

Kim Colleen Hügli

Die Beweiswürdigung von Privatgutachten nach der ZPO-Revision: Entwicklung eines Fragenkatalogs

ISBN 978-3-03916-299-4

Editions Weblaw
Bern 2025

Zitiervorschlag:

Kim Colleen Hügli, Die Beweiswürdigung von Privatgutachten
nach der ZPO-Revision: Entwicklung eines Fragenkatalogs,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2025

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	IV
Materialienverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis.....	XI
1 Einleitung.....	1
2 Begriff und Funktion des Privatgutachtens.....	2
3 Anlass, Umsetzung und kritische Einordnung der Revision.....	3
3.1 Rechtslage vor der Revision.....	3
3.2 Kritik an der alten Rechtslage.....	4
3.3 Reaktion auf die Kritik.....	6
3.4 Kritische Einordnung der Revision	7
3.4.1 Positive Aspekte	7
3.4.2 Negative Aspekte	8
3.4.3 Das Kohärenzargument	10
4 Auswirkungen der neuen Rechtslage.....	12
4.1 Anwendungsbereiche.....	12
4.2 Alternative zum vorsorglichen Beweisverfahren.....	13
4.3 Auswirkungen auf die Prozesskosten.....	14
4.4 Erstattungsfähigkeit.....	14
4.5 Vorladung als sachverständiger Zeuge.....	16
4.6 Auswirkungen auf die Anordnung von gerichtlichen Gutachten	17
4.6.1 Anordnung trotz Privatgutachten	17
4.6.2 Verzicht bei Vorliegen eines Privatgutachtens.....	17
4.6.3 Anordnung von Amtes wegen	18
4.7 Weitere Aspekte	19
4.7.1 Übergangsrecht.....	19
4.7.2 Wegfall der inhaltlichen Wiedergabe	19
4.7.3 Editionsspflicht.....	19
4.7.4 Zeitliche Schranken.....	20
4.7.5 Privatgutachten im summarischen Verfahren und in Verfahren mit gesenktem Beweismass.....	20
5 Neue Rechtsprechung im Lichte der Revision	21
6 Privatgutachten in anderen Rechtsgebieten	24

6.1	Strafrecht	24
6.2	Sozialversicherungsrecht	26
6.2.1	Beweisrecht nach VwVG	26
6.2.2	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	27
6.2.3	Übertragbarkeit auf das Zivilprozessrecht	29
7	Beweiswürdigung	30
7.1	Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO)	31
7.2	Beweiskraft vs. Beweismass	33
7.3	Analyse und Übertragbarkeitsprüfung der Würdigungskriterien anderer Beweismittel	34
7.3.1	Gerichtliche Gutachten nach Art. 183 ff. ZPO	34
	A Natur des Beweismittels und Würdigungskriterien	34
	B Übertragbarkeit	36
7.3.2	Urkunden nach Art. 177 ff. ZPO	39
	A Natur des Beweismittels und Würdigungskriterien anderer Urkunden	39
	B Übertragbarkeit	41
7.3.3	Zeugenaussagen nach Art. 169 ff. ZPO	42
	A Natur des Beweismittels und Würdigungskriterien	42
	B Übertragbarkeit	44
7.3.4	Strafbarkeit bei falschem Gutachten	46
	A Betrug nach Art. 146 StGB	46
	B Urkundenfälschung Art. 251 StGB	47
8	Fragenkatalog für die Beweiswürdigung von Privatgutachten ..	50
8.1	Einführungs- und Abschlussfrage	50
8.2	Formale Aspekte	51
8.3	Inhaltliche Aspekte	53
8.4	Anordnung eines gerichtlichen Gutachtens	56
8.5	Vorladung als sachverständiger Zeuge	56
8.6	Gemeinsame Privatgutachten	57
9	Empfehlungen für Prozessparteien	57
10	Empfehlungen für Gutachtensstellen	58
11	Fazit	59
	Selbständigkeitserklärung	XV
	Anhang: Kompletter Fragenkatalog	XVI

Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors bzw. der Autorin sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

BAUMGARTNER SAMUEL et al.: Schweizerisches Zivilprozessrecht (11. A. Bern 2024).

BERGER BERNHARD et al.: Zivilprozessrecht (2. A. Bern, 2021).

BINDER ANDREAS/GUTZWILLER ROMAN S.: Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, in: ZZZ, 2013, S. 171 ff.

BÖHME ANNA: Der medizinische Sachverständigenbeweis in der obligatorischen Unfallversicherung (Diss. Winterthur 2018), in: Schmid Jörg (Hrsg.), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 125.

BOHNET FRANÇOIS/FITZI FRÉDÉRIC: L'expertise privée de l'art. 177 CPC révisé, in: SZPP, 2023, S. 469 ff.

BOHNET FRANÇOIS/SCHALLER JULITTE: Projet 2020 de révision du code de procédure civile : plaidoyer pour la jurisprudence, in: SJ, 2020, S. 189 ff.

Bohnet François et al. (Hrsg.): Commentaire romand Code de procédure civile (2. A. Basel 2019) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in CR CPC, Art., N.).

BOOG CHRISTOPHER/ESCHMENT JÖRN: Der Auftrag nach Schweizer Recht, in RIW 2015, S. 245 ff.

BOOG SEVERIN: Privatgutachten nach Art. 177 ZPO als Beweismittel im Güterrecht, in legalis brief Familienrecht 2025, Heft 5 vom 29.04.2015.

BRÖNNIMANN LUCAS A. T./MILLONIG LEA: Privatgutachten – Beweismittel oder besonders substantiierte Parteibehauptung?, in: Eichel Florian/Hurni Christoph/Markus Alexander R. (Hrsg.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive (Bern 2022) 23 ff.

Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.): Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar (3. A. Zürich 2025) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in Dike Komm. ZPO, Art., N.).

CEREGATO MIRCO: Der Vorentwurf zur Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung – Übersicht und Würdigung, in: Jusletter 10. September 2018.

Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet/Heinzmann Michael (Hrsg.): Petit commentaire Code de procédure civile (o.O. 2020) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in PC CPC, Art., N.).

CHAPPUIS GRÉGOIRE/LONGET-CORNUZ AUDE: L'expertise en procédure civile: questions chisies, in: Anwaltsrevue 2025, S. 109 ff.

DRZALIC JANA JOHANNA: Gutachten und Richter im Strafprozess, in: ZStV 2021, S. 93 ff.

Donatsch Andreas et al. (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO (3. A. Zürich 2020) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in SK StPO, Art., N.).

Donatsch Andreas (Hrsg.): StGB/JStG Kommentar (21. A. Zürich 2022) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in OFK StGB, Art., N.).

DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG: Strafrecht IV, in: Daniel Jositsch (Hrsg.), Zürcher Grundrisse des Strafrechts (5. A. Zürich 2017).

Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (3. A. Zürich 2023) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in OFK ZPO, Art., N.).

GIRÓN SOLUNA: Art. 44 E-ATSG – die Chance nutzen!, in: Jusletter 16. September 2019.

GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA: Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf-, und Sozialversicherungsprozess, in: AJP 2005, S. 73 ff.

HALDIMANN SOPHIE/DE SANTIS SIMONA: Immaterialgüterrechtsprozesse: Stolpersteine und Fallstricke, in: sic! 2025, S. 179 ff.

HARTMANN STEPHAN: Arztzeugnisse und medizinische Gutachten im Zivilprozess, in: AJP 2018, S. 1339 ff.

HASENBÖHLER FRANZ: Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 1 (Zürich 2015).

HASENBÖHLER FRANZ/YAÑEZ SONIA: Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2 (Zürich 2019).

Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.): Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II (Bern 2012) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in BK ZPO, Art., N.).

Honegger-Müntener Patrick/Rufibach Matthias/Schumann Julius: Die Revision der ZPO, in: AJP 2023, S. 1180 ff.

HUBER-LEHMANN MELANIE: Änderungen der ZPO per 1. Januar 2025, in: ZZZ 2024, S. 317 ff.

HUBER-LEHMANN MELANIE/KILLIAS LAURENT: Gespräch mit Nadja Erk und Caroline Kirchschräger, in: ZZZ 2024, S. 224 ff.

HURNI BAPTISTE/HOFMANN DAVID: Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, in: Revue de l'avocat 2023, S. 209 ff.

KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS: Öffentliches Verfahrensrecht (3. A. Zürich 2021).

KIESER UELI: Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG (4. A. Zürich 2020) (zit. KIESER, SK ATSG, Art., N.).

KLETT BARBARA/SCHUMACHER MIKE: Prozessuale Herausforderungen rund um einen Bergunfall, in: HAVE 2020, S. 281 ff.

LANDOLT HARDY: Pflegegutachten – eine Auslegeordnung, in Pflegerecht 2025, S. 8 ff.

LATZEL HANNES/IMERI GENTIANA: Die vorsorgliche Beweisführung zur Abklärung von Prozessaussichten unter Berücksichtigung der ZPO-Revision, in: Catelli Cinzia/Sunaric Predrag (Hrsg.), Vorsorgliche Massnahmen – Fallstricke in der Praxis (Zürich 2023) 145 ff.

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE: Schweizerisches Zivilprozessrecht (1. A. Bern 2010).

MOSIMANN HANS-JAKOB: Beweisfragen im Prozess, in: HAVE 2022, S. 197 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL/REICH JOHANNES: Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur medizinischen Begutachtung durch Medizinische Abklärungsstellen betreffend Ansprüche auf Leistungen der Invalidenversicherung mit Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Bern 2010).

MÜLLER FRANZ/ZINGG SIMON: Der Beizug von Sachverständigen im Zivilprozess aus anwaltlicher Sicht, in: ZBJV 2009, S. 619 ff.

MURARO GAUDENZ: Praktische Auswirkungen der ZPO-Revision 2025 im Mietrecht, in: mp 2025, S. 7 ff.

Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.): Basler Kommentar Strafprozessordnung (3. A. Basel 2023) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in BSK StPO, Art., N.).

Niggli Marcel Alexander/Wiprächiger Hans (Hrsg.): Basler Kommentar Strafrecht (4. A. Basel 2019) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in BSK StGB, Art., N.).

Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.): Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (3. A. Zürich 2021) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in KuKo ZPO, Art., N.).

RAHO KARIM: L'expertise en procédure pénale, in: Anwaltsrevue 2025, S. 104 ff.

RÜETSCHI DAVID: Das Parteigutachten unter der neuen ZPO, in: Bundi Marco/Schmidt Benedikt (Hrsg.), Gedanken zum Schutz von geographischen Zeichen (Bern Februar 2012) 3 ff.

SCHMID HANS: Gerichtsrubrik, in: SJZ 2016, S. 527 ff.

SIEGENTHALER THOMAS: ZPO-Revision: Privatgutachten als Beweismittel – Wirkung und Nebenwirkungen, in: BR 2024, S. 93 ff.

Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.): Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (4. A. Basel 2024) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in BSK ZPO, Art., N.).

StaeHELIN Daniel/Grolimund Pascal (Hrsg.): Zivilprozessrecht (4. A. Zürich 2024) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in Zivilprozessrecht, S.).

STAEHELIN DANIEL/VON MUTZENBECHER FLORENCE: Die Revision der ZPO vom 17. März 2023, in: SJZ 2023, S. 815 ff.

Sutter-Somm Thomas et al. (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) (4. A. Zürich 2024) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in SK ZPO, Art., N.).

SUTTER-SOMM THOMAS/LÖTSCHER CORDULA: Schweizerisches Zivilprozessrecht (4.A. Zürich 2025).

Trezzini Francesco et al. (Hrsg.): Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile swizzero, Band I (2. A. Lugano 2017) (zit. BEARBEITERIN/BEARBEITER, in CP CPC, Art., S.).

TREZZINI FRANCESCO/BOHNET FRANÇOIS: L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433, in: zsr 2017, S. 367 ff.

TUNIK DANIEL/YE XIN: L'expertise privée en procédure civile: considérations pratiques à la lumière de l'art 177 nCPC, in: Revue de l'avocat 2024, S. 199 ff.

VOUILLOZ FRANÇOIS: Le témoignage écrit, in: RVJ 2016, S. 343 ff.

WIEDERKEHR RENÉ/MEYER CHRISTIAN/BÖHME ANNA: VwVG Kommentar Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weiteren Erlassen (Zürich 2022) (zit. WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME OFK VwVG, Art., N.).

WIEDERKEHR RENÉ/PLÜSS KASPAR: Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts (Bern 2020).

WOHLERS WOLFGANG: Die Rolle und Funktion des Parteigutachtens aus der Sicht des Strafprozessrechts, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung (Bern 2016) 87 ff.

Materialienverzeichnis

Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 (zit. Botschaft Änderung ZPO, S.).

Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 (zit. Botschaft ZPO, S.).

Demokratische Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS), Stellungnahme Änderung der Zivilprozessordnung vom 11. Juni 2018 (zit. DJS, S.).

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), 2. März 2018 (zit. Erläuternder Bericht ZPO, S.).

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Änderung der Zivilprozessordnung, Vernehmlassungsergebnisse, Allgemeine Bemerkungen, Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln, Bemerkungen zum erläuternden Bericht und weitere Vorschläge, 5. Juni 2020. (zit. Auswertung Vernehmlassung, S.).

Informationsstelle AHV/IV, Merkblatt Medizinische Gutachten vom 1. Januar 2022 (zit. Merkblatt Medizinische Gutachten, S.).

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraf
A.	Auflage
a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
aZPO	alte Zivilprozessordnung (Fassung vom 01.09.2023)
BBl.	Bundesblatt
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts = ATF
BGer	unpublizierter Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts; Bundesgericht
BK ZPO	Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung
BL	Kanton Basel-Landschaft
BPatGer	Bundespatentgericht
BR	Baurecht
BSK	Basler Kommentar

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Amtliche Entscheidsammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (BZP) vom 4. Dezember 1947 (SR 273)
CP CPC	Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile
CR CPC	Commentaire romand Code de procédure civile
Dike Komm.	Dike Kommentar
Diss.	Dissertation
DJS	Demokratische Juristinnen und Juristen Schweiz
E.	Erwägung(en)
E-ATSG	revidiertes ATSG
Ebd	ebendiese
Et al.	at alii/aliae/aliam (und weitere)
f./ff.	folgende (Seite/n)
gl. M.	gleicher Meinung
HAVE	Haftung und Versicherung
HEV	Hauseigentümerverband Schweiz
HGer ZH	Handelsgericht Zürich
Hrsg.	Herausgeber(schaft)
i.S.v.	im Sinne von
IV	Invalidenversicherung

insb.	insbesondere
Kap.	Kapitel
KuKo	Kurzkommentar
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 (SR 832.10)
Lit.	litera(e)
mp	mietrechtspraxis
N.	Randnote(n)
nCPC	revidierte Zivilprozessordnung
o.D.	ohne Datum
o.O.	ohne Ortsangabe
OFK StGB	Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch
OFK ZPO	Orell Füssli Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung
OFK VwVG	Orell Füssli Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
OR	Bundesgesetz betreffend Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (OR) vom 30. März 1911 (SR 220)
PC CPC	Petit commentaire, Code de procédure civile
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
S.	Seite(n)
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SJ	La Semaine judiciaire - doctrine

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SK ATSG	Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts
SK StPO	Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung
SK ZPO	Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht
Vgl.	Vergleiche
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 2. April 1908 (SR 221.229.1)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
ZAV	Zürcher Anwaltsverband
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
ZPO(CPC)	Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
zsr	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStV	Zürcher Studien zum Verfahrensrecht
Zzgl.	Zuzüglich
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

1 Einleitung

Am 1. Januar 2025 ist die revidierte Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Die Revision hatte das Ziel, die Praxistauglichkeit und die Rechtsdurchsetzung zu verbessern.¹ Unter anderem sollten Kostenschranken abgebaut werden, die Verfahrenskoordination erleichtert werden und die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verbessert werden.² In diesem Zug wurde Art. 177 ZPO dahingehend angepasst, dass Privatgutachten neu Urkundenqualität zuerkannt wird und sie damit als zulässiges Beweismittel i.S.v. Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO gelten.³ Diese Änderung soll das Beweisrecht der ZPO verbessern und Kohärenz mit der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung schaffen.⁴ Zudem dient die Änderung laut Ständerat Bauer der Effizienz des Beweisrechts der ZPO.⁵ Bereits in der Vernehmlassung zeigte sich, dass diese Änderung zu diversen Fragen führt und die Beweismündigung dieser Gutachten eine Herausforderung darstellt.⁶ In der Lehre wurde aufgrund dessen bereits vorgebracht, dass zu erwarten sei, dass Kriterien für die Beurteilung eines privaten Gutachtens entwickelt werden müssten.⁷ Im erläuternden Bericht zur ZPO-Revision wurden bereits einige genannt: Beziehungen der Parteien zum Gutachter, Auftragserteilung, Prozess und Ablauf der Einholung des Gutachtens und Fachkunde des Parteigutachters.⁸

Im Rahmen dieser Arbeit sollen konkrete Fragen herausgearbeitet werden, die die Würdigung von Privatgutachten erleichtern. Dazu wird zunächst näher erläutert, was zur Anpassung geführt hat und wie diese einzuordnen ist. Danach wird die Rechtslage in anderen Rechtsgebieten

¹ Botschaft Änderung ZPO, S. 2702 ff.

² Botschaft Änderung ZPO, S. 2698 f.

³ Botschaft Änderung ZPO, S. 2752.

⁴ Ebd.

⁵ Votum Bauer (Ständerat), AB 2021, S. 670 ff.

⁶ Siehe Kap. 3.3.

⁷ BOHNET/FITZI, S. 484.

⁸ Erläuternder Bericht ZPO, S. 66; HUBER-LEHMANN, S. 330.; VOUILLOZ, in PC CPC, Art. 177, N. 10.

erläutert und schliesslich werden die Grundlagen der Beweiswürdigung besprochen. Letztlich wird auf die spezifischen Würdigungskriterien verschiedener Beweismittel eingegangen und deren Adaptierbarkeit auf Privatgutachten geprüft.

2 Begriff und Funktion des Privatgutachtens

Vorab muss der Begriff des «Privatgutachtens» beleuchtet werden. Privatgutachten sind Gutachten, die nicht vom Gericht nach Art. 183 ff. ZPO eingeholt wurden, sondern von einer Partei in Auftrag gegeben und anschliessend im Verfahren eingereicht werden.⁹ Die Begriffe Partei- und Privatgutachten werden synonym verwendet.¹⁰ Die Wortbedeutung zeigt, dass es sich hierbei um eine Kombination von Sachverstand und Parteilichkeit handelt.¹¹ Privatgutachten werden eingeholt, um den Sachverhalt festzustellen, Prozesschancen zu beurteilen oder um eine Basis für einen späteren Vergleich zu schaffen.¹² Sie können ein Mittel sein, um die Notwendigkeit der Einholung eines Gerichtsgutachtens aufzuzeigen.¹³ Auch können sie technische Fragen klären oder helfen, Fragen zu identifizieren, die später dem vom Gericht beigezogenen Gutachter¹⁴ zu stellen sind.¹⁵ Letztlich sind Privatgutachten seit der Revision grundsätzlich auch geeignet, um Tatsachen zu beweisen.¹⁶

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass sich sämtliche nachfolgenden Ausführungen ausschliesslich auf Tatsachengutachten und nicht auf Rechtsgutachten beziehen. Im nationalen Zivilprozessrecht dienen zum Beweis nur Mittel, die rechtlich erhebliche *Tatsachen* beweisen können.¹⁷

⁹ CHAPPUIS/LONGET-CORNUZ, S. 111; BPatGer, O2012_022 (03.05.2012), E. 10.1; HASENBÖHLER/YÁÑEZ, S. 427; SCHMID/BAUMGARTNER, in KuKo ZPO, Art. 183, N. 15.

¹⁰ BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 24 f.

¹¹ Ebd.

¹² DOLGE, in BSK ZPO, Art. 177, N. 2; DOLGE, in BSK ZPO Art. 183, N. 17.

¹³ CHAPPUIS-LONGET/CORNUZ, S. 112; BOHNET/FITZI, S. 485.

