch davon ab, ob der sachverständige Richter die übrigen Mitglieder des Gerichtes und die Parteien (vgl. Art. 184 Abs. 3 ZPO-CH [14]) restlos zu überzeugen vermag. Der Beizug eines Sachverständigen ist auch bei Fachgerichten namentlich dann am Platz, «wo überdurchschnittliche, wissenschaftlich fundierte Facherfahrung erforderlich ist oder wo es sich um komplizierte, dem Durchschnittsfachmann nicht ohne weiteres geläufige Fragen» [15] handelt.

Im Rahmen des Beweisverfahrens haben die Parteien einen *Anspruch auf Bestellung eines Sachverständigen,* vorausgesetzt, dass dieses Beweismittel prozessual form- und fristgerecht beantragt worden ist (Art. 152 ZPO-CH). Nach Massgabe von Art. 183 ZPO-CH ist das Gericht sogar von *Amtes wegen* berechtigt, einen Sachverständigen beizuziehen [16]. Dies ist namentlich dann erforderlich, wenn dem Richter die notwendigen Fachkenntnisse zur Beurteilung der Streitsache fehlen. Ausnahmsweise ist das Gericht allerdings befugt, den beantragten Beizug eines Sachverständigen zu verweigern, etwa dann, wenn der Antragssteller es unterlässt, ausreichende Anhaltspunkte darzutun, welche auf die behaupteten Mängel schliessen lassen [17].

Über welche Leistungen bzw. Vorgänge sich die Expertise zu äussern hat, entscheidet der Richter im Rahmen des Beweisbeschlusses oder mit dem Fragenkatalog, den er mit den Parteien abspricht (Art. 184 Abs. 2 ZPO-CH). In Bauprozessen sind Art und Inhalt der Beweisthemen an die Sachverständigen äusserst vielfältig [18].

Im Vordergrund stehen häufig Fragestellungen

- *zur Feststellung resp. Messung von Tatsachen* (z. B. zur Ermittlung von Materialqualitäten, zur Messung von Schall- oder Immissionswerten, etc.),
- *zur sachkundigen Beurteilung resp. Bewertung von Tatsachen* (z. B. zur Ermittlung der Tragfestigkeit einer Stahlkonstruktion, etc.) oder etwa der Sollbeschaffenheit (Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch),
- *zur Ermittlung von Erfahrungs- oder Wissensätze des fraglichen Fachbereichs* [19] (z. B. Verkehrs- resp. Ertragswertschätzungen von Gebäulichkeiten, etc.),
- *zur Ermittlung der zu einem bestimmten Zeitpunkt geltenden «anerkannten Regeln der Technik».*

2. Expertise im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung: Bei Nachweis eines *schutzwürdigen Interesses* oder einer *Beweisgefährdung* können Bauherr und Unternehmer beim zuständigen Gericht eine vorsorgliche Beweisführung verlangen (Art. 158 ZPO). Eine Beweisgefährung liegt vor, wenn Umstände dargelegt werden, die darauf schliessen lassen, dass bei längerem Zuwarten die Gefahr des Verlustes des Beweismittels besteht oder die Beweisführung wesentlich erschwert würde [20]. Dass derartige Umstände bestehen, ist *glaubhaft* zu machen, wobei in der Regel an die Glaubhaftmachung der Beweisgefährdung keine strengen Anforderungen gestellt werden. Ist die *Gefahr* des Verlustes eines Beweismittels so *dringend,* dass die Gegenpartei nicht zur Verhandlung geladen werden kann, kann die Beweisabnahme im Einzelfall ohne ihre Anwesenheit stattfinden; das Ergebnis der Beweisabnahme ist der nicht teilnehmenden Partei aber unverzüglich mitzuteilen und es ist ihr Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (Art. 265 ZPO-CH) [21]. Von einer vorgängigen Ladung bzw. Anhörung der Gegenpartei soll jedoch nur in wirklich dringenden Fällen abgesehen werden [22].

13 GULDENER, S. 348; SJZ 1960, S. 161, Nr. 72.

14 Art. 183 Abs. 3: «Eigenes Fachwissen hat das Gericht offen zu legen, damit die Parteien dazu Stellung nehmen können».

15 FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 5 zu § 171 ZPO-ZH.

16 DOLGE, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 183 ZPO; WEIBEL, ZPO-Kommentar, N 9 zu Art. 183 ZPO; differenzierend: REETZ, Der Beweis im Bauprozess, S. 122 Fn. 12.

17 BGE 68 II 140 f.

18 In der Schweiz gibt es soweit ersichtlich keine Statistiken über die Fragestellungen an Experten und über Art, Häufigkeit oder Ursachen der begutachteten «Baumängel». Ein Blick nach Deutschland ergibt jedoch interessante Rückschlüsse auch für die Schweiz (BAYERLEIN, Der Sachverständige, BauR1989, S. 397 ff.; PIEPER/BREUNUNG/STAHLMANN, Sachverständige im Zivilprozess, München 1982, S. 127 ff..): Daraus folgt, bei isolierter Betrachtung nur der Bauschäden, dass im Hochbau offenbar deutlich über die Hälfte der begutachteten Bauschäden *auf mangelhafte Planung, Berechnung und Bemessung,* also letztlich auf ein mangelhaftes Architekten- und Ingenieurwerk zurückzuführen sind. Häufig stösst man bei der Betrachtung der Gutachtenerstattung offenbar auf die Tatsache, dass die *Baugrundverhältnisse* bei der Planung des Bauwerkes ungenügend oder gar nicht untersucht worden sind. Zudem sind anscheinend zahlreiche Bauschäden auf mangelhafte *bauphysikalische und erdstatische Kenntnisse* zurückzuführen. Schlecht funktionierende *Drainagen und mangelhafte Abdichtungen* sind weitere Schwerpunktbereiche der Schadensursachen. Offenbar gehören auch *defekte Aussenwände und undichte Flachdächer* zu einem bedeutenden Teil zu den durch Gutachten erfassten Bauschäden.

19 BGE 118 Ia 144 f.; BGE 113 II 431.

20 GUYAN, Basler Kommentar, N 3 f. zu Art. 158 ZPO; REETZ, Der Beweis im Bauprozess, S. 126 ff.; VOGEL/SPÜHLER, 10 N 92. An der Dringlichkeit fehlt es, wenn ein Begehren zur blossen Beweissicherung für den Hauptprozess resp. zu dessen Vermeidung gestellt wird: ZWR 1990, S. 229 ff. = BR/DC 1992, S. 44, Nr. 89 mit Anm. VOGEL. Vgl. auch ZR 1994, Nr. 21, S. 89 ff.

21 SPRECHER, Basler Kommentar, N 35 ff. zu Art. 265 ZPO.

22 GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1040.

Nicht zu prüfen ist die *Erheblichkeit des Beweisthemas* [23]. Sind die Voraussetzungen erfüllt, ist die gerichtliche Beweisführung zu bewilligen, ungeachtet dessen, ob der Richter der Auffassung ist, dass der Anspruch des Antragsstellers in der Hauptsache (z. B. auf Nachbesserung) begründet ist oder nicht [24]. *Gegenstand einer vorsorglichen Beweisabnahme* ist in erster Linie die Beweissicherung. Ein im Rahmen dieses Verfahrens zu erstattendes Gutachten muss indessen nicht notgedrungen auf die Feststellung eines bestimmten Zustands des Werkes beschränkt werden. Vielmehr kann es ratsam sein, den Sachverständigen im Sinne der Prozessprophylaxe auch zur *Verursachung* [25], zu den möglichen *Massnahmen einer Sanierung* und zu den mutmasslichen *Mängelbeseitigungskosten* zu befragen.

Eine grosszügige Handhabung der Beweissicherung mag in zahlreichen Fällen der Streitverhütung oder der Prozessvereinfachung dienen. Eine umfassende und aussagekräftige Expertise entspricht zudem im Regelfall dem Bedürfnis der Parteien. Dennoch obliegt die Beweiswürdigung und Entscheidungsfällung ausschliesslich dem Gericht, namentlich auch die Feststellung, welche Beschaffenheit das Werk nach dem Inhalt des konkreten Vertrages haben sollte [26].

3. Expertise im Rahmen einer amtlichen Befundnahme: Sowohl nach Gesetz (Art. 367 OR) wie auch nach der SIA-Norm 118 (Art. 158 ff.) hat der Besteller nach der Ablieferung [27] dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Der Besteller kann die Prüfung selber durchführen [28] oder er kann, und hier setzt Art. 367 Abs. 2 OR ein, beim Gericht verlangen, dass die Prüfung *durch einen Dritten* (einen Sachverständigen) durchgeführt wird [29]. Die werkvertragliche Bestimmung gibt indessen nicht nur dem Besteller, sondern *auch dem Unternehmer* das Recht, «auf seine Kosten eine Prüfung des (abgelieferten) Werkes und die Beurkundung des Befundes zu verlangen». Die Tatbestandsaufnahme wird somit durchgeführt, sobald es eine «Partei» des Werkvertrages verlangt. Die Besonderheit des Verfahrens liegt darin, dass Auswahl und Bestellung des Experten wie auch die Durchführung der Mängelfeststellung *unter richterlicher Kontrolle* stehen. Zuständig zur Ernennung des Sachverständigen ist *das Gericht* und zwar am Orte der Werkablieferung [30].

Das Vorgehen im Sinne von Art. 367 Abs. 2 OR verlangt für die Einleitung des Verfahrens lediglich das Begehren einer Partei auf amtliche Bestellung des Sachverständigen. Weitere Voraussetzungen sind, wenn das Bauwerk abgenommen ist, nicht darzutun. Vorausgesetzt ist weder eine (drohende) Beweisgefährdung noch die Wahrscheinlichkeit eines Mangels [31]. Der Anordnung auf Mängelfeststellung kann sich die Gegenpartei nicht mit dem Argument widersetzen, es fehle an der Notwendigkeit für die amtliche Befundaufnahme. Der zuständige Richter hat einen Sachverständigen zu ernennen, sobald es der Bauherr oder der Unternehmer verlangt. Die Bestimmung von Art. 367 Abs. 2 OR hat als bundesrechtliches Institut auch in die neue Schweizerische ZPO Eingang gefunden. Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO weist den Richter an, jederzeit Beweis abzunehmen, wenn das Gesetz (hier also Art. 367 Abs. 2 OR) einen entsprechenden Anspruch gewährt. Die amtliche Beweissicherung und die Ernennung des Sachverständigen sind im «summarischen Verfahren» durchzuführen (Art. 250 lit. b Ziff. 4 ZPO).

23 REETZ, Der Beweis im Bauprozess, S. 126 ff.; VOGEL/SPÜHLER 10 N 92.

24 BGer 5P.496/2006 E. 3: Eine Hauptsachenprognose im richterlichen Beweisabnahmeverfahren ist nicht erforderlich.

25 So VOGEL, Streit und Streiterledigung, S. 79; Derselbe, Anm. zu BR/DC 1990, S. 81, Nr. 119 und 122.

26 BGE 113 II 432; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1041.

27 Nach Art. 158 der SIA-Norm 118: Gemeinsame Prüfung des Bauwerkes innert Monatsfrist nach der Vollendungsanzeige.

28 Es besteht keine Pflicht zum Beizug eines Sachverständigen (BGE 107 II 176), ausser der Werkvertrag oder die Umstände würden ausnahmsweise eine fachmännische Prüfung verlangen (GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2124).

