Privatgutachten: Vom Wert des neuen Beweismittels

Marisa Bützberger* / Jelena Trümpler**

I. Zur neuen Beweismittelqualität von Privatgutachten

A. Die Änderung von Art. 177 ZPO, was ist neu?

Wo das Gesetz nichts anderes bestimmt, hat im Zivilprozess derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Die ihm (oder ihr) hierfür zur Verfügung stehenden Beweismittel werden in Art. 168 Abs. 1 ZPO abschliessend aufgeführt. Es gilt ein Numerus Clausus der zulässigen Beweismittel, zu welchem nebst Zeugnis (lit. a), Augenschein (lit. c), schriftliche Auskunft (lit. e), Parteibefragung und Beweisaussage (lit. f) insbesondere auch das Gutachten (lit. d) und die Urkunde (lit. b) zählt. So weit, so bekannt.

Bis zum Inkrafttreten der ZPO-Revision 2023, d.h. bis Ende Dezember 2024, galten private Gutachten der Parteien (kurz: Privatgutachten) nicht als Beweismittel des Zivilprozesses – weder waren sie Gutachten noch Urkunden im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. b bzw. d ZPO. Ihnen kam – gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – lediglich die Stellung eines blossen, wenn auch besonders substantiierten Parteivorbringens zu. Wurde eine durch ein Privatgutachten belegte Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermochte das Privatgutachten als reine Parteibehauptung diese Tatsache nicht zu beweisen. Privatgutachten konnten höchstens zusammen mit – durch Beweismittel nachgewiesenen – Indizien den Beweis erbringen. Wurden sie nicht durch derartige Indizien gestützt, durften sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden.[1]

Mit der ZPO-Revision vom 17. März 2023 werden private Gutachten der Parteien nunmehr ausdrücklich zu Urkunden[2] erklärt. Der hierfür revidierte Art. 177 ZPO lautet neu wie folgt: *«Als Urkunde gelten Dokumente, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen, wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen sowie private Gutachten der Parteien.»*

Aufgrund der in Art. 407 f. ZPO enthaltenen Übergangsbestimmung gilt der revidierte Art. 177 ZPO auch für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Änderung vom 17. März 2023 bereits rechtshängig waren resp. sind. Dies kann zu paradoxen Situationen führen, wie am Beispiel des Bundesgerichtsurteils BGer 4A_207/2024 vom 5. Februar 2025 veranschaulicht wird. Die kantonalen Gerichte hatten im Rahmen der Beweiswürdigung einem Privatgutachten den Vorrang eingeräumt, was ihnen zum Zeitpunkt des Entscheides noch nicht erlaubt gewesen wäre, aber zum Zeitpunkt der Rückweisung grundsätzlich gestattet sein wird. Die vorstehenden Ausführungen sind im Wortlaut in E. 5.2.3. des bundesgerichtlichen Entscheides wie folgt formuliert: *«La situation serait quelque peu paradoxale: d'une part, le jugement d'appel serait annulé parce que l'instance précédente n'aurait pas dû apprécier l'expertise privée comme un moyen de preuve; d'autre part, dans la nouvelle procédure d'appel, l'expertise privée devra tout de même être appréciée comme un moyen de preuve.»*

Neu ist demnach: Seit dem 1. Januar 2025 gelten private Gutachten der Parteien als Urkunden und damit als Beweismittel im Zivilprozess. Dies selbst dann, wenn sie noch unter der alten ZPO in den Prozess eingebracht worden sind.

B. Was sind «Private Gutachten der Parteien» i.S.v. Art. 177 ZPO?

Um die Tragweite der geschilderten Änderung zu erfassen, ist vorab zu klären, was unter dem Begriff *«private Gutachten der Parteien»* zu verstehen ist. Hierfür gilt es in einem ersten Schritt den Begriff des Gutachtens zu definieren und in einem zweiten Schritt die neu unter Art. 177 ZPO erfassten *«privaten Gutachten der Parteien»* von den in Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO genannten *«Gutachten»* abzugrenzen.

Im Rahmen eines Gutachtens gibt eine sachverständige Person aufgrund ihres Fachwissens über allgemeine und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft. Eine Gutachterin teilt Erfahrungs- oder Wissenssätze ihrer Disziplin mit, erforscht erhebliche Tatsachen oder zieht sachliche Schlussfolgerungen aus bereits bestehenden Tatsachen. Gutachter bestechen durch ihr Fachwissen, sie können – im Gegensatz zum (allenfalls sachverständigen) Zeugen, der über eigene

* Fachanwältin Haftpflicht- und Versicherungsrecht, MAS Versicherungsmedizin, Limmatlegal.
** lic. iur., Juristin, forum medjur. Die Verfasserin äussert ihre eigene Meinung.
Rechtsprechung berücksichtigt bis 1. April 2025.

1 BGE 141 III 433, E. 2 m.w.H., vgl. wohl letztmals auch BGer 4A_478/2024 vom 4. Dezember 2024, E. 4.5. Inwiefern die erhöhte Beweisqualität unter Vorberücksichtigung der Gesetzesrevision hätte berücksichtigt werden müssen, wurde gemäss Bundesgericht vom Beschwerdeführer nicht dargetan.

2 Zur Abgrenzung zwischen zivilrechtlichem und strafrechtlichem Urkundenbegriff, vgl. Heinrich Andreas Müller, in: Alexander Brunner/Ivo Schwander/Moritz Vischer (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, 3.A., Zürich/St. Gallen 2025 (zit. DIKE ZPO-Kommentar), Art. 177 N 3.

Wahrnehmungen aussagt – ersetzt oder ausgetauscht werden.[3]

Von der gutachterlichen Tätigkeit abzugrenzen sind demnach Aussagen, welche sachverständige Personen über ihre eigene Wahrnehmung machen. Bereits vor der ZPO-Revision, konnte derartigen Tatsachenfeststellungen Beweismittelqualität zukommen, wenn die sachverständigen Personen Zeugnis über ihre Wahrnehmungen ablegten,[4] oder Urkunden hierzu verfassten.[5]

Relevant waren die vorgenannten Differenzierungen insbesondere bezüglich medizinischer Dokumente. Das Bundesgericht hielt hierzu fest: *«Enthalten von Ärzten verfasste Dokumente Informationen zu Tatsachen, die das Gericht nicht in gleicher Weise von einem gerichtlichen Gutachter erhältlich machen könnte, ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Privatgutachten nicht einschlägig. Dies gilt beispielsweise für Berichte der behandelnden Ärzte über die durchgeführten Behandlungen. Zwar könnten theoretisch auch die durchgeführten Behandlungen Gegenstand eines Gutachtens bilden. Die Beantwortung der Fragen durch einen Gutachter würde aber – im Gegensatz zu den Berichten der behandelnden Ärzte – nicht auf eigenen echtzeitlichen Wahrnehmungen der konkret handelnden Personen beruhen, sondern vielmehr auf den Aussagen und Berichten derselben beziehungsweise auf anderen nachträglichen Untersuchungen des Experten. Inwieweit von den behandelnden Ärzten diesbezüglich verfasste Dokumente zulässige Beweismittel darstellen, bestimmt sich nicht mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Gutachten, sondern nach den allgemeinen Regeln – aber nur in Bezug auf die Fragen, die nicht in gleicher Weise zum Gegenstand eines Gutachtens gemacht werden können. Sämtliche Schlüsse, die aufgrund des medizinischen Fachwissens gezogen werden, namentlich auch der abstrakte Schluss aus einer gesundheitlichen Beeinträchtigung auf das Mass der Arbeitsunfähigkeit, können Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens sein. Insoweit kommt die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Parteigutachten zum Zuge.»*[6]

