

*Instruktionsrichterin teilt der Klägerin mit, dass sie für die Belehrungen dankbar ist. Sie kann die Klägerin aber insofern beruhigen, dass es in ihrer langjährigen Tätigkeit nicht das erste Mal ist, dass sie ein Gutachten in Auftrag gibt.»*

Es mag sein, dass die betreffende Gerichtspräsidentin in ihrer Karriere bereits mehrfach Gutachten in Auftrag gegeben hatte. Allein: Die vorstehend aufgeführten Grundsätze wurden trotz vorgängiger «Belehrungen» allesamt nicht berücksichtigt, und dementsprechend resultierte ein äusserst fragwürdiges Gerichtsgutachten, auf dessen Basis der Prozess ebenso zweifelhaft entschieden wurde.

## Die Experteninstruktion nach Art. 185 ff. ZPO im (Arzt-)Haftungsprozess – Erfahrungen und Wünsche

Marisa Bützberger\*

### I. Einleitung

Gerichtsgutachten sind in Arzthaftungsfällen von entscheidender Bedeutung. Da den Gerichten selbst das notwendige Fachwissen zur Beurteilung komplexer medizinischer Zusammenhänge fehlt, beauftragen sie regelmässig einen oder mehrere Sachverständige und weichen nur beim Vorliegen von triftigen Gründen von deren Schlussfolgerungen ab.<sup>1</sup> Doch wie kommen diese Gerichtsgutachten zustande? Wie entscheidet das Gericht, wann und zu welchen Fragen es ein Gutachten in Auftrag zu geben hat? Wie erfährt der Gutachter, worüber er sich wie äussern soll?

Der vorliegende Beitrag widmet sich in einem ersten Teil der vom Gericht zu leistenden Vorarbeit. In einem zweiten Teil diskutiert er die Frage, was eine gute Gutachterinstruktion (nach Art. 185 ff. ZPO) ausmacht. Hierbei wird auf eine kaum repräsentative, aber illustrative Auswahl an Gutachterinstruktionen,<sup>2</sup> welche entweder meiner eigenen Praxis entstammen oder mir verdankenswerterweise von Kollegen, Auftraggebern oder Gerichtsmitarbeitern zur Verfügung gestellt worden sind, Bezug genommen.

\* Fachanwältin für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Limmatlegal.

<sup>1</sup> BGE 133 II 384 E. 4.2.3, BGE 136 II 539 E. 3.2. Vgl. aber auch Urteil BGer 8C\_444/2008 vom 23. Dezember 2008, E. 4.3.2 m.w.H., wonach Äusserungen von medizinischen Fachpersonen nur in ihrem eigenen Fachgebiet gesteigerter Beweiswert zukommt.

<sup>2</sup> Für diesen Text genauer unter die Lupe genommen wurden 18 Instruktionen von 15 verschiedenen Gerichten aus den Kantonen AG, BE, BL, BS, GE, LU, SG, ZG, ZH und VD vornehmlich im Bereich des Arzthaftungsrechtes.

### II. Die Vorbereitungsarbeit der Gerichte

Literatur und Rechtsprechung zur Vorbereitung einer Gutachtensinstruktion im Hauptprozess sind dünn gesät. Ganz im Gegensatz dazu haben die Bestimmungen zur vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ff. ZPO Anlass zu umfangreicher kantonaler<sup>3</sup> und bundesgerichtlicher<sup>4</sup> Rechtsprechung gegeben. Dabei werden nicht selten die Unterschiede zur Begutachtung im ordentlichen Prozess herausgestrichen. Festgehalten wird, dass der Beweisführung im ordentlichen Prozess (Hauptprozess) abschliessende Parteivorbringen und deren Würdigung durch das Gericht der Beweisabnahme vorangehen. Das Gericht sei im Gegensatz zum Verfahren der vorsorglichen Beweisführung gehalten, die Beweisabnahme im Hauptprozess umfassend zu leiten.<sup>5</sup> Andernorts ist zu lesen, die Problematik der vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Prozesses liege darin, dass in diesem Stadium das Prozessthema noch nicht herausgeschält sei.<sup>6</sup> Die vorsorgliche Beweisführung erfolge nicht, wie für die Beweisabnahme üblich, in einem formalisierten Abschnitt des Prozesses.<sup>7</sup>