29 BGE 107 II 172; dazu im Einzelnen: BÜHLER, Zürcher Kommentar, N 45 zu Art. 367 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2124; KOLLER, Berner Kommentar, N 30 zu Art. 367 OR; ZINDEL-PULVER, Basler Kommentar, N 22 zu Art. 367 OR.

30 BGE 96 II 270 f.. Nach Art. 13 ZPO-CH: entweder am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist (lit. a) oder am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b).

31 GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1517.

C EXPERTISE ALS INSTRUMENT ZUR STREITERLEDIGUNG

1. Expertise als Beweismittel im Prozess: Die Klärung der technischen Aspekte stellt häufig einen Hauptstreitpunkt in der Auseinandersetzung zwischen Bauherr und Unternehmer dar. Von daher kommt überzeugenden Expertisen regelmässig eine *streitschlichtende Funktion* zu, die es den Prozessparteien erlaubt, ihren Disput vor dem eigentlichen Prozessende einvernehmlich zu bereinigen. Denn: Gerichtlich eingeholte Expertisen gelten als *«zulässiges Beweismittel»* (Art. 168 Abs. 1 lit d). Die Parteien wissen, dass der Richter vom fachmännischen Befund des Gerichtsexperten *nicht ohne triftige Gründe* abweichen wird [32]. Expertisen unterliegen zwar – wie andere Beweismittel – der *freien Beweiswürdigung* (Art. 157 ZPO-CH). Doch wird ein Gericht nur dann von den Schlussfolgerungen einer Expertise abweichen, wenn Zweifel an der Objektivität oder an der fachlichen Befähigung des eingesetzten Sachverständigen bestehen oder wenn das Gutachten widersprüchliche Äusserungen enthält bzw. die nachfolgende Einvernahme Differenzen in wichtigen Punkten ergibt.

Privatgutachten bilden demgegenüber nach der neuen Schweizerischen ZPO für sich selbst *keinen Beweis,* sie haben rechtlich lediglich die *Bedeutung von Parteibehauptungen.* Verschiedene moderne kantonale Zivilprozessordnungen enthielten zwar Bestimmungen, wonach auch Privatgutachten als Beweismittel zu berücksichtigen sind (vgl. z. B. § 262 ZPO-AG; Art. 118 ZPO-SG; § 194 ZPO-AR). Die neue Schweizerische ZPO hat hingegen (trotz gegenteiligem Vorentwurf; Art. 182 VE-ZPO) darauf verzichtet, Privatgutachten als Beweismittel zuzulassen [33]. Nach Massgabe von Art. 175 ZPO-CH dürfen die Parteien aber immerhin Privatgutachter *als sachverständige Zeugen* im Prozess anrufen. Ungeachtet ihrer Bedeutung als blossen Parteibehauptung werden Privatgutachten auch in Zukunft für die richterliche Meinungsbildung von nicht zu unterschätzender Bedeutung sein, namentlich etwa, um die Schlüssigkeit oder Relevanz einer gerichtlich eingeholten Expertise zu überprüfen.

2. Expertise im Rahmen eines Schiedsgutachtens: Wollen die Parteien bereits vor Prozesseinleitung einzelne strittige Punkte verbindlich klären und ausser Streit stellen, so können sie einen Schiedsgutachter einsetzen, was Art. 189 der neuen Schweizerischen ZPO nun explizit zulässt [34]. Die Besonderheit des Schiedsgutachtens besteht darin, dass ein Sachverständiger bereits vor Prozesseinleitung mit der Klärung «streitiger Tatsachen» betraut werden kann, ohne dass ein Gericht mitwirken müsste, dieses aber dennoch in einem nachfolgenden Beweisverfahren an die vom Schiedsgutachter «festgestellten Tatsachen» gebunden bleibt [35]. Dies gilt nach Massgabe und unter den Voraussetzungen von Art. 189 Abs. 3 ZPO-CH jedenfalls dann, wenn das Schiedsgutachten «nicht offensichtlich unrichtig ist», gegen den beigezogenen Sachverständigen kein Ausstandsgrund vorlag und wenn das Schiedsgutachten ohne Bevorzugung einer Partei erstellt wurde [36]. Dem Schiedsgutachter dürfen nur streitige Tatsachen zur Klärung unterbreitet werden, über welche die Parteien *frei verfügen* können [37]. Im übrigen sind die Beteiligten indessen weitgehend frei, den Aufgabenbereich des Schiedsgutachters zu bestimmen: Dem Schiedsgutachter können entweder *«streitige Tatsachen»* (so wörtlich: Art. 189 ZPO-CH) wie etwa die Beschaffenheit des Baugrundes, die Dauerhaftigkeit eines verwendeten Baustoffes, der Verkehrswert einer Liegenschaft, die Bewertung eines Gesellschafteranteiles nach Austritt aus einer ARGE zur Begutachtung übertragen werden. Oder dem Schiedsgutachter wird – neben oder ausserhalb der reinen Tatsachenfeststellung – die Aufgabe übertragen, *einzelne Rechtsfragen* (wie z. B. der Verschuldensanteil der Bauleitung, die Kausalität zwischen Sturmböen und Kranunfall, etc.) verbindlich zu entscheiden [38]. Gelegentlich wird ein Schiedsgutachter von Parteien beigezogen, um ein zwischen ihnen bestehendes Vertragsverhältnis nach *billigem Ermessen* zu ergänzen oder anzupassen [39].

32 BGE 130 I 343 f.; 118 Ia 146; ZR 1942, Nr. 55.

33 Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7325.

34 Bis anhin regelte auf kantonaler Ebene einzig die zürcherische ZPO (in § 258) das Institut des Schiedsgutachtens.

35 BGE 129 III 537; BGE 117 Ia 365; DOLGE, Basler Kommentar, N 10 zu Art. 189 ZPO; HABSCHEID, Das Schiedsgutachten, S. 189 ff.; HÜRLIMANN, Schiedsgutachten, S. 403;

36 Zu den Gründen der Unverbindlichkeit: DOLGE, Basler Kommentar, N 46 ff. zu Art. 189 ZPO.

37 So ausdrücklich: Art. 189 ZPO und § 258 ZPO-ZH. Überall dort, wo eine Schiedsgerichtsabrede zulässig ist (vgl. Art. 177 Abs. 1 IPRG: «Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein»), kann auch eine Schiedsgutachterabrede getroffen werden (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 4 zu § 258 ZPO-ZH).

38 HÜRLIMANN, Schiedsgutachten, S. 109. A.A. DOLGE, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 189 ZPO: Nach ihr liegt das Rechtsanwendungsmonopol beim Gericht, weshalb die Nichterwähnung von Rechtsfragen als qualifiziertes Schreiben des Gesetzgebers zu interpretieren sei.

39 Zum Zwecke der *Vertragsergänzung* wird der Schiedsgutachter etwa eingesetzt, wenn er eine von den Kontrahenten im Vertragsverhältnis bewusst offen gelassene Lücke auszufüllen hat (z. B. Festlegung des Werkpreises im Anlagenbau innerhalb einer Bandbreite nach Massgabe der erzielten oder erzielbaren Leistungswerte). Zur Festlegung von *Vertragsanpassungen* kann der Schiedsgutachter (bereits bei Vertragsabschluss) bestellt oder nachträglich beigezogen werden, insbesondere für den Fall, dass sich die wirtschaftlichen oder die sonstwie definierten Verhältnisse in einem Dauerschuldverhältnis ändern und die Kontrahenten hinsichtlich der Voraussetzungen oder des korrekten Umfangs der Anpassung keine Einigung finden (z. B. Anpassungsbefugnis betreffend Höhe des Mietzinses bei einer längerfristigen Geschäftsmiete; Festlegungsbefugnis betreffend Wert der Aktien bei Übernahme (vgl. BGE 129 III 535 ff.).

III. RISIKEN VON EXPERTISEN

A RISIKEN IN DER PERSON DES SACHVERSTÄNDIGEN

1. Anforderungen an die Person des Sachverständigen: Die Anforderungen an Gerichtsexperten werden weder im Bundes- noch im kantonalen Recht näher umschrieben. Immerhin enthält die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (in Art. 184) eine Aufzählung der Rechte und Pflichten, welchen der Sachverständige zu genügen hat: Hauptpflicht ist die prozesskonforme Erstellung und die fristgerechte Ablieferung des Gutachtens. Inhalt und Umfang der Gerichtsexpertise ergeben sich aus dem Beweisbeschluss und den richterlichen Instruktionen. Art. 184 ZPO-CH umschreibt aber nicht, welche Anforderungen die «sachverständige Person» respektive deren Gerichtsgutachten zu erfüllen hat. Es entspricht aber dem allgemeinen Verständnis, dass eine «sachverständige Person», welche zur Erstellung einer gerichtlichen Expertise eingesetzt wird, höchsten Anforderungen genügen muss. Nach Lehre und Rechtsprechung dürfen an Gerichtsexperten namentlich folgende Anforderungen gestellt werden:

2. Pflicht zur Unabhängigkeit und Unbefangenheit: Als Vertrauens- und Hilfsperson des Gerichtes übernimmt der Sachverständige eine *hoheitliche Aufgabe der Judikative* und hat daher dieselben Verfahrensgarantien in Bezug auf die Unabhängigkeit, in Bezug auf die Unbefangenheit und in Bezug auf die Unparteilichkeit zu respektieren wie die Mitglieder einer richterlichen Behörde. Die verfassungsrechtlichen Gebote der Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 Satz 1 EMRK gelten in analoger Weise auch für Gerichtsgutachter. Die neue Schweizerische ZPO hält explizit fest, dass für eine «sachverständige Person… die gleichen Ausstandsgründe (gelten) wie für die Gerichtspersonen» (Art. 183 Abs. 2 ZPO-CH). Sämtlichen *Ausstandsvorschriften* (Art. 47 ZPO-CH) ist gemeinsam, dass ein Gerichtsgutachter nicht tätig werden darf, wenn er aus einem persönlichen oder sachlichen Grund ein unmittelbares oder mittelbares *Interesse am Ausgang der Streitsache* hat.

3. Pflicht zur Wahrheit und Objektivität: Die sachverständige Person ist zur Wahrheit verpflichtet und sie untersteht bei Erstattung eines falschen Gutachtens den Strafbestimmungen von Art. 307 StGB, bei Verletzung des Amtsgeheimnisses der Bestimmung von Art. 320 StGB. Das Gericht ist verpflichtet, die sachverständige Person über die Straffolgen eines falschen Gutachtens sowie einer Amtsgeheimnisverletzung zu belehren (Art. 184 ZPO). Die Pflicht zur *Objektivität* beinhaltet das Gebot, den Tatbestand vollständig und wertungsfrei zu berücksichtigen und jeglichen Anschein der Befangenheit und Parteilichkeit zu vermeiden.