Illustriert werden kann die Abgrenzung zwischen Gutachten und Tatsachenfeststellung einer sachverständigen Person auch anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu demoskopischen Erhebungen, welche in markenrechtlichen Streitigkeiten zum Beweis der Verkehrsdurchsetzung eingereicht werden. Derartigen Erhebungen wurde bereits vor der ZPO-Revision 2023 die Beweismittelqualität einer Urkunde zuerkannt. Sie wurden als geeignet zum Beweis erachtet, sofern sie auf wissenschaftlich konzipierten und korrekt durchgeführten Umfragen basierten. Die Begründung hierfür liegt gemäss Bundesgericht in der Objektivität der Umfrageergebnisse, die eine nachvollziehbare und nachprüfbare Parameterbildung ermöglichen. Der Ersteller einer demoskopischen Erhebung treffe keine wertenden Aussagen gestützt auf eigenes Fachwissen, sondern gebe die in der Umfrage ermittelten Tatsachen wieder.[7]

Eine gutachterliche Tätigkeit liegt mitunter immer dann vor, wenn anstelle einer reinen Wiedergabe tatsächlicher Wahrnehmungen, fachspezifische Schlüsse gezogen werden.

Privat ist eine gutachterliche Tätigkeit dann, wenn sie von einer oder mehreren Parteien veranlasst und weder durch das Gericht noch durch eine vergleichbare Behörde nach einem speziellen Verfahren in Auftrag gegeben worden ist.[8]

Demgegenüber sind gerichtliche Gutachten jene, welche auf gerichtliche Anordnung und gestützt auf die Verfahrensvorschriften von Art. 183 ZPO (gegebenenfalls i.V.m. Art. 158 ZPO) erstellt werden. Sie gelten als Beweismittel im Sinne von Art. 168 lit. d ZPO und werden nicht von der Neuerung in Art. 177 ZPO erfasst.

Auch sogenannte Fremdgutachten, die von einer anderen Behörde in Auftrag gegeben und in einem anderen Verfahren erstattet wurden, fallen nicht unter den Begriff der privaten Gutachten. Gemäss Rechtsprechung können sie als gerichtliche Gutachten im Zivilprozess beigezogen werden, sofern den Parteien im Hauptprozess das rechtliche Gehör dazu gewährt wurde, indem sie sich insbesondere zur Person des Gutachters äussern und Ergänzungsfragen stellen konnten.[9]

Aus dem oben Gesagten folgt: Die ZPO-Revision von Art. 177 ZPO bezieht sich auf fachkundige Schluss-

[3] BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.1 m.w.H.; vgl. zum Indizienbeweis auch BGer 4A_12/2020 vom 2. Juni 2021, E. 4.2.

[4] So kann ein Arzt als sachverständiger Zeuge über eine Operation berichten, bei der er Wahrnehmungen machte. Weil die sachverständige Zeugin primär über individuelle Wahrnehmungen berichtet, ist sie im Gegensatz zur (gerichtlich bestellten) Gutachterperson nicht ersetzbar, vgl. Franz Hasenböhler, Das Beweisrecht der ZPO, Die Beweismittel, Band 2, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. Hasenböhler Band 2), 163 N 4.345 ff.

[5] In diesem Sinne allenfalls auch BGer 4A_228/2021 vom 24. August 2021, E. 3.1 i.V.m. E. 3.3.6.

[6] BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018, E. 5.3; zur entsprechenden Abgrenzung vgl. auch HGer ZH HG120192 vom 22. Juni 2023, E. 2.3.1.1.2 m.w.H.

[7] BGE 148 III 409, E. 4.5 und 4.6 f.; vgl. auch François Bohnet/Lorenz Droehse, ZPO Präjudizienbuch, 2. A., Basel 2023, Art. 183 N 4.

[8] Vgl. Hasenböhler Band 2, 427 N 7.377 m.w.H.; Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., 7325, wonach unter einem Privatgutachten ein Gutachten verstanden wird, welches eine Partei selber in Auftrag gegeben hat.

[9] BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018, E. 5.2.1 unter Hinweis auf BGE 140 III 24, E. 3.3.1.3.

folgerungen, welche im Auftrag einer oder mehrerer Parteien gezogen wurden.

C. Was will der Gesetzgeber?

Bereits vor Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung wurde der Stellenwert von Privatgutachten kontrovers diskutiert. Der ursprüngliche Vorentwurf sah einen Artikel 182 VE-ZPO mit folgendem Wortlaut vor: *«Jede Partei kann ein privates Gutachten einreichen.»* Dieser Artikel war damals nicht im zweiten Abschnitt unter dem Titel *«Urkunde»*, sondern im vierten Abschnitt (Art. 176–184 VE-ZPO) unter dem Titel *«Gutachten»* aufgeführt. Dies zusammen mit den Bestimmungen zum gerichtlichen Gutachten einer sachverständigen Person sowie zum Schiedsgutachten.[10] Im erläuternden Bericht der Expertenkommission[11] wurde festgehalten: *«Der Vorentwurf beschränkt sich darauf, Privatgutachten zulässig zu erklären: Den Parteien steht es frei, solche Gutachten im Prozess einzureichen. Bewusst wird jedoch darauf verzichtet, auch den Beweiswert eines solchen Privatgutachtens gesetzlich zu bestimmen, weil eine generelle Regelung kaum möglich ist. Vielmehr muss es der Praxis überlassen bleiben, im Einzelfall unter Würdigung der konkreten Umstände darüber zu befinden, ob Privatgutachten ein gewisser Beweiswert zukommt oder nicht.»*

Im Vernehmlassungsverfahren wurde Art. 182 VE-ZPO erheblich kritisiert. Allgemein anerkannt wurde, dass Privatgutachten im Rahmen des Behauptungsverfahrens in den Prozess eingebracht werden können. Keinen Anklang fand jedoch die Einordnung der besagten Bestimmung unter den Titel «Gutachten», da damit den Privatgutachten ein unbeabsichtigter, unerwünschter oder zumindest unklarer Beweiswert zugemessen werden könnte. In den Vernehmlassungen der Kantone Aargau und Schaffhausen war von einem klar abzulehnenden prozessualen Zwitter die Rede.[12]

Aufgrund der erheblichen Kritik in der Vernehmlassung wurde in der Folge gänzlich auf die Bestimmung in Art. 182 VE-ZPO verzichtet; Privatgutachten sollten nach der Botschaft zur eidgenössischen ZPO[13] zwar zulässig bleiben, jedoch nicht als Beweismittel, sondern nur als Parteibehauptungen.[14]

Es war diese Entstehungsgeschichte, welche das Bundesgericht seiner Rechtsprechung zu Grunde legte, als es im Rahmen der Gesetzesauslegung entschied, dass Privatgutachten lediglich die Stellung einer Parteibehauptung haben sollten.[15] Dennoch bezeichnete der Bundesrat genau diese Regelung als nach dem Willen des Gesetzgebers unbefriedigend und anpassungsbedüftig.[16] Im Rahmen des erläuternden Berichts zur Änderung der Zivilprozessordnung vom 2. März 2018 schlug er vor, den Privatgutachten «Urkundenqualität» und damit die Qualität eines Beweismittels nach Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO beizumessen und dies ausdrücklich im Gesetz zu verankern.