Werfen wir einen Blick auf diesen formalisierten Prozessabschnitt: Die Begutachtung im Hauptprozess ist Teil des Beweisverfahrens nach Art. 150 ff. ZPO.<sup>8</sup> Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 ZPO). Abgenommen werden form- und fristgerecht angebotene, taugliche Beweismittel (Art. 152 Abs. 2 ZPO). Vor der Beweisabnahme werden die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen. Darin werden insbesondere die zugelassenen Beweismittel bezeichnet, und es wird bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt (Art. 154 ZPO).

Werden Rechtsprechung und Gesetzestext zusammengeführt, heisst dies: Aufgabe des Gerichts im Hauptprozess ist es, die abschliessenden Parteibeauptungen vor der Experteninstruktion einer vertieften und formalen Würdigung zu unterziehen. Das Gericht hat im Hinblick auf die Instruktion im Detail zu analysieren, welche der rechtsgenügend vorgebrachten Tatsachenelemente als bestritten zu gelten haben, welche davon allenfalls einer antizipierten Beweiswürdigung unter-

<sup>3</sup> JOHANN ZÜRCHER, in ZR 115/2016, 316; ZR 114/2015, 71; ZR 114/2015, 260; ZR 112/2013, 17; ZR 112/2013, 217; ZR 111/2012, 303.

<sup>4</sup> BGE 140 III 12; BGE 139 III 33; Urteil des BGer 4A 322/2012 vom 21. Februar 2013.

<sup>5</sup> ZR 114/2015, 71, 74.

<sup>6</sup> Vgl. auch WALTER FELLMANN, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 158 ZPO N 26c.

<sup>7</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBI 2006, 7315.

<sup>8</sup> Vgl. Einordnung der Begutachtung nach Art. 183 ZPO im 1. Teil (Allgemeine Bestimmungen), 10. Titel (Beweis), 3. Kapitel (Beweismittel), 5. Abschnitt (Gutachten) der ZPO.

zogen werden können, über welche vorgängig zu einer Begutachtung Beweis abgenommen werden muss, für welche rechtzeitig ein Gutachten zum Beweis offeriert worden ist<sup>9</sup> und welche letztlich einer gutachterlichen Klärung zugänglich sind und bedürfen.

Wie bei jeder Beweisabnahme werden im Rahmen der Gutachtenseinholung zudem hohe Anforderungen an die gerichtliche Verfahrensleitung (Art. 124 ZPO) gestellt.

### III. Die einzelnen Elemente einer Instruktion nach Art. 185 ff. ZPO

Ist die geschilderte Vorarbeit geleistet, instruiert das Gericht die sachverständige Person. So steht es in Art. 185 Abs. 1 ZPO. Doch dazu, wie dies im Detail zu geschehen hat, äussert sich der Artikel nicht. Auch die weiteren Gesetzesbestimmungen, die Botschaft des Bundesrates zur Schweizer ZPO<sup>10</sup> oder die gängigen Kommentare geben auf den ersten Blick recht wenig her. Und so hat sich, acht Jahre nach Inkrafttreten der vereinheitlichten ZPO, im Bereich der Gutachtensinstruktion eine kantonale – vielleicht sogar eine richterliche – Vielfalt erhalten oder entwickelt, die der prozessführenden Anwältin einiges an Flexibilität abverlangt. In der Praxis werden Fragenkataloge<sup>11</sup> auf unterschiedliche Art und Weise erstellt und bereinigt. Teilweise werden sie den Experten beinahe kommentarlos zugeschickt, andernorts finden sich ausführliche Instruktionsschreiben mit umfassenden Angaben zum Sachverhalt, rechtlichen Hinweisen und konkreten Handlungsanweisungen. Zusätzlich zum offiziellen Schriftverkehr findet nicht selten ein relativ informeller Austausch zwischen Gerichtsmitarbeitern und Gutachtern per Telefon oder E-Mail statt. Während in der Deutschschweiz die Übermittlung der Gutachterinstruktion vorwiegend schriftlich geschieht, kennen v.a. die Westschweizer Kantone vermehrt mündliche Instruktionsverhandlungen im Beisein der Parteivertreter.