4. Eignung und Fachwissen: Der beigezogene Sachverständige muss *kein Alleskönner* sein; er muss jedoch im Fachbereich, in dem er zur Begutachtung beigezogen wird, über Spezialkenntnisse und praktische Erfahrung verfügen, die ihn befähigen, den zur Beurteilung stehenden (technischen) Sachverhalt in der ganzen Tragweite zu überblicken. Im Regelfall gilt: Die fachliche Qualifikation des Experten muss stets über derjenigen der Prozessbeteiligten stehen, deren Verhalten er zu prüfen hat. Neben der fachliche Eignung wird man vom Sachverständigen verlangen dürfen, dass er über das erforderliche *«Handwerkszeug»* verfügt, um einen inhaltlich und formell korrekten Gutachterbericht zu erstatten. Vorausgesetzt werden darf vom Gerichtsgutachter nicht nur, dass er die Materie beherrscht und lege artis vorgeht. Vielmehr muss er in der Lage sein, die Gutachtertätigkeit mit Sorgfalt und Umsicht durchzuführen und das Resultat seiner Bemühungen klar und nachvollziehbar in den Expertenbericht aufzunehmen.

5. Praxiserfahrung: Der Sachverständige muss sich nicht nur über eine qualifizierte Ausbildung ausweisen; er muss darüber hinaus auch über mehrjährige praktische Erfahrungen und fachüberschreitendes Wissen verfügen. Generalist und Spezialist zugleich, sollte sich der Sachverständige durch ein gewisses *Grundverständnis auch für juristische Fragestellungen* auszeichnen. Gerichtsexperten müssen auch in der Lage sein, den (technisch im Regelfall nicht ausgebildeten) Richtern und Parteianwälten eine überzeugende und nachvollziehbare Begutachtung zu unterbreiten, welche auf die kontroversen Standpunkte der Prozessparteien Bezug nimmt und diese beurteilt und bewertet.

6. Höchstpersönlichkeit der gutachterlichen Leistungspflicht: Die Bestellung zum gerichtlichen Experten ist ein *höchstpersönlicher* Akt. Grundsätzlich ist es einem Sachverständigen ohne besondere richterliche Ermächtigung untersagt, die ihm übertragene Gutachteraufgabe ganz oder teilweise an Dritte zu delegieren. Die Ernennung erfolgt gestützt auf das Vertrauen in seine Persönlichkeit, seine beruflichen Fähigkeiten und seine Unabhängigkeit. Der Gerichtsgutachter ist daher zur persönlichen Ausführung der ihm erteilten Aufgaben und zur Beantwortung der ihm übertragenen Expertenfragen verpflichtet. Die höchstpersönliche Leistungspflicht des Gerichtsgutachters schliesst nicht aus, dass das Gericht einen zweiten (Mit-)Gutachter oder *«mehrere sachverständige Personen»* als Team einsetzt (so ausdrücklich: Art. 183 Abs. 1 ZPO-CH). Die Erstattung eines gemeinsamen Gutachtens durch mehrere Experten ist prozessordnungskonform, sofern die einzelnen Fachleute bei intern abweichenden Meinungen diese im Gutachten festhalten. Nach der neuen Schweizerischen ZPO hat jeder beauftragte Sachverständige ein (separates) Gutachten zu erstatten, sofern das Gericht nichts anderes anordnet (Art. 187 Abs. 3 ZPO-CH).

B RISIKEN IN BEZUG AUF FORM UND AUFBAU VON GUTACHTEN

1. Anforderungen an das Gutachten: Der Sachverständige hat sich am konkreten Fall, an den erhaltenen Instruktionen und gegebenenfalls am Beweisbeschluss zu orientieren, also danach, was das Gericht vom Experten in der Sache wissen will. Auch wenn mündliche oder schriftliche Instruktion zulässig ist (vgl. Art. 187 Abs. 1 ZPO-CH), so wird es sich doch in komplexen Fällen regelmässig rechtfertigen, die Aufgabenstellung mit dem Experten *in mündlicher Verhandlung* zu besprechen und erst in der Folge schriftliche Ausfertigung zu verlangen. Dies erlaubt es den anwesenden Parteien, Missverständnisse auszuräumen, unklare Expertenfragen zu präzisieren resp. allzu juristische Formulierungen der technischen Fachsprache des Experten anzupassen. Die mündliche Instruktion erlaubt es den Beteiligten zudem, an Ort und Stelle Ergänzungsfragen zu formulieren. Eine präzise Instruktion vereinfacht die Arbeit für den Experten und erhöht den Nutzen für die Empfänger des Gutachterberichtes.

2. Begründung von Gerichtsexpertisen: Das Gutachten muss eine *schriftliche* Begründung enthalten. Ausnahmsweise genügt eine bloss zu Protokoll gegebene mündliche Erklärung (vgl. Art. 187 Abs. 2 ZPO-CH). Begründung einer Expertise bedeutet, «dass der Gutachter die einzelnen Annahmen und die einzelnen Gedankengänge, aufgrund deren er zu seinen Schlussfolgerungen gelangt, darzulegen hat»[40]. Dies bedingt *logische Gedankenführung und lückenlose Begründung der Argumentations-Kette.* Insbesondere in Fällen, in denen sich ein Beweis technisch oder naturwissenschaftlich nicht unmittelbar führen lässt, hat der Experte die *«anerkannten Regeln der Kunst»* darzulegen und sämtliche weiteren Anhaltspunkte aufzulisten, auf welche er seine Erkenntnisse abstützt[41]. Der Sachverständige muss angeben, auf welchem Weg und gestützt auf welche Methoden er seine Befunde ermittelt und seine Schlussfolgerungen gezogen hat. Der Gutachterbericht muss die Befunde und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen *logisch und vollständig* darlegen und die technisch relevanten Zusammenhänge, welche den Schlussfolgerungen zugrunde liegen, in einer *verständlichen Sprache* erläutern, so dass auch das Gericht und die Parteien die Ausführungen des Gutachters nachvollziehen können.

Aus dem rechtlichen Gehörsanspruch folgt, dass der Experte sich mit den unterschiedlichen Standpunkten der Parteien und den vorbestehenden Gutachterberichten auseinandersetzen und zu allen Einwendungen Stellung beziehen muss. Für den Beweiswert des Gutachtens ist ausschlaggebend, dass die Schlussfolgerungen des Gerichtsexperten aus der gegebenen Begründung *schlüssig,* d.h. überzeugend und widerspruchsfrei nachvollzogen werden können. Ungereimtheiten oder sogar Widersprüche wie etwa Diskrepanzen zwischen den ermittelten Grundlagen und den gezogenen Schlussfolgerungen, wecken Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens und beeinträchtigen den Beweiswert der Expertise. Bei technisch komplizierten Sachverhalten ist zumindest zu fordern, dass das Gutachten mit Hilfe eines beigezogenen Fachmanns (eines Privatgutachters) *nachvollziehbar* ist[42]. Daher ist es Pflicht des Gerichtsexperten, den Sachverständigenbericht, auch wenn es um komplexe Zusammenhänge geht, in allgemein verständlicher Form zu halten

C TYPISCHE RISIKEN BEI DER ERSTATTUNG EINER EXPERTISE

1. Versuch einer Zusammenstellung: Zu den häufigsten Fehlern, welche die Beweiskraft einer Expertise erheblich einschränken und damit für alle Baubeteiligten ein Risiko darstellen, gehören:

- *Vorgespielte Unabhängigkeit:* Sowohl als Gerichtsexperte wie auch als Privatgutachter hat der Sachverständige unabhängig zu sein und auch versteckte Interessenskollisionen offenzulegen. Jeglicher Anschein der Befangenheit ist zu vermeiden. Ein als Privatgutachter tätiger Sachverständiger entwertet seine Expertise, wenn parteiliche Gefälligkeit mitspielt. Gerichtsexpertisen, die in Verletzung der Ausstandspflichten zustandegekommen sind, bleiben unbeachtlich.
- *Selbstüberschätzung:* Der Sachverständige nimmt auch zu Fragen Stellung, welche sein Fachgebiet übersteigen oder von denen er keine ausreichende berufliche oder wissenschaftliche Kenntnis hat, und zwar, ohne dass er die Grenzen seines Fachwissens offenlegen würde.
- *Überschätzung der Gutachter-Adressaten*: Der Sachverständige versäumt es, Fachbegriffe, Erfahrungssätze zu erläutern und die ihm gestellten Fragen verständlich, vollständig und vor allem nachvollziehbar zu beantworten.
- *Unzulässige Sachverhaltsermittlung:* Der Gutachter hält sich nicht strikte an den richterlichen Beweisbeschluss respektive an die ihm auferlegte Fragestellung. Der Gutachter nimmt ungefragt zu Punkten Stellung, welche nicht strittig sind respektive von keiner Seite behauptet worden sind. Er vermischt Tatsachen, Regeln der Baukunde und Werturteile. Er verletzt richterliche Anweisungen bzw. versäumt es, eine gerichtliche Bewilligung zur Vornahme von ergänzenden Abklärungen einzuholen (unter Verletzung von Art. 186 Abs. 1 ZPO-CH). Er nimmt zerstörende Prüfungen vor, ohne dass die erforderliche Anordnung des Gerichts und die Einwilligung des Verfügungsberechtigten vorliegt.

[40] ZR 1986, Nr. 35, S. 75 f.; vgl. auch KLOPFER, S. 80 ff.

[41] Zu den Beweismethoden: Vgl. SCHUMACHER, Beweisprobleme, S. 166 ff.

[42] ZR 1986, Nr. 35, S. 76.

– *Unzulässige Delegation von Aufgaben:* Der Sachverständige schaltet Hilfskräfte bzw. weitere Sachverständige ein, ohne dass er hierzu befugt wäre. Er unterlässt es, im Gutachten auf den Beizug dieser Hilfskräfte respektive auf den Umstand hinzuweisen, dass er seine Erkenntnisse nicht selber erarbeitet, sondern durch Dritte respektive vorbestehende Berichte bekommen hat.
– *Unzulässige (weil nicht tragfähige) Schlussfolgerungen:* Der Sachverständige versäumt es, die tatbeständlichen Grundlagen solid zu erarbeiten, weshalb dessen Erkenntnisse und Schlussfolgerungen nicht von den Sachverhaltsermittlungen getragen werden. Diskrepanzen zwischen den ermittelten tatbeständlichen Grundlagen und den daraus gezogenen Schlussfolgerungen in einem Gutachten sind ärgerlich und entkräften dessen *Beweiskraft ganz erheblich!*
– *Unzulässige Exkursionen in die Juristerei:* Der Sachverständige macht rechtliche Ausführungen, wie etwa zum Verschulden oder zur Verantwortung eines Beteiligten. Der Sachverständige ist gut beraten, rechtliche Erörterungen, die ja häufig ohne umfassende Kenntnis der rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien und deren Vertragsinhalt erfolgen, zu unterlassen. Juristisches Halbwissen entwertet den Gehalt jedes Gutachtens! Dasselbe gilt bei unsachlicher Kritik an den Parteien oder an den zu begutachtenden Bauteilen.

