



ANDREAS BINDER / ROMAN S. GUTZWILLER

## Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO

### 1. Einleitung

Einem von einer Partei in einen Zivilprozess eingebrachten Privatgutachten kann in gewissen Fällen eine erhebliche Bedeutung zukommen. Dies ist namentlich der Fall in Summarverfahren, in welchen der Beweis gemäss Art. 254 ZPO grundsätzlich mittels Urkunden zu erbringen ist und eine Partei nur ausnahmsweise die Befragung von Zeugen oder eine gerichtliche Expertise verlangen kann. Von zentraler Bedeutung ist das Privatgutachten auch, wenn ein Gericht einer Partei gestützt auf Art. 16 IPRG auferlegt, in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit den Nachweis des Inhalts des ausländischen Rechts zu erbringen.

Die rechtliche Bedeutung eines Privatgutachtens ist, nicht zuletzt aufgrund diesbezüglich unterschiedlicher Konzeptionen in den altrechtlichen kantonalen Zivilprozessordnungen, umstritten. Die nachfolgende Auslegung anhand des klassischen Auslegungskanons zeigt, dass das Privatgutachten ein nach Schweizerischer Zivilprozessordnung zulässiges Beweismittel ist, das der freien richterlichen Beweismittelwürdigung unterliegt.

### 2. Altrechtliche Regelung in den kantonalen Zivilprozessordnungen

Die altrechtliche Regelung kannte in den 26 kantonalen Zivilprozessordnungen verschiedene Qualifikationen des Privatgutachtens. Während neuere und modernere Zivilprozessordnungen<sup>1</sup> das Privatgutachten posi-

tivrechtlich als Beweismittel anerkannten, massen ihm andere Prozessordnungen<sup>2</sup> bloss den Status von Parteibehauptungen zu<sup>3</sup>.

Nachdem das Bundesgericht im Beweisrecht die kantonale Prozessrechtshoheit stets respektiert und den kantonalen Gerichten freie Hand gelassen hatte, ob Privatgutachten Beweismittelqualität zukommt oder nicht<sup>4</sup>, wick es in BGE 132 III 83 kurz vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung von dieser Linie ab und versuchte, eine Rechtsvereinheitlichung zu kreieren, indem es festhielt, dass Parteigutachten zur Auslegung eines Patentanspruches nicht die Bedeutung von Beweismitteln, sondern von Parteivorbringen zukomme<sup>5</sup>. Dies wurde in der Literatur zu Recht kritisiert, hatte doch das Bundesgericht in seinem Urteil übersehen, dass für den zugrundeliegenden Entscheid die st.gallische Zivilprozessordnung massgebend war, welche die Beweismittelqualität von Privatgutachten im

ausserrhodische (vgl. Art. 194 der alten Zivilprozessordnung für den Kanton Appenzell A.Rh. vom 27. April 1980) oder die aargauische Zivilprozessordnung (vgl. § 262 des alten aargauischen Zivilrechtspflegegesetzes vom 18. Dezember 1984).

<sup>2</sup> So z.B. die zürcherische (vgl. RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, vor § 171 ff. N 4) oder die bernische Zivilprozessordnung (vgl. GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/Franz KELLERHALS/MARTIN STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, Art. 270 N 2b).

<sup>3</sup> Zum Ganzen vgl. ALFRED BÜHLER, Gerichts- und Privatgutachten im Immaterialgüterrechtsprozess: Vortrag vom 8. März 2007 an der 10. Zürcher Tagung zum schweizerischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, sic! 2007, 610.

<sup>4</sup> Vgl. BÜHLER (FN 3), 611; Urteil des Bundesgerichts 5P.217/2004 vom 1. November 2004.

<sup>5</sup> BGE 132 III 83 E. 3.4, S. 87 f.; BÜHLER (FN 3), 611; DAVID RÜETSCHI, Das Parteigutachten unter der neuen ZPO – Unter Berücksichtigung der geografischen Marke, in: Marco Bundi/Benedikt Schmidt (Hrsg.), Gedanken zum Schutz von geografischen Zeichen: Festschrift für J. David Meisser, Bern 2012, 11 f.

ANDREAS BINDER, Prof. Dr. iur. et lic. oec., Honorarprofessor für Gesellschaftsrecht an der Universität St. Gallen und Partner bei Binder Rechtsanwälte.