¹⁴ Zur besseren Lesbarkeit wird im Text die männliche Form verwendet. Sie bezieht sich jedoch ausdrücklich auf alle Geschlechter.

¹⁵ CHAPPUIS-LONGET/CORNUZ, S. 112; BOHNET/FITZI, S. 485.

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Art. 150 Abs. 1 ZPO.

Rechtsgutachten beinhalten juristische Argumentationen einer Partei, sie beweisen keine *Tatsachen*.¹⁸ Sie erfüllen zwar dieselbe Funktion wie Tatsachengutachten, sie dienen der Unterstützung des Rechtsstandpunktes, scheiden aber mangels Beweiseignung als Beweismittel aus.¹⁹

3 Anlass, Umsetzung und kritische Einordnung der Revision

Im Folgenden wird der Hintergrund der Revision beleuchtet, also die Rechtslage vor dem 01.01.2025 und wie diese kritisiert wurde. Es wird dargestellt, wie der Gesetzgeber darauf reagiert hat, nämlich mit der Änderung von Art. 177 ZPO. Diese Reaktion wird anschliessend kritisch eingeordnet. Abschliessend wird geprüft, ob eines der zentralen Argumente für die Revision tatsächlich überzeugt.

3.1 Rechtslage vor der Revision

Die Beweismittelqualität von Privatgutachten war in der vorherigen Fassung der Zivilprozessordnung nicht ausdrücklich geregelt.²⁰ Das Bundesgericht vertrat seit der Einführung der nationalen Zivilprozessordnung die Ansicht, wonach Privatgutachten keine Beweismittel darstellten.²¹ Dies wurde wie folgt begründet: Die Botschaft zur damaligen Zivilprozessordnung hält fest, dass ein *numerus clausus* der Beweismittel gelten soll.²² Daraus folgt, dass es keine weiteren Beweismittel geben darf als die im Gesetz genannten.²³ Folglich wurde geprüft, ob sich Privatgutachten unter ein gesetzlich vorgesehenes Beweismittel subsumieren lassen. Eine Subsumtion unter die Gutachten i.S.v. Art. 183 ff. ZPO widersprach der Gesetzessystematik, weil darunter explizit nur vom Gericht eingeholte

¹⁸ SCHMID/BAUMGARTNER, in KuKo ZPO, Art. 183, N. 17 f.; BOHNET/FITZI, S. 485; GROLIMUND/AMMANN, in Zivilprozessrecht, S. 374.

¹⁹ Ebd.; SCHMID/BAUMGARTNER, in KuKo ZPO, Art. 183, N. 16.

²⁰ RÜETSCHI, S. 13.

²¹ BGE 141 III 433 E. 2; BGE 132 III 83, E. 3.4; Votum Bauer (Ständerat), AB 2021, S. 670 ff.

²² Ausser in Kinderbelangen; Botschaft ZPO, S. 7320.

²³ Ebd.

Gutachten fallen.²⁴ Also war die Einordnung der Privatgutachten unter die Urkunden nach Art. 177 aZPO zu prüfen. Dagegen weigerte sich das BGer,²⁵ weil es die Botschaft zur ZPO so interpretierte, dass der Gesetzgeber nicht nur die Einordnung der Privatgutachten unter die Gutachten, sondern deren allgemeine Einordnung unter die Beweismittel ablehnte.²⁶ Dieser Ausschluss als Beweismittel bedeutete aber nicht, dass Privatgutachten im Zivilprozess gar keine Bedeutung zukam. Sie verhalfen nämlich einer Tatsachenbehauptung zur besonderen Substanziierung.²⁷ Nach der Einreichung eines Privatgutachtens reichte eine pauschale Bestreitung durch die Gegenpartei nicht mehr aus, es bedurfte einer konkreten Bestreitung der vorgebrachten Tatsachenbehauptungen.²⁸ Aufgrund des Ausschlusses der Privatgutachten von den Beweismitteln durch das Bundesgericht entschied das Handelsgericht Zürich gar, dass Privatgutachten in der Rechtsschrift zitiert werden mussten.²⁹ Soweit die Erkenntnisse nicht im Parteivortrag integriert waren, wenn sie berücksichtigt werden sollten.³⁰ Ansonsten waren sie mangels Beweismittelqualität nicht zu berücksichtigen.³¹ Die Lehre übte deutliche Kritik an dieser Haltung.³²

3.2 Kritik an der alten Rechtslage

Das Absprechen der Beweismittelqualität von Privatgutachten durch das BGer wurde von der Lehre in unterschiedlichen Punkten kritisiert.³³ Einige Vertreter brachten vor, dass Privatgutachten eigentlich Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO sein sollten;³⁴ VOUILLOZ führte an, dass die

²⁴ BGE 141 III 433, E. 2.5.2.

²⁵ BGE 141 III 433, E. 2.5.3.

²⁶ Ebd; RÜETSCHI, S. 13 ff.; HARTMANN, S. 1346 f.

²⁷ BGE 141 III 433, E. 2.6; MOSIMANN, S. 200; HUBER-LEHMANN, S. 330; SCHMID/BAUMGARTNER, in KuKo ZPO, Art. 183, N. 18a.

²⁸ Ebd; TUNIK/YE, S. 200; BGer 6B_520/2014 (26.01.2016), E. 2.2.2.

²⁹ HGer ZH in ZR 2006 Nr. 77; TUNIK/YE, S. 200.

³⁰ Ebd.

³¹ Ebd.

³² RÜETSCHI, S. 14.

³³ Anstelle vieler: CEREGATO, S. 39.

³⁴ BINDER/GUTZWILLER, S. 171 ff.; HASENBÖHLER/YAÑEZ, S. 428; HARTMANN, S. 1345.

schriftliche Aussage eines Zeugen, die im Vorfeld eines Prozesses vorbereitet wird, unter den Anwendungsbereich von Art. 177 ZPO falle, was seiner Meinung nach auch für die Parteigutachten gelten sollte.³⁵ Auch TREZZINI/BOHNET vertraten die Ansicht, dass das Bundesgericht irrte, wenn es Privatgutachten nicht als Urkunden betrachtete.³⁶ Sie sahen in der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung.³⁷ Die Frage, wie überzeugend ein Privatgutachten sei, gehöre zur freien Beweiswürdigung und nicht zur vorgängigen Entscheidung über die Beweismittelqualität, argumentierten sie.³⁸

MÜLLER/ZINGG kritisierten den Widerspruch, dass Privatgutachten einerseits wie Parteibehauptungen behandelt wurden, andererseits aber als Gegenbeweismittel, die gerichtliche Gutachten erschüttern können, anerkannt wurden.³⁹ Es wurde vorgebracht, dass sich das BGer der Bewertung des Beweiswerts von konkreten Privatgutachten entzog, indem es sie gar nicht erst als Beweismittel zuliess.⁴⁰

Besonders hervorgehoben wurde im Rahmen der Kritik die mangelnde, sachlich nicht begründete Kohärenz zur sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung, die Privatgutachten als Beweismittel zulässt.⁴¹ Diese Inkohärenz bildete ein zentrales Argument der Revision und wurde wiederholt und mit Nachdruck kritisiert.⁴²

Das BGer hat in seinem Leitentscheid BGE 141 III 433 darauf verzichtet, näher darauf einzugehen, weshalb die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung nicht übertragbar war, sondern verwies auf die bisherige Rechtsprechung zur ZPO und beendete die Diskussion mit der Aussage: „Entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin gilt

³⁵ VOUILLOZ, S. 351.

³⁶ TREZZINI/BOHNET, S. 369.

³⁷ Ebd; SCHWEIZER, in CR CPC, Art. 157, N. 4.

³⁸ Ebd.

³⁹ MÜLLER/ZINGG, S. 649; gl. M.: SCHMID, S. 527.

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ HARTMANN, S. 1345; Botschaft Änderung ZPO, S. 2752.; TREZZINI/BOHNET, S. 369.; Votum Bauer (Ständerat), AB 2021, S. 670 ff.; RÜETSCHI, S. 14; VOUILLOZ, in PC CPC, Art. 177, N. 9.

⁴² Ebd.

mithin die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung nach BGE 125 V 351 unter dem Anwendungsbereich der ZPO nicht.“⁴³ Das Ausbleiben einer Auseinandersetzung mit der Übertragbarkeit der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung wurde von Autoren ebenfalls kritisiert.⁴⁴

3.3 Reaktion auf die Kritik

Oben wurde dargelegt, dass es ein Bedürfnis nach der Zulassung von Privatgutachten als Beweismittel gab. Der Gesetzgeber entschied in der Folge, dass Privatgutachten Beweismittelqualität erlangen müssen. Hierbei verzichtete er auf die Schaffung einer neuen Beweiskategorie und entschied sich für eine Erweiterung des Urkundenbegriffs von Art. 177 ZPO.⁴⁵ Dieser Artikel lautet nun: „Als Urkunden gelten Dokumente, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen, wie Schriftstücke, [...] „sowie private Gutachten der Parteien.“⁴⁶ Damit wird dem Privatgutachten explizit Urkundenqualität zuerkannt.⁴⁷ Als Urkunde gilt das Privatgutachten als Beweismittel i.S.v. Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO und unterliegt damit der freien richterlichen Beweiswürdigung.⁴⁸ Künftig liegt der Fokus bei den Privatgutachten also auf der Bewertung der Beweiskraft bzw. der Einschätzung des Beweiswerts.⁴⁹ Damit mussten sich die Gerichte bislang nicht vertieft auseinandersetzen, mit den nachfolgenden Erläuterungen soll eine Grundlage für die Beweiswürdigung geschaffen werden.

⁴³ BGE 141 III 433, E. 2.6.

⁴⁴ TREZZINI/BOHNET, S. 369.

⁴⁵ BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 42; TUNIK/YE, S. 201; HURNI/HOFMANN, S. 217; VOUILLOZ, in PC CPC, Art. 177, N. 10; DOLGE, in BSK ZPO, Art. 177, N. 9b; SCHMID/BAUMGARTNER, in KuKo ZPO, Art. 183, N. 15.

⁴⁶ Art. 177 ZPO.

⁴⁷ BOHNET/SCHALLER, S. 196; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, S. 1191.

⁴⁸ Ebd; Botschaft Änderung ZPO, S. 2752; HURNI/HOFFMANN, S. 217; LATZEL/IMERI, S. 152 f.

⁴⁹ BOHNET/FITZI, S. 482; HUBER-LEHMANN/KILLIAS, S. 231.

3.4 Kritische Einordnung der Revision

In der Vernehmlassung zeigte sich, dass die Revision nicht nur positiv aufgenommen wurde. Einige Vernehmlassende äusserten erhebliche Bedenken. Zunächst wird aufgezeigt, von wem und in welcher Hinsicht die Revision positiv bewertet wurde, bevor anschliessend auf die geäusserte Kritik eingegangen wird.

3.4.1 Positive Aspekte

Die Befürworter sehen in der Ergänzung von Art. 177 ZPO eine Verbesserung des Beweisrechts.⁵⁰ Begrüsst wurde die Änderung unter anderem von der Arbeitsgruppe des Zürcher Anwaltsverbands, die die Kohärenz zum Sozialversicherungsrecht als positiven Aspekt sieht.⁵¹ Der schweizerische Anwaltsverband erkennt in der Revision eine Reduktion von Formalismus und begrüsst dies ausdrücklich.⁵² Das Bundesgericht hat die Revisionspläne ebenfalls positiv zur Kenntnis genommen.⁵³ Es äusserte sich dahingehend, dass damit ein „Beweisvakuum“ bei Krankentaggeldstreitigkeiten gefüllt werden könne;⁵⁴ Zum Nachweis der umstrittenen Arbeitsunfähigkeit liegen oft nur ärztliche Äusserungen vor, die von den Parteien selbst eingeholt wurden (Privatgutachten).⁵⁵ Diesen Mangel an Beweisen musste das Gericht (auf Antrag der Parteien) in der Regel durch die Einholung eines Gutachtens kompensieren.⁵⁶ Dies war zeitaufwendig und teuer, und im Nachhinein eingeholte psychiatrische Gutachten wurden oft infrage gestellt, weil sie die akute Situation nicht mehr erfassen konnten.⁵⁷

⁵⁰ KLETT-SCHUMACHER, S. 284.

⁵¹ Auswertung Vernehmlassung, S. 228.

⁵² Auswertung Vernehmlassung, S. 232.

⁵³ HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, S. 1191.

⁵⁴ BGer 4A_247/2020 (07.12.2020), E. 4.2; MOSIMANN, S. 201; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, S. 1191.

⁵⁵ BGer 4A_247/2020 (07.12.2020), E. 4.2.

⁵⁶ Ebd.

⁵⁷ Ebd.

Der Hauseigentümerverband begrüsst die Änderung, unter Hinweis darauf, dass Privatgutachten in Verfahren zu Baumängeln, Lärmemissionen oder Immobilienbewertungen häufig in Auftrag gegeben werden und die Änderung insofern einem Praxisbedürfnis entspreche.⁵⁸

Positiv aufgefasst wird die Revision auch unter dem Gesichtspunkt, dass den hohen Kosten eines Privatgutachtens Rechnung getragen wird, indem ihm nun die Qualifikation als Beweismittel zukommt.⁵⁹

3.4.2 Negative Aspekte

Die dogmatische Einordnung wurde kritisiert, weil „klassische Urkunden“ einen Sachverhalt ohne Wertung festhalten, während in Privatgutachten eine Wertung vorgenommen wird.⁶⁰ Vertreter dieser Kritik hätten sich eine eigene Beweiskategorie für Privatgutachten gewünscht.⁶¹

Ebenfalls ein grosser Kritikpunkt war die Befürchtung der Verstärkung der finanziellen Ungleichheit.⁶² Der schweizerische Mieterverband erklärte, dass den Mietern in den meisten Fällen die finanziellen Mittel fehlen dürften, um die Kosten eines Privatgutachtens zu tragen, während Vermieter als meist finanziell stärkere Partei sich so immer ein Beweismittel verschaffen können.⁶³

Auch wurde vorgebracht, dass die Revision zu einer Verkomplizierung und vor allem Verteuerung des Prozesses führen könnte.⁶⁴

Es wird befürchtet, dass Parteien, die einem für sie negativen Privatgutachten im Prozess gegenüberstehen, ebenfalls ein Gutachten in Auftrag geben, was ein drittes, gerichtliches Gutachten allenfalls erforderlich macht.⁶⁵

⁵⁸ Auswertung Vernehmlassung, S. 230; gl. M. Auswertung Vernehmlassung S. 228, S. 233.

⁵⁹ BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 43 f.

⁶⁰ Auswertung Vernehmlassung, S. 231 f., 235 f.

⁶¹ DOLGE, in BSK ZPO, Art. 177, N. 9d.

⁶² Auswertung Vernehmlassung, S. 231 f.; BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 44.

⁶³ Auswertung Vernehmlassung, S. 228; ähnlich: Auswertung Vernehmlassung, S. 229.

⁶⁴ Ebd; TUNIK/YE, S. 201.

⁶⁵ Auswertung Vernehmlassung, S. 231 f.

Die wohl grössten Bedenken betrafen die Beweiswürdigung und den Mehraufwand für die Gerichte.⁶⁶ Im Fall des Regierungsrats Basel-Landschaft wird die Beweiswürdigung von Privatgutachten als so heikel eingeschätzt, dass befürchtet wird, dass die Gutachten schliesslich gar nicht berücksichtigt werden.⁶⁷ Gerade mit Blick auf den dadurch entstehenden Mehraufwand wäre dies bedauerlich.⁶⁸

Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass es für die nicht sachkundigen Gerichte schwierig sein dürfte zu erkennen, wann die Aufgaben- und Problemstellung im Gutachten den Interessen des Auftraggebers entsprechend „hinegebogen“ wurden.⁶⁹ Ebenso wird der Umstand, dass ein Privatgutachten nach der allgemeinen Lebenserfahrung nur eingereicht wird, wenn es der eigenen Position im Prozess dient, als Schwierigkeit für dessen Einordnung erwähnt.⁷⁰ Die schwer überprüfbare Beziehung zwischen Auftraggeber und Privatgutachter wird auch als Punkt vorgebracht, welcher gegen die Aufnahme der Privatgutachten in das System der Beweismittel sprach, sowie die auf den ersten Blick fehlende Sanktionsmöglichkeit.⁷¹ Der Beweiswert von Privatgutachten im Hinblick auf die fehlende Unabhängigkeit wird im Allgemeinen von vielen angezweifelt.⁷² Nach den obigen Ausführungen kann festgehalten werden, dass die herausfordernde Beweiswürdigung für viele Vernehmlassungsteilnehmer gegen die Aufnahme von Privatgutachten in das Beweismittelsystem spricht. Die vorliegende Arbeit soll einen Beitrag leisten, um diese Herausforderung zu bewältigen.

⁶⁶ Auswertung Vernehmlassung, S. 229, 230, 233, 234; BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 44; a.M.: BOHNET/FITZI, S. 484.

⁶⁷ Auswertung Vernehmlassung, S. 229.

⁶⁸ Ebd.

⁶⁹ Auswertung Vernehmlassung, S. 235 f., 232 f.; BOHNET/FITZI, S. 483.

⁷⁰ Ebd.; BOHNET/FITZI, S. 83; KLETT/SCHUMACHER, S. 283.

⁷¹ BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 44 f.; darauf wird weiter unten, in Kap. 7.3.4 noch weiter eingegangen.

⁷² Anstelle vieler: Auswertung Vernehmlassung, S.233.

3.4.3 Das Kohärenzargument

Die Kohärenz zum Sozialversicherungsrecht war ein zentrales Argument für die Anpassung von Art. 177 ZPO. Im Folgenden soll dieses näher betrachtet werden: Im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz; die Sozialversicherungsträgerin ist die verfahrensleitende Behörde und hat gegenüber der versicherten Person eine starke Stellung inne.⁷³ Die Berücksichtigung von Privatgutachten dient hier der Verbesserung der Chancengleichheit der Versicherten.⁷⁴

Dieses Argument ist nicht auf das Zivilprozessrecht übertragbar: Dort gilt in der Regel der Verhandlungsgrundsatz,⁷⁵ es stehen sich zwei Parteien gegenüber, und es besteht keine Notwendigkeit, einer Partei mehr Mittel zu verschaffen, damit sie gleich stark ist, wie die andere, denn sie gelten als prozessual gleichgestellt.⁷⁶ Seit der Revision können sich die Parteien nun mit Privatgutachten weiter stärken. In Anbetracht der potenziell hohen Gutachterskosten werden sich dies aber nur finanziell starke Parteien leisten können. Damit entsteht eher ein Ungleichgewicht als Chancengleichheit.

Die Kosten für das Parteigutachten können zwar im Rahmen der Parteientschädigung geltend gemacht werden,⁷⁷ vorerst sind sie aber von der auftraggebenden Partei zu tragen. Viele Parteien dürften gar nicht die Mittel haben, diese Kosten vorab zu tragen. Hinzu kommt, dass diese Parteien das Risiko nicht tragen können, dass das Gutachten nicht in ihrem Sinne ausfällt und nicht eingereicht werden kann. Letztlich berücksichtigen Parteien, die zwar die Kosten aufzubringen vermögen, auch das Risiko, dass sie prozessual trotzdem unterliegen und ihre Kosten nicht via Parteientschädigung auf die andere Partei übertragen können.

⁷³ DOLGE, in BSK ZPO, Art. 177, N. 9b.

⁷⁴ Ebd.

⁷⁵ Siehe Kap. 4.6.3.

⁷⁶ DOLGE, in BSK ZPO, Art. 177, N. 9b.

⁷⁷ Siehe Kap. 4.4.

Andererseits führt diese Argumentation auch zum Schluss, dass Parteigutachten, welche von finanziell sehr starken Parteien eingeholt wurden, tendenziell eine höhere Beweiskraft haben, weil es sich diese finanziell leisten können, wenn das in Auftrag gegebene Gutachten nicht zu ihren Gunsten ausfällt. Es kann so der Anschein erweckt werden, dass der Gutachter eher ergebnisoffen ermittelte und ohne Druck zum „dienlichen“ Schluss gekommen ist. Wobei auch bei einer Lage, in der die Kosten weniger eine Rolle spielen, davon auszugehen ist, dass die Partei – egal mit welchem finanziellen Hintergrund – ein Interesse an einem bestimmten Ergebnis des Gutachtens hat. Letztlich ist der Beweiswert von Privatgutachten stets unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln.