2. Folgen bei Erstattung mangelhafter Expertisen: Ist das gerichtliche Gutachten «unvollständig, unklar oder nicht gehörig begründet», so kann das Gericht den Sachverständigen zur Ergänzung oder Erläuterung anhalten (Art. 188 Abs. 2 ZPO-CH). Vermag ein als ungenügend erachtetes Gutachten trotz Verbesserung nicht zu überzeugen, kann das Gericht *einen neuen Experten bestellen.* In der Regel haben die Parteien zwar das *Recht zur Stellungnahme,* aber *keinen* Anspruch auf ein Gegen- oder Obergutachten, es sei denn, dass besonders grobe, offensichtliche Mängel festgestellt werden. Namentlich besteht nicht schon zwingender Anlass zu einer Oberexpertise, wenn zwei einander widersprechende Gutachten vorliegen. Hingegen muss dem Gericht die Einholung einer weiteren amtlichen Expertise zugebilligt werden, wenn mehrere sich widersprechende Sachverständigenberichte vorliegen.

D TYPISCHE RISIKEN IM UMGANG MIT EXPERTISEN

1. Das Risiko der Verjährung: Will ein Bauherr – bis das Gutachten vorliegt – seine Mängelrechte nicht verlieren, muss er vor Ablauf der Gewährleistungsfristen für verjährungsunterbrechende Schritte besorgt sein. Die laufende Verjährung kann unterbrochen werden durch Anerkennung der Forderung (Ziff. 1)[43], durch einen Schlichtungsgesuch (Art. 202 ZPO-CH), durch eine Klage oder durch eine Einrede in einem bereits anhängigen Prozess. Ungeachtet dessen gilt, dass die Verjährung nur in Bezug auf diejenigen Mängel unterbrochen wird, welche *gerügt* worden sind.

Im Umgang mit Expertisen gilt es namentlich zu beachten, dass folgende Vorgänge *keine verjährungsunterbrechende Wirkung* haben:
– Das *Begehren um Betreibung,* soweit es um die Unterbrechung von Gewährleistungsleistungsansprüchen geht[44];
– *Das Begehren um Durchführung eines gerichtlichen Beweissicherungsverfahrens*[45], und zwar selbst dann nicht, wenn in der Folge (nach Verjährungseintritt) der Prozess in der Hauptsache anhängig gemacht wird.
– Das Begehren um *Streitverkündung* an einen Subunternehmer oder Planer[46].
– Die *Einholung einer privaten Expertise* oder die nachfolgende *Zusendung* des Gutachtens an die vermeintlich Verantwortlichen.
– Verhandlungen eines Unternehmers mit dem Bauherrn über Mängel bzw. der Umstand, dass die Parteien eine Prüfung durch einen Parteigutachter veranlassen[47].
– Die Teilnahme eines Unternehmers an *gemeinsamen Besprechungen und Augenscheinnahmen* mit einem Gutachten[48].

Die gerichtliche Anordnung einer Expertise im Verlaufe eines Prozesses ist zwar als verjährungsunterbrechende Verfügung im Sinne von Art. 138 OR zu werten; doch dürfen die Parteien nicht darauf vertrauen, dass die Verjährung während der Ausarbeitung eines Gerichtsgutachtens stillsteht[49].

43 BGer 4C.134/2004 E. 4; BGE 121 III 270; 119 II 368; vgl. auch BGE 122 III 272 bezüglich Anerkennung einer Gewährleistungspflicht. 44 BGE 4C.258/2001 (teilweise. publ. in BGE 128 III 416 ff.); HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Bevorschussung, S. 146 ff.

45 BGE 131 III 61; BGer 4C.296/2003 E. 3; BGE 93 II 503 f.; SJZ 1972, Nr. 34, S. 96; BERTI, Zürcher Kommentar, N 114 zu Art. 135 OR; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2271.

46 BGE 115 II 49; BGE 50 II 12. Ferner BERTI, Zürcher Kommentar, N 117 zu Art. 135 OR.

47 GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2271.

48 Vgl. BGer v. 28.2.1989 i. S. D. AG gg. Dr. S. AG, S. 7 ff. (unveröff. Entscheid), unter Hinweis auf BGE 113 II 269 und BGE 108 II 287.

49 Offengelassen in BGE 111 II 429 ff. im Zusammenhang mit der Erstellung einer Expertise über Grundeigentümer- und Werkeigentümerhaftpflichtfragen, für welche nach Massgabe von Art. 60 OR eine einjährige Verjährungsfrist gilt. Vgl. ferner BGE 75 II 227.

2. Das Risiko der Anspruchsverwirkung: Die blosse Tatsache einer Expertenprüfung stellt (für sich allein) *nicht zwingend eine rechtsgenügliche Mängelrüge* dar[50]. Der Bauherr ist vielmehr gehalten, die im Gutachten festgehaltenen *Beanstandungen* gegenüber den betreffenden Unternehmen *detailliert zum Ausdruck zu bringen.* Namentlich muss der Besteller sich auch dahingehend äussern, dass er aufgrund der vom Experten festgestellten Mängel das Werk nicht als vertragsgemäss anerkenne und den Unternehmer hiefür haftbar machen wolle[51]. Auch die blosse Übermittlung resp. die amtliche Zustellung des Prüfungsbefundes an den Unternehmer vermag die Mängelrüge nicht zu ersetzen. Wird ein Gutachten allerdings mit gleichzeitiger Mitteilung übermittelt, dass das Bauwerk als nicht vertragskonform betrachtet werde, ist dies als ausreichende Mängelrüge zu werten[52].

IV. DIE VERANTWORTUNG DES PRIVATGUTACHTERS

A DIE HAFTUNG AUS SCHLECHTERFÜLLUNG

1. Das mangelhafte Gutachterergebnis: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[53] ist der private Gutachtervertrag – je nach Konstellation – als *Werkvertrag* im Sinne der Art. 363 - 379 OR oder als einfacher Auftrag im Sinne der Art. 394 - 405 OR zu qualifizieren. Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt es sich in den meisten Konstellationen, auf den Privatgutachtervertrag die Bestimmungen des Werkvertragsrechts zur Anwendung zu bringen. Denn: Der Sachverständige schuldet in aller Regel nicht nur die Leistung von Arbeit, sondern den abgemachten *Arbeitserfolg.* Dies gilt namentlich (aber nicht nur), wenn die Gutachtertätigkeit «garantiefähig» ist. Nach Massgabe von Art. 368 OR hat der Sachverständige das Gutachten so abzufassen, dass es *die vertraglich geforderten und vorausgesetzten Eigenschaften* besitzt[54]. Das Gutachten darf nicht mit einem Mangel behaftet sein, der den Wert resp. die Tauglichkeit zum vertraglich vereinbarten oder vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt. Geschuldet ist vom Sachverständigen also in aller Regel *nicht nur ein sorgfältiges Wirken* (nach Auftragsrecht), sondern geschuldet sind *korrekte Resultate,* sei dies bei der Ermittlung von Materialqualitäten, bei der Messung von Schall- oder Immissionswerten oder bei der Ermittlung der Tragfestigkeit einer Stahlkonstruktion.

2. Die vereinbarten Eigenschaften des Gutachtens: Grundsätzlich ist der Besteller des Gutachtens frei, Inhalt, Form und Aufbau des Gutachtens mit dem beigezogenen Sachverständigen abzustimmen. Im Rahmen einer mündlichen oder schriftlichen *Instruktion* wird der Besteller die zu beantwortenden Expertenfragen vertraglich mit dem Sachverständigen festlegen, und ihm erläutern, worin die Gutachtertätigkeit besteht und zu welchen Beweisthemen der Sachverständige Stellung nehmen muss. Ferner werden sich Besteller und Privatgutachter darüber zu einigen haben, von welchen Vorgaben und Dokumenten das Gutachten ausgehen soll. Von Vorteil ist es ferner, Arbeitsmethode und Vorgehensweise zu bestimmen. Gegebenenfalls zu verabreden ist schliesslich, ob der Sachverständige zur Feststellung und Ermittlung von Tatsachen eigene Erhebungen (z. B. Messungen, Prüfungen, Probebohrungen) vorzunehmen hat, oder ob er seine Erkenntnisse aufgrund anderer Quellen (z. B. vorbestehender Laborberichte, Pläne, etc.) erarbeiten soll.

50 Rep 1979, S. 312 = BR/DC 1980, S. 46, Nr. 28. Vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2138.

51 BGer 4C.130/2006 E. 4; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2134 f.; BIEGER, S. 58 f.

52 Vgl. BGE 107 II 54.

53 Vgl. BGE 127 III 328 ff.

54 Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 191 ff und Nr. 950 ff.

Zu beachten hat der Sachverständige auch eine besonders geforderte oder spontan aus eigener Initiative abgegebene *Zusicherung*[55], wie etwa die Zusage, dass er bei der Ausarbeitung seiner Expertise den ihm zustehenden Ermessensspielraum (z. B. bei der Bewertung einer Liegenschaft) zum Vorteil des Bestellers ausnützen werde. Weicht der Sachverständige in unzulässiger Weise von dieser vertraglichen Zusicherung ab, weist das Privatgutachten einen Mangel auf. Nicht vertragskonform – weil unbrauchbar – ist ein reines *Gefälligkeitsgutachten,* in welchem der Sachverständige den bestehenden Ermessensspielraum überschreitet.

3. Die vorausgesetzten Eigenschaften des Gutachtens: Zum erwarteten Erfolg gehört unter dem Gesichtspunkt der Wertqualität und der Gebrauchstauglichkeit, dass:

- das Privatgutachten den zu begutachtenden Sachverhalt und die gestellten *Expertenfragen erschöpfend behandelt;*
- die vom Sachverständigen getroffenen Feststellungen und Schlussfolgerungen dem *neuesten Stand der Technik und Wissenschaft, der Lehre und den Erfahrungen der Praxis* entsprechen;
- das Privatgutachten eine *logische Gedankenführung, eine plausible und lückenlose Begründung* aufweist, welche sich sowohl bezüglich Untersuchungsweg wie auch bezüglich Argumentationskette und Schlussfolgerungen nachvollziehen lässt;
- die Schlussfolgerungen und Empfehlungen des Sachverständigen (z. B. in Bezug auf zu treffende Sanierungsmassnahmen) mit den *Vorschriften des öffentlichen Rechtes* im Allgemeinen resp. den *behördlichen Auflagen* im Speziellen im Einklang stehen;
- sich der Sachverständige einlässlich mit den bekanntgegebenen *Einwänden* von Dritten auseinandersetzt;
- das Privatgutachten *keine objektiv falschen Aussagen* enthält.

4. Die Rechtsfolgen bei Vorlage eines mangelhaften Privatgutachtens: Grundsätzlich beurteilt sich die Haftung des Privatgutachters (und seiner Hilfspersonen[56]) nach denselben Bestimmungen, auf welche sich die Parteien berufen können, wenn gesetzliches Werkvertragsrecht zur Anwendung gelangt. Insofern kann auf die diesbezüglich einschlägige Literatur und Rechtsprechung verwiesen werden. Immerhin sind folgende Besonderheiten zu beachten: Lässt sich bereits *während der Ausarbeitung des Gutachtens* (d.h. vor Abnahme) eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Privatgutachters bestimmt voraussehen, so kann der Besteller (z. B. nach Einsicht in den Entwurf) *nach Art. 366 Abs. 2 OR* eine angemessene Frist zur Abhilfe ansetzen mit der Androhung, dass im Unterlassensfall die Verbesserung oder die Fortführung des Gutachtens auf Gefahr und Kosten des Privatgutachters einem Dritten übertragen werde[57].