ROMAN S. GUTZWILLER, M.A. HSG in Law, Doktorand an der Universität St. Gallen und Rechtsanwalt bei Binder Rechtsanwälte.

<sup>1</sup> So z.B. die st.gallische (vgl. Art. 118 des alten st.gallischen Zivilprozessgesetzes vom 20. Dezember 1990), die appenzell-

Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung explizit anerkannte (Art. 118 aZPO SG)<sup>6</sup>.

### 3. Schweizerische Zivilprozessordnung als genuin neues Gesetz, das in erster Linie aus sich selbst heraus ausgelegt werden muss

Mit der Zivilprozessordnung aus dem Jahre 2008 hat der Bundesgesetzgeber Neuland betreten. Es handelt sich bei ihr um die erstmalige Regelung dieser Materie auf Bundesebene.

Vorgänger sind 26 verschiedene kantonale Zivilprozessordnungen, welche einzelne Fragen identisch oder ähnlich regelten, andere wiederum völlig unterschiedlich. Hinzu kommen 26 unterschiedliche kantonale Praxen.

Daraus folgt, dass die Schweizerische Zivilprozessordnung genuin aus sich selbst und ihrer Entstehungsgeschichte heraus zu interpretieren ist. Als Grundregel gilt deshalb, dass sämtliche Literatur und Rechtsprechung aus der Zeit vor deren Inkrafttreten nicht massgebend ist, da sie sich zwangsläufig nicht mit diesem Gesetz auseinandersetzt. Selbstverständlich dürfen und sollen bei der Auslegung und Anwendung der Schweizerischen Zivilprozessordnung frühere kantonale Regelungen herangezogen werden. Aber dieses Heranziehen muss stets im klaren Bewusstsein erfolgen, dass die Praxis zu einem anderen Gesetz einer anderen bundesstaatlichen Ebene entstanden ist, weshalb im Einzelfall genau zu prüfen ist, ob eine Anwendung dieser Praxis auf die Schweizerische Zivilprozessordnung möglich ist oder nicht.

Eine solche kritische Auseinandersetzung mit älterer Literatur und Rechtsprechung ist besonders dort angezeigt, wo die kantonalen Zivilprozessordnungen unterschiedliche Konzeptionen oder Einzelregelungen kannten. Und eine solche Situation liegt angesichts der föderalistischen und vielfältigen Regelung bzw. Nichtregelung des Themas «Privatgutachten» in den kantonalen Zivilprozessordnungen klarerweise vor.

Im Folgenden wird die Frage der Qualifikation oder Nichtqualifikation des Privatgutachtens als Beweismittel anhand des klassischen Auslegungskanons vorgenommen.

### 4. Grammatikalische Auslegung

Die Schweizerische Zivilprozessordnung basiert auf dem Prinzip des Numerus clausus der Beweismittel, enthält doch Art. 168 Abs. 1 ZPO eine abschliessende Regelung der zulässigen Beweismittel. Zu diesen gehört gemäss Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO die Urkunde.

Urkunden werden in Art. 177 ZPO wie folgt definiert: «Als Urkunden gelten Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen.»

Die ZPO kennt damit einen sehr weiten Urkundenbegriff<sup>7</sup>. «Es ist kein Datenträger vorstellbar, der nicht entweder unter den weiten Begriff der Urkunde fällt oder als Objekt eines Augenscheins in Frage kommt»<sup>8</sup>. Zu beachten ist, dass die Legaldefinition nicht abschliessend ist («und dergleichen») und damit grundsätzlich alle – physischen oder elektronischen – Dokumente erfasst, «die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen». Verlangt ist dabei eine abstrakte Beweiseignung: Ein Dokument, welches Tatsachen kundtut und damit für das Gericht als Erkenntnisquelle in Frage kommt, ist eine Urkunde<sup>9</sup>.

Keine besonderen Anforderungen werden an das Material der Urkunde gestellt. Ebenfalls ist nicht notwendig, dass die Urkunde unterzeichnet ist<sup>10</sup>. Ferner ist irrelevant, ob es sich um eine private oder um eine öffentliche Urkunde handelt, ob eine Dispositiv- oder eine Zeugnisurkunde vorliegt und ob die Urkunde als Absichtsurkunde oder blosse Zufallsurkunde zu qualifizieren ist<sup>11</sup>.