Erneut blieb die geplante Neuerung im Vernehmlassungsverfahren nicht unumstritten. Während zwei Kantone und elf Organisationen die Bestimmung ausdrücklich begrüssten und darauf hinwiesen, dass Privatgutachten in der Praxis eine wichtige Rolle spielen, lehnten fünf Kantone, sechs Organisationen sowie die grünliberale Partei die Bestimmung ausdrücklich ab. Die Gegner führten als Gründe vornehmlich Schwierigkeiten bei der Beweiswürdigung, die einseitige Beeinflussung der Gutachter durch die auftraggebende Partei, aber auch die ungleichen finanziellen Möglichkeiten der Parteien an. Befürchtet wurde, dass sich der Prozess zu einer regelrechten Schlacht zwischen privaten Sachverständigen entwickeln könnte.[17] Es wurden auch restriktivere Alternativen vorgeschlagen, etwa die Zulassung von Privatgutachten nur in Fällen, in denen der Beweis anderweitig nicht erbracht werden kann oder zur Entkräftung von Gerichtsgutachten dient. Zu-

[10] Zur Abgrenzung eines aussergerichtlich von den Parteien gemeinsam eingeholten Gutachtens und eines Schiedsgutachtens siehe BGer 4A_200/2023 vom 16. Juni 2023, E. 4.2.1.

[11] Schweizerische Zivilprozessordnung, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003, 89.

[12] Vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 449.

[13] Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., 7324 f. (zu «Art. 180–185 Gutachten»); BGE 141 III 433, E. 2.5.2.

[14] Die Rechtskommission des Nationalrates beantragte später die Aufnahme eines neuen Art. 185a ZPO, welcher praktisch wörtlich dem Art. 182 des Vorentwurfs entsprach und systematisch im Abschnitt Gutachten angesiedelt wurde. Währendem die Bestimmung im Plenum des Nationalrates diskussionslos angenommen wurde, wurde vom Ständerat die Streichung beschlossen. Man wollte das Privatgutachten nicht im Abschnitt Gutachten unter den Beweismitteln aufführen, um zu vermeiden, dass ihm – im Kontext von Gerichts- und Schiedsgutachten – ein falscher Stellenwert beigemessen wird, vgl. hierzu ausführlich Andreas Binder/Roman S. Gutzwiller, Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, ZZZ 2013, 173 f.

[15] Vgl. zu dem dadurch verursachten Beweisvakuum auch die kritische Stimme des Bundesgerichts in BGer 4A_247/2020 vom 7. Dezember 2020, E. 4.2.

[16] Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018 (zit. Erläuternder Bericht Änderung ZPO), 18, sowie BGE 148 III 409, E. 4.5.2.

[17] Vgl. den Vernehmlassungsbericht Revision der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 29. Januar 2020, 39 f.: *«Da Privatgutachten ausserdem kostspielig sind, schafft die Regelung je nach finanziellen Möglichkeiten der Partei Ungleichheit und verstärkt das Ungleichgewicht im Rahmen von Streitigkeiten, bei denen sich eine Partei in einer schwachen Position befindet (Vermieter und Mieter, Erwerbsausfallversicherung und Versicherter). Die Beweiskraft eines Gutachtens kann nur durch eine Beurteilung seines Inhalts ermittelt werden, was für ein Gericht ohne besondere Fachkenntnisse sehr schwierig ist. Die andere Partei hat daher keine andere Wahl, als ihrerseits ein Privatgutachten vorzulegen. Doch wenn jede Partei ein Privatgutachten erstellen lässt, besteht die Gefahr, dass sich der Prozess zu einer Schlacht zwischen privaten Sachverständigen entwickelt.»*

dem wurde erwogen, Privatgutachten ausschliesslich bei Einverständnis beider Parteien oder im Rahmen gemeinsamer Begutachtungen zuzulassen. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass das Gericht die Möglichkeit habe, private Gutachter als Zeugen zu befragen.[18]

Entgegen diesen Einwendungen setzten sich die Befürworter der Änderung durch. Privatgutachten gelten mit Inkrafttreten der ZPO – Revision 2023 neu als Urkunden nach Art. 177 ZPO und damit als Beweismittel nach Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO. Im erläuternden Bericht wird hierzu festgehalten: *«Als solche [Beweismittel i.S.v. Art. 168 ZPO] unterliegen selbstverständlich auch Partei- oder Privatgutachten der freien Beweiswürdigung des Gerichts gemäss Art. 157 ZPO und ergibt sich daher ihr Beweiswert im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände (z.B. Beziehungen der Parteien zum Gutachter sowie Auftragserteilung, Prozess und Ablauf der Einholung des Gutachtens, Fachkunde des Parteigutachters etc.).»*[19]

Dies steht im Einklang mit den genannten Ausführungen im Vorentwurf der Expertenkommission zur Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung, welcher bewusst davon absah, den Beweiswert eines Privatgutachtens gesetzlich festzulegen. Stattdessen sollte es der Praxis überlassen bleiben, im Einzelfall und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu entscheiden, ob Privatgutachten ein bestimmter Beweiswert zukommt oder eben nicht.

Augenscheinlich wollte und will der Gesetzgeber, dass Privatgutachten im Beweisverfahren berücksichtigt werden dürfen, weshalb er ihnen nunmehr die hierfür erforderliche Beweismittelqualität beimisst. Nicht festlegen wollte er sich bezüglich des Beweiswertes von Privatgutachten. Hierüber hat das Gericht im konkreten Einzelfall im Rahmen der Beweiswürdigung zu befinden.

II. Zum Beweiswert von Privatgutachten

A. Abgrenzung von Beweismittelqualität und Beweiswert

Wie dargelegt sagt die Tatsache, dass einem Privatgutachten im Zivilprozess neu Beweismittelqualität zukommt, noch nichts darüber aus, wie stark es bei der richterlichen Beweiswürdigung gewichtet wird, d.h. welcher Beweiswert ihm zugemessen wird.

Um die Bedeutung und Tragweite der Änderung von Art. 177 ZPO zu erfassen, sind die von den Gerichten anzuwendenden Grundsätze bei der Ermittlung des Beweiswertes des neuen Beweismittels darzustellen.

B. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO

Gemäss Art. 157 ZPO bildet sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise. Von wenigen Ausnahmen abgesehen[20] sind dem Gericht keine Regeln vorgegeben, wie es die einzelnen Beweismittel zu gewichten respektive welchen Beweiswert es ihnen zuzumessen hat. Aus Art. 157 ZPO wird abgeleitet, dass sämtliche Beweismittel im Grundsatz gleichwertig sind und keinem Beweismittel a priori ein höherer Beweiswert zukommt als einem anderen. Es existiert keine abstrakte Rangordnung der Beweismittel. Vielmehr stehen die Beweismittel gleichrangig nebeneinander und sind grundsätzlich auch im gleichen Masse beweistauglich.[21]

Freiheit in der Beweiswürdigung bedeutet jedoch nicht, dass die Richterin oder der Richter die Beweise nach Belieben gewichten kann. Die Freiheit in der Würdigung der Beweise und in der Überzeugungsbildung des Gerichtes ist insofern eingeschränkt, als sie nicht gegen Denk- und Naturgesetze (Logik) sowie gegen allgemein anerkannte Erfahrungssätze verstossen darf. Auch muss die Gesamtheit der Beweise eine sachliche Vertretbarkeit aufweisen, das heisst, sie muss plausibel und nachvollziehbar sein. Das Gericht muss darlegen können, aus welchen Gründen es bestimmten Beweisen Überzeugungskraft beimisst und aus welchen Gründen es anderen Beweismitteln die Beweiskraft abspricht.[22]

Festzuhalten gilt: Dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung folgend, besteht keine Hierarchie zwischen den einzelnen Beweismitteln. Einem als Urkunde i.S.v. Art. 168 lit. b ZPO geltenden Privatgutachten kommt daher nicht a priori ein geringerer Beweiswert zu als einem Gerichtsgutachten i.S.v. Art. 168 lit. d ZPO.

C. Sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung zu Privatgutachten

Der erläuternde Bericht zur Revision von Art. 177 ZPO schliesst mit der Bemerkung: *«Diese Anpassung ist auch angesichts der sozialversicherungsrechtlichen*

[18] Vgl. Vernehmlassungsbericht Revision der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 29. Januar 2020, 40. Zu den Einsatzmöglichkeiten zur Befragung des sachverständigen Zeugen bzw. der sachverständigen Zeugin im Einzelnen, vgl. Hasenböhler Band 2, 166 N 4.357 ff.; zur Tauglichkeit als Beweismittel vgl. HGer ZH HG 210043 vom 2. Juni 2023, E. 7.2.2.3.

[19] Erläuternder Bericht Änderung der ZPO, 65.

[20] Insbesondere: Art. 161 Abs. 2, 162, 164, 169, 179 ZPO; vgl. hierzu Franz Hasenböhler/Sonia Yañez, in: Thomas Sutter-Somm/Cordula Lötscher/Christoph Leuenberger/Benedikt Seiler (Hrsg.), ZPO Kommentar, 4. A., Zürich/St. Gallen (zit. ZPO Komm.), Art. 157 N 8 ff. m.w.H.

[21] Vgl. Moritz Vischer/Christian Leu, DIKE ZPO-Kommentar, Art. 157 N 7; Hasenböhler/Yañez, ZPO Komm., Art. 157 N 14 und Art. 168 N 3 m.w.H.; Bohnet/Droehse, Art. 157 N 1; Gasser/Rickli/Josi, ZPO Kurzkommentar, 3.A., Zürich/St. Gallen 2025 (zit. ZPO Kurzkommentar), Art. 157 N 2.

[22] Hasenböhler/Yañez, ZPO Komm., Art. 157 N 7 m.w.H.

Rechtsprechung zu Partei- oder Privatgutachten kohärent» und verweist per Fussnote auf BGE 125 V 351.[23]

Dieser – von der sozialversicherungsrechtsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts erlassene – Leitentscheid hält zum Beweiswert von Privatgutachten fest, der Umstand allein, dass eine ärztliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht werde, rechtfertige keine Zweifel an deren Beweiswert. Auch derartige Stellungnahmen würden Aussagen eines Sachverständigen enthalten, welche zur Feststellung eines medizinischen Sachverhaltes beweismässig beitragen können.[24]

Mit besagtem Leitentscheid wurde jedoch nicht nur den Privatgutachten im Sozialversicherungsrecht Beweismittelqualität beigemessen. Es wurde vielmehr auch eine dem Zivilprozessrecht im Grundsatz fremde Rangordnung zwischen Privat- und Gerichts- bzw. Fremdgutachten etabliert. Die Regeste zu BGE 125 V 351 hält fest: *«Ein Privatgutachten besitzt nicht den gleichen Rang wie ein vom Gericht oder von einem Unfallversicherer nach dem vorgegebenen Verfahrensrecht eingeholtes Gutachten. Es verpflichtet indessen den Richter, den von der Rechtsprechung aufgestellten Richtlinien für die Beweisführung folgend, zu prüfen, ob es in rechtserheblichen Fragen die Auffassung und Schlussfolgerungen des vom Gericht oder vom Unfallversicherer förmlich bestellten Gutachters derart zu erschüttern vermag, dass davon abzuweichen ist.»*

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber aufgrund eines allgemeinen Verweises auf BGE 125 V 351 in einer Fussnote des erläuternden Berichts des Bundesrates zur Revision der ZPO von der freien Beweiswürdigung im Zivilprozess abweichen und eine Rangordnung zwischen Privat- und Gerichtsgutachten aufstellen wollte. Dagegen sprechen die bereits erwähnten weitergehenden Ausführungen im erläuternden Bericht, wonach Partei- oder Privatgutachten der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen.[25] Zur freien Beweiswürdigung gehört, wie dargelegt, auch das Verbot fester Beweisregeln.

Schliesslich und vor allem auch gilt es die bereits zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den demoskopischen Erhebungen zu beachten, welchen das Bundesgericht bereits vor der Revision der ZPO Urkundencharakter zuerkannte. In diesem Zusammenhang äusserte sich das Bundesgericht zum Verhältnis zwischen einer Urkunde (i.S.v. Art. 177 ZPO) und einem Gerichtsgutachten (i.S.v. Art. 183 ff. ZPO). Es kommt zum Schluss: *«Der Beweiswert eines als Urkunde (Art. 177 ZPO) zu qualifizierenden Privatgutachtens kann im Vergleich zu einer gerichtlich eingeholten Expertise herabgesetzt sein. Dies betrifft aber die freie Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO).»*[26]

In Sinne der oben vertretenen Ausführungen nimmt auch Kieser in der Kommentierung zu Art. 43 ATSG wie folgt Stellung: *«Es ist – obschon dies nicht entsprechend ausgeführt wird – davon auszugehen, dass es diese für das Sozialversicherungsrecht kennzeichnende Ausgangslage war, welche die Rechtsprechung dazu brachte, für eine Reihe von Beweismitteln – insbesondere für solche mit Bezug zu medizinischen Sachverhaltselementen – Beweiswürdigungsgrundsätze festzulegen. Diese sind indessen mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung grundsätzlich nicht vereinbar, und es müsste jedenfalls verlangt werden, dass die entsprechenden Annahmen diejenigen Voraussetzungen erfüllen, welche an einen Erfahrungsgrundsatz zu stellen sind.»*[27]

Bevor die Bedeutung dieser Erfahrungssätze nachfolgend noch näher untersucht wird,[28] ist festzuhalten, dass auch unter Berücksichtigung von BGE 125 V 351 keine absolut zwingende Hierarchie zwischen Privat- und Gerichts- oder Fremdgutachten besteht. Wollte der Gesetzgeber eine solche im Zivilprozessrecht festlegen, wäre diese ausdrücklich im Beweisrecht der ZPO zu normieren gewesen.

D. Formelle Würdigung von Privatgutachten

Hinsichtlich der freien richterlichen Beweiswürdigung darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass bei der Erstellung von Privatgutachten die für Gerichtsgutachten formulierten Verfahrensvorschriften (Art. 183 ff. ZPO) grundsätzlich nicht eingehalten werden können und müssen.

Zu diesen Vorschriften zählen nebst der Unabhängigkeit der sachverständigen Person (Art. 183 Abs. 2 ZPO), der Wahrheitspflicht und den entsprechenden Strafandrohungen (Art. 184 ZPO), auch Vorschriften zum rechtlichen Gehör der Parteien (Art. 183 Abs. 1 ZPO, Art. 185 Abs. 2 ZPO), zur Festlegung des Gutachtenssachverhalts, zu den zu unterbreitenden Akten bzw. zur Instruktion und Fragestellung durch das Gericht (Art. 185 ZPO). Statuiert sind weiter Regeln für eigene Abklärungen der sachverständigen Person (Art. 186 ZPO) sowie für die Erstattung und Erläuterung des Gutachtens und das Vorgehen bei Mängeln (Art. 187–188 ZPO).

[23] Erläuternder Bericht Änderung der ZPO, 65 f.
[24] BGE 125 V 351, E.3; vgl. auch BGer 4A_187/2015 vom 11. September 2015, E. 2.2 sowie HGer ZH HG 140095 vom 4. April 2016, E. 7.3.2.
[25] Vgl. Erläuternder Bericht Änderung der ZPO, 68.
[26] BGE 148 III 409, E. 4.6.4.
[27] Ueli Kieser, Kommentar zum Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 43 N 63.
[28] Zu den Erfahrungssätzen eingehend unten II.G.