Nach Ablieferung und Abnahme des Privatgutachtens bestimmt sich die Rechtslage bei mangelhafter Expertise nach Massgabe von Art. 368 OR. Nach dieser Bestimmung kann der Besteller

- die Annahme des Privatgutachtens verweigern (d.h. wandeln), wenn dieses für ihn unbrauchbar ist oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann;
- die unentgeltliche Nachbesserung durch den Sachverständigen oder durch einen Dritten verlangen, sofern dies nicht übermässige Kosten verursacht;
- einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug an der Honorierung des Sachverständigen vornehmen;
- *bei Verschulden* zusätzlich den Ersatz des Mangelfolgeschadens verlangen.

Die Ausübung der Gewährleistungsrechte ist nicht vom einem Verschulden abhängig. Das heisst: Der Privatgutachter kann sich der Nachbesserung, der Minderung oder der Wandelung nicht mit dem Nachweis entziehen, dass ihn an der Herstellung und Ablieferung der mangelhaften Expertise kein Verschulden treffe. *Vorbehalten* bleibt der Fall, da der Mangel in der Expertise nicht dem Privatgutachter zurechenbar ist, etwa weil den Besteller ein *Selbstverschulden* trifft (z. B. wenn der Besteller dem Sachverständigen einzelne relevante Dokumente vorenthalten oder unvollständige Instruktionen erteilt hat).

Nach Massgabe von Art. 367 Abs. 1 i. V. m. Art. 370 Abs. 2 OR hat der Besteller das Privatgutachten nach Ablieferung auf dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Sachverständigen von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Versäumt es der Besteller, den ihm von Gesetzes wegen obliegenden *Prüfungs- und Anzeigepflichten* nachzukommen, gilt das Werk (das Privatgutachten) als genehmigt und der Besteller verwirkt seine Mängelrechte[58]. Im Zusammenhang mit Gutachterverträgen wird es sich regelmässig rechtfertigen, Prüfungs- und Rügeobliegenheit *grosszügig* (zugunsten des Bestellers) zu handhaben, zumal sich der Experte aufgrund seines besonderen Sachverstands für seine Aufgabe empfohlen hat.

[55] Zum Begriff der Zusicherung: GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1370 f.

[56] Zur Hilfspersonenhaftung: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3013 ff.

[57] Zum Recht auf Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR im Einzelnen: BGer 4C.159/1999 E. 4; BGE 107 II 55; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1820 ff.; KOLLER, Berner Kommentar, N 519 ff. zu Art. 366 OR.

[58] BGer 4C.151/2005E. 3; BGer 4C.231/2004 E. 2; BGE 107 II 172; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2069 ff.

B DIE HAFTUNG AUS VERZUG

1. Fälligkeit der Leistung: Der Sachverständige ist verpflichtet, sein Gutachten fristgerecht abzuliefern. Die Bestimmung der Erfüllungszeit erfolgt im Regelfall *durch vertragliche Abmachung,* indem sich Sachverständiger und Besteller auf die Ablieferung zu einem bestimmten Termin (z. B. Ablieferung bis 31. Januar) oder innerhalb eines bestimmten Zeitraum (Ablieferung innert 3 Monaten) einigen. Sind die zeitlichen Erfüllungsmodalitäten vertraglich nicht bestimmt worden, greift die allgemeine Gesetzesregel von Art. 75 OR, wonach «die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden» kann. Unter «sogleich» ist der Zeitraum zu verstehen, den der Privatgutachter nach den Umständen und nach dem Schwierigkeitsgrad für die Ausarbeitung und Ablieferung der Expertise benötigt [59].

2. Voraussetzungen des Verzugs: Versäumt es der Sachverständige, seine Expertise bei Fälligkeit abzuliefern, gerät er durch *Mahnung* des Bestellers in Verzug (vgl. Art. 102 Abs. 1 OR). Haben die Parteien für die Ablieferung des Gutachtens allerdings einen *Verfalltag* verabredet (z. B. durch kalendermässige Bestimmung des Ablieferungsdatums), so tritt automatisch Verzug ein, ohne dass es einer zusätzlichen Aufforderung (im Sinne einer Mahnung) bedarf (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR). Die Mahnung des Bestellers muss die unmissverständliche Aufforderung an den Sachverständigen beinhalten, dass die geschuldete Herstellung und Ablieferung der Expertise verlangt werde [60].

3. Verzugsfolgen beim Privatgutachter: Befindet sich der Privatgutachter mit der Erstellung oder Ablieferung der Expertise verschuldeterweise in Verzug, hat er dem Besteller den Schaden zu ersetzen, der diesem durch die Verspätung adäquat kausal entstanden ist (vgl. Art. 103/106 OR). *Verspätungsschaden* kann nur (aber immerhin) dann gefordert werden, wenn dem Privatgutachter die Verspätung *vorwerfbar* ist, ihn diesbezüglich ein Verschulden trifft. Sind dem Besteller wegen des verschuldeten Verzuges Kosten und Auslagen entstanden, ist der Privatgutachter zum Ersatz dieser Verspätungsschäden verpflichtet [61]. Nach Massgabe der *Verzugsbestimmungen* von Art. 107 – 109 OR kann der Besteller dem Privatgutachter zudem eine *angemessene Nachfrist* zur Erbringung der Leistung ansetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen lassen (Art. 107 Abs. 1 OR) und dann Schadenersatz wegen Verspätung oder wegen Nichterfüllung verlangen oder allenfalls vom Vertrag zurücktreten.

C DIE HAFTUNG AUS «RECHTLICHER SONDERVERBINDUNG» (VERTRAUENSHAFTUNG)

1. Haftung aus erwecktem und enttäuschtem Vertrauen: Ein Sachverständiger kann für ein mangelhaftes Gutachten nicht nur *aus Werkvertrag* (vom Besteller des Gutachtens), sondern unter bestimmten (restriktiven [62]) Voraussetzungen auch *von einem vertragsfremden geschädigten Dritten* in Anspruch genommen werden.

Wer als Sachverständiger aufgrund seines Fachwissens ein Gutachten erstellt, schafft und enttäuscht im Einzelfall Vertrauen auch gegenüber Dritten, wenn er aus Absicht oder aus nachlässiger Leichtfertigkeit unrichtige Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis einen vertragsfremden Dritten zu Vermögensdispositionen veranlassen könnten [63]. *Schutzwürdig* ist das Vertrauen eines vertragsfremden Dritten, wenn der (schädigende) Sachverständige ein Verhalten an den Tag gelegt hat, das geeignet ist, «hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken» [64]. In diesen Fällen übernimmt der Gutachter eine «garantenähnliche» *Schutz- und Aufklärungspflicht,* so dass er nicht nur für die Erteilung eines unrichtigen Rates, sondern darüber hinaus auch für das schuldhafte Verschweigen von Tatsachen haftet, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnte [65]. Trifft der vertragsfremde Dritte gestützt auf dieses schutzwürdige Vertrauen Dispositionen, die sich als nachteilig erweisen, hat der Sachverständige für den Schaden einzustehen, sofern und soweit die nicht verwirklichte Erwartung dafür *adäquat kausal* war [66].

Geschützt werden durch diese Rechtsprechung nur (Dritt-) Adressaten eines Gutachtens, die typischerweise bei einem fehlerhaften Gutachten einen Vermögensschaden erleiden, weil sie berechtigterweise auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der gemachten Angaben vertraut haben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt eine solche Haftung voraus, dass der geschädigte Dritte eine

59 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2198 und dort Zitierte.

60 BGE 116 II 452.

61 Zu den weiteren Erscheinungsformen des Verspätungsschadens: GAUCH, Werkvertrag, Nr. 665; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2987 ff.; BGE 106 II 453 f.

62 Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheiden zum Ausdruck gebracht, dass es die Vertrauenshaftung nur zurückhaltend zur Anwendung bringen will: Vgl. BGE 134 III 398; BGE 1333 III 451; BGer 4C.134/2004 E. 5; BGer 4C.359/2004 E. 3; BGer 4C.296/1999 E. 3.

63 BGE 130 III 349 f.; ferner: BGE 111 II 474. Vgl. BGE 116 II 695 ff. (betreffend Abgrenzung zur blossen Gefälligkeit).

64 BGE 130 III 349; 124 III 297; 121 III 350.

65 BGer 5C.358/2004 E. 2; 116 II 695 ff.; 111 II 471 ff. Zum Umfang der Aufklärungspflicht: BGE 125 III 86 ff.

66 BGE 130 III 349.

rechtliche Sonderverbindung zum Sachverständigen nachweisen kann, weil dieser in engen persönlichen Beziehungen zum Kunden und Gutachtensbesteller steht und weil dieser dem Kunden «aufgrund seines Verhaltens gleichsam persönliche Gewähr für das Gelingen des übernommenen Geschäfts bot». Dabei genügt es, dass der in Anspruch genommene Sachverständige «explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen und der Ansprecher im berechtigten Vertrauen darauf Anordnungen getroffen hat, die ihm zum Schaden gereichten» [67].

Ob der Sachverständige bei Erstattung seines Gutachtens an den Besteller damit rechnen muss, dass dessen Beurteilung auch an vertragsfremde Dritte (z. B. an eine Bank oder einen Käufer) abgegeben wird, entscheidet sich «nach den konkreten Umständen, dem gesellschaftlichen und beruflichen Kontext und der sozialen Rolle der Betroffenen» [68]. Dabei gilt als Grundsatz, dass die *zufällige Kenntnisnahme von Gutachterergebnissen* durch einen vertragsfremden Dritte – für sich allein genommen – wegen fehlender berechtigter Vertrauensbasis *nicht ausreicht,* um eine Haftung zu begründen.

2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts: Im *BGE 130 III 345* hat das Bundesgericht in Würdigung der vorgenannten Umstände eine Haftung eines *Liegenschaftenschätzers* gegenüber einem vertragsfremden Käufer *verneint,* weil die gutachterliche Bewertung *zuhanden des Bestellers* erfolgte (zur beabsichtigten Erhöhung des Hypothekarkredits), *nicht* aber zuhanden von Kaufinteressenten (bei denen der Schätzungsbericht zwei Jahre später in die Verkaufsdokumentation eingefügt wurde). Mit diesem anderen Verwendungszweck musste der Sachverständige (so das Bundesgericht) in dieser konkreten Konstellation nicht rechnen. Denn: Zum einen habe zu keinem Zeitpunkt zwischen dem Sachverständigen und dem geschädigten Käufer ein Kontakt stattgefunden habe; zum andern sei für den Sachverständigen auch nicht vorhersehbar gewesen, dass sein Schätzungsbericht, der im Hinblick auf die Erhöhung des Hypothekarkredits bestellt wurde, zwei Jahre später in einem anderen Zusammenhang, beim Verkauf der Liegenschaft, nochmals verwendet werde [69].