Die obigen Ausführungen zeigen, dass die Beweismittelqualität von Privatgutachten im Verwaltungsverfahren der Chancengleichheit dient, während diese im Zivilprozess eher zu einer Chancenungleichheit führt. Das Kohärenzargument überzeugt unter diesem Gesichtspunkt nicht; wenn die Ausgangslage nicht dieselbe ist, führt eine Gleichbehandlung zu einem ungleichen Ergebnis.

Hingegen ist Kohärenz zwischen Zivil- und Verwaltungsverfahren sinnvoll, wenn es Berührungspunkte zu beiden Rechtsgebieten gibt. Etwa im Markenrecht, wo die Eintragung der Marke dem Verwaltungsverfahren unterliegt, während Streitigkeiten zur Marke zivilprozessual ausgetragen werden.⁷⁸ In solchen Fällen ist es wünschenswert, dass dieselben Beweismittel zum Beweis der Verkehrsdurchsetzung in den Verfahren eingereicht werden können.⁷⁹ Noch deutlicher wird das Bedürfnis nach Kohärenz in Krankentaggeldstreitigkeiten: Verfahren über die Leistungspflicht aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (VVG) unterstehen dem Zivilprozess, während Verfahren über die Leistungspflicht nach dem KVG dem Verwaltungsverfahren unterliegen.⁸⁰ Es ist

⁷⁸ Vgl. BGer 4A_587/2021 (30.08.2022), E. 4.5.4.

⁷⁹ Siehe Kap. 5.

⁸⁰ BGer 4A_179/2015 (11.09.2015), E. 1.

nicht sachgerecht, wenn für den genau gleichen Krankheitsfall nicht dieselben Beweismittel zur Verfügung stehen.

Die obigen Ausführungen zeigen, dass die Anpassung von Art. 177 ZPO einem Praxisbedürfnis entsprach. Dennoch ist eine kritische Auseinandersetzung mit der Revision angebracht: Dem positiven Effekt der Herstellung von Kohärenz zwischen den Verfahrensordnungen steht die Folge der Chancenungleichheit von finanziell schwächeren Parteien entgegen. Zugleich zwingt die Revision die Gerichte dazu, den Beweiswert von Privatgutachten differenziert zu prüfen, was eine anspruchsvolle Aufgabe ist. Genau diese Herausforderung bildet den Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit. Im Folgenden werden darüber hinaus die weiteren konkreten Auswirkungen der Revision vertieft beleuchtet.

4 Auswirkungen der neuen Rechtslage

Die offensichtlichste Folge der Revision ist, die Verschiebung des Fokus von der Qualifikation des Privatgutachtens hin zur Beweiswürdigung und Einschätzung.⁸¹ Einleitend ist festzuhalten, dass sich die Lehre wohl einig ist, dass Privatgutachten hinsichtlich ihrer voraussichtlich geringeren Beweiskraft die gerichtlichen Gutachten nicht zu ersetzen vermögen.⁸²

4.1 Anwendungsbereiche

In Verfahren zu Baumängeln, Lärmimmissionen oder Immobilienwerten werden häufig Gutachten von externen Fachpersonen eingeholt.⁸³ Der Vorteil des Parteigutachtens liegt auch darin, dass dieses schnell erstellt werden kann – es braucht keine Vernehmlassung zur Gutachtensperson oder Stellungnahmen zur geplanten Fragestellung.⁸⁴ Dies ist insbesondere von Vorteil, wenn zeitnah eine Dokumentation erfolgen muss, wie bei Baufehlern.⁸⁵ Im Mietrecht könnten Privatgutachten künftig eingeholt

⁸¹ BOHNET/FITZI, S. 482.

⁸² SCHMID/BAUMGARTNER, in KuKo ZPO Art. 183, N. 18; LATZEL/IMERI, S. 146.

⁸³ BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 43.

⁸⁴ SCHMID, S. 527.

⁸⁵ Ebd.

werden, um den Beweis der Ortsüblichkeit des angefochtenen Mietzinses oder den Beweis für die Ursache von Schimmelbefall zu erbringen.⁸⁶ Auch im ehelichen Güterrecht wird das Privatgutachten als geeignetes Mittel gesehen, um sich in einem frühen Verfahrensstadium einen guten Prozesstandpunkt zu verschaffen oder um einen günstigen Vergleich abzuschliessen.⁸⁷ Ebenfalls typisch sind Privatgutachten in Streitigkeiten um Krankentaggelder, hier können von den Parteien eingeholte ärztliche Äusserungen als Beweise dienen.⁸⁸ Weiter dienen demoskopische Erhebungen in patentrechtlichen Streitigkeiten der Beweiserhebung zur Eignung der Verkehrsdurchsetzung.⁸⁹ All diese erwähnten Gutachten können dazu beitragen, die Komplexität des Falls verständlich darzustellen und die eigene Position zu stärken.⁹⁰

4.2 Alternative zum vorsorglichen Beweisverfahren

Durch die erlangte Beweismittelqualität von Privatgutachten könnten diese künftig dazu dienen, Beweise zügig zu sammeln, Geschehnisse zu dokumentieren sowie Prozessaussichten abzuschätzen.⁹¹ Dies könnte potenziell die Notwendigkeit von vorsorglichen Beweisverfahren reduzieren.⁹² Hier ist allerdings zu beachten, dass das im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung eingeholte Gutachten als Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO zu qualifizieren ist.⁹³ Diesen kommt – aller Voraussicht nach – höhere Beweiskraft zu, als einem Privatgutachten.⁹⁴ Das Gericht wird also kaum ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung mit der Begründung, dass stattdessen ein Privatgutachten eingeholt werden kann, abweisen.⁹⁵ Das Interesse des Auftraggebers, ein Beweismittel mit

⁸⁶ MURARO, S. 23.

⁸⁷ BOOG, S. 1.

⁸⁸ Vgl. BGer 4A_247/2020 (07.12.2020), E. 4.2.

⁸⁹ BGer 4A_587/2021 (30.08.2022), E. 4.5.3; vgl. auch: RÜETSCHI, S. 14.

⁹⁰ Ebd.

⁹¹ LATZEL/IMERI, S. 146.

⁹² Ebd.

⁹³ Ebd.

⁹⁴ BOHNET/FITZI, S. 488; FELLMANN/ROTHENBERGER, SK ZPO, Art. 158, N. 19b.

⁹⁵ Ebd.

höherer Beweiskraft zu erlangen, muss genügen.⁹⁶ Die bloße Möglichkeit, dieselben Tatsachen mit einem anderen Beweismittel nachzuweisen, rechtfertigt die Ablehnung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung eher nicht.⁹⁷ Allerdings ist denkbar, dass Parteien ein Privatgutachten in Auftrag geben und auf die vorsorgliche Beweisführung verzichten.

4.3 Auswirkungen auf die Prozesskosten

Das Bundesgericht gelangte in einem Fall zur Einschätzung, dass die Beweismittelqualität von Privatgutachten dazu führen könnte, dass Gerichtskosten tiefer ausfallen, weil im Fall von fehlendem Vorliegen von anderen Beweisen und überzeugenden Privatgutachten kein zusätzliches gerichtliches Gutachten mehr eingeholt werden muss.⁹⁸

Demgegenüber wird in der Lehre der Standpunkt vertreten, dass ein Parteigutachten in der Regel nicht ausreichte, um einen strikten Beweis zu erbringen und damit auch nicht verhindern kann, dass ein gerichtliches Gutachten eingeholt werden muss.⁹⁹ Ebenfalls ist fraglich, ob die Kosten nicht lediglich verlagert werden.¹⁰⁰ Letztlich ist unter diesem Aspekt zu beachten, dass auch Privatgutachten hohe Kosten verursachen können.

4.4 Erstattungsfähigkeit

Ein anderer Kostenaspekt ist die Frage der Geltendmachung der Kosten des Privatgutachtens als Parteientschädigung oder gar als Gerichtskosten für die Beweisführung.¹⁰¹ Dieses Thema wurde bereits in der Vernehmlassung kontrovers diskutiert.¹⁰² Es gab Forderungen, die Kostenfrage sei vom Gesetzgeber zu klären.¹⁰³

⁹⁶ Ebd.

⁹⁷ Ebd.

⁹⁸ BGer 4A_247/2020 (07.12.2020), E. 4.2.

⁹⁹ BOHNET/FITZI, S. 486.

¹⁰⁰ HUBER-LEHMANN, S. 330.

¹⁰¹ Ebd; SIEGENTHALER, S. 96.

¹⁰² BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 46.

¹⁰³ Ebd.

Gerichtskosten sind für das Gericht entstehende Kosten aufgrund des Verfahrens, welche grundsätzlich auf die Parteien überwält werden.¹⁰⁴ Dazu gehören auch die Kosten der Beweisführung (Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO). Darunter fallen von den Parteien beantragte oder von Amtes wegen erhobene Beweise gemäss Beweisverfügung, wie Entschädigungen für Zeugen, Honorare für Gutachten oder Auslagen für einen Augenschein.¹⁰⁵ Art. 95 Abs. 3 ZPO listet die Arten der Parteikosten abschliessend auf:¹⁰⁶ Ersatz notwendiger Auslagen, Kosten der berufsmässigen Vertretung und angemessene Umtriebsentschädigung.¹⁰⁷ Notwendige Auslagen liegen insbesondere dann vor, wenn der Prozessstoff nur mithilfe eines Gutachtens sachgerecht erfasst und hinreichend substantiiert dargestellt werden kann – etwa bei technischen Fragestellungen.¹⁰⁸ In jedem Fall sind die Notwendigkeit, Zweckdienlichkeit und Angemessenheit sowohl der Gutachtenseinholung als auch der damit verbundenen Kosten sorgfältig zu prüfen.¹⁰⁹

Nach HASENBÖHLER/YAÑEZ war es bereits vor der Revision möglich, Kosten für ein Privatgutachten im Rahmen der Parteientschädigung als notwendige Auslagen ersetzen zu lassen, wenn das Gutachten in direktem Zusammenhang mit einem Prozess erstellt wurde und die Partei aufgrund fehlender Sachkenntnis auf eine Expertise angewiesen war, um ihr Vorbringen ausreichend zu substantiieren.¹¹⁰ Diese Haltung wurde wegen der mangelnden Beweismittelqualität von Privatgutachten teilweise mit Zurückhaltung akzeptiert, nach der Revision ist die gegenteilige Meinung nicht mehr vertretbar; die Kosten müssen via Parteientschädigung geltend gemacht werden können.¹¹¹ Allerdings scheint es sinnvoll das

¹⁰⁴ SUTER/VON HOLZEN, in SK ZPO, Art. 95, N. 13.

¹⁰⁵ Ebd; JENT-SØRENSEN, in OFK ZPO, Art. 95, N. 3.

¹⁰⁶ SUTER/VON HOLZEN, in SK ZPO, Art. 95, N. 29.

¹⁰⁷ SUTER/VON HOLZEN, in SK ZPO, Art. 95, N. 31 ff.

¹⁰⁸ HOFMANN/BAECKERT, in BSK ZPO, Art. 95, N. 43; BOOG, S.1; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, S. 1192.

¹⁰⁹ Ebd.

¹¹⁰ HASENBÖHLER/YAÑEZ, S. 431; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMAN, S. 1192.

¹¹¹ Ebd; HOFMANN/BAECKERT, in BSK ZPO, Art. 95, N. 43; BOOG, S.1; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, S. 1192.

Kausalitätskriterium, wonach eine Geltendmachung nur erfolgen kann, wenn das Gutachten tatsächlich für den Prozess eingeholt wurde, künftig beizubehalten.¹¹²

4.5 Vorladung als sachverständiger Zeuge

Durch den Beweismittelstatus der Privatgutachten und die damit einhergehende zunehmende Wichtigkeit dürfte auch das Bedürfnis gestiegen sein, den Privatgutachter zu seinen Erkenntnissen zu befragen. Einerseits um einen Eindruck von ihm zu gewinnen, andererseits um Ergänzungsfragen zu stellen. Entsprechend stellt sich die Frage, in welcher Funktion ein privater Gutachter im Verfahren angehört werden kann. Da ein solcher Gutachter weder Prozesspartei noch gerichtlicher Sachverständiger im Sinne von Art. 183 ff. ZPO ist, kommt grundsätzlich nur eine Vorladung als sachverständiger Zeuge nach Art. 175 ZPO in Betracht.¹¹³ Diese Möglichkeit gab es bereits vor der Revision der ZPO, allerdings dürfte sie dank dieser an Bedeutung gewinnen.¹¹⁴ Anders als der gewöhnliche Zeuge dürfen dem sachverständigen Zeugen zwar auch Fragen zur Würdigung des Sachverhalts gestellt werden, diese müssen sich jedoch auf seine eigenen Wahrnehmungen stützen und dürfen nicht auf das Gutachten als solches abzielen.¹¹⁵

Gemäss Lehrvertretern wäre die Vorladung des Privatgutachters als sachverständiger Zeuge eine Methode, um den Beweiswert des Gutachtens zu erhöhen, weil die Gegenpartei so auch die Möglichkeit erhalten könnte, kritische Fragen zu stellen.¹¹⁶ Ebenfalls könnte so die Glaubwürdigkeit durch gezielte Fragen des Gerichts geprüft werden.¹¹⁷ Hierbei

¹¹² Ebd; SUTER/VON HOLZEN, in SK ZPO, Art. 95, N. 33.

¹¹³ TUNIK/YE, S. 201 f.

¹¹⁴ HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, S. 1192; RÜETSCHI, S. 14; WEIBEL, in SK ZPO, Art. 177, N. 3.

¹¹⁵ TUNIK/YE, S. 201 f.; HUBER-LEHMANN/KILLIAS, S. 231; SCHMID, S. 527.; LEUENBERGER/UFER-TOBLER, S. 241; BORLA-GEIER, in OFK ZPO, Art. 175, N. 2.

¹¹⁶ MÜLLER/ZINGG, S. 615; HUBER-LEHMANN/KILLIAS, S. 231; HUBER-LEHMANN, S. 330.

¹¹⁷ TUNIK/YE, S. 202.

können unter anderem die Beziehung der Parteien zum privaten Gutachter und die näheren Umstände abgeklärt werden.¹¹⁸

Zu bedenken ist allerdings, dass es wenig sinnvoll ist, den Privatgutachter als sachverständigen Zeugen vorzuladen, wenn die Erstellung des Gutachtens bereits einige Zeit zurück liegt.¹¹⁹

4.6 Auswirkungen auf die Anordnung von gerichtlichen Gutachten

Derzeit wird in der Lehre kontrovers diskutiert, ob Privatgutachten gerichtliche Gutachten obsolet machen können.¹²⁰ Das wird sich in der Zukunft zeigen. Unter diesem Gesichtspunkt stellen sich drei Fragen. Erstens, ob das Gericht auf Antrag der Parteien bei Vorliegen eines Privatgutachtens trotzdem noch ein gerichtliches Gutachten anordnen darf, zweitens ob das Gericht trotz Antrag einer Partei zur Anordnung eines Gutachtens dies verweigern darf und drittens, ob das Gericht gar von Amtes wegen (ohne Antrag der Parteien) diese Anordnung treffen kann.¹²¹

4.6.1 Anordnung trotz Privatgutachten

Nach Ansicht von LATZEL/IMERI ist die erste Frage zu bejahen; verfügt das Gericht nicht über die nötigen Fachkenntnisse und vermag ein Privatgutachten nicht vollständig zu überzeugen, erscheint es nach herrschender Lehre auch weiterhin angebracht, ein gerichtliches Gutachten anzunordnen, sofern dies beantragt wurde.¹²²

4.6.2 Verzicht bei Vorliegen eines Privatgutachtens

Die zweite Frage betrifft das Recht auf Beweis gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO.¹²³ Dieses Recht wird durch die zulässige antizipierte

¹¹⁸ Ebd.

¹¹⁹ SIEGENTHALER, S. 95.

¹²⁰ LATZEL/IMERI S, 153.

¹²¹ BOHNET/FITZI, S. 487.

¹²² Ebd; LATZEL/IMERI, S. 155.

¹²³ SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 234 f.

Beweiswürdigung des Gerichts eingeschränkt.¹²⁴ Danach kann ein grundsätzlich zulässiges Beweismittel abgelehnt werden, wenn es die Überzeugung des Gerichts über die Wahrheit oder Unwahrheit einer streitigen Tatsache, gestützt auf bereits erhobene Beweismittel, nicht zu erschüttern vermag.¹²⁵ Diesfalls kann das Gericht die Abnahme weiterer Beweise verweigern. Ob ein Privatgutachten diesen Standard erfüllen kann, muss sich noch zeigen, jedenfalls ist das nicht von vornherein auszuschliessen.

4.6.3 Anordnung von Amtes wegen

Die letzte Frage berührt die Art und Weise der Feststellung des Sachverhalts. Grundsätzlich gilt die Verhandlungsmaxime, wonach es den Parteien obliegt, dem Gericht die anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und die dazugehörigen Beweismittel zu benennen (Art. 55 Abs. 2 e contrario).¹²⁶ Aus dem Verhandlungsgrundsatz ergibt sich zudem die Beweisführungslast: Die beweisbelastete Partei ist verpflichtet, die Beweismittel für ihre Tatsachenbehauptungen zu benennen, zu beantragen und anzubieten.¹²⁷ Das Gericht darf grundsätzlich nur dann Beweis über eine behauptete und bestrittene Tatsache erheben, wenn die betreffende Partei das entsprechende Beweismittel auch angegeben hat (Art. 153 Abs. 2 ZPO e contrario).¹²⁸ Eine gerichtliche Wahrheitsprüfung ist grundsätzlich ausgeschlossen.¹²⁹ Betreffend Gutachten bestimmt allerdings Art. 183 Abs. 1 ZPO, dass das Gericht diese auch von Amtes wegen anordnen kann.¹³⁰ Dies aber nur dann, wenn es nicht als Beweismittel, sondern lediglich dem besseren Verständnis dienen soll; andernfalls ist ein Antrag der beweispflichtigen Partei erforderlich.¹³¹ Literatur und Rechtsprechung betonen, dass bei Verfahren nach Verhandlungsgrundsatz das Gericht

¹²⁴ GUYAN, in BSK ZPO, Art. 152, N. 9; SCHMID, in OFK ZPO, Art. 152, N. 14.

¹²⁵ BGer 4A_66/2018 (15. 05. 2019), E. 2.2.1.

¹²⁶ GLASL/GLASL, in Dike Komm. ZPO, Art. 55, N. 3 ff.

¹²⁷ SUTTER-SOMM/SCHRANK, in SK ZPO, Art. 55, N. 31b; BAUMGARTNER et al., S. 278; BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 28.

¹²⁸ Ebd.

¹²⁹ HASENBÖHLER, S. 10.

¹³⁰ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, S. 245.

¹³¹ Ebd.

sehr zurückhaltend sein muss mit der Anordnung von Amtes wegen, da ansonsten eine Partei bevorzugt würde.¹³² Eine Anordnung von Amtes wegen ist im Anwendungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes eher ausgeschlossen. Liegen hingegen zwei widersprüchliche Privatgutachten vor, sollte es meines Erachtens zulässig sein zwecks besseren Verständnisses von Amtes wegen ein gerichtliches Gutachten einzuholen.

4.7 Weitere Aspekte

4.7.1 Übergangsrecht

Gemäss Art. 407f ZPO gilt die revidierte Version des auch für Verfahren, die vor Eintritt der Revision hängig waren.¹³³ Dies führt zur paradoxen Situation, dass ein oberes Gericht einen Entscheid mit Berufungsurteil aufheben kann, weil die Vorinstanz das Privatgutachten als Beweismittel berücksichtigte, obwohl das vor dem 01.01.2025 ausgeschlossen war, das Privatgutachten im neuen Berufungsverfahren aber als Beweismittel zu berücksichtigen ist.¹³⁴

4.7.2 Wegfall der inhaltlichen Wiedergabe

Mit der Anerkennung der Beweismittelqualität der Privatgutachten endet die Obliegenheit, deren Inhalt nochmals in der Rechtsschrift wiedergeben zu müssen.¹³⁵

4.7.3 Editionsspflicht

Als Urkunden können Privatgutachten von der Gegenpartei im Beweisverfahren herausverlangt werden, wenn diese noch nicht eingereicht wurden.¹³⁶ Fraglich ist allerdings, wie die Gegenpartei Kenntnis von einem solchen Gutachten erlangen soll.