Dabei darf die Wichtigkeit einer guten Instruktion nicht unterschätzt werden, denn ein auf den Prozess zugeschnittenes und verwertbares Beweisergebnis kann nur erzielt werden, wenn die Gutachterin weiss, worüber

sie sich wie zu äussern hat.<sup>12</sup> Entsprechend entscheidet die Qualität der Gutachterinstruktion auch darüber, ob das Gutachten den – oft bereits seit Jahren anhängigen – Prozess zu einem baldigen Abschluss führt oder ins (novenrechtliche) Chaos stürzt.

Doch was macht eine gute Gutachterinstruktion aus? Folgende Elemente sollten bedacht, und soweit erforderlich zur Sprache gebracht werden:

#### A. Prozessgegenstand und rechtliche Rahmenbedingungen

Wie im Zusammenhang mit den gerichtlichen Vorbereitungsarbeiten dargelegt, soll und darf grundsätzlich nur der vom Gericht sorgfältig herausgeschälte Prozessgegenstand auch Gegenstand des Beweisverfahrens und somit der sachverständigen Begutachtung bilden. Ein Hauptziel der Gutachtensinstruktion muss daher sein, der sachverständigen Person ihre Aufgabe und deren Grenzen anhand des Prozessgegenstandes zu erläutern. Ein gezieltes Darlegen des Beweisthemas und der rechtlichen Rahmenbedingungen, welches auch von der Lehre<sup>13</sup> und den Gutachtern selber zur Fehlerprophylaxe gefordert<sup>14</sup> wird, stellt die Einhaltung der wichtigsten Verfahrensgrundsätze, insbesondere der Verhandlungsmaxime nach Art. 55 ZPO, sicher und hilft, überschüssige Beweisergebnisse und damit eine Ausweitung oder Verlagerung des Prozessstoffes zu verhindern.

In der Praxis wird dieser Tatsache leider oft viel zu wenig Rechnung getragen. Oft werden Fragenkataloge ohne entsprechende Hinweise an die Gutachter übermittelt oder es wird dem Schreiben an die Gutachter nach minutiöser Ausarbeitung der Gutachterfragen eine im Eilverfahren erstellte und dem vorgängigen rechtlichen Gehör der Parteien entzogene Sachverhaltszusammenfassung vorangestellt. Nicht selten wird eine solche lediglich vorgängig bei Gutachteranfrage per E-Mail durch eine Gerichtsschreiberin oder gar einen Auditor formuliert. Wenig zielführend zu Begrenzung des Prozessthemas sind sodann Hinweise wie «für den Sachverhalt wird auf die beiliegenden Rechtsschriften verwiesen», dies v.a., wenn ein zusätzlicher Hinweis fehlt, dass Parteibehauptungen dem Gutachten nicht als unbestritten zugrunde gelegt werden dürfen.

<sup>9</sup> Sofern dem Gutachten nicht blosse Aufklärungsfunktion, sondern Beweisfunktion zukommen soll, bedarf es eines Parteiantrages. PAOLA WULLSCHLEGER, in: Myriam A. Gehri et al. (Hrsg.), ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 183 ZPO N 4 m.w.H., vgl. aber auch Art. 153 Abs. 2 ZPO.

<sup>10</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff.

<sup>11</sup> Im Waadtland scheint es sogar üblich zu sein, anstelle von Fragen die Parteivorbringen, für welche ein Gutachten offeriert wurde, mit der Bitte um Stellungnahme zu unterbreiten: «... charge les experts de se déterminer sur les allégués ... et de produire un rapport de synthèse commun.»

<sup>12</sup> Vgl. auch JÖRG JEGGER, Garbage in – garbage out: Die Kunst der Fragestellung für medizinische Gutachten, Justice - Justiz - Giustizia 2015/4; BÉATRICE GROB-ANDERMACHER/HANS ULRICH WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, 358.

