



Gutachterfragen im Bauvertragsrecht

Dr. Thomas Siegenthaler
Winterthur



Scherler
Siegenthaler
Schweizer

Inhalt

- 1. Die Gemengelage – insbes. bei Baumängeln**
- 2. Gerichtliche Gutachten: Gutachterfragen**
- 3. Welche Gutachterfragen sind im Zivilprozess unzulässig?**
 - a. Fragen trotz fehlender Tatsachenbehauptungen
 - b. Rechtsfragen
 - c. Suggestivfragen
 - d. Fragen, die auf eine Beweiswürdigung hinauslaufen
 - e. Zu allgemein formulierte Fragen
- 4. Besondere Fragen**
 - a. Fragen nach der Kausalität
 - b. Fragen nach den Ohnehinkosten
 - c. Fragen zu den «Verschuldensanteilen aus technischer Sicht»
 - d. Fragen nach dem Mehr- oder Minderwert
 - e. Fragen, die nicht beantwortet werden können
 - f. Fragen, die nicht gestellt wurden (überschiessende Meinungsäusserungen des Gerichtsexperten)
- 5. Was kann man gegen unzulässige Fragen tun?**

1. Die Gemengelage – insbes. bei Baumängeln

Mängelbehebung = Vernichtung des Nachweises des Mangels

Oft eilt die Mängelbehebung (Folgeschäden). ⇔ Aber gerichtliche Gutachten dauern sehr lange (kaum je unter einem Jahr).

Bei manchen Mängeln kostet die Beseitigung deutlich unter CHF 100'000.- ⇔ Die Kosten einer vorsorglichen Beweisführung sind unverhältnismässig.

1. Die Gemengelage – insbes. bei Baumängeln

Privatgutachten wären oftmals die Lösung,

zumal bei «blossen» Bestandesaufnahmen eigentlich nur eine aus eigener Erfahrung erfolgende Feststellung festgehalten wird und die ZPO in Art. 175 das «Zeugnis einer sachverständigen Person» explizit zulässt.

1. Die Gemengelage – insbes. bei Baumängeln

Aber:

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellen von den Parteien in Auftrag gegebene Gutachten (Partei-gutachten) keine Beweismittel dar, sondern gelten als blosse Parteivorbringen (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437). Wird eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten allein diese grundsätzlich nicht zu beweisen. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass sie allenfalls als Parteibe-hauptungen zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis erbringen (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438).

1. Die Gemengelage – insbes. bei Baumängeln

« ...les déclarations orales d'un expert privé entendu comme témoin ne sauraient conférer une valeur de preuve aux allégations contenues dans son rapport » (BGer 5D_59/2018, E. 4.2.3).

Es wäre nicht zulässig, die Fachmeinung eines Privatgutachters über den Umweg der Zeugenaussage als Beweismittel in den Prozess einzuführen (OG ZH NP170024, E. 7.4.1).

Auch das von beiden Parteien akzeptierte Gutachten ist ein Privatgutachten, wenn keine Verbindlichkeit (im Sinne eines Schiedsgutachtens gem. Art. 189 ZPO) vereinbart wurde (BGer 4A_494/2020, E. 5.1.3.2).

1. Die Gemengelage – insbes. bei Baumängeln

Lichtblicke:

«Beweisvakuum» (BGer 4A_247/2020, E. 4.2): Es «sind Fälle denkbar, in denen zufolge Dringlichkeit eine Beweissicherung undenkbar ist und der Beweis nur anhand der Zeugenaussage des beauftragten Fachmanns geführt werden kann, namentlich wenn ein imminent gefährlicher Zustand eine unmittelbare Beseitigung der Gefahr erfordert». (BGer 4A_494/2020, E. 5.3.3)

ZPO (ab 1.1.25):

Art. 177¹¹⁵ Begriff

Als Urkunden 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.