¹³² Kantonsgericht Waadt Nr. 133 (25.03.2025), E. 5.3; DOLGE, in BSK ZPO, Art. 183, N. 2.

¹³³ <<https://www.vischer.com/know-how/blog/revision-der-schweizerischen-zivilprozessordnung-zpo-neuerung-im-zivilprozessrecht-parteigutachten-sind-urkunden/>> (besucht am 29.05.2025); CHAPPUIS/LONGET-CORNUZ, S. 112; HUBER-LEHMANN/KILLIAS, S.232.

¹³⁴ BGer 4A_207/2024 (05.02.2025), E. 5.2.3.

¹³⁵ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, S. 825; WEIBEL, in SK ZPO Art. 177, N. 5.

¹³⁶ MÜLLER, in Dike Komm. ZPO, Art. 177, N. 20d.

4.7.4 Zeitliche Schranken

In zeitlicher Hinsicht dürfte die Revision keine Auswirkungen haben.¹³⁷ Ob es sich beim Privatgutachten um eine Tatsachenbehauptung oder ein Beweismittel handelt, ist insofern unerheblich, als in beiden Fällen die Regeln für neue Tatsachen nach Art. 229 ZPO gelten.¹³⁸ Reicht die beklagte Partei mit der Duplik ein Privatgutachten ein, hat die klagende Partei ihr Recht auf freie Replik bereits ausgeschöpft.¹³⁹ Möchte sie daraufhin ein weiteres Privatgutachten einreichen, muss sie die Voraussetzungen für neue Tatsachen erfüllen.¹⁴⁰

4.7.5 Privatgutachten im summarischen Verfahren und in Verfahren mit gesenktem Beweismass

In der Literatur wird vermutet, dass den Privatgutachten dank der Revision in summarischen Verfahren und Verfahren mit gesenktem Beweismass eine erhöhte Bedeutung zukommen könnte.¹⁴¹ Gerade in summarischen Verfahren, in welchen grundsätzlich nur Urkunden als Beweismittel zugelassen sind¹⁴² und keine gerichtlichen Gutachten angeordnet werden können, eröffnen Privatgutachten den Prozessparteien zusätzliche Möglichkeiten zur Beweisführung.¹⁴³

Nach der Beleuchtung der Auswirkungen der Revision wird im Folgenden gezeigt, wie das Bundesgericht bereits 2021 auf die bevorstehende Änderung reagiert hatte. Aus der Auseinandersetzung mit dem entsprechenden Entscheid lassen sich erste wichtige Aspekte ableiten, die bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sind.

¹³⁷ HURNI/HOFMANN, S. 217; WEIBEL, in SK ZPO, Art. 177, N. 5.

¹³⁸ Ebd; a.M.: SIEGENTHALER, S. 96; CHAPPUIS/LONGET-CORNUZ, S. 112.

¹³⁹ Ebd.

¹⁴⁰ Ebd.

¹⁴¹ BOHNET/FITZI, S. 484.

¹⁴² Art. 254 ZPO.

¹⁴³ <<https://www.vischer.com/know-how/blog/revision-der-schweizerischen-zivilprozessordnung-zpo-neuerung-im-zivilprozessrecht-parteigutachten-sind-urkunden/>> (besucht am 29.05.2025); BOHNET/FITZI, S. 486; HARTMANN, S. 1348.

5 Neue Rechtsprechung im Lichte der Revision

In seiner Entscheidung vom 30. August 2021 hielt das Bundesgericht fest, dass sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Privatgutachten auf ärztliche Beurteilungen bezogen hat und nicht auf sämtliche Gutachtendisziplinen.¹⁴⁴ Für demoskopische Erhebungen kam das BGer mit Hinweis auf die geplante Revision zum Schluss, dass das vorliegende Privatgutachten ein Beweismittel im Sinne von Art. 177 ff. ZPO darstelle.¹⁴⁵ Es wurde festgehalten, dass das BGer bereits anerkannt hat, dass demoskopische Erhebungen zum Beweis der Verkehrsdurchsetzung geeignet sind.¹⁴⁶ Für diese Anerkennung spricht auch, dass eine solche demoskopische Umfrage im Verwaltungsverfahren zur Eintragung einer Marke faktisch verlangt wird.¹⁴⁷ Ein Ausschluss als Beweismittel im (nachfolgenden) Zivilprozess wäre weder prozessökonomisch noch kohärent.¹⁴⁸ Bemerkenswert ist, dass das BGer hier das Kohärenzargument angewendet hat, dieses in Entscheiden mit potenzieller Kohärenz zum Sozialversicherungsrecht aber ohne nähere Begründung ablehnte.¹⁴⁹

Das BGer hält in der Folge fest, dass eine Umfrage, die „bezüglich der befragten Personen und verwendeten Methoden wissenschaftlich konzipiert und korrekt durchgeführt worden ist, zum Beweis der markenrechtlichen Verkehrsdurchsetzung im Zivilprozess tauglich, ja das geeignetste Beweismittel“ ist.¹⁵⁰ Die Beweismittelqualität sagt allerdings noch nichts über den entsprechenden Beweiswert aus.¹⁵¹ Dieser ist im Rahmen der Beweiswürdigung zu ermitteln.¹⁵² Das Bundesgericht hält fest, dass der Beweiswert eines Privatgutachtens im Vergleich mit einem gerichtlichen

¹⁴⁴ BGer 4A_587/2021 (30.08.2022), E. 4.5.1 ff.; GROLIMUND/AMMANN, in Zivilprozessrecht, S. 374; DOLGE, in BSK ZPO Art. 177, N. 9c.

¹⁴⁵ BGer 4A_587/2021 (30.08.2022), E. 4.5.5.

¹⁴⁶ BGer 4A_587/2021 (30.08.2022), E. 4.5.3.

¹⁴⁷ Ebd.

¹⁴⁸ Ebd.

¹⁴⁹ Mögliche Begründung siehe Kap. 3.4.3.

¹⁵⁰ BGer 4A_587/2021 (30.08.2022), E. 4.5.5.

¹⁵¹ BGer 4A_587/2021 (30.08.2022), E. 4.6.4.

¹⁵² Ebd.

Gutachten herabgesetzt sein kann.¹⁵³ Für die Würdigung dieses konkreten Privatgutachtens wurde berücksichtigt, dass die Expertin nur die ermittelten Daten reproduziert hat und keine Einschätzung vornahm.¹⁵⁴ Die Resultate waren somit für das Gericht überprüfbar, was die mit möglichen Interessenkonflikten verbundene Gefahr relativierte.¹⁵⁵ Der Spielraum für eine interessen geleitete Beurteilung war hier minimal.¹⁵⁶ Eine enge Verbindung zwischen einer Verfahrenspartei und der für die Durchführung der demoskopischen Erhebung zuständigen Person kann aber gemäss BGer dennoch als problematisch erscheinen.¹⁵⁷ Derartige Bedenken betreffen jedoch die Beweiswürdigung im Einzelfall.¹⁵⁸ Hierzu lässt sich ein Vergleich mit der Würdigung von Zeugenaussagen ziehen: Auch dort führt ein etwaiges Näheverhältnis des Zeugen zu einer Partei oder ein eigenes Interesse am Verfahrensausgang nicht zur Unverwertbarkeit, sondern sind im Rahmen der Würdigung der Aussage zu berücksichtigen.¹⁵⁹ DOLGE stuft die Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von Gutachten als gefährlich und unzulässig ein.¹⁶⁰ Sie bringt vor, dieses Vorgehen ignoriere, dass „wissenschaftlich durchgeführte Erhebungen durch die Fragestellung und die Untersuchungsanordnung, aber auch durch Interpretation der Ergebnisse immer einen Spielraum erhalten, der sehr wohl im Interesse des Auftraggebers ausgeübt werden kann.“¹⁶¹

Dabei lässt DOLGE ausser Acht, dass das BGer sich nur auf einen spezifischen Aspekt bezieht, nämlich darauf, dass im vorliegenden demoskopischen Gutachten keine Interpretation der Ergebnisse vorgenommen wurde. An diesem Punkt besteht für den Gutachter tatsächlich kein Raum, das Resultat im Sinne des Auftraggebers zu beeinflussen. Die Haltung

¹⁵³ Ebd.

¹⁵⁴ Ebd.

¹⁵⁵ Ebd; SIEGENTHALER, S. 95.

¹⁵⁶ SIEGENTHALER, S. 95.

¹⁵⁷ Ebd.

¹⁵⁸ Ebd.

¹⁵⁹ Ebd.

¹⁶⁰ DOLGE, in BSK ZPO, Art. 177, N. 9c.

¹⁶¹ Ebd.

des Bundesgerichts ist überzeugend; die fehlende Vornahme einer Interpretation kann den Beweiswert erhöhen, weil sie das Risiko interessen geleiteter Einflussnahme reduziert. Das bedeutet jedoch nicht, dass an anderen Stellen, etwa der Fragestellung oder Untersuchungsanordnung, sehr wohl Spielräume bestehen. Diese Aspekte betreffen jedoch andere Teilbereiche des Beweiswerts und sind separat vom Aspekt der Ergebnisinterpretation zu prüfen.

Weil unterschiedliche Arten von Gutachten an unterschiedlichen Stellen Spielräume für eine interessen geleitete Beeinflussung eröffnen, ist es wichtig zu differenzieren, nur so lässt sich die Beweiskraft eines Privatgutachtens beurteilen.

Aus diesen Ausführungen lassen sich ersten Leitfragen für die Beweiswürdigung ableiten: Vorab ist zu prüfen, an welchen Stellen des Gutachtens potenzielle Spielräume für eine interessen geleitete Beeinflussung des Ergebnisses bestehen. Daraus ergeben sich dann die weiteren Fragen. Konkret ist im Weiteren zu ermitteln, in welchem Umfang Daten auf nachvollziehbare Weise reproduziert wurden und wo eine sachkundige Interpretation oder Wertung durch den Gutachter erfolgt ist. Ebenso ist zu klären, welche Fragen dem Gutachter gestellt wurden und welche Methoden dieser verwendet hat, um sie zu beantworten. Die Frage nach den Methoden ermöglicht es einerseits zu eruieren, wo es sich effektiv um reine Daten handelt und wo Spielräume bestanden, andererseits könnten die angewandten Methoden bereits etwas über die Seriosität des Gutachters aussagen. Zwar ist das Gericht nicht fachlich spezialisiert, doch hat es durch die Auseinandersetzung mit zahlreichen Gutachten eine gewisse Beurteilungskompetenz entwickelt.

6 Privatgutachten in anderen Rechtsgebieten

Um zu prüfen, ob sich aus anderen Rechtsgebieten Erkenntnisse für den Umgang mit Privatgutachten im Zivilprozess gewinnen lassen, wird im Folgenden ein Blick auf das Straf- und Sozialversicherungsrecht geworfen. Das Strafrecht ist relevant, weil dort auch kontrovers über den Umgang mit Privatgutachten diskutiert wird. Auf das Sozialversicherungsrecht ist näher einzugehen, weil Privatgutachten dort als Beweismittel anerkannt sind und eine gefestigte Rechtsprechung besteht. Zudem war die Kohärenz zur sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung eine zentrale Begründung für die Anpassung von Art. 177 ZPO.¹⁶²

6.1 Strafrecht

Die Rechtsprechung hat Privatgutachten als Parteivorbringen qualifiziert, da deren Beweismittelqualität in der Strafprozessordnung nicht ausdrücklich geregelt ist.¹⁶³ Als Parteivorbringen müssen sie aber trotzdem und immerhin zur Kenntnis genommen werden.¹⁶⁴ Sie können dazu dienen, die Notwendigkeit der Einholung eines (Ober-)Gutachtens aufzuzeigen.¹⁶⁵

Das BGer begründet die Einordnung mit der fehlenden Unabhängigkeit, genauer gesagt allenfalls vorhandenen Parteilichkeit, sowie der fehlenden Wahrheitspflicht und dem Auftragsverhältnis des privaten Sachverständigen, welche zu einem niedrigen Stellenwert des Gutachtens führe.¹⁶⁶ Es liege der Anschein der Befangenheit vor, weil ein finanzielles Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem angeschuldigten Auftraggeber und dem Privatgutachter besteht und letzterer nach den Kriterien des Angeschuldigten ausgesucht werde und zu diesem in einem Vertrags- und Treueverhältnis stehe.¹⁶⁷

¹⁶² Botschaft Änderung ZPO, S. 2752.

¹⁶³ BGE 141 IV 369, E. 6.2; WOHLERS, S. 87 ff.; RAHO, S. 105.

¹⁶⁴ DONATSCH, in SK StPO, Art. 182, N. 15.

¹⁶⁵ Ebd.

¹⁶⁶ BGE 141 IV 369, E. 6.2; WOHLERS, S. 93.

¹⁶⁷ Ebd.

Die Lehre kritisiert die Haltung des Bundesgerichts:¹⁶⁸ Der Umstand, dass Parteien ihr eigens eingeholtes Gutachten nur dann in den Prozess einbringt, wenn es für sie günstig lautet, darf lediglich dazu führen, dass es zurückhaltend gewürdigt werden, nicht aber dazu dass ihm der Beweiswert gänzlich abgesprochen wird oder es von den Beweismitteln ausgeschlossen werden.¹⁶⁹ Ebenfalls wird auf die Prozessökonomie verwiesen und vorgebracht, dass es effizient wäre, ein vorhandenes und überzeugendes Privatgutachten als Beweismittel einzustufen, um ein amtliches (Ober-)Gutachten überflüssig zu machen.¹⁷⁰ Auch bringt die Lehre vor, dass der Anschein der Befangenheit im Einzelfall abgeklärt werden müsse und sich nicht bereits aus dem Auftragsverhältnis ergeben könne.¹⁷¹

Im Strafrecht wird kontrovers diskutiert, ob es nicht gegen die Waffen- gleichheit verstosse, wenn Gutachten, die durch die Anklage respektive die Staatsanwaltschaft als untersuchende, zu Objektivität verpflichtete Behörde bestellt wurden als amtliche Gutachten der Beweiswürdigung unterliegen, hingegen die von dem Angeschuldigten eingeholten Gutachten gänzlich als Beweismittel ausscheiden.¹⁷² Das BGer nimmt an, dass Privatgutachter die Sichtweise der auftraggebenden Partei vertreten.¹⁷³ Aus diesem Grund stuft es Privatgutachten als Parteivorbringen ohne Beweiswert ein.¹⁷⁴ Diese Perspektive wird bei von der Staatsanwaltschaft angeordneten Gutachten nicht berücksichtigt, was infrage zu stellen ist, zumal auch im Ermittlungsverfahren nicht jeglicher Anschein potenzieller Interessengebundenheit ausgeschlossen werden kann.¹⁷⁵ Zudem konnte

¹⁶⁸ WOHLERS, S. 91; RAHO, S. 107.

¹⁶⁹ Ebd; DRZALIC, S. 96 f.; MÜLLER, in Dike Komm. ZPO, Art. 177, N. 20d.

¹⁷⁰ WOHLERS, S. 91.

¹⁷¹ WOHLERS, S. 93.

¹⁷² DRZALIC, S. 94; GLANZMANN-TARNUTZER, S. 77.

¹⁷³ DRZALIC, S. 95 f.

¹⁷⁴ WOHLERS, S. 93.

¹⁷⁵ Ebd.

aufgezeigt werden, dass einige Gutachtensstellen von den Staatsanwaltschaften finanziell abhängig sind.¹⁷⁶

Aufgrund der fehlenden Beweismittelqualität von Privatgutachten im Strafrecht lassen sich für die Beweiswürdigung keine Erkenntnisse gewinnen. Die obigen Ausführungen zeigen aber, dass die Beziehung zwischen Auftraggeber und Privatgutachter berücksichtigt werden müssen und insbesondere finanzielle Abhängigkeitsverhältnisse zu berücksichtigen sind.

6.2 Sozialversicherungsrecht

6.2.1 Beweisrecht nach VwVG

Das Verwaltungsverfahrensrecht kennt keinen *numerus clausus* der Beweismittel, Art. 12 lit. a-e VwVG listet die Beweismittel nicht abschliessend auf.¹⁷⁷ Die Gerichte setzen sich deshalb in den analysierten Urteilen nicht mit der Frage auseinander, zu welcher Beweismittelkategorie ein Privatgutachten gehört.¹⁷⁸ Klar ist, dass sie nicht Gutachten im Sinne von Art. 12 lit. e VwVG sind, weil Privatgutachten nicht unter Strafandrohung erstellt wurden und davon ausgegangen werden darf, dass die auftraggebende Partei nach subjektivem Empfinden die für sie relevanten Punkte dem Sachverständigen unterbreitete.¹⁷⁹ Dass Privatgutachten als Beweismittel zugelassen werden, ergibt sich aus dem Grundsatz der Waffengleichheit (Art. 29 BV), woraus das Recht der Partei folgt, Tatsachen mit eigenen Beweismitteln zu belegen.¹⁸⁰

Gemäss Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP gilt für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.¹⁸¹ Dieser verpflichtet die Gerichte, sämtliche Beweismittel – unabhängig von ihrer Herkunft – objektiv zu würdigen und daraufhin zu

¹⁷⁶ DRZALIC, S. 95.

¹⁷⁷ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, S. 159.

¹⁷⁸ KIESER, SK ATSG, Art. 44, N. 79. Unter Bezugnahme auf BGE 122 V 160; GLANZMANN-TARNUTZER, S. 77.

¹⁷⁹ BVGE 2013/9, E. 3.8.1; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, OFK VwVG, Art. 12, N. 55.

¹⁸⁰ WIEDERKEHR/PLÜSS, S. 137.

¹⁸¹ BVGE 2013/9, E. 3.8.1.

beurteilen, ob sie eine verlässliche Einschätzung des streitigen Anspruchs ermöglichen.¹⁸² Das BGer hält fest, dass Parteigutachten der Beweiswert nicht rein deswegen abgesprochen werden darf, weil sie von einer Partei eingeholt wurden.¹⁸³

6.2.2 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht beschreibt in seinem Leitentscheid BGE 125 V 351 eine Art Hierarchie der Beweismittel.¹⁸⁴ Dies widerspricht prima vista dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Allerdings handelt es sich hierbei lediglich um eine Aufstellung basierend auf den vom Gericht gemachten Erfahrungen.¹⁸⁵ Das BGer stellt denn auch klar, dass diese Hierarchie erschüttert werden könne.¹⁸⁶ Sie sei als Richtlinie zu verstehen, was nicht gegen das Gebot der freien Beweiswürdigung verstosse.¹⁸⁷

Zuoberst in der erwähnten Hierarchie der Beweismittel und somit als Beweismittel mit dem grundsätzlich höchsten Beweiswert sind die Gerichtsgutachten.¹⁸⁸ Von diesen weicht das Gericht nur ab, wenn das Gutachten nicht schlüssig und widersprüchlich ist oder ein Obergutachten in überzeugender Weise zu anderen Schlüssen kommt.¹⁸⁹ Danach kommen die von den Versicherern eingeholten Gutachten von externen, unabhängigen Spezialärzten.¹⁹⁰ Diesen Gutachten ist volle Beweiskraft zuzuerkennen, solange keine Indizien vorliegen, die gegen die Zuverlässigkeit der Feststellungen sprechen.¹⁹¹ Untersuchungen haben gezeigt, dass solche Gutachter in einem finanziellen Abhängigkeitsverhältnis zu ihrem Auftraggeber stehen können, was von der Lehre kritisch zur Kenntnis

¹⁸² BGE 125 V 351, E. 3a.

¹⁸³ BGE 137 II 266, E. 3.2; BGE 125 V 351, E. 3; MÜLLER/REICH, S. 15.