<sup>13</sup> WULLSCHLEGER (Fn. 9), Art. 185 Abs. 3 ZPO N 4 m.w.H.

<sup>14</sup> JEGGER (Fn. 12), Rz 3.2.

Es finden sich jedoch auch Gutachterinstruktionen, welche dieser Problematik in vorbildlicher Weise Rechnung tragen, indem sie dem Experten den Prozessgegenstand im Sinne einer Zusammenfassung darlegen, wo relevant die Parteistandpunkte erwähnen bzw. ausführen, von welchen unbestrittenen Sachverhaltselementen der Gutachter bei seiner Begutachtung auszugehen hat bzw. wo er aufgrund eines umstrittenen Sachverhaltes mit Hypothesen zu arbeiten habe.<sup>15</sup> Teilweise wird der Gutachter auch aufgefordert darzutun, inwiefern die strittigen Sachverhaltselemente aus seiner Sicht überhaupt entscheidend sind, womit langwierige Beweisverfahren verhindert werden können. Zur späteren Überprüfbarkeit sinnvoll ist die Aufforderung an die sachverständige Person, im Gutachten zu erwähnen, von welchen tatsächlichen Voraussetzungen sie ausgeht.

Nebst der kurzen Umschreibung des Prozessgegenstandes sollte die Instruktion einen zusätzlichen Hinweis dazu enthalten, dass dieser durch die Begutachtung nicht erweitert werden soll. Ein Gutachter, welcher allenfalls auch Mandate aus anderen Rechtsgebieten (z.B. Straf- oder Verwaltungsrecht) oder denjenigen Bereichen des Zivilprozessrechts übernimmt, in welchen die Untersuchungsmaxime gilt, muss wissen, vor welchem Hintergrund und unter welchen Bedingungen er die an ihn gerichteten Fragen beantworten soll. Keine entsprechenden Beschränkungen vorzunehmen und stattdessen nach «weiteren Bemerkungen» des Gutachters zu fragen, heisst, sich von der Verhandlungsmaxime zu verabschieden und die Verfahrensleitung aus der Hand zu geben.

Dies kann im Extremfall dazu führen, dass der Gutachter die an ihn gerichteten Fragen gar nicht beantworten kann, weil für die Begutachtung entscheidende Sachverhaltselemente nicht Teil des Prozessgegenstandes bilden.<sup>16</sup> Zu begrüssen ist der in manchen Instruktionen anzutreffende Hinweis, dass auch die Antwort, eine bestimmte Frage könne nicht beantwortet werden, da relevante Informationen fehlen, zivilprozessual ein durchaus brauchbares Resultat darstelle.

## B. Fragen und Antwortverhalten

### 1. Der Fragenkatalog

Von gutachterlicher Seite wird immer wieder und überzeugend gefordert, die Fragestellung sei möglichst schlank zu halten und auf die kleinstmögliche Anzahl Fragen zu reduzieren, da jede zusätzliche Frage die Irrtumswahrscheinlichkeit erhöhe.<sup>17</sup>

Auch diesem Ziel kann nur mittels vorgängig fundierter Aufarbeitung der Parteivorbringen und durch das Herausschälen des eigentlichen Prozessstoffes Rechnung getragen werden. Denn bei sorgfältiger Vorbereitung können all jene Fragen ausgeschlossen werden, deren Grundlagen nicht substantiiert genug vorgetragen worden sind, welche nicht entscheidrelevant sind oder welche darauf abzielen, verspätete Parteivorbringen unter Umgehung des Novenrechtes (Art. 229 ZPO) noch in den Prozess einzubringen.

Aus dem bereits Gesagten folgt, dass – von Fragen, welche einem besseren Verständnis des Sachverhaltes dienen (Art. 178 Abs. 1 ZPO) abgesehen – aufgrund der Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO) und des bereits eingetretenen Aktenschlusses<sup>18</sup> nur jene Fragen zulässig sein können, welche sich an den Parteivorbringen und Beweisofferten orientieren (vgl. Art. 150, 152 ZPO). Zu vermeiden sind zu allgemein gehaltene Fragen, welche den Prozessgegenstand erweitern.