1. Die Gemengelage – insbes. bei Baumängeln

Johann Zürcher, NZZ 7.9.22:

«Die Zulassung von Parteigutachten als Beweisurkunden (die Vermengung von Gutachten und Urkunde ist schon ein Widerspruch in sich selber) wird die Aufblähung von schon jetzt mit hohem Einsatz geführten Prozesses bewirken und den immer wieder bemühten Grundsatz ‘If you cannot convince them confuse them’ ein weiteres Anwendungsfeld bieten.»

2. Gerichtliche Gutachten: Gutachterfragen

Art. 185 ZPO: Auftrag

¹ Das Gericht instruiert die sachverständige Person und stellt ihr die abzuklärenden Fragen schriftlich oder mündlich in der Verhandlung.

² Es gibt den Parteien Gelegenheit, sich zur Fragestellung zu äussern und Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen.

³ Es stellt der sachverständigen Person die notwendigen Akten zur Verfügung und bestimmt eine Frist für die Erstattung des Gutachtens.

2. Gerichtliche Gutachten: Gutachterfragen

«Es liegt in der hohen Verantwortung des Gerichts, dem Sachverständigen den für seine Tätigkeit zutreffenden Sachverhalt auf den Weg zu geben. Davon kann die Tauglichkeit des Gutachtens abhängen. Auf diese Weise soll aus dem Gutachtensauftrag hervorgehen, welche Sachverhaltselemente durch die sachverständige Person nicht zu ermitteln sind.»

(H.A. Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2015, N 17 zu Art. 185).

2. Gerichtliche Gutachten: Gutachterfragen

Bei einer vorsorglichen Beweisführung (Art. 158 ZPO) werden die zu stellenden Fragen in der Regel direkt von der Gesuchstellerin formuliert und beantragt. Bei einem ordentlichen Zivilprozess werden die Themen, zu denen ein Gutachten als Beweis offeriert wird, genannt.

Die Fragen werden vom Gericht dann vorformuliert und den Parteien zur Stellungnahme unterbreitet. Der endgültige Entscheid über die Formulierung der Fragen obliegt stets dem Gericht (BGE 139 III 33 E. 4.3 S. 36).

2. Gerichtliche Gutachten: Gutachterfragen

Stellt die Gesuchsgegnerin bei der vorsorglichen Beweisführung «bei der Wahrnehmung ihres Gehörsanspruchs jedoch Fragen, die den durch die das Gesuch stellende Partei abgesteckten Rahmen sprengen, hat das Gericht diese als unzulässig zu erklären und dem Gutachter nicht zu unterbreiten» (BGer 4D_66/2012, 03.12.2012, E. 4.3)

2. Gerichtliche Gutachten: Gutachterfragen

Urteil 5A_557/2017 vom 16. Februar 2018 E. 3.1.2.

Wird ein Gutachten angeordnet, instruiert das Gericht die sachverständige Person und stellt ihr die abzuklärenden Fragen schriftlich oder mündlich in der Verhandlung (Art. 185 Abs. 1 ZPO). Neben den Ermahnungen und Hinweisen nach Art. 184 ZPO geht es bei der Instruktion vor allem um die Erläuterung der im Gutachten durch die sachverständige Person zu beantwortenden Fragen (Urteil 4A_333/2015 vom 27. Januar 2016 E. 7.2.4.2). Die Ausarbeitung der Fragen liegt damit vorab im Aufgabenbereich des Gerichts und nicht in jenem der sachverständigen Person. (...)

2. Gerichtliche Gutachten: Gutachterfragen

**Urteil 5A_557/2017 vom 16. Februar 2018 E. 3.1.2.
(Fortsetzung)**

(...) Bei komplexen Fragestellungen, namentlich im medizinischen Bereich, kann aber bereits die zutreffende und vollständige Formulierung der Expertenfragen Sachkunde erfordern, an der es dem Gericht mangelt. Diesfalls ist es nicht zu beanstanden, wenn das Gericht sich das Fachwissen der sachverständigen Person bereits bei der Vorbereitung des Gutachtens zu Nutze macht (...).

2. Gerichtliche Gutachten: Gutachterfragen

Nach Erstattung des Gutachtens gilt Art. 187 Abs. 4 ZPO:

«Das Gericht gibt den Parteien Gelegenheit, eine Erläuterung des Gutachtens oder Ergänzungsfragen zu beantragen.»