Aufgrund der bundesgerichtlichen Erwägungen und der allgemeinen Entwicklung der Rechtsprechung zur Vertrauenshaftung [70] ist damit zu rechnen, dass Haftpflichtprozesse von geschädigten Kreditinstituten oder von geschädigten Kaufinteressenten von Immobilien gegenüber Sachverständigen *zunehmen könnten,* auch wenn im konkreten Fall die Haftung des Sachverständigen verneint wurde [71]. Der Paradefall: Wegen falscher Gebäudeschätzung kommt eine Bank in der Zwangsvollstreckung zu Verlust, weil sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Schätzung ein Objekt in übermässigem Ausmass finanziert hat [72]. Sachverständige sind daher gut beraten, in ihrem Bericht den genauen Verwendungszweck des Gutachtens zu beschreiben und dem Besteller die Weitergabe des Gutachtens an Dritte zu untersagen.

D DIE HAFTUNG AUS UNERLAUBTER HANDLUNG

1. Ausgangslage: Die Ablieferung einer mangelhaften Expertise kann im Einzelfall auch Haftungsansprüche aus unerlaubter Handlung im Sinne der Art. 41 ff. OR auslösen, namentlich dann, wenn als Folge einer unrichtigen Auskunftserteilung einem «andern» widerrechtlich Schaden zugefügt wurde [73]. Auf einen deliktischen Schadenersatzanspruch angewiesen sind insbesondere *vertragsfremde Dritte. Beispiele:* Der Experte verursacht anlässlich der Erstellung und der Ablieferung des Gutachtens einen *Begleitschaden* [74], indem er bei der Besichtigung des zu begutachtenden Parkettbodens den Teppich des Mieters beschädigt. Der Experte gibt eine Sanierungsempfehlung ab (z. B. bezüglich Aushub in Hanglage), welche eine

67 So wörtlich BGE 130 III 350; ferner BGE 133 III 451; 124 III 297; 120 II 331.

68 BGE 130 III 351 und dort Zitierte.

69 Zu BGE 130 III 345 ausführlich: HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Die Haftung, S. 105 ff.; GAUCH, Der Schätzer, S. 839 ff.; HONSELL, S. 939 ff.

70 Vgl. statt vieler: BREHM, Berner Kommentar, N 53 ff. zu Art. 41 OR; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Vertrauenshaftung, S. 199 ff; KAISER, S. 183 f.; KRAMER, Berner Kommentar, Allg. Einleitung, N 66 ff.; SCHWENZER, N 50.24; WALTHER, Vertragsumfeld, S. 284 ff.; WALTHER, Die Vertrauenshaftung, S. 97.

71 Im Einzelfall kann der Vertrag mit dem Gutachter als *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* zu qualifizieren sein, wenn sich aus den Umständen des Falles Anhaltspunkte für einen auf den Schutz des Dritten gerichteten Parteiwillen ergeben (abgelehnt in BGE 130 III 345, weil der Besteller den Gutachtervertrag im eigenen Namen abschloss und keine gemeinsame Interessenlage vorlag bzw. offengelegt wurde). Dass der Gutachtervertrag ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritten beinhalten kann, entspricht der Rechtsprechung in Deutschland: BGH NJW 1984, 355; BGH, JZ 1985, S. 951 betr. einer Gebäudeschatzung, welche einer Vielzahl von Kaufinteressenten als Beurteilungsgrundlage diente. Auch in der schweizerischen Lehre stösst der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter überwiegend auf Zustimmung (vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3914 ff. und dort Zitierte), doch hat sich diese Rechtsfigur in der schweizerischen Praxis bis anhin nicht durchgesetzt, was gerade im Zusammenhang mit BGE 130 III 345 zu kritischen Anmerkungen geführt hat (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3918; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Die Haftung, S. 106).

72 Vgl. allerdings den Entscheid des KGer TI, Rep 1999, Nr. 44, S. 187: Ein Liegenschaftenschätzer haftet einer Bank nicht für den Schaden, den diese wegen zu hoher Kreditgewährung erlitten hatte, weil der Gutachter keine Kenntnis davon hatte, dass der Besteller seinen Schätzungsbericht zur Erhöhung seiner Hypothekarschulden verwenden wollte.

73 BGE 119 II 127.

74 Zum Begleitschaden vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1858.

Gefahrenquelle schafft, ohne dass er auf die notwendigen Vorkehrungen zum Schutz des Bestellers und Dritter hinweist (z. B. Aushub mit lokaler Vernagelung statt aktiver Verankerung)[75].

2. Die Haftungsvoraussetzungen: Nach Art. 41 OR ist, wer «einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, . . . ihm zum Ersatze verpflichtet». Die Haftung des Privatgutachters ist somit an die gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen geknüpft, für welche der Geschädigte die Beweislast trägt (Art. 8 ZGB)[76]. Zunächst muss ein *Schaden* vorliegen, den der Schädiger *adäquat kausal verursacht* hat. Ferner muss der Schaden *widerrechtlich* und vom Schädiger *schuldhaft* zugefügt worden sein. Folgende Besonderheiten verdienen spezielle Erwähnung.

Nach schweizerischem Verständnis[77] liegt nur dann eine rechtswidrige Schadenszufügung vor, wenn diese ein höchstpersönliches (absolutes) Recht des Geschädigten (Leib, Leben, Eigentum und Persönlichkeit) beeinträchtigt oder wenn die Schadenszufügung gegen eine Norm verstösst, die den Schutz des Vermögens des Geschädigten bezweckt[78]. *Reine Vermögensschädigungen* begründen nach diesem Verständnis *keine Widerrechtlichkeit* und lösen auch keinen Schadenersatzanspruch aus. Die bundesgerichtliche «Diskriminierung» reiner Vermögensschäden ist für den Geschädigten im Rahmen der Haftung des Privatgutachters allerdings nur beschränkt nachteilig. Denn: Die Erteilung falscher Auskünfte ist nach heutiger bundesgerichtlicher Praxis jedenfalls dann als widerrechtlich zu qualifizieren, wenn der Auskunftserteilende absichtlich oder leichtfertig unrichtige Angaben macht oder entscheidungsrelevante Tatsachen verschweigt[79].

Art. 41 Abs. 2 OR verzichtet auf das Tatbestandselement der «Widerrechtlichkeit», knüpft aber daran an, dass die Schädigung *«in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich»* zugefügt wurde. Dieser Haftungsgrund ist in der schweizerischen Praxis «nur ausnahmsweise mit grösster Zurückhaltung als gegeben anzunehmen»[80]. In *Deutschland* wurde die Haftung eines Sachverständigen in der Vergangenheit regelmässig auch unter dem Aspekt geprüft, ob eine nach § 826 BGB relevante sittenwidrige *vorsätzliche* oder *grobfahrlässige* Schädigung vorliegt. Nach dieser Bestimmung (von § 826 aBGB, welcher Art. 41 Abs. 2 OR inhaltlich entspricht) haftet ein Gutachter, der sich durch nachlässige Ermittlungen oder gar Mutmassungen *(Angaben «ins Blaue» hinaus)* seiner Gutachteraufgabe leichtfertig entledigt und damit eine Rücksichtslosigkeit gegenüber den Adressaten des Gutachtens und den in seinem Informationsbereich stehenden Dritten an den Tag legt, die als gewissenlos bezeichnet werden muss[81]. Nach dieser (deutschen) Rechtsprechung handelt sittenwidrig und wird ersatzpflichtig, wer theoretische Berechnungen als sachverständige Auswertungen deklariert und (wahrheitswidrig) auf einen Augenschein verweist, der nicht stattgefunden hat[82].

3. Rechtfertigungsgründe: Die Schadenersatzpflicht des Experten entfällt (ganz oder teilweise), wenn für die an sich widerrechtliche Handlung Rechtfertigungsgründe vorliegen. Entlasten kann sich ein Experte etwa, wenn der Geschädigte verbindlich in einen (an sich) schädigenden Eingriff *eingewilligt* hat (z. B. in eine Kernbohrung)[83]. Ein Rechtfertigungsgrund liegt auch dann vor, wenn der Experte in einer *Notsituation* in Rechtsgüter Dritter (z. B. Unterfangungen beim Nachbargrundstück) eingreifen muss, um bedrohte eigene oder fremde Rechtsgüter (drohende Felseinbrüche bei einem Tiefbau) zu verhindern.

75 Zur Verkehrssicherungspflicht: GAUCH, Deliktshaftung, S. 7; BGE 95 II 96; BGE 93 II 92.

76 BGE 86 II 53. Ist der Schaden für die beweisbelastete Partei ziffernmässig (Art. 42 Abs. 2 OR) nicht nachweisbar, bestimmen sich Bestand und Umfang des Schadens nach richterlichem Ermessen (BGE 93 II 458; 95 II 501).

77 BGE 119 II 128 f. (dazu ferner Anm. GAUCH in: BR/DC 1994, S. 42 ff. und GAUCH, Deliktshaftung, S. I ff., insbesondere S. 10 f.). GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2935 ff.

78 Ein Verstoss gegen die strafrechtlichen Vorschriften von Art. 227 StGB (Verursachung eines Einsturzes) bzw. von Art. 229 StGB (Verletzung der Regeln der Baukunde) begründet keine zivilrechtliche Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR (BGE 119 II 128 f.; 117 II 270 = BR/DC 1992, S. 99 f., Nr. 166). Auch ein Verstoss gegen den sogenannten Gefahrensatz darf nicht als Ersatz für die mangelnde Schutznorm herangezogen werden (vgl. BGE 119 II 128 f.).

79 BGE 130 III 349.

80 Vgl. BGE 124 III 304; 95 III 83.

81 Vgl. etwa BauR, 1994, S. 129 ff.; BauR 1994, S. 390 ff.; BauR 1992, S. 101 ff. Im Anwendungsbereich der neuen Haftungsbestimmung für Gerichtsexperten von § 839a BGB findet § 826 BGB allerdings keine Anwendung mehr (BauR 2003, S. 860 ff.).

82 BauR 1994, S. 392.

83 Zur Frage, in welchen Fällen eine rechtfertigende Einwilligung vorliegt, vgl. (aus der deutschen Rechtsprechung) das BGH-Urteil vom 21. April 1994, in: BauR 1994, S. 533.

E VERJÄHRUNG DER ANSPRÜCHE GEGEN DEN PRIVATGUTACHTER

1. Ansprüche aus Vertrag: Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Gutachtens verjähren nach Art. 371 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 210 OR *in einem Jahr seit Ablieferung* des Gutachtens[84]. Dieselbe (strenge) Einjahresfrist kommt zur Anwendung, wenn der Gutachtervertrag ergänzend die SIA-Ordnungen 102/103 für anwendbar erklärt[85]. Wirkt sich die falsche Gutachtertätigkeit *direkt auf ein unbewegliches Bauwerk* aus, wenden Gerichte allerdings zuweilen Art. 371 Abs. 2 OR an und dehnen die Verjährungsfrist auf *fünf Jahre* seit Ablieferung aus[86]. Nach anderer Auffassung[87] soll in diesen Fällen die Verjährungsvorschrift des Art. 371 Abs. 2 OR nicht zur Anwendung kommen. Für *absichtlich verschwiegene* Mängel gilt nach Art. 371 OR i. V. m. Art. 210 Abs. 3 OR eine Verjährungsfrist von *zehn Jahren* seit Ablieferung des Gutachtens. Auch für sämtliche übrigen Vertragsverletzungen, welche einem Experten vorzuwerfen sind, findet die ordentliche zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 127 OR Anwendung.