Die Nichtbeachtung der Vorschriften von Art. 183 ff. ZPO bei der Einholung von Expertisen wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schon vor Inkrafttreten der Änderung von Art. 177 ZPO in zweierlei Hinsicht thematisiert: Zum einen wurde in der Rechtsprechung zu Fremdgutachten, d.h. zu jenen Gutachten, die von einer anderen Behörde in einem anderen Verfahren in Auftrag gegeben worden sind, festgehalten, dass derartige Gutachten als gerichtliches Gutachten beigezogen werden dürfen. Dabei gilt jedoch zu beachten, dass das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt wird, wozu ausser einer Stellungahme zum Inhalt des Fremdgutachtens (Art. 187 Abs. 4 ZPO) auch die Möglichkeit gehöre, sich nachträglich noch zur Person des Gutachters (Art. 183 Abs. 2 ZPO) äussern und Ergänzungsfragen (Art. 185 Abs. 2 ZPO) stellen zu können. Zum anderen lieferte die Rechtsprechung zu den demoskopischen Umfragen in markenrechtlichen Streitigkeiten eine Antwort auf die Frage, wie das fehlende Einhalten der prozessualen Verfahrensvorschriften zu werten ist.

Konkret stellte das Bundesgericht in der Rechtsprechung zu den demoskopischen Umfragen klar: *«Für den Ersteller einer solchen Umfrage sind die Ausstandsregeln, wie sie für gerichtlich bestellte Sachverständige gelten, nicht anwendbar. Dessen Nähe zu den Parteien ist aber wie auch die inhaltliche Ausgestaltung der Umfrage sowie Ablauf und Durchführung der Erhebung im Rahmen der konkreten Beweiswürdigung zu berücksichtigen.»*[29] Die Erwägungen des Bundesgerichts verdeutlichen sodann: *«Umgekehrt scheint eine enge Beziehung zwischen einer Partei und jener Person, welche die Umfrage durchführt und die demoskopische Erhebung verantwortet, in der Tat nicht unproblematisch. Allfälligen diesbezüglichen Bedenken ist indes – nur, aber immerhin – im Zuge der konkreten Beweiswürdigung Rechnung zu tragen; analog den Grundsätzen zum Zeugnis, bei dem die Nähe eines Zeugen zu einer Prozesspartei oder ein eigenes Interesse des Zeugen am Ausgang des Verfahrens Fragen der Beweiswürdigung und nicht der Beweismittelqualität sind.»*[30]

Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung steht im Einklang mit dem bereits geschilderten Willen des Gesetzgebers gemäss Materialien, wonach der Beweiswert eines Privatgutachtens im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände wie beispielsweise die Beziehung der Parteien zur Gutachterperson, deren Fachkunde sowie der Prozess und Ablauf beim Einholen des Gutachtens zu ermitteln ist.[31]

Der Beweiswert von Privatgutachten kann folgerichtig variieren.[32] In formeller Hinsicht gilt: Je weiter sich die Parteien bei der Erstellung eines Privatgutachtens von den in Art. 183 ff. ZPO enthaltenen Verfahrensvorschriften entfernen, desto geringer dürfte im Einzelfall der Beweiswert dieses Privatgutachtens eingeschätzt werden. Hingegen kann es zu einer Einschätzung eines höheren Beweiswertes eines Privatgutachtens beitragen, wenn die Bestimmungen von Art. 183 ff. ZPO respektiert werden, indem beispielsweise die Unabhängigkeit der sachverständigen Person gewahrt wird oder die (Gegen-)Partei in Anlehnung an die zivilprozessualen Vorschriften in den Entstehungsprozess eingebunden und der zugrunde liegende Sachverhalt beidseitig erhoben wird.[33]

Tatsache ist: Durch die Revision von Art. 177 ZPO gewinnt der Entstehungsprozess eines Privatgutachtens erheblich an Bedeutung. Für die Parteien hat dies zur Folge, dass sie sich auch in formeller Hinsicht mit dem im Recht liegenden Privatgutachten auseinandersetzen und sich zu dessen Entstehungsprozess äussern sollten. Gegebenenfalls sind die entsprechenden Parteibehauptungen auch mit Beweisofferten zu untermauern.

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass sich eine mündliche Befragung der Gutachterperson als sachverständigen Zeugen im Zivilprozess zur Überprüfung der Bedingungen und Abläufe bei der Begutachtung (geradezu) aufdränge.[34] Nach der hier vertretenen Meinung setzt ein entsprechendes Vorgehen aufgrund der geltenden Verhandlungs- (Art. 55 ZPO) und Dis-

[29] BGE 148 III 409, Regeste.

[30] BGE 148 III 409, E. 4.6.4 unter Hinweis auf BGer 4A_239/2019 vom 27. August 2019, E. 2.2.3; vgl. auch Bohnet/Droehse, Art. 183 N 4, sowie Hasenböhler Band 2, 50 N. 4.26, wonach die Tatsache, dass Zeugen nicht am Prozess beteiligt sind und kein eigenes Interesse am Verfahrensausgang haben, Anlass bieten könnte, dem Zeugnis einen höheren Beweiswert als der Parteiaussage zu verleihen. Bei der Beweiswürdigung kann die Unabhängigkeit des Zeugen durchaus eine Rolle spielen, sie ist jedoch nur *ein* Element der Beweiswürdigung, welches neben anderen in Betracht fallen kann. Das Gericht bewertet den Beweiswert von Zeugnis und Parteiaussage anhand der Interessenlage und der Qualität der Aussagen im Einzelfall.

[31] Vgl. Erläuternder Bericht Änderung der ZPO, 65, sowie die Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2697 ff., 2752: «[…] *und ihr Beweiswert [jener der Privatgutachten] ergibt sich daher im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände (z.B. Beziehungen der Parteien zum Gutachter sowie Auftragserteilung, Prozess und Ablauf der Einholung des Gutachtens, Fachkunde des Parteigutachters etc.»).*

[32] Daniel Summermatter, Kausalität – ein Handbuch, Bern 2019, 435 FN 344: *«Aufgabe der Gerichte wird es inskünftig sein, den Umständen und Modalitäten, unter denen das private Gutachten eingeholt wurde, im Rahmen der freien Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. Je nachdem welches Mass an Objektivität und Ungebundenheit die Privatgutachter inskünftig walten lassen, wird auch der Beweiswert erheblich variieren.»*

[33] Vgl. zum Beweiswert gemeinsam eingeholter Gutachten im Laufe der Zeit, BGE 86 II 129, E.3; BGer 4A_200/2023 vom 16. Juni 2023, E. 4.3, sowie Urteil des Appellationsgerichts BS vom 1. Juni 2024, ZB.2023.8 (AG.2024.385), E. 4.2.1 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

[34] Vgl. Weibel, ZPO Komm., Art. 177 N 3; Summermatter, 435, FN 344 und 345 m.w.H.; Patrick Honegger-Müntener/Matthias Rufibach/Julius Schumann, Die Revision der ZPO, in: AJP 2023, 1192 m.w.H.

positionsmaxime (Art. 58 ZPO) entsprechende Parteibehauptungen und prozessuale Anträge bzw. Beweisofferten der Parteien voraus. Nebst der Befragung des Privatgutachters könnten auch weitere, in Art. 183 ff. ZPO enthaltene Mittel wie beispielsweise eine erneute Beweisabnahme (vgl. Art. 186 ZPO i.V.m. Art. 168 ZPO) genutzt werden, um ein von einer Partei vorgelegtes Privatgutachten insbesondere auf die Frage der Unabhängigkeit zu überprüfen, zu ergänzen oder um das rechtliche Gehör der Gegenpartei zu wahren.