Urteil 4A_349/2021 vom 7. September 2021, E. 3: «Art. 187 Abs. 4 ZPO bestimmt denn auch, dass den Parteien - im Sinn des rechtlichen Gehörs - Gelegenheit gegeben wird, Erläuterungen oder Ergänzungsfragen zu beantragen. Das heisst, dass der Entscheid darüber, ob überhaupt Ergänzungen des Gutachtens in Auftrag gegeben werden, dem Gericht obliegt (...). Wenn das Gericht keine Ergänzungen mehr in Auftrag gibt, dann geschieht dies, weil es das vorhandene Gutachten in Würdigung dessen Inhalts als vollständig erachtet.»

3. Welche Gutachterfragen sind im Zivilprozess unzulässig?

a. Fragen trotz fehlender Tatsachenbehauptungen

Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus (Urteil 4A_113/2017, E. 6.1.1.)

Auch von Amtes wegen (Art. 183 ZPO) darf ein Gericht daher nur über substantiiert sowie gehörig und rechtzeitig vorgebrachte Tatsachenbehauptungen Beweis von Amtes wegen erheben (Urteil 4A_446/2020, E. 7.2)

Das Beweisverfahren dient auch nicht der Beschaffung von Informationen zur Erarbeitung des Sachverhaltsfundaments (ZR 114/2015, Nr. 70) z.B.: «Welche Sanierungsarbeiten wurden ausgeführt?» (LF110103)

3. Welche Gutachterfragen sind im Zivilprozess unzulässig?

b. Rechtsfragen

Die Beantwortung von Rechtsfragen ist Sache des Gerichts.

Beispiel (OG SO ZKBER.2016.89, 01.12.2016):

«4.1 Dem Sachverständigen sind bloss Sach-, aber keine Rechtsfragen zu unterbreiten. Die Feststellung, welche Beschaffenheit des Werkes geschuldet ist, sprengt den Kompetenzbereich des Sachverständigen. Diese Feststellung betrifft den Vertragsinhalt und ist als Rechtsfrage dem Richter vorbehalten. Deshalb kann es nicht Sache des Sachverständigen sein, die Mangelhaftigkeit des Werkes im Sinne des Werkvertragsrechtes zu bejahen oder verneinen (...).

3. Welche Gutachterfragen sind im Zivilprozess unzulässig?

Beispiel (OG SO ZKBER.2016.89, 01.12.2016) (Fortsetzung):

«... Selbst mit Zustimmung der Parteien darf diese Tatbestandsaufnahme nicht dazu benutzt werden, um ein Gutachten über Rechtsfragen wie Verantwortlichkeit, Schlechterfüllung oder geschuldete Vergütung einzuholen (...).

Rechtliche Fragen zu Verschulden, Verantwortung und Haftung darf und kann der Gutachter nicht beantworten, da dies die Kenntnis der rechtlichen Beziehungen der Parteien namentlich der Verträge einschliesslich der allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Fähigkeit zu derer korrekter Würdigung voraussetzt.»

3. Welche Gutachterfragen sind im Zivilprozess unzulässig?

Beispiel (OG SO ZKBER.2016.89, 01.12.2016) (Fortsetzung):

«4.4 (...) Der Begriff «Mangel» verlangt demnach einen Bezug zu etwas, was vorgegeben ist, sei dies eine Vertrags- oder eine Soll-Vorstellung. Dementsprechend ist die Frage nach der Mangelhaftigkeit eines Bauwerks sogar eine gemischte Tat- und Rechtsfrage. Für ihre Beantwortung sind die tatsächlichen (technischen) Eigenschaften eines Werkes ebenso massgebend wie die Eigenschaften, welche das Werk nach dem konkreten Vertrag aufweisen sollte (...). Die Bezugsgrösse, nämlich was nach dem Vertrag verlangt werden darf, wird letztlich vom Richter beurteilt. ... In rechtlicher Hinsicht kommt dem Gutachten keine - vorentscheidende - Wirkung zu.»