¹⁸⁴ BGE 125 V 351, E. 3c.

¹⁸⁵ BGE 125 V 351, E. 3b f.; MÜLLER/REICH, S. 16; Zum Aufstellen einer Beweismittelhierarchie siehe Kap. 6.

¹⁸⁶ Ebd.

¹⁸⁷ Ebd.

¹⁸⁸ BGE 125 V 351, E. 3b/aa.

¹⁸⁹ Ebd.

¹⁹⁰ BGE 125 V 351, E. 3b/bb.

¹⁹¹ Ebd.

genommen wurde.¹⁹² Deswegen werden heute bei polydisziplinären Gutachten die Fachpersonen über ein Zufallssystem zugewiesen, was zu mehr Unabhängigkeit führt.¹⁹³

Bei versicherungsinternen Ärzten hielt das BGer im Jahr 1999 fest, dass das bestehende Anstellungsverhältnis noch keine Zweifel am Beweiswert rechtfertigt.¹⁹⁴ Diese Rechtsprechung wurde zehn Jahre später dahingehend korrigiert, dass schon bei geringen Zweifeln an der Unabhängigkeit Abklärungen zu tätigen seien.¹⁹⁵ Diese sind in der Hierarchie unterhalb der Gutachten von externen Spezialärzten einzuordnen.

Bei Hausarztberichten soll die Erfahrungstatsache, dass Hausärzte aufgrund der vorhandenen auftragsrechtlichen Vertrauensstellung eher zugunsten ihrer Patienten aussagen, berücksichtigt werden.¹⁹⁶ Wobei hier bedenkt werden muss, dass auch Stärken in den Berichten von Hausärzten liegen können.¹⁹⁷ Gerade weil sie die Patienten oft über einen langen Zeitraum hinweg begleiten sind sie mit deren Gesundheitszustand besonders gut vertraut.¹⁹⁸ Die Rechtsprechung hat die „Erfahrungstatsache“, welche zunächst nur für Hausärzte galt, in den vergangenen Jahren sukzessive auf behandelnde Ärzte und schlussendlich auch auf Ärzte aus denselben Spitälern ausgeweitet. Dies zeugt von der mit dem Privatgutachten verbundenen Skepsis hinsichtlich (Un-)Abhängigkeit der Gutachtersperson zum Auftraggeber.¹⁹⁹

Zuunterst in der Hierarchie der Beweiskraft liegen die Privatgutachten.²⁰⁰ Das BGer hält zwar fest, dass der alleinige Umstand, dass ein Gutachten von einer Partei eingeholt worden ist noch keine Zweifel am Beweiswert rechtfertigt.²⁰¹ Angesichts der weitreichenden Konsequenzen, welche

¹⁹² GIRÓN, S. 5 f.

¹⁹³ Merkblatt Medizinische Gutachten, S. 2; BGE 137 V 210, E. 3.1.1.

¹⁹⁴ BGE 125 V 351, E. 3b/dd f.

¹⁹⁵ GIRÓN, S. 5.; Dies aufgrund des Grundsatzes der Waffengleichheit.

¹⁹⁶ BGE 125 V 351, E. 3b/cc.

¹⁹⁷ GIRÓN, S. 3.

¹⁹⁸ Ebd.

¹⁹⁹ Girón, S. 4.

²⁰⁰ BGE 125 V 351, E. 3b/dd f.

²⁰¹ Ebd.

ärztliche Berichte im Sozialversicherungsrecht für die betroffenen Personen und deren Sozialversicherer haben, sei aber an die Unparteilichkeit der Gutachter ein besonders strenger Massstab anzulegen.²⁰²

Hinsichtlich der Beurteilung von Arztberichten ist zu beachten, dass es aufgrund fehlenden Fachwissens nicht Aufgabe des Gerichts sein kann, bei Vorliegen verschiedener medizinischer Gutachten, diese einander gegenüberzustellen und wie ein Oberexperte darzulegen, wo Schwächen liegen und welche Fachmeinung die zutreffendere ist.²⁰³ Jedoch hat es aufzuzeigen, in welchen rechtlich relevanten Punkten und in welchem Umfang die Meinungen auseinandergehen.²⁰⁴ Zudem muss es begründen, weshalb es sich einer bestimmten Auffassung anschliesst und die andere ablehnt.²⁰⁵

6.2.3 Übertragbarkeit auf das Zivilprozessrecht

Die Kohärenz zum Sozialversicherungsrecht als entscheidendes Argument für die Anpassung von Art. 177 ZPO ist nicht unkritisch zu sehen ist.²⁰⁶ Es liegt trotzdem nahe, die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, da eine Angleichung vom Gesetzgeber gewollt war.²⁰⁷

Auch für den Zivilprozess darf die Annahme getroffen werden, dass gerichtlich angeordnete Gutachten aller Wahrscheinlichkeit nach einen höheren Beweiswert als privat eingeholte haben.²⁰⁸ Die Unabhängigkeit wird hier vom Gericht sichergestellt wird, weil dieses als neutrale Partei die Fragen stellt und Straffolgen drohen bei Wiedergabe von Unwahrheiten.²⁰⁹

²⁰² Ebd; GLANZMANN-TARNUTZER, S. 77 f.; BÖHME, S. 281 f.

²⁰³ BGE 125 V 351, E. 4b.

²⁰⁴ Ebd.

²⁰⁵ Ebd.

²⁰⁶ Siehe Kap. 3.4.3.

²⁰⁷ SIEGENTHALER, S. 94.

²⁰⁸ Siehe Kap. 7.3.1.

²⁰⁹ Ebd.

Aus den Ausführungen zu den Hausarztberichten lässt sich die Erkenntnis gewinnen, dass die konkrete Beziehung von Gutachter und Partei näher zu analysieren ist.²¹⁰ Es ist unter anderem zu prüfen, wie lange und intensiv eine Beziehung bestand, insbesondere bei langjährigen Beziehungen wie bei einem Hausarzt-Patienten-Verhältnis, darf davon ausgegangen werden, dass der Arzt eher im Interesse seines Patienten aussagt.²¹¹ Die obigen Ausführungen zeigen auch, dass finanzielle Abhängigkeiten kritisch zu hinterfragen sind, weil sie den Anschein der Befangenheit erwecken.

7 Beweiswürdigung

Im Beweisverfahren entscheidet das Gericht über das Vorliegen beweisbedürftiger Tatsachen.²¹² Damit dies möglich ist, hat es die erhobenen Beweismittel zu bewerten (würdigen).²¹³ Hierbei bestimmt das Gericht das Gewicht eines Beweismittels, indem es dessen Beweiswert und Überzeugungskraft im Kontext aller vorliegenden Beweise analysiert und sich eine Meinung über die Wahrheit der behaupteten Tatsache bildet.²¹⁴

Es ist zu beachten, dass die Wahrheit im Zivilprozess eine juristische Wahrheit ist; wahr ist, was das Gericht überzeugt.²¹⁵ Insofern handelt es sich immer um einen Wahrscheinlichkeitsbeweis, der graduell abgestuft ist nach den unterschiedlichen Beweismassen.²¹⁶ Die Beweiswürdigung ist also ein Teil der gerichtlichen Sachverhaltsfeststellung.²¹⁷

Gestützt auf Art. 150 Abs. 1 ZPO kann das Gericht ein Beweisstück aus dem Verfahren ausschliessen, wenn es für die zu beweisende Tatsache nicht relevant ist.²¹⁸ Ist hingegen die Beweiskraft umstritten, so ist dies

²¹⁰ HARTMANN, S. 1350 ff.

²¹¹ Ebd.

²¹² GUYAN, in BSK ZPO, Art. 157, N. 1.

²¹³ HASENBÖHLER, S. 173.

²¹⁴ Ebd; GROLIMUND/AMMANN, in Zivilprozessrecht, S. 338.

²¹⁵ Ebd.

²¹⁶ Ebd.

²¹⁷ Ebd.

²¹⁸ BOHNET/FITZI, S. 483.

anhand der Beweiswürdigung zu ermitteln.²¹⁹ Dass die Würdigung eines Beweismittels in einem konkreten Fall schwierig ist, berechtigt das Gericht noch nicht, ein Beweismittel auszuschliessen.²²⁰

Das Ergebnis der Beweiswürdigung ist der Schluss, ob ein Beweis erbracht ist oder nicht.²²¹

7.1 Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO)

Es gibt zwei Kategorien von Beweiswürdigung, die gebundene oder die freie.²²² Im Schweizer Zivilprozess gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.²²³ Unter freier Beweiswürdigung versteht man, dass das Gericht, ohne Bindung an feste Beweisregeln beurteilt, ob der Beweis einer Tatsachenbehauptung erbracht werden konnte.²²⁴ Wobei die ZPO noch einige wenige feste Beweisregeln kennt; so etwa Art. 179 ZPO, wonach öffentliche Register und Urkunden den vollen Beweis für die bezeugte Tatsache erbringen.²²⁵

Die freie Beweiswürdigung ist nicht mit einer Beweismittelhierarchie vereinbar.²²⁶ Alle Beweismittel sind grundsätzlich gleichwertig.²²⁷ Eine Gewichtung rein aufgrund ihrer formalen Stellung ist nicht zulässig.²²⁸ Im Gerichtsalltag werden aufgrund von gemachten Erfahrungen trotzdem gewisse Beweismittel als verlässlicher und überzeugungsstärker angesehen.²²⁹ Unterschiedliche Herkunft, Fundiertheit oder Anfälligkeit für

²¹⁹ Ebd; BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 28; HARTMANN, S. 1346.

²²⁰ BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 44.

²²¹ BRÖNNIMANN, in BK ZPO, Art. 157, N. 28.

²²² SCHMID, in OFK ZPO, Art. 157, N. 1.

²²³ Art. 157 ZPO; BAUMGARTNER, in KuKo ZPO, Art. 157, N. 4.

²²⁴ SCHMID, in OFK ZPO, Art. 157, N. 2; GUYAN, in BSK ZPO, Art. 157, N. 2; GROLIMUND/AMMANN, in Zivilprozessrecht, S. 339.

²²⁵ BAUMGARTNER et al., S. 297.

²²⁶ VISCHER/LEU, in Dike Komm. ZPO, Art. 157, N. 7; GUYAN, in BSK ZPO, Art. 157, N. 5; SCHWEIZER, in CR CPC, Art. 157, N. 19.

²²⁷ Abgesehen von den im Gesetz genannten festen Beweisregeln, die bewusste Ausnahmen von der freien Beweiswürdigung darstellen.

²²⁸ HASENBÖHLER/YAÑEZ, in SK ZPO Art. 157, N. 14; BAUMGARTNER, in KuKo ZPO, Art. 157, N. 7

²²⁹ HASENBÖHLER/YAÑEZ, in SK ZPO, Art. 157, N. 14.

Fehler können die Beweiskraft eines Mittels beeinflussen.²³⁰ Solche Umstände dürfen und müssen bei der Würdigung berücksichtigt werden, weil sie mit der Art des Beweismittels oft eng verknüpft sind.²³¹ Unzulässig ist, wenn der konkrete Beweiswert gar nicht erst ermittelt wird, sondern einfach aufgrund der Natur des Beweismittels diesem der Beweiswert abgesprochen wird.²³²

Auch Eingaben, Erklärungen und das prozessuale Verhalten der Parteien sind zu würdigen, nicht nur die formell abgenommenen Beweise.²³³

Es gilt sich an dieser Stelle zu vergegenwärtigen, dass Privatgutachten auch schon vor der Revision im Rahmen einer umfassenden Würdigung berücksichtigt werden konnten.²³⁴ Allerdings war es den Gerichten möglich, auch ohne vertiefte Auseinandersetzung Privatgutachten abzutun, bzw. nicht zu berücksichtigen, was unter der neuen ZPO nicht mehr möglich ist.²³⁵ Nun muss, weil das Privatgutachten zum Beweismittel wurde, aus einer allfälligen Begründung des Urteils hervorgehen, welche Überlegungen und Wertungen zu welchem Schluss geführt haben.²³⁶ So ist eine Auseinandersetzung mit dem Beweiswert des Gutachtens zwingend nötig.²³⁷

Die Beweiswürdigung ist das Ergebnis eines psychischen Vorgangs und beinhaltet eine objektive und eine subjektive Komponente.²³⁸ Sie ist einerseits geprägt von individueller Lebenserfahrung, Menschenkenntnis und Einfühlungsvermögen, andererseits muss sich das Gericht an Denkgesetze und weitere Erkenntnisregeln halten.²³⁹ Die eigentliche

²³⁰ Ebd.

²³¹ Ebd.

²³² Ebd.

²³³ BAUMGARTNER, in KuKo ZPO, Art. 157, N. 2.

²³⁴ BOHNET/FITZI, S. 482.

²³⁵ <<https://www.vischer.com/know-how/blog/revision-der-schweizerischen-zivilprozessordnung-zpo-neuerung-im-zivilprozessrecht-partiegutachten-sind-urkunden/>> (besucht am 29.05.2025).

²³⁶ GUYAN, in BSK ZPO, Art.157, N. 3.

²³⁷ Ebd.

²³⁸ CHABLOZ/COPT, in PC CPC, Art. 157, N. 5; GROLIMUND/AMMANN, in Zivilprozessrecht, S. 339.; BAUMGARTNER, in KuKo ZPO, Art. 157, N. 8.

²³⁹ Ebd.

„Würdigung“ ist die Bewertung der Beweiskraft anhand der konkreten Umstände.²⁴⁰

7.2 Beweiskraft vs. Beweismass

Beweiskraft ist zu unterscheiden von Beweismass:²⁴¹ Während das Beweismass den Grad der Überzeugung bezeichnet, den das Gericht zur Feststellung einer Tatsache erreichen muss, beschreibt die Beweiskraft die Aussage- und Überzeugungskraft eines konkreten Beweismittels im Rahmen der Entscheidungsfindung.²⁴² Letztere ist im konkreten Fall, im Verhältnis zu den übrigen Beweismitteln zu beurteilen.²⁴³

In der Praxis kommen drei Beweismasse zur Anwendung; strikter Beweis, Beweis der hohen Wahrscheinlichkeit und der Beweis der einfachen Wahrscheinlichkeit.²⁴⁴ Der strikte Beweis ist das Regelbeweismass.²⁴⁵ Es braucht nicht absolute Sicherheit, aber das Gericht muss nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt sein.²⁴⁶ Das Beweismass der überwiegenden/hohen Wahrscheinlichkeit ergibt sich aus der Rechtsprechung und ist erfüllt, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung derart wichtige Gründe sprechen, dass andere Möglichkeiten nicht massgeblich in Betracht fallen.²⁴⁷ Für den einfachen Beweis reicht Glaubhaftmachung, hierfür braucht es eine Überzeugung des Gerichts von 51 % für das Stimmen der Behauptungen.²⁴⁸ Dieses Beweismass kommt vorwiegend in den summarischen Verfahren zur Anwendung, denn dort gibt es Beweismittelbeschränkungen und sie ermöglichen das gewünschte rasche vonstattengehen.²⁴⁹

²⁴⁰ CHABLOZ/COPT, in PC CPC, Art. 157, N. 4.

²⁴¹ VISCHER/LEU, in Dike Komm. ZPO, Art. 157, N. 20.

²⁴² Ebd.

²⁴³ VISCHER/LEU, in Dike Komm. ZPO, Art. 157, N. 20

²⁴⁴ GUYAN, in BSK ZPO, Art. 157, N. 7.

²⁴⁵ VISCHER/LEU, in Dike Komm. ZPO, Art. 157, N. 52; BERGER et al., S. 274.

²⁴⁶ HASENBÖHLER, S. 194.

²⁴⁷ GUYAN, in BSK Art. 157, N. 9; VISCHER/LEU, in Dike Komm. ZPO, Art. 157, N. 53 f.

²⁴⁸ GUYAN, in BSK Art. 175, N. 10; HASENBÖHLER, S. 195; BAUMGARTNER et al., S. 282.

²⁴⁹ VISCHER/LEU, in Dike Komm. ZPO, Art. 157, N. 56.

Sollten die Kritiker der Vernehmlassung recht behalten und Privatgutachten tatsächlich einen tendenziell geringen Beweiswert aufweisen, dürften sie vor allem in Verfahren mit herabgesetztem Beweismass einen Mehrwert bieten, während sie in Verfahren mit Regelbeweismass kaum geeignet wären, den Beweis allein zu erbringen.

7.3 Analyse und Übertragbarkeitsprüfung der Würdigungskriterien anderer Beweismittel

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 30. August 2022 festgehalten, dass eine enge Beziehung zwischen einer Partei und dem Privatgutachter bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist – analog zum Vorgehen bei Zeugenaussagen.²⁵⁰ Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich weitere Analogien zu anderen Beweismitteln finden lassen und ob deren Würdigungskriterien auf Privatgutachten übertragen werden können. Den Ausgangspunkt dieser Untersuchung bilden gerichtliche Gutachten, da sie den Privatgutachten besonders nahe stehen: Beide beruhen auf fachlichen Analysen durch Experten. Anschliessend wird auf Urkunden eingegangen, schliesslich sind Privatgutachten Urkunden. Möglicherweise lassen aus der Praxis mit anderen Urkunden nützliche Kriterien ableiten. Abschliessend wird untersucht, wie Zeugenaussagen gewürdigt werden, insbesondere wie Näheverhältnisse im Rahmen der Würdigung berücksichtigt werden.

7.3.1 Gerichtliche Gutachten nach Art. 183 ff. ZPO

A Natur des Beweismittels und Würdigungskriterien

Gutachten werden auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen eingeholt, sie verschaffen dem Gericht fachliche Kenntnisse.²⁵¹

Der Gutachtensauftrag ist ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis.²⁵²

Das Gericht orientiert den Gutachter über den Gegenstand des

²⁵⁰ BGer 4A_587/2021 (30.08.2022), E. 4.6.4.

²⁵¹ Art. 183 Abs. 1 ZPO; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 244.

²⁵² GROLIMUND/AMMANN, in Zivilprozessrecht, S. 365.

Gutachtens und stellt die Fragen (Art. 185 ZPO), es ermahnt ihn zur Wahrheit (Art. 184 Abs. 2 i.V.m. Art. 307 Abs. 1 StGB) und hält die Folgen mangelhafter Auftragserfüllung fest.²⁵³ Ebenso stellt das Gericht dem Gutachter die notwendigen Akten zur Verfügung.²⁵⁴ Das Gericht als neutrale Institution wählt den Gutachter aus und setzt ihn hoheitlich ein, ohne Interesse am Fazit des Gutachtens und unter Einhaltung der Ausstandsregeln (Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO).²⁵⁵ Nach BGer ist der gerichtliche Sachverständige ersetzbar, es kommt nicht auf seine Person an.²⁵⁶

Trotz freier Beweiswürdigung ist es bei Gutachten so, dass das Gericht nicht ohne triftige Gründe²⁵⁷, von ihnen abweichen darf.²⁵⁸ Weil die oben genannten Umstände das gerichtliche Gutachten vertrauenswürdig erscheinen lassen.²⁵⁹

Ein nicht sachkundiges Gericht ist darauf angewiesen, sich auf das Wissen von Experten zu verlassen.²⁶⁰ Trotzdem darf es nicht zu einer „démision du juge“ kommen, das Gericht darf also nicht „blind“ auf ein Gutachten vertrauen.²⁶¹ In diesem Kontext sind die nachfolgenden Kriterien zu verstehen, welche sich für die Würdigung von Gutachten etabliert haben:²⁶² Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit.²⁶³

Ein Gutachten ist vollständig, wenn alle gestellten Fragen beantwortet wurden und auf Lücken im Sachverhalt – soweit vorhanden – hingewiesen wurde.²⁶⁴ Gerade dies ist für das sachunkundige Gericht schwer zu beurteilen, hier sind Ergänzungs- und Erläuterungsfragen, die gestellt

²⁵³ Ebd.

²⁵⁴ Ebd.

²⁵⁵ SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 245.

²⁵⁶ BGer 4A_309/2017 (26.03.2018), E. 2.3.6.

²⁵⁷ Unvollständigkeit, Unklarheit oder Widersprüchlichkeit.