Zusammenfassend gilt: Die Nichtbeachtung der Verfahrensvorschriften von Art. 183 ff. ZPO ändert nichts an der gesetzlich definierten Beweismittelqualität von Privatgutachten. Der konkrete Beweiswert eines Privatgutachtens wird vom Richter bzw. der Richterin in freier Würdigung der Beweise und unter Berücksichtigung aller Umstände (Beziehung der Parteien zur Gutachterperson, Fachkunde der Gutachterperson, Ablauf der Einholung des Gutachtens, Ablauf der Begutachtung etc.)[35] festgelegt. Davon ausgehend, dass jedes Abweichen von den genannten Verfahrensvorschriften den Beweiswert des Privatgutachtens senkt, folgt im Umkehrschluss, dass aus rein formeller Sicht den Gerichtsgutachten im Vergleich zu Privatgutachten in aller Regel ein höherer Beweiswert beigemessen werden dürfte.[36]

E. Materielle Würdigung von Privatgutachten

In inhaltlicher Hinsicht finden die in Bezug auf die Würdigung von Gerichtsgutachten anwendbaren Grundsätze auch auf Privatgutachten Anwendung.[37]

Das Gericht hat zu prüfen, ob ein Gutachten die gestellten Fragen vollumfänglich beantwortet, sich auf den zutreffenden Sachverhalt stützt und den Befund ausreichend begründet. Auch ein Privatgutachten hat eine nachvollziehbare Begründung aufzuweisen, welche eine Überprüfung der Ergebnisse erlaubt. Die Privatgutachter haben in der Begründung ihrer Schlussfolgerungen die einzelnen Annahmen und Gedankengänge, aufgrund derer sie zu ihren Schlüssen gelangen, darzulegen. Die Beantwortung der Expertenfragen darf nicht in Form blosser Behauptungen – ohne faktische Grundlage und nachvollziehbare Begründung sozusagen im «luftleeren Raum» – erfolgen. Das Gutachten muss als Ganzes verständlich sein und darf keine Widersprüche aufweisen.[38]

Wie bei Fremd- oder Gerichtsgutachten, die im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO erstellt wurden, setzt die Verwertung eines Privatgutachtens im Zivilprozess voraus, dass es auf dem zutreffenden Sachverhalt beruht. Die massgebenden Anknüpfungs- und Befundtatsachen dürfen sich seit der Erstellung des Privatgutachtens weder verändert haben noch dürfen sie durch das im Zivilprozess beigebrachte Beweismaterial in erheblicher Weise abgeändert, widerlegt oder ergänzt worden sein. Nur einem Privatgutachten, das auf einem identischen rechtserheblichen Sachverhalt basiert, kann letztlich Beweiskraft zukommen.[39]

Massgebend für die materielle Beweiswürdigung eines Privatgutachtens sind der einschlägige Gutachtenssachverhalt sowie die bundesgerichtlich definierten Kriterien der Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit.

F. Beweiswürdigung von Privatgutachten im Gesamtkontext

Die Bewertung eines jeden einzelnen Beweismittels ist unerlässlich, doch darf es damit für das Gericht nicht sein Bewenden haben. Es hat die Beweiskraft der vorhandenen Beweise auch in ihrem gegenseitigen Verhältnis zu bestimmen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen.[40]

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO findet immer im Rahmen einer Gesamtschau Anwendung. Er verbietet nicht nur die Festsetzung einer verbindlichen Rangordnung der Beweismittel, sondern hat auch zur Folge, dass sich das Gericht kritisch mit den Schlussfolgerungen einer Expertise auseinandersetzen darf und gegebenenfalls auch muss.[41]

Allerdings verfügen das Gericht und dessen Mitglieder regelmässig nicht über jenes Fachwissen, das dem Experten bzw. der Gutachterin eigen ist.[42] Deshalb hat die Rechtsprechung den Grundsatz formuliert, wonach sich das Gericht in Fachfragen *nicht ohne triftigen Grund* über ein Gerichtsgutachten hinwegsetzen darf und Abweichungen von diesem darlegen muss.[43] Die-

[35] Vgl. Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, 1191; Urteil des Appellationsgerichts BS vom 1. Juni 2024, ZB.2023.8 (AG.2024.385), E. 4.1.

[36] Vgl. zu der erforderlichen materiellen Würdigung sowie der Würdigung im Gesamtkontext unten II.E. und II.F.

[37] Vgl. hierzu BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 4.1; BGE 133 II 384, E. 4.2.3 m.w.H.; BGE 136 III 161, E. 3.4.2; BGer 5A_250/2012 vom 18. Mai 2012, E. 3.5; vgl. im Einzelnen Alfred Bühler, Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, in: Jusletter 14. Mai 2007, N 66 ff. sowie Hasenböhler Band 2, 362 N. 7.213 ff. m.w.H.

[38] Vgl. CAN 2016 Nr. 70, 218 m.w.H.; Alfred Bühler, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in: Jusletter 21. Juni 2010 (zit. Beweiswürdigung Gerichtsgutachten), N 9.

[39] Vgl. zum Ganzen Bühler, Beweiswürdigung Gerichtsgutachten, N 145.

[40] Hasenböhler/Yañez, ZPO Komm., Art. 157 N 16.

[41] Vgl. oben II B.

[42] Wenn das Gericht selber über jenes Fachwissen verfügt, welches für die Feststellung und/oder Würdigung bestimmter Aspekte des Sachverhalts erforderlich ist, so darf es diesen eigenen Sachverstand nutzen. Dies ergibt sich aus Art. 183 Abs. 3 ZPO. Derartiges Fachwissen findet sich hauptsächlich in Handelsgerichten, im schweizerischen Patentgericht, aber auch in Laiengerichten, wenn diese aus entsprechenden Fachleuten wie Architekten, Ingenieuren, Baumeistern, Ärzten etc. zusammengesetzt sind, siehe dazu Hasenböhler Band 2, 390 N 7.289 f.

[43] BGE 118 Ia 144, E. 1c.; BGE 133 II 384, E. 4.2.3; BGE 128 I 81, E. 2.

ser Grundsatz basiert, wie dargelegt und auch in der Lehre zutreffend vermerkt,[44] auf der jeweils fehlenden Fachkenntnis des Gerichts und nicht auf der *Herkunft* des Gutachtens. Eine von Art. 157 ZPO abweichende, zwingende Rangordnung zwischen Gerichtsgutachten und weiteren Expertisen ist (auch) aufgrund dieser Rechtsprechung mithin nicht begründbar.

Wie weit die Prüfungsbefugnis des Gerichts in Fachfragen im Einzelfall geht, ist abhängig von der jeweiligen Materie. Grössere Zurückhaltung sollte etwa bei der Überprüfung von fachärztlich diagnostizierten Diagnosen, Leitlinien, medizinischen Standards und ähnlichen Aspekten ausgeübt werden, zumal diese auf besonderen Fachkenntnissen beruhen. In Bereichen und Fragestellungen, die nicht auf spezifischem Fachwissen basieren, darf das Gericht einen strengeren Massstab anlegen, der sich an rechtlichen Kriterien zu orientieren hat.[45]

Trotz des Fachwissens der sachverständigen Person darf das Gericht dann auf deren Einschätzung nicht abstellen, wenn ihre Schlussfolgerungen – beispielsweise aufgrund weiterer Beweismittel zweifelhaft erscheinen.[46] Diesfalls hat das Gericht weitere Beweise abzunehmen, um die Zweifel nach Möglichkeit zu beseitigen.[47] Ein Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen.[48] Bestehen die Zweifel auch bei abgeschlossener Beweisabnahme fort, ist eine Entscheidung aufgrund von Beweislosigkeit zu treffen. In diesem Sinne rügte das Bundesgericht mit Urteil vom 5. Februar 2025 und damit kurz nach Inkrafttreten der Gesetzesrevision, die Vorinstanz hätte das Gerichtsgutachten in einem in die Kompetenz der sachverständigen Person fallenden Punkt nicht gestützt auf ein Privatgutachten beiseiteschieben dürfen. Vielmehr wäre sie gehalten gewesen, das Gerichtsgutachten unter Berücksichtigung von Art. 188 Abs. 2 ZPO ergänzen zu lassen. Andernfalls hätte die vorgenommene Beweiswürdigung als willkürlich zu gelten.[49]