3. Welche Gutachterfragen sind im Zivilprozess unzulässig?

b. Rechtsfragen

Dennoch lässt es sich fast nicht vermeiden, Gutachtern Fragen mit rechtlichen Komponenten zu stellen:

- «Liegt eine Abweichung des Ist-Zustandes vom Soll-Zustand vor?» ⇒ Vertragsabweichung ist aber eine Rechtsfrage. Die Expertenantwort «gilt» unter dem Vorbehalt, dass das Gericht die Vertragsinterpretation bestätigt.
- Manchmal benötigt das Gericht sogar fachliche Unterstützung in Rechtsfragen (z.B. zu Vorschriften über die Bausicherheit oder die Entsorgung von Bauabfällen). Wichtig ist dann, dass die «Rechtsauskunft» des Gerichtsgutachters für das Gericht nachprüfbar ist (Verweise auf Normen, Verordnungen etc.).

3. Welche Gutachterfragen sind im Zivilprozess unzulässig?

c. Suggestivfragen

Dem Experten dürfen keine Suggestivfragen gestellt werden. Insbesondere soll der Gutachter nicht durch die Fragestellung verleitet werden, Strittiges als feststehend anzunehmen (FELLMANN in: ZPO-Kommentar, Art. 158 N. 26 f.; REETZ/VORBURGER, Gutachten und Gutachterfragen, HAVE-Haftpflichtprozess 2013, S. 215 ff.).

⇒ Eigentlich sollte das Gericht den Sachverhalt darlegen, der dem Gutachten zugrunde gelegt werden soll («Anknüpfungstatsachen») und aus den Fragen sollte hervorgehen, welche Sachverhaltselemente im Gutachten ermittelt werden sollen («Befundtatsachen»).

3. Welche Gutachterfragen sind im Zivilprozess unzulässig?

c. Suggestivfragen

Arten von Suggestivfragen:

- Voraussetzungsfragen die bestimmte Fakten als gegeben einführen.
- unvollständige Disjunktionsfragen beschränken die Auswahlmöglichkeit, obwohl dies tatsächlich nicht geboten ist.
- Erwartungsfragen geben die gewünschte Antwort bereits vor. Insbesondere: «Ist es richtig, dass...?».

3. Welche Gutachterfragen sind im Zivilprozess unzulässig?

d. Fragen, die auf eine Beweiswürdigung hinauslaufen

Die Beweiswürdigung ist Sache des Gerichts.

Wenn sich Dokumente widersprechen oder von der einen Seite Aussagen gemacht werden, welche von der anderen Seite bestritten werden, ist es nicht Sache der Gutachterin zu würdigen, was wahr und was falsch ist.

Wenn z.B. umstritten ist, ob in rechtlich genügender Weise abgemahnt wurde, muss dies von der RichterIn entschieden werden – nicht vom Gutachter.

3. Welche Gutachterfragen sind im Zivilprozess unzulässig?

d. Zu allgemein formulierte Fragen

Bestimmtheitsgebot bei der Formulierung von Rechtbegehren

Beispiel:

«Was war im Zusammenhang mit den strittigen Projektänderungen das Bau-Soll oder anders gefragt: wie hätten die Gesuchstellerinnen die Werkvertragsleistung gemäss Leistungsverzeichnis und Plänen bezüglich der strittigen Projektänderungen ursprünglich ausführen sollen?»

3. Welche Gutachterfragen sind im Zivilprozess unzulässig?

d. Zu allgemein formulierte Fragen

HG ZH, ZR 114 (2015) Nr. 67: «Bei den Begründungen betreffend Bau-Soll verweisen die Klägerinnen ganz überwiegend auf Vertragsunterlagen (insbesondere das Leistungsverzeichnis), die kommentiert und teilweise ausgelegt werden, wobei das vermengt wird mit eigenen Berechnungen (...). Aus den genannten Stellen geht immerhin hervor, dass es jeweils um spezifische Aspekte der Bauausführung ging (z.B. Erschwernisse wegen Baugrund, Bestellungenänderungen usw.). Diese hätten von der Klägerschaft ohne Weiteres in konkrete Fragen geformt werden können. Das ist nicht Aufgabe des Gerichtes. Von daher ist diesbezüglich eine Experteninstruktion nicht möglich.