Privatgutachten erfüllen die Legaldefinition der Urkunde, handelt es sich bei ihnen doch um Schriftstücke, die als solche ohne Weiteres geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen. Dass Privatgutachten insbesondere auch die abstrakt verstandene Beweiseignung zukommt, ergibt sich schon daraus, dass sie in verschiedenen Verfahrensordnungen ohne Weiteres als Beweismittel anerkannt sind und waren. So gilt beispielsweise für das Bundesverwaltungsverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP) mit der vom Bundesgericht explizit festgestellten Folge, dass Privatgutachten «der Beweiswert nicht schon deshalb abgesprochen werden kann, weil sie von einer Partei stammen»<sup>12</sup>. Dasselbe gilt für entsprechende Verfahrensvorschriften in alten kantonalen Zivilprozessordnungen<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> Vgl. BÜHLER (FN 3), 612; MARIO M. PEDRAZZINI/CHRISTIAN HILTI, *Europäisches und schweizerisches Patent- und Patentprozessrecht*, 3. Aufl., Bern 2008, 441 f.

<sup>7</sup> Vgl. statt vieler THOMAS WEIBEL, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 177 N 2 und 8; SVEN RÜETSCHI, in: *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Band II, Bern 2012, Art. 177 N 1.

<sup>8</sup> ISAAK MEIER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich/Basel/Genf 2010, 314.

<sup>9</sup> WEIBEL (FN 7), Art. 177 N 14.

<sup>10</sup> Vgl. beispielsweise WEIBEL (FN 7), Art. 177 N 8, m.H.

<sup>11</sup> Statt vieler BK-RÜETSCHI, Art. 177 N 10 ff.; ferner WEIBEL (FN 7), Art. 177 N 15.

<sup>12</sup> BGE 137 II 266 E. 3.2, S. 270 f., m.w.H.; vgl. auch die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8581/2010 vom 23. Juli 2013, E. 5.1.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5141/2011 vom 29. Januar 2013, E. 5.2).

<sup>13</sup> Vgl. dazu vorne Ziffer 2.

Die grammatikalische Auslegung qualifiziert das Privatgutachten somit klarerweise als Urkunde und damit als nach ZPO zulässiges Beweismittel<sup>14</sup>.

## 5. Historische und systematische Auslegung

Um den historischen Willen des Gesetzgebers zur Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Privatgutachtens als Beweismittel zu eruieren, ist eine detaillierte Analyse des diesbezüglichen Werdegangs unerlässlich.

Ausgangspunkt der Fragestellung bildet der Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung. Dieser statuierte explizit, dass das Privatgutachten ein Beweismittel ist. Von besonderer Bedeutung ist dabei die systematische Stellung dieser Regelung: Der Vorentwurf führte im 3. Kapitel des 9. Titels die zulässigen Beweismittel auf: Zeugnis, Urkunde, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft, Beweisaussage. Das Beweismittel Privatgutachten war nun nicht etwa im 2. Abschnitt über die Urkunde aufgeführt, sondern vielmehr im 4. Abschnitt (Art. 176–184 VE ZPO) mit dem Titel «Gutachten», welches daneben Bestimmungen zum *Gutachten einer sachverständigen Person* (angeordnet durch das Gericht) sowie zum *Schiedsgutachten* (eingeholt aufgrund gemeinsamer Vereinbarung der Parteien) enthielt. Die Bestimmung zum Privatgutachten lautete wie folgt:

### Art. 182 Privates Gutachten

Jede Partei kann ein privates Gutachten einreichen.

Im Bericht zum Vorentwurf wurde dieser Artikel wie folgt kommentiert:

«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»<sup>15</sup>.

In der Vernehmlassung zum Vorentwurf zeichnete sich Kritik an dieser Bestimmung ab, welche allerdings von den einzelnen Vernehmlassungsteilnehmern unterschiedlich begründet wurde. Die Vernehmlassungsantworten lassen sich grob in drei Gruppen einteilen, wovon zwei Gruppen mit diametral unterschiedlicher Begründung die Streichung der Bestimmung und die dritte Gruppe eine klarere Formulierung verlangten. Insbeson-