Gegenstand des Gutachtens sind sodann nur Sachverhalts- und keine Rechtsfragen.<sup>19</sup> Die Fragen sind wertungsneutral zu formulieren, dürfen keine Suggestionen enthalten und keine bestrittenen Tatbestandselemente als gegeben voraussetzen.

Aufgrund der geforderten Vorarbeit der Gerichte wäre es naheliegend zu fordern, dass die Gerichte einen ersten Fragenkatalog präsentieren und diesen den Parteien zur schriftlichen Stellungnahme oder Ergänzung unterbreiten. Solches könnte man auch aus Art. 185 Abs. 1 ZPO ableiten, wonach das Gericht der sachverständigen Person die Fragen stellt. Dass gerade das Unterbreiten mehrerer Fragenkataloge zu widersprüchlichen Antworten führen kann, leuchtet ein, und es ist entsprechend zumindest zu fordern, dass auch diejenigen Gerichte, welche die Vorbereitung der Fragenkataloge an die Parteien übertragen, diese einer sehr sorgfältigen Konsolidierung und Bereinigung unterziehen.

Ob eine Bereinigung des Fragenkataloges an einer mündlichen Verhandlung in Anwesenheit der sachverständigen Person sinnvoll ist, dürfte von der Komplexität der Materie und der Qualität der Verfahrensleitung abhängen. Hilfreich ist es insbesondere dann, wenn es bereits bei der Formulierung der Fragestellung der Fachkenntnisse eines Experten bedarf. Auch eine so erfolgte mündliche Instruktion ist letztlich in einem Protokoll schriftlich festzuhalten.<sup>20</sup>

### 2. Instruktionen zum Antwortverhalten

Zu begrüssen sind die in den untersuchten Instruktionen vereinzelt anzutreffenden konkreten Hinweise

<sup>15</sup> Vgl. auch nachfolgend unter lit. E. Weitere Hinweise.

<sup>16</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_33/2015 vom 9. Juni 2015.

<sup>17</sup> JEGGER (Fn 12).

<sup>18</sup> BGE 140 III 312.

<sup>19</sup> BGE 130 I 337 E. 5.4.1; BGE 118 Ia 144 E. 1c.

<sup>20</sup> WULLSCHLEGER (Fn. 9), Art. 185 ZPO N 4 m.w.H.

zum Antwortverhalten. Gefordert wird beispielsweise, dass die Gutachterin bei der Beantwortung der Fragen auszuführen habe, von welchen tatsächlichen Voraussetzungen sie ausgehe, dass sie Aktenstücke, aus welchen sie ihre Feststellungen ziehe, genau zu bezeichnen habe, dass Antworten zu begründen seien, dass die Antwort aus Sicht eines bestimmten Fachgebietes zu geben sei oder dass auch angegeben werden dürfe bzw. müsse, wenn bzw. wieso eine Frage nicht beantwortet werden könne.

Nicht selten wird der medizinische Gutachter bereits ausserhalb der eigentlichen Fragestellung explizit darauf aufmerksam gemacht, dass er der Beantwortung der Fragen den medizinischen Wissensstand zum Zeitpunkt der fraglichen Behandlung zugrunde zu legen habe.

Ein bei medizinischen Gutachten häufig anzutreffender und im Vorfeld oft heftig diskutierter Hinweis betrifft die anzugebenden Wahrscheinlichkeitsgrade. Problematisch angesichts der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage und der grundsätzlich dem Gericht obliegenden Beweiswürdigung erscheint es, vom Gutachter selbst die Subsumption unter das Beweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit<sup>21</sup>, der überwiegenden Wahrscheinlichkeit<sup>22</sup> oder der Glaubhaftmachung<sup>23</sup> zu verlangen, indem ihm im Rahmen der Gutachterinstruktion die entsprechenden Definitionen des Bundesgerichts erläutert werden. Dennoch sind die Fragen dahingehend zu formulieren, dass der Richter letztlich über alle Informationen verfügt, damit er die ihm obliegende Beweiswürdigung vornehmen kann. Oft werden dem Gutachter zu diesem Zwecke aus der Rechtsprechung abgeleitete Wahrscheinlichkeitskategorien («an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, überwiegende Wahrscheinlichkeit, wahrscheinlich, möglich, unwahrscheinlich») zur Auswahl unterbreitet. Zu begrüssen, da für den Gutachter als Nicht-Juristen wohl verständlicher, ist eine von der rechtlichen Qualifikation losgelöste Einstufung nach Wahrscheinlich-