Sind mehrere im Grundsatz beweistaugliche Beweismittel in Form von voneinander abweichenden Expertisen vorhanden, trifft das Gericht eine Begründungspflicht. Die Richterin oder der Richter ist verpflichtet, die Überzeugungskraft der betreffenden Expertisen, welche es im Vergleich zu anderen als höher einstuft, zu begründen. Es geht nicht an, dass das Gericht ohne triftigen Grund etwa auf ein Gutachten abstellt und dabei ein anderes – ebenfalls beweistaugliches – Gutachten ohne triftigen Grund verwirft.[50] Problematisch hierbei ist, dass diese Würdigung ebenfalls Fachwissen voraussetzt, weshalb sich gegebenenfalls ein Vorgehen nach 188 Abs. 2 ZPO (Erläuterung, Ergänzung, Beizug einer anderen sachverständigen Person) aufdrängen kann.

Fehlendes Fachwissen spricht zumindest im Kern gegen die Vermischung mehrerer Fachmeinungen bzw. dem Zusammenführen einer richterlichen Meinung basierend aus einzelnen Bestandteilen mehrerer Sachverständigengutachten.[51]

Zusammenfassend ergibt sich: Das Gericht ist verpflichtet, bei sich widersprechenden Beweisen (insbesondere Gutachten) diese sowohl einzeln als auch im Verhältnis zueinander zu würdigen und die gezogenen Schlüsse zu begründen.

G. Erfahrungssätze

Während feste Beweisregeln dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung wie dargelegt widersprechen und eine Rangordnung der einzelnen Beweismittel abzulehnen ist,[52] finden im Gerichtsalltag Erfahrungssätze zur Zuverlässigkeit von Beweismitteln Beachtung. Erfahrungssätze sind Sätze allgemeiner Lebenserfahrung, die jedermann aufgrund eines selbstverständlichen Wissens um menschliche Verhaltensweisen oder allgemeiner Kenntnis naturgegebener Zusammenhänge vertraut sind[53] – sie bedürfen keines Beweises (Art. 151 ZPO).

Gestützt auf derartige Erfahrungssätze wird etwa Urkunden oder einem Augenschein im Hinblick auf die Zuverlässigkeit als Beweismittel stärkeres Gewicht beigemessen als Zeugen- oder Parteiaussagen. Ebenso gilt als Erfahrungstatsache, dass behandelnde Ärzte im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zugunsten ihrer Patienten aussagen dürften.[54]

Erfahrungssätzen kann bei der Beweiswürdigung entsprechend den Umständen des konkreten Falles Rechnung getragen werden, ohne dass dadurch eine zwin-

[44] Summermatter, 439, FN 357 und insbesondere 514, FN 776; vgl. auch Franz Hasenböhler, Das Beweisrecht der ZPO, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Band 1, 187, N 547; Urteil des Appellationsgerichts BS vom 1. Juni 2024, ZB.2023.8 (AG.2024.385), E. 4.2.1 m.w.H.

[45] Vgl. dazu Summermatter, 389, N 31 ff.

[46] Das Bundesgericht weist in BGE 118 Ia 144, E. 1c, auch auf die Gefahr einer Überschätzung oder Überbewertung von Expertenmeinungen hin.

[47] BGE 138 III 193, E. 4.3.1; BGE 142 IV 49, E. 2.1.3.

[48] Zum Willkürverbot gemäss Art. 9 BV im Rahmen der freien Beweiswürdigung, vgl. BGE 133 II 384, E. 4.2.3 m.w.H. sowie BGer 5A_412/2023 vom 26. Februar 2025, E. 7.5.1. m.w.H.

[49] BGer 4A_207/2024 vom 5. Februar 2025, E. 5.2.4.

[50] Hasenböhler Band 2, 377, N 7.253.

[51] Vgl. BGer 4A_415/2023 vom 11. Oktober 2023, E. 5.4.2, in welchem die Vorinstanz eigene medizinische Überlegungen anstellte, welche nicht im Einzelnen eine Grundlage in den Gutachten fanden.

[52] BGE 143 III 297, E. 9.3.2 m.w.H. sowie für viele Weibel/Singh, ZPO Komm., Art. 168 ZPO N 4.

[53] BGE 143 III 297, E. 6.7.1 m.w.H.

[54] BGer 9C_24/2008 vom 27. Mai 2008, E. 2.3.2.

gende Rangordnung von Beweismitteln festgelegt oder Zeugenaussagen oder Berichte von Hausärzten von vornherein als unglaubwürdig eingestuft würden.[55] So müssen hausärztliche Berichte, trotz der formulierten Erfahrungstatsache, weiterhin einer freien und umfassenden Beweiswürdigung unterzogen werden, wobei auch ihren potentiellen Stärken Rechnung zu tragen ist. Weiterführende Abklärungen können beispielsweise dann angezeigt sein, wenn die Berichte wichtige – und nicht rein subjektiver ärztlicher Interpretation entspringende – Aspekte aufzeigen, die im Rahmen der gerichtlichen Begutachtung unerkannt bleiben oder ungewürdigt geblieben sind.[56]

Naheliegend wäre, im Rahmen der formellen Beweiswürdigung, die Erfahrungstatsache, die für Hausärztinnen und Hausärzte gilt, auch auf Privatgutachterinnen und Privatgutachter zu übertragen respektive auszuweiten. Auch hier könnte postuliert werden, dass jene, welche im Auftrag und im Interesse einer Partei tätig werden, sich aufgrund ihrer auftragsrechtlichen Stellung im Zweifelsfall eher zugunsten ihrer Auftraggeberin äussern dürften.[57] Im Einzelfall zu diskutieren wäre allerdings, ob und inwiefern die Intensität einer Beziehung zwischen Patienten und Hausärztin bzw. Hausarzt mit derjenigen zwischen Privatgutachtenden und ihren auftraggebenden Parteien vergleichbar ist und ob einer sachverständigen Person die Unabhängigkeit und Relevanz ihrer Expertise nicht mehr bedeutet oder bedeuten muss, als die Beziehung zu einem einzelnen Auftraggeber.

Privatgutachten werden unter anderem von Parteien vorprozessual eingeholt, um Prozessrisiken abzuschätzen, aber auch, um, das künftige Vorgehen festzulegen oder um den Prozess argumentativ vorzubereiten, sodass in diesem dann plausibel und substantiiert behauptet oder bestritten werden kann.[58] Als Folge davon besteht eine Vermutung zumindest dahingehend, dass die Parteien die von ihr beigebrachten Expertisen in der Regel nur in jenen Fällen ins Recht legen dürften, in denen ihr Standpunkt auch gestützt wird. Auch die bereits geschilderten Ausführungen, wonach einem Gerichtsgutachten im Vergleich zu Privatgutachten aufgrund des Einhaltens der Verfahrensvorschriften nach Art. 183 ff. ZPO, aus rein formeller Hinsicht in der Regel ein höherer Beweiswert beigemessen werden dürfte, kann Grundlage für einen Erfahrungssatz bieten.[59]

Ob und welche Erfahrungssätze die Gerichte in Bezug auf den Beweiswert von Privatgutachten (insbesondere in formeller Hinsicht) entwickeln werden, wird sich weisen. Nachdem das Bundesgericht nur dann in eine vorinstanzliche, kantonale Beweiswürdigung eingreift, wenn diese nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis geradezu willkürlich ist,[60] dürften entsprechende Erfahrungssätze in den ersten Jahren v.a. in der kantonalen Rechtsprechung ausgearbeitet werden. Eine Vereinheitlichung der Kriterien durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist erst verzögert zu erwarten.