dere die Vernehmlassungen der Kantone waren naturgemäss stark geprägt vom jeweiligen Umgang mit dem Privatgutachten im kantonalen Prozessrecht. Eine Gruppe verlangte die ersatzlose Streichung mit der Begründung, Privatgutachten stellten blosser Parteibehauptungen dar und seien keine Beweismittel. Die zweite Gruppe verlangte die Streichung mit der konträren Begründung, es sei eine sich aus der Behauptungs- und Beweislast der Parteien ergebende Selbstverständlichkeit, dass das Einreichen von Privatgutachten wie übriger Urkunden zulässig sein müsse; die systematische Stellung der Privatgutachten unter den Gutachten könne indessen dazu verleiten, diesen einen besonderen Beweiswert zuzuerkennen, was nicht die Absicht der Expertenkommission sei und auch nicht sein dürfe. Die dritte Gruppe schliesslich verlangte eine klarere Formulierung des Gesetzeswortlauts, um eben solche Unklarheiten zu vermeiden<sup>16</sup>.

In der Folge entschied sich der Bundesrat nicht zum Beibehalt oder zur Klarstellung, sondern zur Streichung des Artikels zum Privatgutachten. Die Formulierung in der Botschaft, wonach der bundesrätliche Entwurf auf Grund der Kritik in der Vernehmlassung auf dieses Beweismittel verzichte, womit Privatgutachten zwar zulässig blieben, allerdings nur als Parteibehauptungen<sup>17</sup>, mag zwar auf einen klaren historischen Willen des Bundesrates hindeuten, vermittelt aber das falsche Bild, dass die Kritiker einhellig gegen das Privatgutachten als Beweismittel Stellung bezogen hätten, was wie dargelegt nicht stimmt.

Und es kann deshalb auch nicht verwundern, dass das Thema im Parlament von Neuem aufgegriffen wurde. So beantragte die Rechtskommission des Nationalrates die Aufnahme eines neuen Art. 185a, welcher praktisch wörtlich dem Art. 182 des Vorentwurfs entsprach und auch systematisch im Abschnitt *Gutachten* angesiedelt wurde:

### Art. 185a Privatgutachten

Eine Partei kann ein Privatgutachten einreichen.

Im Plenum des Nationalrates wurde diese Bestimmung diskussionslos angenommen<sup>18</sup>.

In der Folge beantragte die ständerätliche Rechtskommission die Streichung von Art. 185a, was vom Ständerat ebenfalls beschlossen wurde<sup>19</sup>. Bedeutsam für die historische Auslegung ist nun jedoch das – einzige – Votum im Plenum. Ständerat CLAUDE JANIÄK führte dazu als Kommissionssprecher aus:

«Bei Artikel 185a gibt es eine Differenz, die wir aufrechterhalten wollen. Der Nationalrat will mit dieser Bestimmung Privatgutachten in den Katalog der Beweismittel aufneh-

<sup>14</sup> Ebenso WEIBEL (FN 7), Art. 177 N 3 f.; HANS SCHMID, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), ZPO, Kurzkommentar, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 183 N 18; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, Bern 2009, 97 f.

<sup>15</sup> Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom Juni 2003, aufrufbar unter <[http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat\\_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf)>, 89.

<sup>16</sup> Zum Ganzen Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) von 2004, abrufbar unter <[http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat\\_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht/ve-ber.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht/ve-ber.pdf)>, 449 ff.

<sup>17</sup> Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff., 7325.

<sup>18</sup> Amtl. Bull. NR 2008, 947.

<sup>19</sup> Amtl. Bull. SR 2008, 726.



men. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sind Privatgutachten aber keine eigentlichen Beweismittel, sondern Parteibehauptungen, wobei die Grenzen natürlich fließend sind. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung kann und muss der Beweiswert eines Privatgutachtens derart abgeschwächt werden, dass man nicht mehr weit von einer besonders substantziellen Parteibehauptung entfernt ist. Die Streichung dieser Bestimmung hindert Parteien nicht daran, Privatgutachten einzureichen. Die Gerichte können diese Gutachten lesen und damit machen, was sie wollen. Wenn man die Privatgutachten aber hier unter den Beweismitteln aufführt, gibt man ihnen einen falschen Stellenwert, denn die Gutachter richten sich immer nach ihren Auftraggebern»<sup>20</sup>.