keitsgraden in Prozenten<sup>24</sup>. Um Missverständnissen vorzubeugen und eine Überprüfung der Einordnung durch den Richter zu ermöglichen, sollte der Hinweis stets mit der Aufforderung verbunden werden, die getroffene Einschätzung zu begründen.

### C. Die Grundlagen des Gutachtens (Akten und Abklärungen)

Art. 185 Abs. 3 ZPO schreibt vor, das Gericht stelle der sachverständigen Person die notwendigen Akten zur Verfügung. Welche Akten damit gemeint sind, wird nicht definiert. Auch hier ist die Praxis recht unterschiedlich. So werden teilweise die gesamten Gerichtsakten (inkl. Rechtsschriften) zugesandt, teilweise nur die eingereichten Beweismittel oder gar eine sorgfältig getroffene Auswahl derselben.

Gerade bei umfassender Übermittlung der Prozessakten sind die nur sehr vereinzelt anzutreffenden Hinweise zum Beweiswert der jeweiligen Aktenstücke, wie beispielsweise zur Würdigung der Rechtsschriften oder zur Gewichtung von Privatgutachten zu fordern.<sup>25</sup>

Aus der gesetzlichen Vorgabe, wonach das Zur-Verfügung-Stellen der Akten durch das Gericht erfolgt, lässt sich ableiten, dass der Gutachter sich bei seiner Begutachtung grundsätzlich auf beim Gericht vorhandene und damit von den Parteien in den Prozess eingebrachte Akten stützen soll. Die gleiche Forderung ergibt sich erneut aus dem Verfahrensstadium sowie aus der geltenden Verhandlungsmaxime. Denn vorgängig zur Begutachtung hatten die Parteien ihre Beweismittel zu bezeichnen (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO) und wenn verfügbar einzureichen (Art. 221 Abs. 2 lit. c ZPO). Was nicht verfügbar war, konnte mittels Editionsantrag verfügbar gemacht werden. Darauf soll der Gutachter grundsätzlich abstellen und nicht von sich aus nach weiterem Material suchen oder eigene, völlig neue Gedankengänge entwickeln.<sup>26</sup>

Allerdings soll der Experte zu den von ihm zu beurteilenden Fragen eine objektive, unabhängige Fachmeinung abgeben. Er darf daher nicht jeglicher Freiheit beraubt werden, zumal es teilweise Expertenwissen erfordert, die entscheiderelevanten Unterlagen oder deren Fehlen zu erkennen. Das Gericht kann der Expertin daher gestützt auf Art. 186 Abs. 1 ZPO erlauben, eigene

<sup>21</sup> Das Beweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit: Dieses Beweismass ist erfüllt, wenn der Richter nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung überzeugt ist. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen.

<sup>22</sup> Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit: Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 140 III 610 E. 4; BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 139 III 321 E. 3.3 m.w.H.).

<sup>23</sup> Das Beweismass der Glaubhaftmachung: Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4; BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.3. m.w.H.).

<sup>24</sup> Vgl. Urteil des BGer 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4; ALFRED BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 13 m.w.H. sowie Rz. 59 ff.; MASSIMO PERGOLIS, Medizinische Privat- und Gerichtsgutachten, in: Der Haftpflichtprozess, Tüchen der gerichtlichen Schadenerledigung, Fellmann/Weber (Hrsg.), 2006, 136.

<sup>25</sup> BGE 141 III 433; WULLSCHLEGER (Fn. 9).