4. Besondere Fragen

a. Fragen nach der Kausalität

«Ist der Kausalzusammenhang sicher, überwiegend wahrscheinlich, wahrscheinlich, möglich, unwahrscheinlich oder eher nicht gegeben?»

«Besteht eine Wahrscheinlichkeit von mindestens 90%, mindestens 75% oder mindestens 50% dafür, dass ...».¹

Mit der Auswahl-Frage nach «sicher», «überwiegend wahrscheinlich» oder «möglich» wird nach einem Beweisgrad und damit nach einem Beweisergebnis, gefragt. Die Beweismwürdigung muss jedoch der Richter nach der vollständigen Beweiserhebung vornehmen, damit er ein Urteil fällen kann.

¹ Genau solche Fragestellungen empfiehlt aber A. Bühler, Jusletter 21. Juni 2010.

4. Besondere Fragen

b. Fragen nach den Ohnehinkosten

« ... le maître doit supporter les frais qu'il aurait de toute manière dû assumer si le contrat avait été parfaitement exécuté (Sowiesokosten)» (Urteil 4A_514/2016 vom 6. April 2017, E. 3.2.1).

Es geht um eine Frage der Kausalität (d.h. darum, ob es Kosten gibt, die nicht auf die Pflichtverletzung zurückzuführen sind). Dass es Kosten gab, die «ohnehin» angefallen wären, hat derjenige zu beweisen, der das geltend macht (Art. 8 ZGB). Das ist in der Regel der Unternehmer oder der Planer, der geltend macht, dass der Besteller Mehrkosten hätte tragen müssen, wenn das Werk von Anfang an mängelfrei erstellt worden wäre.

4. Besondere Fragen

b. Fragen nach den Ohnehinkosten

Problem: Die Frage nach den «Ohnehinkosten» hat eine wesentliche rechtliche Komponente.

Ausgangspunkt ist der «Ohnehinaufwand», d.h. die Leistungen (in Franken), die «ohnehin» zusätzlich angefallen wären, wenn man von Anfang an alles richtig gemacht hätte.

Der rechtliche Begriff der «Ohnehinkosten» baut darauf auf, aber er fragt zusätzlich danach, ob diese Kosten zu Lasten des vergütungspflichtigen Bestellers gegangen wären.

4. Besondere Fragen

b. Fragen nach den Ohnehinkosten

PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Rz. 1728:

«Nach einer geläufigen Formel handelt es sich um Kosten der Nachbesserung, die auch bei ursprünglich mangelfreier Ausführung entstanden und dann zu Lasten des vergütungspflichtigen Bestellers gegangen wären. Ob solche Kosten anfallen, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich auch nach dem Inhalt des konkret abgeschlossenen und allenfalls durch Bestellungenänderungen (...) modifizierten Werkvertrages.»

4. Besondere Fragen

b. Fragen nach den Ohnehinkosten

⇒ Wer den «Ohnehinaufwand» hätte tragen müssen, bestimmt sich nach dem konkreten Vertrag.

Eigentlich sollte der Gutachter daher nur gefragt werden, welcher Aufwand «ohnehin» zusätzlich angefallen wären, wenn man von Anfang an alles richtig gemacht hätte. Trotzdem wird oft undifferenziert nach den «Ohnehinkosten» gefragt.

Beispiel: «Mit welchen Massnahmen hätten die Schäden verhindert werden können? Hätten diese Massnahmen Kosten zur Folge gehabt *und wer hätte diese Kosten übernehmen müssen* (Ohnehinkosten)?»

4. Besondere Fragen

c. Fragen zu den «Verschuldensanteilen aus technischer Sicht»

Die Frage nach den «Verschuldensanteilen» stellt sich normalerweise im Kontext einer (unechten) Solidarhaftung, d.h. wenn mehrere Beteiligte unabhängig voneinander für denselben Schaden haften. Dann gilt:

Art. 50 Abs. 2 OR: «Ob und in welchem Umfange die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben, wird durch richterliches Ermessen bestimmt.»