Der Wille des Ständerates war es somit gemäss den Ausführungen des Kommissionssprechers, das Privatgutachten nicht *hier* (d.h. im Abschnitt *Gutachten*) unter den Beweismitteln aufzuführen, um zu vermeiden, dass ihm – im Kontext von Gerichts- und Schiedsgutachten – ein falscher Stellenwert zugemessen wird. Der Wille des Ständerates war es aber ebenso, das Privatgutachten nicht zur blossen Parteibehauptung zu degradieren, sondern als Beweismittel zu qualifizieren; denn wenn der Beweiswert eines Privatgutachtens «nicht mehr weit von einer besonders substantziellen Parteibehauptung entfernt ist», dann ist er eben doch von einer Parteibehauptung entfernt. Und da es nur ein «entweder/oder» gibt – *tertium non datur* –, folgt daraus zwingend: Ein Privatgutachten soll mehr sein als eine Parteibehauptung und ist somit ein Beweismittel, über dessen Beweiswert im Einzelfall im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung zu entscheiden ist.

In der Folge stimmten die nationalrätliche Rechtskommission und schliesslich der Nationalrat im Differenzbereinigungsverfahren der Streichung zu<sup>21</sup>; diese Konzession fiel dem Nationalrat vermutlich deshalb nicht besonders schwer, weil mit dem Votum von Ständerat Janiak zuhanden der Materialien in etwa das zum Privatgutachten festgehalten war, was der Nationalrat und davor schon der Vorentwurf mit der Gesetzesbestimmung wollten.

Als Fazit kann gestützt auf die vorstehende Analyse des chronologischen Gesetzgebungsablaufs festgehalten werden, dass der Wille des Gesetzgebers sich vorliegend nicht aus der Botschaft erschliesst, sondern aus der Behandlung dieses Themas durch das gesetzgebende Parlament.

Die historische und die systematische Auslegung führen somit ebenfalls zum Ergebnis, dass Privatgutachten als Beweismittel zu qualifizieren sind<sup>22</sup>.

## 6. Teleologische Auslegung

Die Schweizerische Zivilprozessordnung basiert auf einigen grundlegenden, auch verfassungsmässig ab-

gestützten Grundsätzen. So statuiert sie in Art. 53 den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör sowie in Art. 152 das Recht der Parteien auf Beweis.

Art. 157 ZPO normiert den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. Dieser besagt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass die Beweise «frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen» sind<sup>23</sup>. Unter einem modernen Verständnis der freien richterlichen Beweiswürdigung, verstanden als richterliche Freiheit bei der Wahrheitsfindung, gibt es grundsätzlich keine Beweisverbote oder Zulassungsschranken für Beweismittel, und der Richter hat «alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden [...], ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten»<sup>24</sup>.

Zu diesen Kernprinzipien des Beweisrechts (Recht auf Beweis, freie Beweiswürdigung) steht der in Art. 168 ZPO verankerte *Numerus clausus* der zulässigen Beweismittel in einem gewissen Spannungsverhältnis<sup>25</sup>. Um dieses zu mindern und die Kernprinzipien nicht auszuhöhlen, rechtfertigt es sich daher, die aus dem Prinzip des *Numerus clausus* resultierende Beschränkung restriktiv und nicht extensiv zu interpretieren.

Die Urkunde ist das zentrale Beweismittel im schweizerischen Zivilprozessrecht. Auch wenn ihr die ZPO keine Privilegierung gegenüber den anderen Beweismitteln zumisst, so ist sie doch das – quantitativ wie qualitativ – primäre Beweismittel<sup>26</sup>.

Ganz besonders gilt dies in speziellen Verfahren wie dem Summarverfahren gemäss Art. 248 ff. ZPO,

- welches vom Gesetzgeber als rasches Verfahren ausgestaltet wurde;
- bei welchem der Beweis grundsätzlich einzig durch Urkunden zu erbringen ist (Art. 254 Abs. 1 ZPO), wohingegen andere Beweismittel unter der Dispositions- und Verhandlungsmaxime nur zulässig sind, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern oder es der Verfahrenszweck erfordert (Art. 254 Abs. 2 ZPO);
- und welches schliesslich im Gesetz wesentlich weniger strukturiert ist als das ordentliche Verfahren, so dass der Verfahrensablauf für die Parteien schwer abschätzbar ist und zu wesentlichen Teilen im weiten Ermessen des Gerichtes liegt.