<sup>26</sup> JOHANN JAKOB ZÜRCHER, in: Christoph Bertschinger/Peter Münch/Thomas Geiser (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Patentrecht, 907.

Abklärungen vorzunehmen, wobei – so wiederum die Botschaft zur ZPO – eine ausdrückliche Bewilligung notwendig ist, da die Sammlung des Prozessstoffes grundsätzlich Sache der Parteien und die Beweisaufnahme Sache der Gerichte sei.<sup>27</sup>

Von dieser Bestimmung (Art. 186 Abs. 1 ZPO) wird von den Gerichten wiederum auf unterschiedliche Art und Weise Gebrauch gemacht. So finden sich vereinzelt explizite Hinweise auf die im Zivilprozess geltende Verhandlungsmaxime und ein grundsätzliches Verbot, eigenmächtig weitere Abklärungen zu tätigen. Häufig werden jedoch auch konkrete Angaben dazu gemacht, was bei Bedarf noch von wem eingefordert oder wie abgeklärt werden dürfe. Dieses Vorgehen ist v.a. bei vorgängig offerierten, aber noch nicht eingeholten Editionen sinnvoll. Anzutreffen sind letztlich auch weitgehend unbeschränkte Ermächtigungen, eigene Untersuchungen vorzunehmen, Urkunden beizuziehen sowie Parteien oder Dritte zu befragen. Immerhin werden solche generellen Ermächtigungen fast immer mit der Aufforderung verbunden, dies im Gutachten zu vermerken. Regelmässig wird auch gefordert, das Gericht (oder in einem Fall die Parteivertreter) vor weiteren Abklärungen in Kenntnis zu setzen, bzw. sich vorgängig mit dem Gericht abzusprechen, sowie den Parteien die Teilnahme an Befragungen von Auskunftspersonen einzuräumen.

Zusätzliche Abklärungen mögen die Aussagekraft des Gutachtens erhöhen, gefährden jedoch wichtige Prinzipien des Zivilprozesses. Wir befinden uns hier, wie von JOHANN JAKOB ZÜRCHER prägnant formuliert, in einem Spannungsfeld von Verhandlungsmaxime und materieller Richtigkeit, in welchem mit Fingerspitzengefühl operiert werden muss.<sup>28</sup>

Wichtig erscheint in diesem Zusammenhang, sich der sich widerstreitenden Interessen bewusst zu sein. Allfällige Ermächtigungen sollten stets wohlüberlegt und nur mit Zurückhaltung erteilt werden. Pauschale oder gar unreflektierte Formulierungen sowie die Verwendung von Textbausteinen sind zu vermeiden.<sup>29</sup> Abklärungen aufgrund einer Ermächtigung müssen sich weiterhin im Rahmen des vordefinierten Prozessgegenstandes bewegen. Schliesslich ist stets eine Offenlegung<sup>30</sup> und Vorabinformation des Gerichtes zu verlangen, sodass ein bewusster Entscheid gefällt und die Parteirechte gewahrt werden können.<sup>31</sup>

Wünschenswert sind auch die teilweise angetroffenen Hinweise zum Umgang mit den Parteien, sodass sich der Gutachter bei der ermächtigten Einholung von Zusatzinformationen nicht dem Verdacht der Parteilichkeit aussetzt. Kommt es zum Kontakt mit nur einer Partei (was bei medizinischen Gutachten häufig der Fall ist), ist, ähnlich wie beim Übermitteln der Rechtschriften, ein Hinweis wünschenswert, wonach blosser Parteibehauptungen dem Gutachten nicht zugrunde gelegt werden dürfen bzw. kritisch zu würdigen sind.