2. Ausservertragliche Ansprüche verjähren *innert Jahresfrist* (Art. 60 OR). Die Verjährungsfrist läuft *ab Kenntnis* des Schadens und des Ersatzpflichtigen (relative Verjährungsfrist), «jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tag der schädigenden Handlung an gerechnet» (absolute Verjährungsfrist). Dieselbe Einjahresfrist gilt für die Fälle der *Vertrauenshaftung*[88].

V. DIE VERANTWORTUNG DES GERICHTSEXPERTEN

A DIE GUTACHTERTÄTIGKEIT ALS QUASI-HOHEITLICHE AUFGABE:

1. Der Gerichtsexperte als Hilfsperson des Richters: Zwischen dem Sachverständigen und den Parteien in einem gerichtlichen Verfahren besteht kein Vertragsverhältnis. Vielmehr ist der Gerichtsgutachter *Hilfsperson* des Richters, der ihn mittels verwaltungsrechtlichem Vertrag[89] zur Abklärung von Sachverhalten und zu Beweiserhebungen beizieht und instruiert. In diesem Sinne nimmt der Gerichtsgutachter eine öffentlich-rechtliche Stellung ein[90]. Bei der Expertenbestellung handelt es sich um einen *hoheitlichen Ernennungsakt* des Richters, bei der die Parteien im Rahmen ihrer zivilprozessualen Mitwirkungsrechte beteiligt werden, ohne indessen über vertragliche Rechte zu verfügen[91]. Mit der Erstellung und Ablieferung eines Gutachtens liefert der Gerichtsgutachter dem Richter die Beweisgründe, aufgrund derer das Urteil zustande kommt. Die eigentliche Entscheidungsbefugnis obliegt zwar dem Gericht; doch übernimmt der Gerichtsgutachter *öffentliche Aufgaben,* indem er für, zuweilen auch anstelle des Gerichtes tätig wird.

2. Der Gerichtsexperte als Privater zur Erfüllung «öffentlicher Aufgaben»: Die Gerichtsgutachtertätigkeit ist als Beamtentätigkeit i. S. v. Art. 61 Abs. 1 OR zu qualifizieren[92]. Gemäss Art. 61 Abs. 1 OR können Bund und Kantone auf dem Weg der Gesetzgebung Vorschriften über die Schadenersatzpflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten aufstellen, die von den Regeln über die ausservertragliche Haftung (Art. 41 ff. OR) abweichen. Diese Kompetenz steht den Kantonen allerdings nur insoweit zu, als die öffentlichen Beamten oder Angestellten einen Schaden hoheitlich, das heisst *«in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen»,* verursachen. Die Tätigkeiten, welche ein Gerichtsexperte im Rahmen einer Gutachterbestellung üblicherweise vorzunehmen hat, sind als «amtliche Verrichtungen» zu qualifizieren, indem dieser etwa Mate-

84 BGE 115 II 456; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2213; WEBER, Responsabilité, S. 197 unter Hinweis auf BGE 93 II 245.

85 In Art. 1.11.22 SIA-Ordnungen 102/103 (Ausgabe 2001) steht: «… Bei Gutachten bemisst sich die Verjährungsfrist nach Massgabe des Schweizerischen Obligationenrechts.». In den SIA-Ordnungen 102/103 (Ausgabe 1984) unterstanden Ansprüche gegenüber Gutachter einer Fünf- oder Zehnjahres-Frist ab Ablieferung (Ziffer 1.8.1).

86 HGer Kt. ZH vom 22.9.1994 i. S. B. gg. BB E. AG.

87 WEBER, Responsabilité, S. 197 unter Hinweis auf BGE 109 II 34.

88 BGE 134 III 395 ff; BGE 4C.354/2004 E. 2 ff.; BGE 4A.499/2007 E. 4.

89 DOLGE, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 184 ZPO; BÜHLER, Gerichtsgutachter, S. 17 ff.; HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1084; KLOPFER, S. 31; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 33 bis § 35.; ZUFFEREY, S. 37 ff.

90 Soweit das öffentliche Recht keine Regeln zum Rechtsverhältnis mit Gerichtsgutachtern enthält, kommt subsidiär das Obligationenrecht als kantonales öffentliches Ersatzrecht zur Anwendung (HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1066 ff.; BGE 122 I 328: Regeln des Obligationenrechts «als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze»).

91 BETTEX, S. 271; BGE 114 Ia 461 f.; ferner bereits BGE 12 (1886), S. 257 der von einem «gerichtsbarkeitlichen Ernennungsakt» spricht.

92 Der Begriff «öffentlicher Beamten» in Art. 61 Abs. 1 OR ist gemäss BGE 96 II 46 weit auszulegen. Vgl. ferner BETTEX, S. 281 ff.; BREHM, Berner Kommentar, N 12 ff. zu Art. 61 OR; KLOPFER, S. 14; SCHLAGER, S. 117 ff.; ZUFFEREY, S. 37 f.; SJZ 1942, S. 236, Nr. 33.

rialien oder Vorgänge untersucht, Zeugen oder Parteien befragt und daraus Schlussfolgerungen zieht. Zwar kommt dem Gerichtgutachter keine Entscheidungsbefugnis zu; doch ist die Tätigkeit des Gerichtsexperten dennoch als amtliche Verrichtung im Sinne Art. 61 Abs. 1 OR zu qualifizieren. Letztlich sind es diese amtliche Stellung und der gerichtliche Ernennungsakt, welche Gerichtsexperten überhaupt in die Lage versetzen, eine schädigende Handlung vorzunehmen [93].

B DIE HAFTUNG DES GERICHTSGUTACHTERS NACH VERANTWORTLICHKEITSGESETZ

1. Widerrechtliche Schadenszufügung: Nach zahlreichen kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen umfasst die Staatshaftung nicht nur die Haftung für Mitglieder von Behörden und Gerichten, sondern darüber hinaus explizit auch die Haftung von *Privaten,* die eine ihnen übertragene *öffentliche Aufgabe* erfüllen [94]. In anderen Kantonen ist – weil ein expliziter Einbezug fehlt – nicht vollends klar, ob das Verantwortlichkeitsgesetz auch auf Verfehlungen des Gerichtsexperten zur Anwendung kommen soll. Die Verantwortlichkeitsgesetze sind sowohl bezüglich Geltungsbereich wie auch bezüglich der Haftungsvoraussetzungen unterschiedlich ausgestaltet. Gemeinsam ist sämtlichen Haftungssystemen, dass sich ein Geschädigter nur dann auf eine öffentlich-rechtliche Staatshaftung berufen kann, wenn die Schadenszufügung im hoheitlichen Tätigkeitsbereich erfolgte und widerrechtlich war [95]. Die Schädigung kann Folge einer qualifiziert unrichtigen Expertise sein, auf welche sich die Prozessbeteiligten bzw. Dritte stützen oder verlassen. Der Schaden kann aber auch durch ein schädigendes Verhalten anlässlich der Gutachtenserstellung entstanden sein.

2. Ausschliessliche Staatshaftung: Nach verschiedenen Verantwortlichkeitsgesetzen haftet der Staat für die in Ausübung der amtlichen Tätigkeit entstandenen Schädigungen ihrer Gerichtsexperten *direkt* und *ausschliesslich* [96]. Die Staatshaftung ist in den Verantwortlichkeitsgesetzen der Kantone bald als *Verschuldenshaftung,* bald als *Kausalhaftung* ausgestaltet [97]. Nach Art. 3 Abs. 1 Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes [98] haftet der Bund für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Drittpersonen widerrechtlich zufügt, ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten. Im Kanton Bern konnte ein Geschädigter seine Ansprüche bis vor einigen Jahren sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber dem Experten wie auch gegenüber beiden gemeinsam (aus solidarischer Haftung) geltend machen [99]. Seit Inkrafttreten des neuen Personalgesetzes vom Jahre 2004 gilt für Gerichtsexperten im Kanton Bern indessen ausschliessliche Staatshaftung [100].

3. Ausschliessliche Haftung des Gerichtsexperten: Das kantonale Verantwortlichkeitsgesetz kann vorsehen, dass sich der Geschädigte nur beim Beamten (bzw. beim Gerichtsexperten) schadlos halten kann. Sowohl der Kanton Zürich [101] wie auch der Kanton Aargau [102] haben die direkte und kausale Staatshaftung abgeschafft und statuieren neu, dass Private, welche die vom Gemeinwesen übertragenen öffentliche Aufgaben erfüllen, für die dabei verursachten Schäden ausschliesslich mit ihrem Vermögen haften, ohne dass sich der Geschädigte vorrangig oder subsidär an den Kanton wenden könnte [103]. Eine solche Haftung setzt, wenn das Haftungsgesetz nicht Abweichendes regelt, ein Verschulden des Gerichtsexperten voraus (so die Lösung im Kanton Aargau) [104]; demgegenüber haften «Private» (und damit auch Gerichtsexperten), die ihnen übertragene öffentliche Aufgaben erfüllen, im Kanton Zürich «kausal» für den Schaden, den sie dabei durch rechtswidrige Tätigkeit oder Unterlassen verursachen [105].

93 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Begriff «hoheitlich» ohnehin extensiv auszulegen (BGE 126 III 372); BREHM, Berner Kommentar, N 12 ff. zu Art. 41 OR.

94 Vgl. etwa: § 4a des Haftungsgesetzes-ZH vom 14. September 1969 (Ordnungs-Nr. 170.1 in der Fassung vom 11. Februar 2008) sowie § 1 Abs. 2 des Haftungsgesetzes-AG vom 24. März 2009 (AS 150.200).

95 BGE 123 III 577: Der Begriff der Widerrechtlichkeit gemäss Art. 3 Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes ist der Gleiche wie derjenige gemäss Art. 41 OR.

96 Zum Beispiel: Kausalhaftung nach dem Haftungsgesetz-BS vom 17. November 1999 (§ 3); Personalgesetz-BE vom 16. September 1994 (Art. 100); Verantwortlichkeitsgesetz-SG vom 7. Dezember 1959 (Art. 1 Abs. 2); Verantwortlichkeitsgesetz-ZG vom 1. Februar 1979 (§ 5); Haftungsgesetz-NE vom 26. Juni 1989 (Art. 5 und 9) «Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes» GE vom 24. Februar 1989 (Art. 2).

97 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1736 ff. ; Zur Kausalhaftung: BGE 125 IV 164 f.

98 BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom14. März 1958 (SR 170.32).

99 Vgl. Art. 38 und 40 des bernischen Beamtengesetzes vom 7. Februar 1954.

100 Vgl. Art. 100 ff. Personalgesetzes BE vom 16. September 2004.

101 Haftungsgesetz ZH vom 14. September 1969 in der Fassung vom 11. Februar 2008.

102 Haftungsgesetz-AG vom 24. März 2009.

103 § 1 Abs. 2 Haftungsgesetz-AG vom 24. März 2009 (der Experte muss eine ausreichende Versicherungsdeckung nachweisen), § 4 a Haftungsgesetz-ZH vom 14. September 1969 in der Fassung vom 11. Februar 2008.

104 § 1 Abs. 2 i.V. mit § 2 Haftungsgesetz-AG.