Wie, wenn nicht mittels Privatgutachten, soll eine Partei in einem Summarverfahren in der Lage sein, ihr Recht auf Beweis wirksam auszuüben?

<sup>20</sup> Amtl. Bull. SR 2008, 726.

<sup>21</sup> Amtl. Bull. NR 2008, 1627.

<sup>22</sup> Ebenso WEIBEL (FN 7), Art. 177 N 3 f.; HOFMANN/LÜSCHER (FN 14), 97 f.; KUKO-SCHMID (FN 14), Art. 183 N 18.

<sup>23</sup> BGE 137 II 266 E. 3.2, S. 270.

<sup>24</sup> BGE 125 V 351 E. 3a, S. 352; BGE 122 V 157 E. 1c, S. 160; ferner BÜHLER (FN 3), 612.

<sup>25</sup> Vgl. Botschaft ZPO (FN 17), 7320; FRANZ MÜLLER/SIMON ZINGG, Der Beizug von Sachverständigen im Zivilprozessrecht aus anwaltlicher Sicht, ZBJV 2009, 650; BÜHLER (FN 3), 612.

<sup>26</sup> Vgl. WEIBEL (FN 7), Art. 177 N 6, m.w.H.

Aufschlussreich ist auch ein Blick auf Art. 16 IPRG, gemäss welchem der Richter bei vermögensrechtlichen Ansprüchen den Nachweis des ausländischen Rechts den Parteien überbinden kann. Wie, wenn nicht mittels Privatgutachten, soll eine Partei diesen Beweis erbringen können? Die Nichtanerkennung von Privatgutachten führte hier zwangsläufig dazu, dass sie keine Chance hätte, zu ihrem Recht zu kommen.

Der Gesetzgeber hat sich bewusst für einen weiten Urkundenbegriff entschieden. Damit soll, neben der grundsätzlichen Offenheit für alle irgendwie gearteten Dokumente, nicht zuletzt das Spannungsverhältnis des Numerus clausus der zulässigen Beweismittel zum grundlegenden Recht auf Beweis sowie zum Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gemildert werden.

Es ist mit dem Zweck des Gesetzes und der Konzeption des weiten Urkundenbegriffs nicht vereinbar, auf Grundlage überkommener Anschauungen zum Privatgutachten in verschiedenen kantonalen Prozessrechten diesen weiten Urkundenbegriff auf eine in vielen Fällen zentrale Urkunde gerade nicht anzuwenden.

Denn es kann nicht jedem Privatgutachten *a priori* Geeignetheit für die Beweiserbringung abgesprochen werden, nur weil es namens und im Auftrag einer Partei erstellt wird. Die Gutachter haben sich bei der Verfassung ihres Gutachtens an ihre beruflichen bzw. standesrechtlichen Regeln zu halten, womit es ihnen von vornherein nicht an jeglicher Objektivität mangeln kann. Es ist Sache des Richters, über den Beweiswert nach denselben Kriterien wie bei Gerichtsgutachten zu befinden: Massgebende Faktoren sind bezüglich der Person des Gutachters sein Curriculum, seine Fachkenntnisse sowie die Akzeptanz seiner Kompetenz in Fachkreisen, bezüglich Inhalt des Gutachtens dessen Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit<sup>27</sup>.

## 7. Ergebnis der Auslegung und Auseinandersetzung mit Lehre und Rechtsprechung

### a. Das Privatgutachten ist eine Urkunde i.S.v. Art. 177 ZPO

Die Auslegung ergibt, dass Privatgutachten nach der Konzeption der Schweizerischen Zivilprozessordnung *Urkunden* und damit zulässige Beweismittel sind, die der freien richterlichen Beweiswürdigung unterstehen.

### b. Lehrmeinungen zur Frage der Urkundenqualität von Privatgutachten

Eine Analyse der Literatur zeigt, dass mit einer Ausnahme sämtliche Autoren, die sich vertieft mit der Frage der

Urkundenqualität von Privatgutachten auseinandersetzen, das Privatgutachten unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung als Urkunde und damit als zulässiges Beweismittel qualifizieren:

- THOMAS WEIBEL gelangt in seiner Kommentierung zu Art. 177 ZPO aufgrund der Entstehungsgeschichte zum Schluss, es sei «nun nicht mehr zweifelhaft, dass Parteigutachten Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO sind»<sup>28</sup>; die in der bisherigen Praxis mitunter geäusserte Auffassung, Parteigutachten stellten blosse Parteivorbringen dar, könne «unter der Geltung der Schweizerischen ZPO nicht aufrechterhalten bleiben»<sup>29</sup>.
- HANS SCHMID hält unter explizitem Bezug auf die Entstehungsgeschichte fest, das von einer Partei zu den Akten gegebene Privatgutachten sei zwar kein Beweismittel i.S.v. Art. 183 ZPO, «jedoch eine Urkunde, welche im Rahmen der freien Beweiswürdigung (Art. 157) Beachtung findet»<sup>30</sup>.
- DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER halten, ebenfalls unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte, dafür, das Privatgutachten sei zwar keine Expertise gemäss Art. 183 ZPO, es handle sich indes «d'un titre [Urkunde], dont le tribunal appréciera librement la force probante (art. 157 CPC)»<sup>31</sup>.
- FRANZ MÜLLER/SIMON ZINGG plädieren ebenfalls dafür, das Privatgutachten als Urkunde zu akzeptieren<sup>32</sup>.
- Einzig DAVID RÜETSCHI vertritt aufgrund der Entstehungsgeschichte die Meinung, der Gesetzgeber habe das Privatgutachten nicht nur unter dem Beweismittel der Gutachten ausschliessen wollen, sondern zugleich unter dem Beweismittel der Urkunde<sup>33</sup> – ein Ergebnis, das er materiell jedoch als «höchst bedauerlich» einstuft<sup>34</sup> und welches bei detaillierter Analyse der Entstehungsgeschichte nicht haltbar ist (vgl. dazu vorne Ziffer 5).

### c. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich jüngst in zwei amtlich publizierten Entscheiden zum Privatgutachten geäussert. Beiden Urteilen lagen komplexe Schleudertraumatafälle nach Verkehrsunfällen zugrunde. Die Unfallopfer hatten vor Vorinstanz beantragt, es sei im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ein polydisziplinäres medizinisches Gutachten zur Feststellung der bestehenden gesundheitlichen Beschwerden, zur sich daraus ergebenden Arbeitsunfähigkeit und zur Kausalität der Beschwerden zu veran-

<sup>27</sup> Vgl. dazu BÜHLER (FN 3), 608 ff.; ALFRED BÜHLER, Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, Jusletter vom 14. Mai 2007, N 26; WEIBEL (FN 7), Art. 177 N 4, m.w.H.; KUKO-SCHMID (FN 14), Art. 183 N 18.

<sup>28</sup> WEIBEL (FN 7), Art. 177 N 3.

<sup>29</sup> WEIBEL (FN 7), Art. 177 N 4.

<sup>30</sup> KUKO-SCHMID (FN 14), Art. 183 N 18, m.w.H. (Hervorhebung des Originals weggelassen).

<sup>31</sup> HOFMANN/LÜSCHER (FN 14), 98.

<sup>32</sup> MÜLLER/ZINGG (FN 25), 651.

<sup>33</sup> RÜETSCHI (FN 5), 16 f.

<sup>34</sup> RÜETSCHI (FN 5), 14.

lassen. In diesem Zusammenhang führte das Bundesgericht aus<sup>35</sup>:

- Zweck der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ist nicht bloss die Ermöglichung einer vagen Abschätzung der Prozesschancen, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen.
- Eine hinreichende Klärung der Prozessaussichten kann dabei nur mit der vorsorglichen Abnahme von Beweismitteln erreicht werden, welche zum Beweis der anspruchsbegründenden Tatsache tauglich sind und sich auch eignen, im Beweisverfahren eines allfälligen Hauptprozesses *eine tragende Rolle* zu spielen. Dies gilt ganz besonders, wenn eine solche Klärung eine Expertise erfordert.
- Nur so lassen sich aussichtslose Prozesse vermeiden, sei dies durch Förderung der Bereitschaft der Gesuchstellerin, auf Klageerhebung zu verzichten, oder aber der Bereitschaft beider Parteien, sich zu vergleichen.
- Ein polydisziplinäres Gutachten ist für den in den beiden Fällen in Frage kommenden Haftpflichtprozess nicht nur ein taugliches, sondern geradezu *zentrales Beweismittel*, welches im Hauptprozess notwendig ist; damit aber hat die ersuchende Partei ein schutzwürdiges Interesse an einem *gerichtlichen* Gutachten i.S.v. Art. 183 ff. ZPO.