²⁵⁸ GROLMUND/AMMANN, in Zivilprozessrecht, S. 373; GUYAN, in BSK ZPO, Art. 157, N. 6b; TUNIK/YE, S. 201.

²⁵⁹ Ebd.

²⁶⁰ MÜLLER/ZINGG, S. 641 f.

²⁶¹ Ebd.

²⁶² Ebd.

²⁶³ MÜLLER/ZINGG, S. 641 f.; GUYAN, in BSK ZPO, Art. 157, N. 3; Chappuis/Longet-Cornuz, S. 110.

²⁶⁴ MÜLLER/ZINGG, S. 639 f.

werden können, hilfreich.²⁶⁵ Die Nachvollziehbarkeit ist gegeben, wenn das Gericht die Schlussfolgerung mindestens in den Grundzügen verstehen und prüfend nachvollziehen kann.²⁶⁶ Schlüssigkeit bedeutet, dass das Gericht die gezogenen Schlussfolgerungen anhand der Begründung sowie der zugrunde gelegten Anknüpfungs- und Befundtatsachen als logisch, überzeugend und in sich widerspruchsfrei erkennen kann.²⁶⁷

B Übertragbarkeit

SUTTER-SOMM/LÖTSCHER halten fest, dass Privatgutachten nicht dieselbe Beweiskraft wie gerichtliche Gutachten haben.²⁶⁸ Diese Aussage ist im Folgenden näher zu analysieren, indem die Unterschiede zwischen gerichtlichen Gutachten und Privatgutachten gegenübergestellt werden und ihre Bedeutung für die Beweiswürdigung erörtert wird.

Die Privatgutachten werden von einer oder mehreren Prozessparteien in Auftrag gegeben und die Privatgutachter von diesen instruiert, es handelt sich um ein Auftragsverhältnis gemäss Art. 394 ff. OR.²⁶⁹ Während beim Gericht davon auszugehen ist, dass die sachverständige Person aufgrund ihrer Fachkenntnisse ausgewählt wurde, ist der Prozesspartei zu unterstellen, dass sie den Privatgutachter nach *den für sie dienlichen* Fähigkeiten und Ansichten ausgewählt hat.²⁷⁰

Der gerichtliche Sachverständige wird vom neutralen Gericht instruiert, während der Privatgutachter die Fragen von der Prozesspartei gestellt bekommt.²⁷¹ Es muss davon ausgegangen werden, dass es den Privatpersonen möglich ist, in bestimmten Bereichen die Fragestellung so zu formulieren, dass das Ergebnis des Gutachtens für sie günstig lautet, ohne dass im Gutachten unwahre Tatsachen stehen würden.²⁷² Gerade diese

²⁶⁵ Ebd; GLANZMANN-TARNUTZER, S. 79.

²⁶⁶ MÜLLER/ZINGG, S. 641; GLANZMANN-TARNUTZER, S. 80; GUYAN, in BSK ZPO, Art. 157, N. 6b.

²⁶⁷ MÜLLER/ZINGG, S. 641; GLANZMANN-TARNUTZER, S. 80.

²⁶⁸ Ebd.

²⁶⁹ SCHMID, S. 527; GLANZMANN-TARNUTZER, S. 76 f.

²⁷⁰ SIEGENTHALER, S. 94 f.

²⁷¹ KLETT/SCHUMACHER, S. 283 f.

²⁷² Siehe hierzu Kap. 5.

gezielte, nicht objektive Art der Fragestellung ist für das Gericht nur sehr schwer erkennbar, weil ihm die Fachkunde fehlt. Dieser Umstand führt zu einer geringeren Beweiskraft, wobei der Einzelfall konkret analysiert werden muss.

Aus dem Auftragsverhältnis ergibt sich eine Treuepflicht des Privatgutachters gegenüber dem Auftraggeber.²⁷³ Art. 398 Abs. 2 OR verpflichtet den Beauftragten zur loyalen und sorgfältigen Ausführung des übernommenen Auftrags, wobei diese Treuepflicht eine zentrale Nebenpflicht darstellt, die auch nach Beendigung des Auftrags fortwirkt.²⁷⁴ Sie umfasst insbesondere Obhuts-, Informations- und Geheimhaltungspflichten sowie die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten.²⁷⁵ Dies ist ein nicht wettzumachender Unterschied zum Gerichtsgutachten, welches ein auf einem öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis basiert und in welchem der Gutachter nicht gegenüber einer Partei basierend auf einem Auftragsverhältnis loyal zu sein hat.²⁷⁶ Privatgutachten können im Gegensatz zu den gerichtlichen Gutachten lediglich schriftlich eingereicht werden, die Möglichkeit von Erläuterungs- und Ergänzungsfragen ist prinzipiell nicht vorgesehen, einzig die Vorladung als sachverständiger Zeuge ist möglich.²⁷⁷

Auf die Wahrheitspflicht bzw. die Straffolgen bei Missachtung wird unten in Kap. 6.3.4 separat eingegangen.

Die Kriterien für die Beweismittelwürdigung von Gerichtsgutachten dürften aber nach der hier vertretenen Ansicht trotz der aufgezeigten Differenzen analog bei Privatgutachten herangezogen werden können, da die Natur der Beweismittel dieselbe ist. Beide beinhalten Analysen von Fachpersonen. Nachfolgend wird auf die einzelnen Kriterien eingegangen und dargestellt, welche Unterschiede zwischen den Gerichtsgutachten und den Privatgutachten in Bezug auf die jeweiligen Kriterien zu berücksichtigen

²⁷³ MÜLLER, in Dike Komm. ZPO, Art. 177, N. 20d.

²⁷⁴ BOOG/ESCHMENT, S. 250.

²⁷⁵ Ebd.

²⁷⁶ BOHNET/FITZI, S. 487; KLETT/SCHUMACHER, S. 283 f.

²⁷⁷ HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, S. 1192; Siehe Kap. 4.5.

sind und wie die für die Gerichtsgutachten erarbeiteten Kriterien auf Privatgutachten zu adaptieren sind, für die Würdigung der Privatgutachten. Die Vollständigkeitsprüfung muss etwas angepasst werden. Im Unterschied zum gerichtlich bestellten Sachverständigen hatte der Privatgutachter mangels Mitwirkungspflicht der Gegenpartei voraussichtlich nur die von seinem Auftraggeber zur Verfügung gestellten Akten.²⁷⁸ In Anbetracht dieses Umstands kann im Rahmen der Vollständigkeitsprüfung analysiert werden, welche Akten dem Gutachter tatsächlich vorlagen und ob und inwiefern diese berücksichtigt wurden. Ebenso, ob die gestellten Fragen vollumfänglich beantwortet wurden. Letztlich sollte hier auch analysiert werden, welche streitigen Tatsachen im Gutachten thematisiert werden. Wie im vorigen Kapitel dargelegt ist eine Vollständigkeitsprüfung mangels Sachkunde für ein Gericht schwierig. Die Einvernahme des Gutachters als sachverständiger Zeuge könnte also sinnvoll sein, analog dem Vorgehen beim gerichtlichen Gutachter.

Das Kriterium der Nachvollziehbarkeit lässt sich auf Privatgutachten in gleicher Weise anwenden wie auf gerichtliche Gutachten. Es ist zu prüfen, ob das Gutachten verständlich ist und ob seine Schlussfolgerungen logisch nachvollzogen werden können.

Auch das Kriterium der Schlüssigkeit ist unverändert übertragbar: Die Argumentation muss in sich stimmig, logisch aufgebaut und widerspruchsfrei sein, unabhängig davon, ob es sich um ein gerichtliches oder ein privates Gutachten handelt.

Nach der durchgeführten Analyse kann festgehalten werden, dass die potenziell fehlende Unabhängigkeit des Privatgutachters dazu führt, dass dieses einen geringeren Beweiswert hat als das gerichtliche Gutachten. Dies entspricht auch der Gesetzessystematik, welche die Privatgutachten den Gerichtsgutachten gemäss Art. 183 ff. ZPO nicht gleichstellt.²⁷⁹

²⁷⁸ LANDOLT, S. 9.

²⁷⁹ BRÖNNIMANN/MILLONIG, S. 44; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, S. 1192; HASENBÖHLER, S. 189.

7.3.2 Urkunden nach Art. 177 ff. ZPO

A Natur des Beweismittels und Würdigungskriterien anderer Urkunden

Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO sind Unterlagen irgendwelcher Art, die geeignet sind rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen.²⁸⁰ Für die Beweiseignung genügt es, wenn die Unterlage zum Beweis dienen *könnte*.²⁸¹ Würde eine konkrete Beweiseignung verlangt, würde dies den Urkundenbegriff stark einschränken und einer vorweggenommenen Beweiswürdigung gleichkommen.²⁸² Die Beweiseignung kann also nicht abstrakt verstanden werden.²⁸³

Ein Kriterium für die Beweiseignung ist die Echtheit der Urkunde: Sie muss von ihrem Aussteller stammen.²⁸⁴ Die Beweiskraft von Privaturkunden kann mit der Glaubhaftmachung, sie sei nicht echt, zerstört werden.²⁸⁵ Öffentliche Urkunden erbringen nach Art. 179 ZPO grundsätzlich den vollen Beweis.²⁸⁶ Demgegenüber haben Privaturkunden keine grundsätzlich erhöhte Beweiskraft.²⁸⁷ Auch bei Urkunden ist der konkrete Beweiswert anhand der freien Beweiswürdigung zu bestimmen.²⁸⁸ Weil der Urkundenbegriff so breit ist, gibt es Kriterien für einzelne Urkundenkategorien, nicht für Urkunden als Gesamtheit.²⁸⁹ Nachfolgend werden die zu berücksichtigenden Umstände für Arztzeugnisse erläutert, denn anhand dieser können die zentralen Kriterien dargestellt werden. Dort bestehen ähnliche Umstände wie bei Privatgutachten. Der Arzt unterliegt nicht denselben Unabhängigkeitskriterien bzw. Ausstandsgründen wie der

²⁸⁰ MÜLLER, in Dike Komm. ZPO, Art. 177, N. 3; GROLIMUND/AMMANN, in Zivilprozessrecht, S. 364 f.; BERGER et al., S. 280; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, S. 243.

²⁸¹ DOLGE, in BSK ZPO, Art. 177, N. 3.

²⁸² MÜLLER, in Dike Komm. ZPO, Art. 177, N. 3; WEIBEL, in SK ZPO, Art. 157, N. 14.

²⁸³ DOLGE, in BSK ZPO, Art. 177, N. 5.

²⁸⁴ Ebd.; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 241 f.

²⁸⁵ SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 242.

²⁸⁶ GROLIMUND/AMMANN, in Zivilprozessrecht, S. 365; HASENBÖHLER/YAÑEZ, in SK ZPO Art. 157, N. 10.

²⁸⁷ Ebd.

²⁸⁸ GUYAN, in BSK ZPO Art. 157, N. 6c.

²⁸⁹ HASENBÖHLER, S. 183.

gerichtlich bestellte Sachverständige, womit eine ähnliche Ausgangslage besteht.

Die Würdigungskriterien wurden unter Rückgriff auf die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung aufgestellt.²⁹⁰ Diese veranschaulichen gut, dass die Beweiswürdigung darin besteht, verschiedene Umstände zu berücksichtigen, und Beweismittel im Kontext der weiteren Beweise zu würdigen sind.²⁹¹

Bei Arztzeugnissen ist der Grad ihrer Vollständigkeit in Bezug auf die streitigen Tatsachen, die Breite der zugrunde liegenden medizinischen Abklärungen sowie die Plausibilität im Hinblick auf den medizinischen Kontext und den Gesundheitszustand der betroffenen Person zu berücksichtigen.²⁹² Auch der Inhalt ist näher zu betrachten, der Beweiswert steigt tendenziell, wenn der Arzt eigene Abklärungen und Untersuchungen vorgenommen hat und nicht nur die Aussagen des Patienten wiedergibt.²⁹³

Weiter relevant sind die Begründung, die daraus gezogenen Schlussfolgerungen, sowie eine Spezialisierung und Qualifikation des ausstellenden Arztes.²⁹⁴ Auch ist zu prüfen, ob Umstände vorliegen, die Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit des Arztzeugnisses wecken können (z. B. Arztzeugnis wird genau zum gewünschten Zeitpunkt des Arbeitnehmers vorgelegt oder widersprüchliche Atteste).²⁹⁵

Bei der Würdigung des Arztzeugnisses ist auch immer das Verhalten der Parteien zu berücksichtigen.²⁹⁶ Das Gericht kann die Glaubwürdigkeit eines Zeugnisses verneinen, wenn sich aus dem Verhalten der Partei ergibt, dass die Arbeitsunfähigkeit während des angeblichen Zeitpunkts nicht bestand.²⁹⁷ Letztlich ist auch zu berücksichtigen, dass das Ausstellen

²⁹⁰ HARTMANN, S. 1350 ff.

²⁹¹ Ebd.

²⁹² TREZZINI CP CPC, Art. 157, S. 878; LEU, in Dike Komm. ZPO, Art. 157, N. 25.

²⁹³ HARTMANN, S. 1350 ff.

²⁹⁴ Ebd.; BGer 4A_193/2008 (08.07.2008), E. 3.2.; HASENBÖHLER, S. 189; SIEGENTHALER, S. 94.

²⁹⁵ Ebd.

²⁹⁶ TREZZINI CP CPC, Art. 157, S. 879.

²⁹⁷ Ebd. Unter Hinweis auf BGer 4P.101/2005 (09.06.2005), E. 6.

eines falschen ärztlichen Zeugnisses gemäss Art. 318 StGB strafbar ist, was den Beweiswert tendenziell erhöht.²⁹⁸

B Übertragbarkeit

Privatgutachten sind seit dem 01.01.2025 ausdrücklich Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO. Sie stellen Privaturkunden dar.²⁹⁹

Privatgutachten dürften, sofern sie die rechtserheblichen Tatsachen in einem konkreten Sachverhalt behandeln, sicherlich geeignet sein, um einen Beweis zu erbringen und damit die abstrakte Beweiseignung erfüllen. Sie haben im Gegensatz zu den Partei- und Zeugenaussagen denselben Vorteil wie alle Urkunden; sie halten zuverlässig etwas fest.

Die Echtheit dürfte hier wohl weniger ein Problem darstellen, jedenfalls nicht in verstärkter Form als bei anderen Urkunden.

Die Würdigungskriterien für Arztberichte lassen sich auf Privatgutachten in verallgemeinerter Form übertragen: Der Inhalt des Privatgutachtens ist näher zu betrachten; der Vollständigkeitsgrad, die Breite der Abklärungen, sowie Vornahme von Untersuchungen und die Plausibilität der Schlussfolgerungen sind zu untersuchen.³⁰⁰ Die fachliche Qualifikation des Privatgutachters ist für den Beweiswert des Privatgutachtens relevant, das Vorliegen von erhöhten Fachkenntnissen und spezifischer Erfahrung erhöht die Beweiskraft.³⁰¹ Auch bei Privatgutachten stellt sich die Frage, ob weitere Umstände vorliegen, die Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit der Fachperson begründen. Solche Zweifel können sich aus einer Gesamtbetrachtung ergeben.

²⁹⁸ TREZZINI CP CPC, Art. 157, S. 878 f.

²⁹⁹ GROLIMUND/AMMANN, in Zivilprozessrecht, S. 365.

³⁰⁰ Diese Kriterien ergeben sich bereits aus Kap. 7.3.1.

³⁰¹ HARTMANN, S. 1350 ff.; HASENBÖHLER, S. 189; SIEGENTHALER, S. 94.

7.3.3 Zeugenaussagen nach Art. 169 ff. ZPO

A Natur des Beweismittels und Würdigungskriterien

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich primär auf die Anhörung von „klassischen“ Zeugen und nicht auf sachverständige Zeugen.

Nur natürliche Personen, die selbst nicht Prozesspartei sind, können Zeugen sein.³⁰² Grundsätzlich sind alle Personen zeugnisfähig, die urteilsfähig sind in Bezug auf die im Prozess erforderliche Wahrnehmung.³⁰³ Personen mit eigenem Interesse am Ausgang des Verfahrens sind nicht vom Zeugnis ausgeschlossen.³⁰⁴ Persönliche Verhältnisse sind jedoch im Rahmen der Beweismittelwürdigung zu berücksichtigen.³⁰⁵ Ausgeschlossen sind lediglich Personen mit schutzwürdigen rechtlichen oder tatsächlichen Interessen am Prozessausgang, welche also zur Anfechtung legitimiert sind.³⁰⁶

Das Gericht befragt den Zeugen zu seinen eigenen Wahrnehmungen, das Zeugnis vom Hörensagen ist grundsätzlich als Beweismittel ausgeschlossen.³⁰⁷ Zeugen müssen vor ihrer Befragung auf die Wahrheitspflicht und die Straffolge bei Missachtung hingewiesen werden.³⁰⁸ Sagt der Zeuge das aus, was er nach seiner Erinnerung für seine eigene Wahrnehmung hält, so ist von der „subjektiven Wahrheit“ der Aussage auszugehen, solange es nicht einen ernsthaften Verdacht für die Unwahrheit gibt.³⁰⁹ Um die „objektive Wahrheit“ zu ermitteln, ist die Beweiskraft der subjektiv wahren Zeugenaussage zu bewerten.³¹⁰

³⁰² WEIBEL/SINGH, in SK ZPO Art. 169, N. 1.

³⁰³ WEIBEL/SINGH, in SK ZPO Art. 169, N. 3; BORLA-GEIER, in OFK ZPO, Art. 169, N. 5 f.

³⁰⁴ WEIBEL/SINGH, in SK ZPO Art. 169, N. 6.

³⁰⁵ Ebd; MÜLLER, in Dike Komm. ZPO, Art. 169, N. 8.

³⁰⁶ Ebd.

³⁰⁷ GUYAN, in BSK ZPO, Art. 169, N. 1; BORLA-GEIER, in OFK ZPO, Art. 169, N. 9 f.; WEIBEL/SINGH, in SK ZPO Art. 169, N.

³⁰⁸ Art. 171 ZPO; BERGER et al., S. 279; BAUMGARTNER et al., S.297; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, S. 240.

³⁰⁹ SCHMID/BAUMGARTNER, in KuKo ZPO, Art. 169 N. 7; MÜLLER, in Dike Komm. ZPO, Art. 169, N. 16.

³¹⁰ SCHMID/BAUMGARTNER, in KuKo ZPO, Art. 169 N. 8.

Generell besteht Einigkeit, dass Zeugenaussagen in der Regel weniger verlässlich sind als andere Beweismittel.³¹¹ Gerade, wenn es um Schilderungen geht zu Ereignissen, die sich in Sekundenbruchteilen entwickelt haben oder die bereits einige Zeit zurückliegen.³¹²

Zeugenaussagen sind schwer zu würdigen, weil sie anfällig für Verfälschungen und Erinnerungslücken sind und gleichzeitig beeinflusst sein können von der Beziehung zur Partei (Freundschaft, Verwandtschaft, Feindschaft, etc.).³¹³ Aufgrund dieser Schwierigkeit werden Orientierungshilfen herangezogen.³¹⁴ Hierfür wird einerseits auf Alltagstheorien, andererseits auf aussagepsychologische Kriterien zurückgegriffen, wobei letztere klar verlässlicher sind.³¹⁵ Alltagstheorien sind Erfahrungssätze wie bspw. dass ein Zeuge unter Strafandrohung (Art. 307 Abs. 1 StGB) eher die Wahrheit sagt oder kongruente Aussagen von zwei Zeugen glaubhaft sind. Diese Erfahrungssätze befreien das Gericht aber nicht von der materiellen Auseinandersetzung mit der Aussage.³¹⁶

Die aussagepsychologische Auseinandersetzung geschieht in drei Schritten; zuerst wird die Aussagetüchtigkeit der Person (intellektuelle, sprachliche Fähigkeiten) untersucht, danach wird eine Motivationsanalyse durchgeführt.³¹⁷ Hierbei wird geprüft, ob es ein eigenes Interesse am Prozessausgang, (verwandtschaftliche) Beziehungen und ähnliche Faktoren gibt, die sie veranlassen, zugunsten oder zuungunsten einer Person auszusagen.³¹⁸ In einem dritten Schritt wird die Aussage inhaltlich bewertet.³¹⁹ Die Glaubhaftigkeit wird hier zuerst untersucht, wobei analysiert wird, wie detailreich die Aussage ist, ob originelle Einzelheiten erzählt wurden, ob es Übereinstimmungen zu verknüpften Beweisen gibt, ob die

³¹¹ LEU, in Dike Komm. ZPO, Art. 157, N. 41; CHABLOZ/COPT, in PC CPC, Art. 157, N. 9.

