

# Arten von Gutachten und Mustervertrag Einzel-schieds- gericht

Kolloquium  
Swiss Experts  
vom 31.8.2020 in  
Bern

Tarkan Göksu

Prof. Dr. iur., Universität Freiburg,

Zaehringen Rechtsanwälte AG

# Wieso werden Experten überhaupt beigezogen?

## Juristischer Kontext

- Juristische Grundkonzeption:
  - Tatbestand => Rechtsfolge
  - Beispiel: Art. 368 OR:

*1 Leidet das Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Verträge ab, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so darf er diese verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern.*

*2 Sind die Mängel oder die Abweichungen vom Verträge minder erheblich, so kann der Besteller einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes und bei Verschulden Schadenersatz verlangen.*

# Wieso werden Experten überhaupt beigezogen?

## Juristischer Kontext

- Juristische Grundkonzeption:
  - Tatbestand => Rechtsfolge
  - Beispiel: Art. 368 OR:

1 Leidet das **Werk** an so **erheblichen Mängeln** oder weicht es sonst so sehr vom Verträge ab, dass es für den Besteller **unbrauchbar** ist oder dass ihm die **Annahme billigerweise nicht zugemutet** werden kann, so darf er diese **verweigern** und bei **Verschulden** des Unternehmers **Schadenersatz** fordern.

2 Sind die **Mängel** oder die Abweichungen vom Verträge **minder erheblich**, so kann der Besteller einen dem **Minderwerte des Werkes** entsprechenden Abzug am Lohne machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer **nicht übermässige Kosten** verursacht, die **unentgeltliche Verbesserung des Werkes** und bei **Verschulden** **Schadenersatz** verlangen.

# Wieso werden Experten überhaupt beigezogen?

## Juristischer Kontext

- Juristische Grundkonzeption:
  - Allenfalls weitere Voraussetzungen, z.B.:
    - Verletzung der Abmahnungspflicht (vgl. Art. 369 OR),
    - verspätete oder fehlende Mängelrüge (Art. 370 OR), usw.

# Wieso werden Experten überhaupt beigezogen?

## Juristischer Kontext

- Recht wird von Gerichten angewendet, und zwar gestützt auf den massgebenden Sachverhalt.
- Massgebender Sachverhalt wird vom Gericht bestimmt.
  - Kriterien:
    - Beweiswürdigung (Prüfung Beweismittel)
    - Beweislast

- Fragestellung:

Passt Sachverhalt zu einem Tatbestand, sodass die Rechtsfolge eintritt?

# Wieso werden Experten überhaupt beigezogen?

## Juristischer Kontext

- Sonderfall:
    - Wenn das Gericht nicht über das notwendige Fachwissen verfügt, werden Fachpersonen beigezogen
  - Beispiel:
    - Bau Swimming-Pool => Besteller nicht zufrieden, weil:
      - Reinigung erfolgt nicht ordnungsgemäss
      - Folie stellenweise vergilbt
- ⇒ Gericht kann Tatbestandselemente selber beantworten, nicht aber:
- ob diese Punkte Mängel darstellen
  - Zeitpunkt der Erkennbarkeit
  - eventuell was der Minderwert ist

# Wieso werden Experten überhaupt beigezogen?

## Juristischer Kontext

- Rolle des Experten:
  - Beantwortung dieses Teils des Sachverhalts, d.h.
    - Nur unterbreite Streitfragen (nicht anderer Fragen wie Erheblichkeit, Verschulden, rechtzeitige Mängelrüge, Schadenshöhe, Abmahnungspflicht usw.)
    - Klare Stellungnahme (Beweislastproblematik)
      - ⇒ Wenn sich Experte nicht eindeutig äussert, bringt die Expertise nichts
      - ⇒ denn dann gilt der Beweis als nicht erbracht (gleiche Rechtslage wie ohne Expertise)

# Arten von Gutachten

Im Zivilprozessrecht grundsätzlich in drei Erscheinungsformen:

1. Gerichtliches Gutachten
2. Privatgutachten
3. Schiedsgutachten



# Gerichtliches Gutachten

- Art. 183 ff. ZPO
- Auftrag: durch Gericht
- Wirkung:
  - Gutachten unterliegt freier Beweiswürdigung,
  - Gericht muss Gutachten überprüfen und kann aus triftigen Gründen davon abweichen
- Anordnung:
  - typischerweise im Verlauf des Verfahrens,
  - aber auch vorprozessual möglich (sog. vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO)

# Privatgutachten (Parteigutachten)

- keine gesetzliche Grundlage
- Auftrag: durch eine Partei
- Wirkung:
  - gilt als reine Parteibehauptung (nicht einmal als Beweismittel), aber:
    - unterliegt der freien Beweiswürdigung,
    - Privatgutachter kann als sachverständiger Zeuge (Art. 175 ZPO) einvernommen werden
    - kann ein Gerichtsgutachten in Frage stellen oder bestätigen
    - v.a. aber die Prozesschancen klären

# Schiedsgutachten

- Art. 189 ZPO
- Auftrag: durch beide Parteien gemeinsam
- Wirkung:
  - beantwortete Fragen werden ausser Streit gestellt
  - Gericht ist grundsätzlich daran gebunden (unterliegt nicht der freien Beweiswürdigung)
  - Oftmals wird Gerichtsverfahren nicht notwendig, weil Parteien sich auf Grundlage des Schiedsgutachtens einigen können
- Anordnung:
  - typischerweise vorprozessual

# Schlussfolgerung

## Gutachten:

- Regeln für die Experten zur Erstattung des Gutachtens sind immer die gleichen (unabhängig ob Gerichts-, Privat- oder Schiedsgutachten);
  - nur die unterbreiteten Fragen sind zu beantworten;
  - Gutachten entscheidet den Streit nicht endgültig, obwohl durchaus wesentliche – um nicht zu sagen alles entscheidende – Punkte Gegenstand des Gutachtens sind
- ⇒ In allen Fällen der Erstattung des Gutachtens ist es möglich, dass der Streit noch anders ausfällt, als das Gutachten!

# Schiedsgericht?

- Ausgangspunkt: Schiedsgutachten
  - wird von Parteien gemeinsam vorprozessual eingeholt,
  - gestützt darauf können sich die Parteien einigen.
- Kann der Schiedsgutachter nicht auch gleich einen Schritt weiter gehen und den Rechtsstreit als Ganzes erledigen?  
⇒ Schiedsgericht

# Schiedsgericht

- Schiedsgericht
  - = Privatgericht, d.h. ein durch die Parteien zusammengesetztes Gremium, das im von den Parteien bezeichneten Verfahren anstelle des staatlichen Gerichts den Streit endgültig entscheidet

# Schiedsgericht

- Vorteile Schiedsgericht:
  - Schiedsrichter durch Parteien bestimmbar (z.B. Fachleute)
  - Vertraulichkeit
  - Rasche Streiterledigung
  - Verfahren durch Parteien bestimmbar
- Nachteile Schiedsgericht:
  - Kosten

# Mustervertrag

- Idee:
  - Wenn Parteien nicht nur ein Schiedsgutachten wollen, sondern gleich auch die Erledigung des Rechtsstreits
- Grundkonzeption:
  - Schiedsgutachter soll als Schiedsrichter amten
  - in einem möglichst unkomplizierten und unaufwändigen Verfahren Fachfragen klären und Urteil fällen
  - Mustervertrag regelt die massgebenden Verfahrensfragen