Das ist eigentlich klarerweise eine Rechtsfrage bzw. eine Frage der Beweiswürdigung und damit keine zulässige Expertenfragen.

4. Besondere Fragen

c. Fragen zu den «Verschuldensanteilen aus technischer Sicht»

Mit dem Zusatz «...aus technischer Sicht» wird versucht, diese Frage zu legitimieren – was aber eigentlich nicht geht, denn es gibt keinen technischen Begriff des Verschuldens.

Trotzdem wird es gemacht, weil es um die Auslegung von technischen Normen und Vertragsnormen geht, welche die Gerichte entweder gar nicht kennen oder nicht gewohnt sind.

4. Besondere Fragen

c. Fragen zu den «Verschuldensanteilen aus technischer Sicht»

Die Rechtsprechung hat keine Leitlinien entwickelt (da es sich nach Art. 50 Abs. 2 OR um eine Ermessensfrage handelt). In der Rechtslehre liest man auch wenig dazu:

Immerhin erwähnt GAUCH die Faustregel, wonach der primäre Verursacher eines Schadens den überwiegenden Teil der Verantwortung trägt (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2749), so dass jener Beteiligte, der «bloss» nicht abgemahnt oder nicht genug kontrolliert hat, in der Regel den deutlich tieferen «Verschuldensanteil» hat.

4. Besondere Fragen

c. Fragen zu den «Verschuldensanteilen aus technischer Sicht»

Lösungsansätze:

«Wie sind die Kosten (aus technischer Sicht) auf die einzelnen Ursachen aufzuteilen (haupt- und nebenursächlich, keine Prozentangaben)?»

«Wie sind allfällige (aus technischer Sicht) vorhandene Verstösse gegen Vertragsbestimmungen oder die anerkannten Regeln der Baukunde untereinander einzustufen (haupt- und nebenursächlich, keine Prozentangaben)?»

4. Besondere Fragen

d. Fragen nach dem Mehr- oder Minderwert

Beispiel:

«Entsteht nach Abschluss erforderlicher Sanierungen ein Mehr- oder Minderwert im Vergleich zum vertraglich vereinbarten Zustand?»»

Probleme:

- Was ist ein Mehrwert?
- Was gilt bei einem «aufgedrängten Mehrwert?»

4. Besondere Fragen

e. Fragen, die nicht beantwortet werden können

Manchmal ist das, was noch festgestellt werden kann (sei es vor Ort, sei es aufgrund von Akten) eigentlich zu wenig, um auf gewisse Expertenfragen eine belastbare Antwort zu geben.

- ⇒ Der Experte ist nicht verpflichtet, Fragen zu beantworten, wenn er/sie diese nicht mit Überzeugung beantworten kann.
- ⇒ Im Zivilprozess wirken sich dann die Beweislastregeln aus.
- ⇒ In solchen Fällen sind die Gründe für die Nicht-Beantwortung darzulegen.

4. Besondere Fragen

f. Fragen, die nicht gestellt wurden (überschiessende Meinungsäusserungen des Gerichtsexperten)

«Das Gericht in der Hauptsache hat ... allfällige überschiessende Meinungsäusserungen des Gerichtsexperten bei der materiellen Beurteilung unbeachtet zu lassen und seinem Entscheid allein die vom Sachverständigen erhobenen Tatsachen zugrunde zu legen.»

(Urteil 4A_307/2017 vom 20. Juli 2017, E. 2.7)

4. Besondere Fragen

f. Fragen, die nicht gestellt wurden (überschiessende Meinungsäusserungen des Gerichtsexperten)

In einem gerichtlichen Verfahren heikel ist es, explizit zu überschiessenden Meinungsäusserungen einzuladen, z.B.:

«Hat der Experte weitere Feststellungen gemacht oder Bemerkungen anzubringen?»