³¹² MÜLLER, in Dike Komm. ZPO, Art. 169, N. 16.

³¹³ GROLIMUND/AMMANN, in Zivilprozessrecht, S. 360.

³¹⁴ HASENBÖHLER/YAÑEZ, S. 171.

³¹⁵ HASENBÖHLER/YAÑEZ, S. 171 f.

³¹⁶ HASENBÖHLER/YAÑEZ, S. 173; LEU, in Dike Komm. ZPO, Art. 157, N. 41.

³¹⁷ HASENBÖHLER/YAÑEZ, S. 173 f.; GUYAN, in BSK ZPO Art. 157, N. 6a.

³¹⁸ Ebd.

³¹⁹ Ebd.

Ausdrucksweise während der Aussage gleich bleibt, ob ein bestimmtes Ziel bei der Aussage erkennbar ist und ob die Aussage ein stimmiges Ganzes darstellt.³²⁰ Anschliessend werden Fantasie- oder Lügenkennzeichen geprüft.³²¹ Auch das Aussageverhalten wird berücksichtigt – es muss eine Gesamtbeurteilung der Aussage erfolgen.³²²

Obwohl die Bewertung der Zeugenaussage hauptsächlich gestützt auf objektive Kriterien erfolgen muss, fliesst bei der Würdigung von Zeugenaussagen auch ein gewisses Mass an Intuition ein.³²³

B Übertragbarkeit

Die Gegner der Revision brachten unter anderem die Schwierigkeit der Würdigung sowie den Mehraufwand für die Gerichte als Argument gegen die Ergänzung von Art. 177 ZPO vor.³²⁴ Zu beachten ist jedoch, dass Zeugenaussagen in dieser Hinsicht nicht weniger problematisch sein dürften, denn auch hier gibt es diverse Schwierigkeiten und die Gerichte scheinen einen Umgang damit gefunden zu haben.

Das bei Zeugenaussagen bestehende Problem der fehlerhaften oder verzerrten Erinnerung oder Wahrnehmung (subjektive Wahrheit) besteht bei Privatgutachten weniger. Diese sollten grundsätzlich auf wissenschaftlicher Analyse und Würdigung durch Fachpersonen basieren.

Bei Privatgutachten ist aber eine Analyse der (fachlichen) Voraussetzungen des Privatgutachters – analog der Aussagetüchtigkeit sinnvoll.³²⁵

Die Motivationsanalyse von Zeugenaussagen ist auf die Privatgutachten übertragbar. Die Nähe (in welchem Ausmass auch immer) des Privatgutachters zur Prozesspartei führt nicht direkt zur Unverwertbarkeit des Privatgutachtens, ist aber bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.³²⁶

³²⁰ HASENBÖHLER/YAÑEZ, S. 174 ff.; GUYAN, in BSK ZPO Art. 157, N. 6a.

³²¹ HASENBÖHLER/YAÑEZ, S. 177 ff.

³²² HASENBÖHLER/YAÑEZ, S. 180.

³²³ HASENBÖHLER/YAÑEZ, S. 185 f.

³²⁴ BGer 4A_587/20221 (30.08.2022), E. 4.6.4; HALDIMANN/DE SANTIS, S: 181.

³²⁵ Zum Einfluss der fachlichen Qualifikation siehe auch Kap. 7.3.2.

³²⁶ Ebd.

Daher ist zu fragen, ob der Privatgutachter ein eigenes Interesse am Prozessausgang hat. Ein solches kann sich aufgrund persönlicher oder geschäftlicher Beziehungen oder auch aus finanziellen Gründen ergeben. Bei einer persönlichen Beziehung ist wohl der Grad an emotionaler Verbundenheit zu beachten – Freunde sind sicherlich tendenziell geneigter, Aussagen im Interesse der Prozesspartei zu machen, als geschäftliche Bekannte. Auch eine wiederholte Zusammenarbeit eines Auftraggebers mit der Fachperson ist ein Indiz für ein (finanzielles) Abhängigkeitsverhältnis. Die Höhe und Art und Weise der Vergütung können ebenso Hinweise für das Verhältnis zwischen Privatgutachter und Prozesspartei sein.³²⁷ Werden ungewöhnlich hohe Honorare bezahlt, könnte dies auf ein wirtschaftliches Interesse hindeuten und die Gefahr ist hier erhöht, dass das Gutachten im Sinne des Auftraggebers formuliert wurde. Eine vereinbarte Erfolgsprovision wäre ein klarer Hinweis für ein finanzielles Interesse des Privatgutachters am Prozess und muss negative Auswirkungen auf die Beweiskraft des Privatgutachtens haben.

Die inhaltliche Bewertung eines Privatgutachtens unterscheidet sich aufgrund der darin behandelten Fachfragen wesentlich von jener einer Zeugenaussage. Hier muss das Gericht mangels Sachkunde andere Prüfungsansätze wählen. Relevante Kriterien wurden bereits in den vorangegangenen Kapiteln erläutert.³²⁸

Die Wahrheitspflicht und die sich ergebenden Straffolgen nach Art. 307 Abs. 1 StGB gilt für den Privatgutachter nicht, es kommt hier nicht zu einer Ermahnung, was auf den ersten Blick den Beweiswert schmälert. Auf diese Thematik wird nachfolgend separat einzugehen sein.

³²⁷ VISCHER/LEU, in Dike Komm. ZPO, Art. 157, N. 39.

³²⁸ Kap. 7.3.1.

7.3.4 Strafbarkeit bei falschem Gutachten

Die fehlende Wahrheitspflicht nach Art. 307 Abs. 1 StGB für den Privatgutachter wird immer wieder als Argument für einen niedrigen Beweiswert von Privatgutachten vorgebracht. Der Zeuge und gerichtliche Sachverständige unterliegen einer Wahrheitspflicht nach Art. 307 StGB, wenn sie die Unwahrheit sagen, drohen Straffolgen.³²⁹ Bei drohenden Straffolgen für unwahre Aussagen darf zumindest oberflächlich davon ausgegangen werden, dass dies den Wahrheitsgehalt einer Aussage zumindest anscheinmässig erhöht.³³⁰

Ob ein Privatgutachter bei Falschaussagen aber dennoch straffrei bleibt, ist nun zu untersuchen. Einerseits könnte bei unwahren Aussagen im Privatgutachten der Straftatbestand des Betrugs (Art. 146 StGB) erfüllt sein, andererseits die Urkundenfälschung (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2) in der Variante der Falschbeurkundung, wobei dann auch deren Gebrauch strafbar wäre (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 3).³³¹

Es ist wichtig zu erwähnen, dass eine Strafbarkeit wegen Betrugs oder Urkundenfälschung sowie wegen Falschaussage bzw. falschem Gutachten nur strafbar ist, wenn vorsätzlich gehandelt wird.³³²

A Betrug nach Art. 146 StGB

Die Erfüllung des Tatbestands erfordert das vorsätzliche arglistige Irreführen (Täuschung) einer Person, welche zu einer Vermögensverfügung führt.³³³ In diesem Fall wäre es das Obsiegen im Prozess und die damit verbundenen Folgen, welche zu einem Vermögensschaden führen würden.³³⁴

Der heikle Punkt ist hier die Arglist. Arglist liegt vor, wenn der Täter ein Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder

³²⁹ Art. 307 Abs. 1 StGB.

³³⁰ RÜETSCHI, S. 14.

³³¹ RÜETSCHI, S. 14; SIEGENTHALER, S. 95.

³³² Art. 12 Abs. 1 StGB; ISENING, in OFK StGB, Art. 307, N. 12.

³³³ DONATSCH, in OFK StGB, Art. 146, N. 1 ff.

³³⁴ Ebd.

Kniffe bedient.³³⁵ Bei einfachen falschen Angaben darf eine Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar sein oder aber das Überprüfen darf aufgrund eines Vertrauensverhältnisses nicht unterlassen werden, ansonsten scheitert der Straftatbestand.³³⁶

Es kommt auf die konkreten Umstände an, von einem Vertrauensverhältnis darf wohl hier eher nicht ausgegangen werden, aber die Zumutbarkeit der Überprüfung durch das Gericht oder die Gegenpartei dürfte (auch je nach finanziellen Möglichkeiten oder erforderlichem Sachverstand) allenfalls zumutbar sein. Den Nachweis der Arglist zu erbringen wäre aber sicherlich herausfordernd.

B Urkundenfälschung Art. 251 StGB

Ein Urkundendelikt setzt in erster Linie voraus, dass eine Urkunde im strafrechtlichen Sinne vorliegt.³³⁷ Der strafrechtliche Urkundenbegriff deckt sich nicht mit dem weitergehenden zivilprozessualen Urkundenbegriff.³³⁸ Urkunden im Sinne von Art. 110 Abs. 4 StGB sind verkörperte Erklärungen.³³⁹ Damit die Urkundenqualität gegeben ist, müssen drei Funktionen erfüllt werden; die Perpetuierungsfunktion (Verkörperung einer Gedankenerklärung mit Schrift/Zeichen/etc. auf Datenträgern); die Garantiefunktion (Erkennbarkeit des Ausstellers) und die Beweisfunktion (Beweiseignung).³⁴⁰ Es ist prima vista davon auszugehen, dass Privatgutachten die Urkundendefinition unproblematisch erfüllen. Einzig bei Privatgutachten, die zur Abklärung von Prozesschancen dienen, ist unklar, ob eine Beweisbestimmung im strafrechtlichen Sinne vorliegt, insofern ist der Urkundenbegriff nicht erfüllt bei diesen Privatgutachten. Die fehlende Strafbarkeit ist aber hier zu vernachlässigen, schliesslich wird dieses Gutachten eingeholt, um Prozesschancen abzuklären, der Auftraggeber hat

³³⁵ DONATSCH, in OFK StGB, Art. 146, N. 8.

³³⁶ MAEDER/NIGGLI, in BSK StGB, N. 62.

³³⁷ BOOG, in BSK StGB, Art. 251, N. 1.

³³⁸ SCHÖNMANN, in OFK ZPO, Art. 177, N. 2.

³³⁹ BOOG, in BSK StGB, Art. 110, N. 1.

³⁴⁰ Ebd.

also eben gerade kein Interesse daran hat, dass im Gutachten unwahre Aussagen enthalten sind.

Für den Tatbestand der Falschbeurkundung werden erhöhte Anforderungen an den Urkundencharakter gestellt, blosses Lügen genügt nicht, um den Tatbestand zu erfüllen.³⁴¹ Die Grenze zwischen einfacher und qualifizierter Lüge lässt sich aber nur schwer feststellen.³⁴² Das BGer wendet den Tatbestand nur sehr restriktiv an; gefordert wird eine erhöhte Überzeugungskraft oder Glaubwürdigkeit d.h. objektive Garantien, welche die Wahrheit des Inhalts gewähren.³⁴³ Solche objektiven Garantien können sich aus einer Überprüfungspflicht des Verfassers oder in gesetzlichen Vorschriften, die den Inhalt bestimmen, ergeben.³⁴⁴ Es genügt nicht, wenn gewisse Schriftstücke erfahrungsgemäss als besonders glaubwürdig gelten, auch wenn es im Geschäftsverkehr üblich ist, sich auf solche Dokumente zu verlassen.³⁴⁵ Hingegen kann eine garantenähnliche Stellung eine Garantie für die Wahrheit darstellen.³⁴⁶ Eine Falschbeurkundung wurde bejaht, als ein Arzt einen unwahren Krankenschein ausstellte und gestützt darauf Leistungen der Krankenkasse für sich und seine Patientin geltend machte.³⁴⁷ Da solche Scheine von der Krankenkasse nur im Einzelfall geprüft werden und Ärzten Straffolgen³⁴⁸ bei unwahren Zeugnissen drohen, ging das BGer von erhöhter Glaubwürdigkeit aus und sah den Tatbestand der Falschbeurkundung als erfüllt an.³⁴⁹

Die Frage nach der Glaubwürdigkeit von Privatgutachten ist nur schwer zu beantworten. In Anbetracht der nicht einfach vorzunehmenden Prüfung könnte argumentiert werden, dass Privatgutachten aufgrund ihres Charakters eine erhöhte Glaubwürdigkeit aufweisen. Andererseits ist

³⁴¹ HEIMGARTNER, in OFK StGB, Art. 251, N. 22.

³⁴² BOOG, in BSK StGB, Art. 251, N. 69.

³⁴³ BOOG, in BSK StGB, Art. 251, N. 71; HEIMGARTNER, in OFK StGB, Art. 251, N. 22.

³⁴⁴ BGE 142 IV 119, E. 2.1.

³⁴⁵ Ebd.

³⁴⁶ BGE 138 IV 130, E. 2.2.1; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S. 159.

³⁴⁷ BGE 103 IV 178, S. 184.

³⁴⁸ Art. 318 StGB.

³⁴⁹ Ebd.

gerade aufgrund der einseitigen Instruktion eher davon auszugehen, dass im Interesse der Partei die Wahrheit in gewissen Fällen „gebogen“ wird. Ebenfalls fehlen gesetzliche Bestimmungen, die solche Garantien zu begründen vermögen. Weil das Spektrum von unterschiedlichen Gutachtersdisziplinen sehr gross ist, lässt sich eine allgemeine Aussage betreffend Vorliegen von objektiven Garantien nicht machen. Erschwerend hinzu kommt, dass nicht ganz klar ist, welche Umstände alle objektive Gründe für eine erhöhte Glaubwürdigkeit sein können.

Die übrigen Merkmale der Falschbeurkundung nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (vorsätzliches Wiedergeben einer inhaltlich unrichtigen oder unwahren rechtlich erheblichen Tatsache)³⁵⁰ wären dann wohl wieder einfacher zu bejahen.

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass das Ausscheiden der Strafbarkeit nach Art. 307 StGB nicht zwangsläufig dazu führt, dass unwahre Aussagen des Privatgutachters straffrei blieben. Der Nachweis der erfüllten Tatbestände dürfte allerdings herausfordernd sein. Schlussendlich ist aber auch zu beachten, dass Privatgutachter, die regelmässig für Gutachten vom Gericht beauftragt werden, um ihren fachlichen Ruf bemüht sein dürften, und daher kein Interesse haben, diesem durch ein fragwürdig erstelltes Privatgutachten zu schaden.³⁵¹ Den Beweiswert in diesem Punkt zu schmälern, rechtfertigt sich unter diesen Gesichtspunkten nicht.³⁵² Zumal auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass Zeugen durch die Wahrheitspflicht stets die Wahrheit sagen.³⁵³

Die Vorladung des Privatgutachters als sachverständiger Zeuge³⁵⁴ kann hier eine gute Lösung bieten. Als solcher wird der Privatgutachter zur Wahrheit ermahnt, was den Tatbestand von Art. 307 StGB eröffnet.³⁵⁵

³⁵⁰ HEIMGARTNER, in OFK StGB, Art. 251, N. 20.

³⁵¹ RÜETSCHI, S. 14.

³⁵² vgl. SIEGENTHALER, S. 95.

³⁵³ HASENBÖHLER/YAÑEZ, S. 173.

³⁵⁴ Siehe Kap. 4.5.

³⁵⁵ SIEGENTHALER, S. 95. Derselbe Vorschlag, ohne konkrete Ausführung zum Hintergrund auch ersichtlich bei: WEIBEL, in SK ZPO, Art. 177, N. 3; TUNIK/YE, S. 201 f.; Walder Wyss, S. 15; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, S. 1192; HUBER-

8 Fragenkatalog für die Beweiswürdigung von Privatgutachten

Den vorangegangenen Kapiteln lassen sich bereits diverse Fragen entnehmen, welche für die Würdigung der Privatgutachten hilfreich sind. Die Antworten oder das Ausbleiben der Antworten auf diese Fragen beeinflussen die Beweiskraft. Die Fragen sind aber nicht so zu verstehen, dass diese der Partei, die das Gutachten einreicht zu stellen wären. Vielmehr ist es ein Anliegen der Partei die Umstände der Gutachtenseinholung so aufzuzeigen, dass das Gericht die Fragen beantworten und so Zweifel am Beweiswert beseitigen kann. Im Gegenzug kann die Gegenseite die Fragen nutzen, um Zweifel zu bestätigen.

Vorab bleibt zu beachten, dass die Anforderungen an die Überzeugungskraft des Privatgutachtens stets vom anwendbaren Beweismass abhängen.³⁵⁶

Ebenfalls ist zu erwähnen, dass sich die nachfolgenden Fragen nicht zwischen unterschiedlichen Gutachtensdisziplinen unterscheiden. Auf konkrete Arten einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

8.1 Einführungs- und Abschlussfrage

In Kapitel 5 wurde erörtert, dass vorab zu ermitteln ist, wo Spielräume für eine interessengeleitete Beeinflussung des Ergebnisses bestehen. Um diese zu ermitteln ist eine Auseinandersetzung mit der konkreten Gutachtensart zwingend. Unterschiedliche Gutachtensarten eröffnen Spielräume an unterschiedlichen Orten. Als Faustregel darf das Folgende gelten: Wenn das Gutachten erhobene Daten nicht oder kaum würdigt, dann sind für die Ermittlung des Beweiswerts eher die Fragestellung, Instruktion, die angewendeten Methoden – eben alles, was Spielraum bei der Erhebung bietet – zu beachten. Demgegenüber sind bei Gutachten, die

LEHMANN, S. 330; HUBER-LEHMANN/KILLIAS, S.231; MÜLLER/ZINGG, S. 651; RÜETSCHI, S. 17; SCHMID, S. 572.

³⁵⁶ Vgl. Kap. 6.2.

auch eine Würdigung der Ergebnisse enthalten – abhängig von der Gutachtensart – wohl fast alle der untenstehenden Fragen relevant.

Auf Basis dieser Ergebnisse kann in der Folge ermittelt werden, welche der im hiernach aufgelisteten Fragen im konkreten Fall überhaupt näher betrachtet werden müssen.³⁵⁷

Die einzelnen Beweismittel müssen immer im Kontext der anderen Beweismittel gewürdigt werden.³⁵⁸ Als letztes ist also jeweils zu fragen, ob es Umstände, wie zum Beispiel das Verhalten der Partei gibt, welche Zweifel an der Richtigkeit oder Glaubwürdigkeit des Gutachtens aufkommen lassen oder diese bestärken.

8.2 Formale Aspekte

Dass das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Privatgutachter näher zu betrachten ist, wurde bereits an mehreren Stellen aufgezeigt: Das Bundesgericht hat für demoskopischen Gutachten ausgeführt, dass ein Näheverhältnis einen negativen Einfluss auf den Beweiswert hat.³⁵⁹ Aus der Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht ergibt zudem sich, dass bei langjährigen Verhältnissen angenommen werden kann, dass diese das Gutachtensverhalten bzw. die Aussage des Gutachters beeinflussen.³⁶⁰

Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung hat auch die Problematik von finanziellen Abhängigkeiten von Gutachtenspersonen aufgezeigt.³⁶¹ Aus dieser Rechtsprechung lässt sich die allgemeine Erkenntnis gewinnen, dass der Beweiswert mit steigendem Näheverhältnis sinkt.³⁶²

Aus dem Vergleich mit den gerichtlichen Gutachten ergibt sich, dass Privatgutachter aufgrund ihres Auftragsverhältnisses weniger neutral sein können als gerichtlich eingesetzte.³⁶³ Sie unterliegen einer Treuepflicht aus Auftragsrecht, wurden nach einseitigen Kriterien ausgewählt und

³⁵⁷ Siehe zum Ganzen Kap. 5.

³⁵⁸ Siehe Kap. 6.1.

³⁵⁹ Siehe Kap. 5.