Im Gegensatz zum Beweiswert eines gerichtlichen Gutachtens hielt das Bundesgericht zum Beweiswert von Privatgutachten fest:

«Bei den vorliegend bereits vorhandenen rund 20 medizinischen Stellungnahmen (Arztzeugnisse, fachärztliche Berichte etc.) handelt es sich beweisrechtlich betrachtet denn auch um blosses Privatgutachten (BGE 125 V 351 E. 3 b/dd), welche nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Bestandteil der Parteivorbringen und nicht als eigentliche Beweismittel gelten (BGE 132 III 83 E. 3.4 S. 87 f.; vgl. auch BGE 127 I 73 E. 3f/bb S. 82 f.)»<sup>36</sup>.

Würdigt man diese Aussage des Bundesgerichts zum Privatgutachten, dann bedeutet sie eindeutig, dass einem Privatgutachten nicht der von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO zugeordnete Zweck beikommen kann, eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen vorzunehmen und aussichtslose Prozesse zu vermeiden. Eine solche Funktion kann unbestrittenermassen nur ein gerichtliches Gutachten erfüllen. Das Bundesgericht musste sich in casu zur *oberen Schranke* der Bedeutung des Privatgutachtens verbindlich äussern, und das hat es auch getan. Zur *unteren Schranke* – Privatgutachten als blosses Parteibehauptung oder als Urkunde und damit als Beweismittel, das der freien richterlichen Beweismittelwürdigung unterliegt – musste sich das Bundesgericht dagegen in den vorliegenden Fällen nicht äussern. Und

dies hat es offensichtlich auch nicht getan, hat es doch in diesem Zusammenhang ohne jede weitere Begründung einzig Bundesgerichtsentscheide wiedergegeben, die vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung gefällt wurden und damit per se keine Auslegung der ZPO darstellen können.

Im Anwendungsbereich der Schweizerischen Zivilprozessordnung hat sich das Bundesgericht in verschiedenen weiteren, nicht amtlich publizierten Entscheiden zum Privatgutachten geäussert<sup>37</sup>. In keinem dieser Entscheide hat das Bundesgericht die Frage der Urkundenqualität von Privatgutachten thematisiert. Bemerkenswert ist das Urteil 4A\_286/2011 vom 30. August 2011, in welchem das Bundesgericht erwog, den Privatgutachten komme grundsätzlich «unter der Geltung der ZPO nicht die Qualität von Beweismitteln zu (vgl. Art. 183 ff. ZPO), sondern von blossen Parteivorbringen»<sup>38</sup>. Mit der expliziten Bezugnahme auf die Art. 183 ff. ZPO – und nicht etwa auf die Art. 168 ff. ZPO – grenzte das Bundesgericht das Privatgutachten klarerweise vom Gerichtsgutachten ab. Erwähnenswert ist ferner das Urteil 4A\_505/2012 vom 6. Dezember 2012, in welchem das Bundesgericht – unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung – festhielt, Privatgutachten würden als Bestandteil der Parteivorbringen gelten, der Umstand alleine, dass eine ärztliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht werde, rechtfertige aber nicht, am Beweiswert eines solchen Parteigutachtens zu zweifeln<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> BGE 140 III 16 E. 2.5, S. 23 f.; BGE 140 III 24 E. 3.3.3, S. 28 f.

<sup>36</sup> BGE 140 III 16 E. 2.5, S. 24; vgl. auch BGE 140 III 24 E. 3.3.3, S. 29.

<sup>37</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_604/2013 vom 25. April 2014, E. 2.4 und 2.5; Urteil des Bundesgerichts 4A\_433/2013 vom 15. April 2014, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_538/2013 vom 19. März 2014, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4D\_71/2013 vom 26. Februar 2014, E. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 4A\_255/2013 vom 4. November 2013, E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_505/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 3.5 und 3.6; Urteil des Bundesgerichts 5A\_365/2012 vom 17. August 2012 (teilweise publiziert in BGE 138 III 636), E. 4.2.1 und 4.4; Urteil 4A\_286/2011 vom 30. August 2011, E. 4 (Stand 16. Mai 2014).

<sup>38</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_286/2011 vom 30. August 2011, E. 4.

<sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_505/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 3.5 und 3.6.