Denn: Beweis sollte nur darüber abgenommen werden, was substantiiert behauptet wurde. Das Nachreichen neuer Behauptungen (z.B. gestützt auf eine neue «Entdeckung» des Experten) kann aber unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. Art. 229 ZPO) zulässig sein.

5. Was kann man gegen unzulässige Fragen tun?

Anfechtung?

2. Kapitel: Beschwerde

Art. 319 Anfechtungsobjekt

Mit Beschwerde sind anfechtbar:

- a) nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen;
- b) andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen:
 - 1. in den vom Gesetz bestimmten Fällen,
 - 2. wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht;

5. Was kann man gegen unzulässige Fragen tun?

Anfechtung?

Urteil Kantonsgericht GR 7. Oktober 2022 (ZK2 22 32):

«Die Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung in einem eigenständigen Verfahren unterliegt – sofern der hierfür erforderliche Streitwert erreicht ist – der Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Denn damit wird das Gesuchsverfahren zum Abschluss gebracht (vgl. PKG 2016 Nr. 16 E. 1a; PKG 2017 Nr. 9 E. 1a; ferner BGE 138 III 76 E. 1.2). ...

5. Was kann man gegen unzulässige Fragen tun?

Anfechtung?

«Hingegen war in der Lehre längere Zeit umstritten, wie der Entscheid betreffend Gutheissung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung bzw. Anordnung der Beweisabnahme zu qualifizieren sei und welches Rechtsmittel gegen einen solchen Entscheid eingelegt werden müsse: Während ein Teil der Lehre davon ausging, ein solcher Entscheid unterliege der Berufung bzw. – bei nicht gegebenem Streitwert – der Beschwerde gemäss Art. 319 lit. a ZPO, qualifizierte ein anderer Teil der Lehre den Entscheid, den beantragten Beweis abzunehmen, als prozessleitende Verfügung (...). ...

5. Was kann man gegen unzulässige Fragen tun?

Anfechtung?

«... Das Kantonsgericht von Graubünden schloss sich letztgenannter Auffassung an und hielt fest, dass die Anordnung der Beweisabnahme als prozessleitender Entscheid – unabhängig vom Streitwert – lediglich mit Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO anfechtbar ist, folglich nur dann, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (PKG 2016 Nr. 16 E. 1a). Das Bundesgericht hatte die Streitfrage in BGE 138 III 46 noch offengelassen, sich mittlerweile jedoch der auch vom Kantonsgericht von Graubünden vertretenen Auffassung angeschlossen (vgl. BGer 4A_597/2018 v. 27.6.2019 E. 1.2.3 m.w.H.).»

5. Was kann man gegen unzulässige Fragen tun?

«Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG muss nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtlicher Natur sein, was voraussetzt, dass er durch einen späteren günstigen Entscheid nicht oder nicht mehr vollständig behoben werden kann (...). Rein tatsächliche Nachteile wie die Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens reichen nicht aus (...).»
(BGer 4A_351/2022, E. 2.3).

⇒ Man muss dann also im Hauptverfahren den Einwand erheben, dass wegen einer unzulässigen Frage auf die Antwort des Gutachters nicht abgestellt werden dürfe...

5. Was kann man gegen unzulässige Fragen tun?

Haftung des Sachverständigen?

Art. 46 KV-ZH

Art. 46 ¹ Der Kanton, die Gemeinden und die Organisationen des öffentlichen Rechts haften kausal für den Schaden, den Behörden oder Personen in ihrem Dienst durch rechtswidrige amtliche Tätigkeit oder Unterlassung verursacht haben.

² Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, haften kausal für den Schaden, den sie dabei durch rechtswidrige Tätigkeit oder Unterlassung verursachen. Die auftraggebende Stelle haftet subsidiär.

³ Das Gesetz kann eine Haftung aus Billigkeit vorsehen.

§4a Haftungsgesetz-ZH: «Private, die ihnen übertragene öffentliche Aufgaben erfüllen, haften kausal für den Schaden, den sie dabei durch rechtswidrige Tätigkeit oder Unterlassung verursachen.»



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.
Haben Sie noch Fragen?**