H. Antizipierte Beweiswürdigung bei Privatgutachten

Jede Partei hat gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen, tauglichen Beweismittel abnimmt.

Dieser Anspruch schliesst eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung von Beweisen nicht aus. Von einer solchen kann indessen nur dann die Rede sein, wenn ein Gericht zum Schluss kommt, ein form- und fristgerecht beantragter und an sich tauglicher Beweis vermöge seine, aufgrund der bereits abgenommenen Beweise gewonnene Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer behaupteten und bestrittenen Tatsache nicht zu erschüttern.[61]

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob bzw. wann das Gericht ein (form- und fristgerecht) beantragtes Gerichtsgutachten im Hauptprozess oder aber im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung i.S.v. Art. 152 ZPO einholen muss, wenn bereits ein Privatgutachten im Recht liegt.

Wie eingangs ausgeführt[62] geht es im Rahmen einer gutachterlichen Beurteilung nicht um tatsächliche Feststellungen, sondern um eine fachkundige Würdigung derselben. Wie ebenfalls festgehalten, fehlt es dem Gericht in der Regel an den erforderlichen Fachkenntnissen, um beurteilen zu können, ob es gestützt auf eine weitere Expertenmeinung nicht auch zu einer ebenso überzeugenden, gegenteiligen Schlussfolgerung gelangen könnte. Eine antizipierte Beweiswürdigung, die sich ausschliesslich auf eine von einer Prozesspartei beigebrachte Expertise abstützt, dürfte daher nur mit Zurückhaltung aufgrund der Umstände des Einzelfalls zulässig sein.[63]

[55] Vgl. zum Ganzen Hans-Jakob Mosimann, Beweisfragen im Prozess, in: HAVE/REAS 2022, 200; Hasenböhler/Yañez, ZPO Komm., Art. 157 ZPO N 14 m.w.H.

[56] BGer 9C_24/2008 vom 27. Mai 2008, E. 2.3.2, m.w.H.

[57] So wohl auch Vischer/Leu, DIKE ZPO-Kommentar, Art. 157 N 39; Matthias Dolder/Boris Züst/Evelyne Gmünder, Die wichtigsten Neuerungen im familienrechtlichen Verfahren, in: Jusletter 9. Dezember 2024, N 9.

[58] Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas, Kurzkommentar ZPO, 2.A, Basel 2014, Art. 183 N 17.

[59] Vgl. oben I.C. Zitat Kieser.

[60] BGE 140 III 16, E. 2.1 und BGer 4A_415/2023 vom 11. Oktober 2023, E. 5.4.2 m.w.H.

[61] BGE 143 III 297 E. 9.3.2. m.w.H.

[62] Vgl. oben I.B.

[63] Müller, DIKE ZPO-Kommentar, Art. 177 N 20c: *«Theoretisch ist es daher denkbar, dass das Gericht beweiswürdigend eine bestrittene*

Ein Privatgutachten dürfte ein gerichtliches Sachverständigengutachten in erster Linie dann ersetzen, wenn es – ähnlich wie die zuvor genannten demoskopischen Erhebungen in markenrechtlichen Auseinandersetzungen – eine besondere Gewähr in Bezug auf seine inhaltliche Richtigkeit aufweist. Dies trifft insbesondere auf Ergebnisse zu, die durch präzise und überprüfbare wissenschaftliche (Mess-)Methoden erzielt wurden und daher keiner zusätzlichen Bewertung bedürfen.[64]

Die Tatsache, dass ein Privatgutachten neu als Beweismittel gilt, ändert sodann nichts daran, dass es weiterhin besonders substantiierte Parteibehauptungen enthält. Wer sich einem Privatgutachten widersetzen will, tut daher gut daran, die darin enthaltenen Ausführungen weiterhin substantiiert zu bestreiten. Nur so kann er oder sie die Abnahme von Beweisen überhaupt erst erzwingen, denn nur zu bestrittenen Tatsachen ist Beweis abzunehmen.[65]

III. Schlussfolgerungen

Gutachten sind im Haftpflichtprozess ein häufiges und oft entscheidendes Beweismittel. Aufgrund der fehlenden Fachkenntnis des Gerichts kommt der Einschätzung der Gutachterperson in vielen Fällen eine zentrale Bedeutung zu und hat einen massgeblichen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens.

Nicht zuletzt aufgrund dieser (Schlüssel-)Rolle gelten für die Erstellung von Gerichtsgutachten prozessuale Ausstandsregeln und Vorschriften (Art. 183 ff. ZPO). Diese Regeln werden bei der Erstellung von Privatgutachten, welche seit dem 1. Januar 2025 als Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO und folglich als Beweismittel i.S.v. Art. 168 ZPO gelten, in der Regel nicht beachtet.

Allerdings haben die Gerichte im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO nicht nur diesem Umstand Rechnung zu tragen: Es gilt sämtliche Umstände zu würdigen, die zur Erstellung eines Privatgutachtens beigetragen haben und welche den Beweiswert eines Gutachtens stärken oder schwächen können.

Je weiter sich die Parteien von den prozessualen Regeln zur Erstellung von Gerichtsgutachten entfernen, desto geringer dürfte der Beweiswert eines Privatgutachtens ausfallen. Die Parteien sollten deshalb darauf achten, den Entstehungsprozess eines Privatgutachtens sorgfältig zu dokumentieren, um sich im Rahmen des Behauptungsverfahrens dazu äussern zu können. Dadurch wird dem Anschein einer möglichen Befangenheit oder Parteilichkeit vorgebeugt und kann der Beweiswert eines Privatgutachtens in formeller Hinsicht erhöht werden.

Im Hinblick auf den Beweiswert muss ein Privatgutachten – genauso wie ein Gerichts- bzw. Fremdgutachten – in erster Linie inhaltlich überzeugen. Die Beurteilung des Beweiswertes eines Privatgutachtens sowie ein allfälliges Abwägen zwischen den fachlichen Schlussfolgerungen von Privat-, Fremd- und Gerichtsgutachten muss frei erfolgen und darf nicht ausschliesslich auf abstrakten bzw. rein formalen Kriterien beruhen. Das Gericht hat sich unter Berücksichtigung der relevanten materiellen Prüfkriterien (insbesondere: Ausgangssachverhalt, Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit, Schlüssigkeit) mit den vorgebrachten Argumenten auseinanderzusetzen und die verschiedenen im Recht liegenden Beweismittel im Rahmen einer Gesamtschau zu würdigen.

Letztlich ist und bleibt die Gewichtung einer Expertise eine Entscheidung, die im Einzelfall durch das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) getroffen wird. Das Gericht hat auch die aus einem Privatgutachten gewonnenen Erkenntnisse frei von vorgegebenen respektive festen Beweisregeln zu prüfen, um im konkreten Fall entscheiden zu können, ob der Beweis einer behaupteten Tatsache erbracht wird oder nicht.

Behauptung einer Partei einzig gestützt auf ein von einer Prozesspartei vorgelegtes Privatgutachten als erwiesen oder als widerlegt ansehen könnte. Art. 8 ZGB wäre bei einer solchen Konstellation jedenfalls nicht verletzt. Bei bestrittenen komplexen Sachverhalten dürfte in der Praxis eine derartige Beweiswürdigung willkürfrei aber kaum möglich sein.»

64 ZPO Kurzkommentar, Art. 177 N 4.

65 Art. 150 Abs. 1 ZPO.