105 Vgl. § 4a Haftungsgesetz ZH.

4. Rückgriff des Gemeinwesens gegenüber dem Gerichtsexperten: Ob und in welchem Umfang das in Anspruch genommene Gemeinwesen gegenüber dem Gerichtsexperte Regress nehmen kann, beurteilt sich nach dem konkret zur Anwendung kommenden Verantwortlichkeitsgesetz. Nach Massgabe verschiedener Verantwortlichkeitsgesetze ist der Gerichtsexperte dem (vorleistungspflichtigen) Gemeinwesen gegenüber zum Ersatz verpflichtet, wenn die Schadenszufügung *schuldhaft* war [106]. Nach anderen Verantwortlichkeitsgesetzen haftet der Sachverständige nur für den Schaden, den er dem Staat durch vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung seiner Amtspflichten zugefügt hat [107].

5. Die Geltendmachung der Ansprüche: Die Geltendmachung von Schadenersatz [108] nach den einschlägigen Verantwortlichkeitsgesetzen richtet sich nach den allgemeinen Haftungsgrundsätzen, wonach der Geschädigte gehalten ist, den Beweis für den erlittenen Schaden zu erbringen [109], den Kausalzusammenhang zwischen der schädigenden Tätigkeit des Experten und dem Schaden zu beweisen sowie darzulegen hat, dass die schädigende Handlung des Experten seiner Amtstätigkeit zuzurechnen ist [110]. Für Verantwortlichkeitsprozesse gegen das Gemeinwesen sind in der Regel die *Zivilgerichte* zuständig, für Regressansprüche des Gemeinwesens gegen Mitglieder der Behörden und der Gerichte (und der Experten) das *Verwaltungsgericht* [111]. Zu beachten ist, dass nach einzelnen kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen die Zuständigkeit der Zivilgerichte von der vorgängigen Durchführung eines administrativen Vorverfahrens abhängig gemacht wird [112]. Unterbleibt ein derartiges Vorverfahrens (welches mit der friedensrichterlichen Sühneverhandlung nicht verwechselt werden darf), so fehlt es bei vorzeitiger Klageeinreichung an einer *Prozessvoraussetzung,* was zu einem Nichteintretensentscheid des angerufenen Gerichtes führen wird [113].

C DIE HAFTUNG DES GERICHTSEXPERTEN NACH DER NEUEN SCHWEIZERISCHEN ZIVILPROZESSORDNUNG

1. Haftung des Gerichtsexperten bei Verzug: Der Sachverständige ist verpflichtet, sein Gutachten «fristgerecht abzuliefern», was Art. 184 ZPO-CH explizit festhält. Erstattet die sachverständige Person das Gutachten nicht fristgemäss, «so kann das Gericht den Auftrag *widerrufen* und eine andere sachverständige Person beauftragen» (Art. 188 Abs. 1 ZPO-CH). Über die Befugnis, den säumigen Experten zu ersetzen, verfügt das Gericht von Amtes wegen, ungeachtet einer Rechtsverzögerungsbeschwerde. Im Regelfall wird das Gericht dem säumigen Gutachter vorerst eine *Nachfrist* ansetzen und den «Auftragsentzug» androhen, bevor es zur Ersatzvornahme schreitet. Bei vorzeitiger Beendigung des Mandats verliert der Gerichtsexperte seinen Anspruch auf Entschädigung und er wird schon geleistete Vorschüsse ganz oder teilweise zurückerstatten müssen.

2. Haftung des Gerichtsexperten für falschen Befund oder für falsches Gutachten: Nach Massgabe von Art. 307 StGB wird, worauf das Gericht vor Gutachtenserstattung hinzuweisen hat (Art. 184 Abs. 2 ZPO-CH), mit *Freiheitsstrafe* bis zu fünf Jahren oder mit *Geldstrafe* bestraft, wer in einem gerichtlichen Verfahren als Sachverständiger einen falschen Befund oder ein falsches Gutachten abgibt *(Abs. 1).* Wird der Befund oder das Gutachten mit einem Eid oder mit einem Handgelübde bekräftigt, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen *(Abs. 2).* Bezieht sich die falsche Äusserung auf Tatsachen, die für die richterliche Entscheidung unerheblich sind [114], so ist die Strafe Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen *(Abs. 3).*

[106] Vgl. KLOPFER, S. 31 ff.: ferner die Übersicht bei SCHWARZENBACH, S. 79.

[107] Vgl. etwa Art. 7-9 Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes vom 14. März 1958 (SR 170.32) oder Art. 103 Personalgesetz des Kantons Bern.

[108] Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Richter gemäss der einschlägigen Norm des anwendbaren Verantwortlichkeitsgesetzes nebst Schadenersatz auch eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen. Vgl. § 10 Haftungsgesetz-ZH; ferner ZR 1994, Nr. 81, S. 234 f.; SCHWARZENBACH, S. 189 f.

[109] Unter «Schaden» ist dasselbe wie im Privatrecht zu verstehen (BGE 107 Ib 162).

[110] BGE 125 IV 164; Handelt der Experte nicht im Rahmen seiner öffentlichen Aufgabe, sondern aus eigenem Interesse, so haftet er aufgrund der Art. 41 ff. OR. Vgl. BREHM, Berner Kommentar, N 35 f. zu Art. 61 OR. 111 BGE 118 Ia 101; ferner etwa § 19 Haftungsgesetz-ZH.

[112] Z. B. § 22 ff. Haftungsgesetz-ZH. Zweck solcher Verfahren ist es, dem Gemeinwesen vorerst ausserhalb eines förmlichen Gerichtsverfahrens Gelegenheit zu geben, die Berechtigung des Haftungsanspruches zu prüfen (SCHWARZENBACH, S. 79, 88 f.).

[113] Vgl. ZR 93, 1994, Nr. 75, S. 197 f.

[114] Nach BGE 106 IV 198 und 93 IV 26 sind nur solche Tatsachen unerheblich, die sich ihrer Natur nach nicht eignen, die richterliche Entscheidung zu beeinflussen.

Unmittelbar geschütztes Rechtsgut von Art. 307 StGB ist die *Ermittlung der materiellen Wahrheit* im gerichtlichen Verfahren. Täter des Deliktes nach Art. 307 StGB kann nur sein, wer nach Massgabe der anwendbaren ZPO (vgl. Art. 184 Abs. 2 ZPO-CH) als Gerichtsexperte bestellt wurde, nicht aber der Sachverständige, der ein privates Gutachten erstattet. Publizierte Entscheide, welche die Bestrafung eines Sachverständigen nach Art. 307 StGB zum Gegenstand haben, sind nicht ersichtlich. In der Gerichtspraxis kommt der Strafbestimmung von Art. 307 StGB bei Sachverständigen wohl in erster Linie präventive Bedeutung zu.

3. Die Haftung des Gerichtsexperten wegen Verletzung eines Amtsgeheimnisses: Nach Massgabe von Art. 320 StGB wird auf Antrag mit *Freiheitsstrafe* bis zu drei Jahren oder *Geldstrafe* bestraft, wer ein Geheimnis *offenbart,* das er in amtlicher Stellung wahrgenommen hat. Der Gerichtsexperte als Hilfsperson des Richters untersteht ebenfalls der *strengen Schweigepflicht* nach dem Strafgesetzbuch, ungeachtet dessen, ob er bei der Bestellung darauf hingewiesen wurde [115]. Das Geheimnis ist offenbart, wenn es unbefugten Dritten zur Kenntnis gebracht oder wenn ihnen die Kenntnisnahme ermöglicht wird [116].

4. Die Haftung des Gerichtsexperten wegen Verletzung des Disziplinarrechts: Gerichtlich bestellte Sachverständige unterstehen – wie sämtliche an einem Gerichtsverfahren Beteiligten – der disziplinarischen Aufsicht des Gerichtspräsidenten (Art. 128 ZPO-CH). Verletzt ein gerichtlich eingesetzter Sachverständiger seine Expertenpflichten, kann ihn der Richter mit einem *Verweis* oder mit einer *Ordnungsbusse* belegen, insbesondere bei Säumnis mit Ablieferung eines schriftlichen Gutachtens. Weitere mögliche Disziplinarmassnahmen sind der *Entzug des Gutachtervertrages* und die *Reduktion des Honorars* [117].

[115] DOLGE, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 184 ZPO.

[116] STRATENWERTH/BOMMER, § 59 N 7; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Praxiskommentar, N 8 zu Art. 320 StGB.

[117] DOLGE, Basler Kommentar, N 20 ff. zu Art. 184 ZPO.

LITERATUR (AUSWAHL)

BETTEX, L'expertise judiciaire, Diss. Lausanne, Bern 2006.

BÜHLER, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in: HERR/SCHÖBI (Hrsg.), Gericht und Expertise, Bern 2005, S. 11 ff.

BÜHLER, Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, in: AJP 1999, S. 567 ff.

FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Der einfache Auftrag Art. 394 - 406 OR.

FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997.

GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996.

GAUCH, Deliktshaftung der Baubeteiligten, in: BRT 1989, S. 1 ff.

GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich 2008.

GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Auflage, Bern 2001.

HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006.

HONSELL, Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten, in: WALDBURGER e.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, S. 939 ff.

HÜRLIMANN, Der Experte – Schlüsselfigur des Bauprozesses, in: In Sachen Baurecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, S. 129 ff.

HÜRLIMANN, Schiedsgutachter und deren Anfechtung, in: Aargauischer Anwaltsverband (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, S. 401 ff.

HÜRLIMANN, Der Anwalt als Gutachter, in: Fellmann e.a. (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Festschrift SAV, Bern 1998, 389 ff., HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Die Vertrauenshaftung aus der Sicht eines praktizierenden Anwalts, in: KOLLER, Dritthaftung einer Vertragspartei, Beiträge der Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2005, St. Gallen 2005, S. 199 ff.

HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Die Haftung des Liegenschaftsschätzers gegenüber einem vertragsfremden Dritten, in: BR/DC 3/2004, S. 105 ff.

KLOPFER, Die Haftung des Zeugen und des gerichtlichen Sachverständigen im Zivil- und Strafprozess von Bund und Kanton Zürich, Diss. Zürich 1977.

KOLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Bern 1998.

REETZ, Der Beweis im Bauprozess: Beweissicherung, Beweislast und Beweiswürdigung, in: BRT 2009, S. 119 ff.

SCHUMACHER, Beweisprobleme im Bauprozess, Festschrift für Kurt Eichenberger, Aarau 1990, S. 157 ff.

SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009.

SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel, 2010.

TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009.

VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Auflage, Bern 2006.

WALTHER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: ZBJV 1996, S. 284 ff.

WALTHER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, in: ZSR 120/2001 I, S. 97 ff.

WEBER, La responsabilite de l'expert a l'égard des parties et du Tribunal arbitral, in: ASA 1993, S. 190 ff.

ZINDEL/PULVER, Kommentar zu Art. 363 - 379 OR, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 3. Auflage, Basel 2003.

ZUFFEREY, Les décisions de l'expert officiel: responsabilité de l'Etat contre responsabilité de l'architecte ou de l'ingénieur, in: Colloque SVIA 1991, La responsabilité de l'expert, Lausanne 1991, S. 21 ff.