³⁶⁰ Siehe Kap. 6.2.2.

³⁶¹ Ebd.

³⁶² Ebd.

³⁶³ Siehe Kap. 7.3.1.

einseitig instruiert.³⁶⁴ Die Anhaltspunkte der Zeugenaussagen liefern ebenso Anhaltspunkte für die nähere Betrachtung der Beziehung des beauftragten Gutachters zur Prozesspartei.³⁶⁵ Es ist abzuklären, ob der erstgenannte ein Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, wobei sich dieses aus unterschiedlichen Gründen ergeben kann.³⁶⁶ Einerseits sind persönliche und geschäftliche Beziehungen zu berücksichtigen, insbesondere eine emotionale Verbundenheit, andererseits kann sich ein Interesse auch aus finanziellen Aspekten ergeben, weshalb die Höhe des Honorars und die Ausgestaltung der Vergütung ebenfalls Hinweise für die Abhängigkeit liefern können.³⁶⁷ Die fehlende Wahrheitspflicht nach Art. 307 StGB ist eher zu vernachlässigen, weil Gutachter um ihren fachlichen Ruf bemüht sind und Straffolgen aufgrund der Erfüllung anderer Straftatbestände drohen (Betrug oder Urkundenfälschung).³⁶⁸

Zur Abklärung betreffend die Person des Privatgutachters ist auch seine fachliche Qualifikation zu berücksichtigen.³⁶⁹ Das Vorliegen spezifischer Fachkenntnisse erhöht die Beweiskraft tendenziell.³⁷⁰

Schlussendlich ist eine Gesamtbetrachtung durchzuführen und die Beweismittel sind im Lichte aller anderen Beweismittel, dem Verhalten der Parteien und der weiteren Umstände zu würdigen.³⁷¹ Dazu beachtet werden, welche Gutachtensdisziplin vorliegt und ob und inwiefern der Gutachter die Ergebnisse beeinflussen konnte.³⁷²

In der Vernehmlassung wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass Privatgutachten mit Vorsicht zu würdigen seien, weil diese nur in den Prozess eingebracht werden, wenn sie für den Auftraggeber günstig sind.³⁷³ Dieser Umstand allein sagt jedoch nichts über die inhaltliche Qualität

³⁶⁴ Ebd.

³⁶⁵ Siehe Kap. 7.3.3.

³⁶⁶ Ebd.

³⁶⁷ Ebd.

³⁶⁸ Siehe Kap. 7.3.4.

³⁶⁹ Siehe Kap. 7.3.2.

³⁷⁰ Ebd.

³⁷¹ HARTMANN, S. 1350.

³⁷² Siehe Kap. 5.

³⁷³ Siehe Kap. 3.4.2.

oder den Beweiswert des Gutachtens aus. Ein Privatgutachten kann durchaus sachlich korrekt und unproblematisch sein. Problematisch ist vielmehr der potenzielle Anreiz zur Beeinflussung des Gutachters oder der Fragestellung. Dieser Aspekt ist jedoch im Rahmen der bereits erörterten Fragen zur Unabhängigkeit und Interessenlage zu analysieren.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich der folgende Fragenkatalog:

- Hat der Privatgutachter ein eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses?
 - Beziehung: In welchem Verhältnis stehen der Gutachter und die auftraggebende Partei (nebst dem Auftragsverhältnis)
 - Um welche Art der Beziehung handelt es sich? Verwandtschaftlich/geschäftlich – wie nahe?
 - Wie lange besteht die Beziehung Privatgutachter-Auftraggeber bereits?
 - Finanziell: Wie hoch war das Honorar für den Gutachter? Entspricht dies dem geschäftsüblichen Rahmen?
 - Finanziell: In welcher Art und Weise wird das Gutachten entgolten (Erfolgsprovision)?
- Nach welchen Kriterien wurde der Gutachter ausgesucht?
- Wie wurde der Gutachter instruiert?
- Was ist die Qualifikation des Gutachters (Fachbereich/Spezialisierung)?

8.3 Inhaltliche Aspekte

Bei der inhaltlichen Analyse ist zu beachten, dass dem sachunkundigen Gericht für viele Fragen das Fachwissen fehlt, um diese zu beantworten.³⁷⁴ Der Vollständigkeit halber und weil diese relevant für die Prozessparteien sind, um die Beweiskraft zu untermauern, werden diese nachfolgend trotzdem aufgeführt.

³⁷⁴ Siehe Kap. 7.3.1.

Die inhaltliche Beurteilung des Privatgutachtens richtet sich mehrheitlich nach derjenigen der gerichtlich eingeholten Gutachten. Dies ergibt sich daraus, dass diese gleicher Natur sind.³⁷⁵ Es ist zu eruieren, ob das Gutachten vollständig ist.³⁷⁶ Hierbei ist einerseits abzuklären, welche Akten dem Privatgutachter vorlagen und inwiefern diese berücksichtigt wurden.³⁷⁷

Es ist auch zu analysieren, welche Teile des Gutachtens sich schlicht auf Parteiaussagen des Auftraggebers stützen, und wo eigene Untersuchungen vorgenommen wurden.³⁷⁸ Eigene wissenschaftliche Untersuchungen können den Beweiswert erhöhen.³⁷⁹ Im Rahmen dessen ist demnach zu untersuchen, welches die Dichte der vorgenommenen Untersuchungen ist bzw. wie vertieft die Auseinandersetzung war.³⁸⁰

Ebenso gehört dazu die Analyse, welche Fragen gestellt und ob diese beantwortet wurden.³⁸¹ Schliesslich ist unter diesem Punkt zu prüfen, welche streitigen Tatsachen im Gutachten thematisiert werden.³⁸²

Unter dem Punkt der Nachvollziehbarkeit ist zu prüfen, ob die Schlussfolgerungen für das Gericht nachvollziehbar sind.³⁸³

Die Schlüssigkeit ist ebenfalls zu analysieren. Sie liegt vor, wenn das Gericht die Schlussfolgerungen als logisch, überzeugend und in sich widerspruchsfrei einstufen kann.³⁸⁴

Anlässlich der inhaltlichen Prüfung ist auch die Wahl und Anwendung der gutachterlichen Methoden näher zu untersuchen.³⁸⁵ Falls es alternative Methoden gibt, ist fraglich, weshalb eine konkrete Methode gewählt wurde und ob nachvollziehbar ist, weshalb diese gewählt wurde, weil die

³⁷⁵ Siehe Kap. 7.3.1.

³⁷⁶ Ebd.

³⁷⁷ Ebd.

³⁷⁸ Siehe Kap. 7.3.2.

³⁷⁹ Ebd.

³⁸⁰ Ebd.

³⁸¹ Siehe Kap. 7.3.1.

³⁸² Ebd.

³⁸³ Ebd.

³⁸⁴ Ebd.

³⁸⁵ Siehe Kap. 5.

Methode das Ergebnis beeinflussen kann.³⁸⁶ Andererseits ist zu klären, welche Ergebnisse auf objektiven, datenbasierten Grundlagen beruhen und somit grundsätzlich reproduzierbar sind und wo Einschätzungen und Wertungen des Gutachters einfließen.³⁸⁷ Diese Wertungen und Einschätzungen sind besonders kritisch zu betrachten, weil sie im Interesse des Auftraggebers ausgenutzt werden könnten und so das Ergebnis beeinflussen.³⁸⁸

Schlussendlich ist zu eruieren, ob die auftraggebende Partei die Gelegenheit hatte, Änderungswünsche beim Gutachten einzubringen, oder ob sie sonst wie Möglichkeiten hatte, auf das Endergebnis des Gutachtens einzuwirken.³⁸⁹ Wie oben ausgeführt, erfordert die Beweiswürdigung stets eine Betrachtung des Gesamtzusammenhangs, wobei sich die Beweiskraft einzelner Beweismittel gegenseitig beeinflussen kann.³⁹⁰ Gibt es also weitere Beweismittel, die das Privatgutachten in seinen Aussagen stützen, wird seine Beweiskraft erhöht.³⁹¹

Aus dem Ausgeführten ergibt sich der folgende Fragenkatalog:

- Vollständigkeit
 - Welche streitigen Tatsachen werden im Gutachten thematisiert?
 - Welche Fragen wurden dem Privatgutachter gestellt? Wurden diese beantwortet?
 - Welche Akten lagen dem Privatgutachter vor?
 - Inwiefern werden diese Akten berücksichtigt?
 - Worauf stützt der Gutachter seine Erkenntnisse? Wurden eigene Untersuchungen vorgenommen?
 - Wie hoch ist die Dichte der Untersuchung? Wie vertieft ist die Auseinandersetzung mit dem Thema?
- Nachvollziehbarkeit: Sind die Schlussfolgerungen nachvollziehbar?

³⁸⁶ Ebd.

³⁸⁷ Ebd.

³⁸⁸ Ebd.

³⁸⁹ TUNIK/YE, S. 202.

³⁹⁰ HARTMANN, S. 1350.

³⁹¹ Ebd.

- Schlüssigkeit: Sind die Schlussfolgerungen logisch, überzeugend und widerspruchsfrei?
- Methodenwahl
 - Gibt es alternative Methoden?
 - Weshalb wurde eine bestimmte Methode gewählt? Entspricht sie einer gängigen Methode?
- Wo befinden sich Wertungsspielräume? Wo flossen Einschätzungen des Gutachters mit ein? Wo/inwiefern findet eine Würdigung des Ergebnisses statt?
- Hatte der Auftraggeber die Gelegenheit, Änderungswünsche beim Gutachter einzubringen? Hatte er die Möglichkeit, auf das Endergebnis des Gutachtens einzuwirken?

8.4 Anordnung eines gerichtlichen Gutachtens

Anlässlich des Beweisverfahrens kann sich für das Gericht die Frage stellen, ob ein gerichtliches Gutachten anzuordnen ist. Wurde ein solches von einer Partei beantragt, darf das Gericht den Antrag nur ablehnen, wenn es bereits derart von der Wahrheit oder Unwahrheit einer strittigen Tatsache überzeugt ist, dass neue Beweismittel diese Überzeugung nicht erschüttern könnten. Liegt ein Privatgutachten vor, ist eine Gutachtensanordnung von Amtes wegen mit dem Verhandlungsgrundsatz kaum zu vereinbaren. Anders verhält es sich, wenn zwei sich widersprechende Privatgutachten vorliegen – in diesem Fall ist eine gerichtliche Begutachtung auch ohne Antrag möglich.³⁹²

8.5 Vorladung als sachverständiger Zeuge

Den Privatgutachter als sachverständigen Zeugen im Sinne von Art. 175 ZPO einzuvernehmen, stellt eine gute Möglichkeit dar, um einen Eindruck von diesem zu gewinnen und zumindest einen Teil der oben genannten Fragen zu klären.³⁹³ So erhält auch die Gegenpartei die Möglichkeit,

³⁹² Zum Ganzen Kap. 4.6.

³⁹³ Siehe Kap. 4.5.

Ergänzungsfragen zu stellen. Dies bringt auch den Vorteil, dass hier eine Ermahnung zur Wahrheit erfolgt und Straffolgen bei Nichteinhalten drohen, womit die Beweiskraft des Privatgutachtens potenziell erhöht werden kann.³⁹⁴ Wobei berücksichtigt werden muss, dass dem Privatgutachter nur Fragen zur eigenen Wahrnehmung und den darauf gestützten Schlussfolgerungen gestellt werden dürfen.

8.6 Gemeinsame Privatgutachten

Lehrmeinungen sprechen sich dafür aus, dass Gutachten, die von den Parteien gemeinsam in Auftrag gegeben wurden, volle Beweiskraft besitzen müssten.³⁹⁵ Dies dann, wenn die Fragen gemeinsam ausgearbeitet und unterbreitet wurden und beide Parteien dieselben Möglichkeiten für das Stellen von Ergänzungsfragen hatten.³⁹⁶ Sind diese Punkte gegeben und ist keine Näheverhältnisse zu einer Partei ersichtlich, ist die Unabhängigkeit hergestellt und die Würdigung des Gutachtens weniger heikel. Da in diesem Fall auch die Fragen gemeinsam gestellt und die anwendbaren Methoden allenfalls besprochen werden konnten, ist auch die inhaltliche Würdigung weniger problematisch. Insofern scheint es vertretbar, gemeinsam in Auftrag gegebenen Privatgutachten grundsätzlich die gleiche Beweiskraft zuzuerkennen wie gerichtlichen Gutachten und diese auch so zu würdigen.

9 Empfehlungen für Prozessparteien

Wie oben ausgeführt, ist der dargestellte Fragebogen auch für Prozessparteien und deren Vertreter von Bedeutung. Er liefert nicht nur Hinweise darauf, welche Aspekte dem Gericht aufgezeigt werden sollten, um den Beweiswert eines Privatgutachtens zu erhöhen, sondern enthält zugleich Anhaltspunkte, nach welchen Kriterien der Gutachter auszuwählen und zu instruieren ist, sowie den Hinweis, dass dieser Prozess sorgfältig zu

³⁹⁴ Siehe Kap. 7.3.4.

³⁹⁵ BOHNET/FITZI, S. 484.

³⁹⁶ SIEGENTHALER, S. 95; VISCHER/LEU, in Dike Komm. ZPO, Art. 157, N. 39.

dokumentieren ist. Eine transparente Dokumentation der Gutachterbestellung und -instruktion kann dazu beitragen, den Eindruck einer Abhängigkeit des Gutachters zu entkräften.³⁹⁷ Gleiches gilt, wenn aufgezeigt werden kann, dass keinerlei Näheverhältnis zwischen Prozesspartei und Gutachter besteht.³⁹⁸

Vor dem Hintergrund der Ausführungen des vorigen Kapitels kann es zudem ratsam sein, bei Einreichung eines Privatgutachtens vorsorglich ein gerichtliches Gutachten zu beantragen.³⁹⁹

10 Empfehlungen für Gutachtensstellen

Gutachtensstellen haben grundsätzlich ein Interesse daran, dass ihre Gutachten glaubwürdig sind und in Verfahren Beachtung finden. Denn je höher ihre Reputation, desto häufiger werden sie mit Privatgutachten beauftragt, was wiederum finanziell vorteilhaft ist. Eine denkbare Strategie wäre daher, dass Gutachtensstellen bestimmte Standards entwickeln, um ihre Unabhängigkeit sichtbar zu machen. Im Sozialversicherungsrecht werden beispielsweise polydisziplinäre Gutachten über ein Zufallssystem zugewiesen, um die Unabhängigkeit zu gewährleisten.⁴⁰⁰ Die Einführung eines solchen Systems könnten auch grosse Gutachtensstellen oder Verbände in Betracht ziehen – etwa indem eine Institution anbietet, die Zuteilung der Stelle zu übernehmen. Ergänzend könnten Gutachtensstellen für häufig durchgeführte Begutachtungen standardisierte Fragebögen bereitstellen. So wird der Spielraum für Manipulation reduziert und das Verfahren insgesamt transparenter. Auf diese Weise könnten sie Auftraggebern die Möglichkeit bieten, ein Beweismittel mit potenziell hoher Beweiskraft vorzulegen. Davon würden alle Beteiligten profitieren: die Gutachtensstellen durch mehr Aufträge und höherem Profit; die Auftraggeber, weil sie Gutachten mit höherer Beweiskraft erhalten, die bei der

³⁹⁷ HUBER-LEHMANN/KILLIAS, S.232.

³⁹⁸ Ebd.

³⁹⁹ BOHNET/FITZI, S. 487; RÜETSCHI, in BK ZPO, Art. 183, N. 36.

⁴⁰⁰ Kap. 6.2.2.

Würdigung weniger kritisch beurteilt werden – was angesichts der hohen Gutachtenskosten besonders ins Gewicht fällt, und die Gerichte, denen durch transparente Offenlegung gewisser Aspekte die Würdigung erleichtert wird.

11 Fazit

Durch die mit der Revision eingeführte Beweismittelqualität von Privatgutachten sind Gerichte verpflichtet, sich im Rahmen der Beweiswürdigung vertieft mit solchen Gutachten auseinander zu setzen. Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass die Würdigung keineswegs unproblematisch ist und methodisch anspruchsvoll sein kann.

Zugleich ist festzuhalten, dass Gerichte über erhebliche Erfahrung in der Beweiswürdigung verfügen. Es ist ihnen daher zuzumuten, Privatgutachten zu würdigen, idealerweise unter Rückgriff auf den in dieser Arbeit entwickelten Fragenkatalog. Dieser soll die Gerichte dabei unterstützen, systematisch und nachvollziehbar vorzugehen und so zur Qualität und Transparenz der Würdigung beizutragen.

Auch die Parteien resp. Parteivertreter und die Gutachtensstellen können zu einer effektiven Beweiswürdigung beitragen, indem sie auf die im Fragenkatalog aufgeführten Aspekte eingehen und so die gerichtlichen Abwägungen erleichtern.

Welchen praktischen Stellenwert Privatgutachten künftig einnehmen werden, bleibt abzuwarten. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sie sich in bestimmten Bereichen etablieren, etwa dort, wo sie Effizienzvorteile bringen, rasches Handeln erforderlich ist oder wo die Beweismittel beschränkt sind.

Letztlich hängt der Wert von Privatgutachten nicht nur von ihrer formalen Zulässigkeit als Beweismittel ab, sondern auch davon, ob es gelingt, ihren Aussagegehalt sachgerecht, kritisch und strukturiert zu würdigen.

Selbständigkeitserklärung

„Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.“

Ort, Datum

Eigenhändige Unterschrift

Anhang: Kompletter Fragenkatalog

Einführungsfrage

- An welchen Stellen des Gutachtens bestehen potenzielle Spielräume für eine interessengeleitete Beeinflussung des Ergebnisses?

Formale Aspekte

- Hat der Privatgutachter ein eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses?
 - Beziehung: In welchem Verhältnis stehen der Gutachter und die auftraggebende Partei (nebst dem Auftragsverhältnis)
 - Um welche Art der Beziehung handelt es sich? Verwandtschaftlich/geschäftlich – wie nahe?
 - Wie lange besteht die Beziehung Privatgutachter-Auftraggeber bereits?
 - Finanziell: Wie hoch war das Honorar für den Gutachter? Entspricht dies dem geschäftsüblichen Rahmen?
 - Finanziell: In welcher Art und Weise wird das Gutachten entgolten (Erfolgsprovision)?
- Nach welchen Kriterien wurde der Gutachter ausgesucht?
- Wie wurde der Gutachter instruiert?
- Was ist die Qualifikation des Gutachters (Fachbereich/Spezialisierung)?

Inhaltliche Aspekte

- Vollständigkeit
 - Welche streitigen Tatsachen werden im Gutachten thematisiert?
 - Welche Fragen wurden dem Privatgutachter gestellt? Wurden diese beantwortet?
 - Welche Akten lagen dem Privatgutachter vor?
 - Inwiefern werden diese Akten berücksichtigt?

- Worauf stützt der Gutachter seine Erkenntnisse? Wurden eigene Untersuchungen vorgenommen?
- Wie hoch ist die Dichte der Untersuchung? Wie vertieft ist die Auseinandersetzung mit dem Thema?
- Nachvollziehbarkeit: Sind die Schlussfolgerungen nachvollziehbar?
- Schlüssigkeit: Sind die Schlussfolgerungen logisch, überzeugend und widerspruchsfrei?
- Methodenwahl
 - Gibt es alternative Methoden?
 - Weshalb wurde eine bestimmte Methode gewählt? Entspricht sie einer gängigen Methode?
- Wo befinden sich Wertungsspielräume? Wo flossen Einschätzungen des Gutachters mit ein? Wo/inwiefern findet eine Würdigung des Ergebnisses statt?
- Hatte der Auftraggeber die Gelegenheit, Änderungswünsche beim Gutachter einzubringen? Hatte er die Möglichkeit, auf das Endergebnis des Gutachtens einzuwirken?

Abschlussfrage

- Gibt es Umstände (Verhalten der Parteien, weitere Beweismittel, ...), die Zweifel an der Richtigkeit oder Glaubwürdigkeit des Gutachtens aufkommen lassen oder Umstände, welche die Richtigkeit und Glaubwürdigkeit bestärken?