#### **D. Die persönliche Erstattung des Gutachtens bzw. der Beizug von Dritten**

Was für das Einfordern von zusätzlichen Unterlagen oder das Erheben weiterer Beweise gilt, muss auch für das Einholen von Expertenmeinungen Dritter gelten. Die Expertin<sup>32</sup> wird vom Gericht (nach Anhörung der Parteien, Art. 183 Abs. 1 ZPO) aufgrund ihrer persönlichen Qualifikationen ausgewählt und auf die Frage der Befangenheit geprüft (vgl. Art. 183 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 47 ZPO). Es versteht sich von selbst, dass sie den Auftrag entsprechend auch persönlich auszuführen hat (vgl. auch Art. 398 Abs. 3 OR), was jedoch in der Instruktion selten ausdrücklich erwähnt wird.<sup>33</sup>

Gerade bei medizinischen Gutachten ist jedoch oft für gewisse Fragen der Beizug von weiteren Fachspezialisten notwendig, weshalb der Experte teilweise ermächtigt wird, sich an weitere Fachspezialisten zu wenden. Aufgrund der möglichen Befangenheit hat dies jedoch – wo der Zweitexperte nicht von Beginn weg vom Gericht unter Anordnung der Art und Weise der Zusammenarbeit (vgl. auch Art. 187 Abs. 3 ZPO) vorgegeben wird – stets unter Rücksprache mit dem Gericht und unter Wahrung der Parteirechte zu erfolgen. Darauf ist in der Gutachtensinstruktion ausdrücklich hinzuweisen.

Weniger kritisch ist der Beizug von Hilfspersonen (Art. 101 OR) für untergeordnete Aufgaben. Diesbezüglich ist der Experte jedoch darauf hinzuweisen, dass auch ihnen die strafrechtlichen Folgen von Art. 307 und 320 StGB bekannt zu machen sind.

#### **E. Weitere Hinweise**

Von Gesetzes wegen sind die Gutachter auf die Strafbarkeit eines falschen Gutachtens nach Art. 307 StGB und einer Verletzung des Amtsgeheimnisses nach Art. 320 StGB (Art. 184 Abs. 2 ZPO) sowie auf die Folgen von Säumnis und mangelhafter Auftragsbefolgung (Art. 188 ZPO) hinzuweisen.

<sup>27</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7324.

<sup>28</sup> ZÜRCHER (Fn. 26), 907.

<sup>29</sup> WULLSCHLEGER (Fn. 9), Art. 186 ZPO N 1 m.w.H.

<sup>30</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7324.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu auch die Möglichkeit einer späteren Wahrung der Parteirechte gestützt auf Art. 186 Abs. 2 ZPO.

<sup>32</sup> Bei mehreren Experten vgl. auch Art. 187 Abs. 3 ZPO.

<sup>33</sup> Allerdings wurde der Experte in einem der mir vorliegenden Fälle ermächtigt, sich nach vorgängiger Information des Gerichts und der Parteien durch «une personne de son choix aux qualifications équivalentes» substituieren zu lassen.

Soweit nicht vorgängig geklärt, werden die Gutachter zudem über die Ausstandsgründe (Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 ZPO) aufklärt und aufgefordert, allfällige Befangenheitsgründe oder nähere Beziehungen zu den Parteien darzulegen.

Regelmässig finden sich administrative Hinweise, beispielsweise zu den Kosten (Kostenvoranschlag, Vorgehen bei Überschreiten des Kostenvorschusses), zur Frage, ob das Gutachten mündlich oder schriftlich zu erstatten ist, zur Anzahl einzureichender Gutachtenskopien oder zur Retournierung der Akten und zur Frist für die Erstattung des Gutachtens (Art. 185 Abs. 3 ZPO).

Sinnvoll sind letztlich Hinweise zum weiteren Verlauf des Verfahrens, nämlich dass die Parteien nach Ableferung des Gutachtens Gelegenheit erhalten, sich dazu zu äussern und dass aufgrund dieser Stellungnahmen eine Ergänzung des Gutachtens oder eine mündliche Erläuterung (Art. 187 Abs. 1 ZPO) angeordnet werden kann. Auf diese Weise werden die Gutachter bereits vorgängig darüber informiert, dass die bei ihnen erfahrungsgemäss nicht sehr beliebten Ergänzungsfragen möglich und normal sind.

Diese weiteren Hinweise, welche für alle Gutachtensinstruktionen gleichermassen gelten, werden nicht selten in Form eines Merkblattes mit den zugehörigen Gesetzestexten abgegeben.

#### IV. Das rechtliche Gehör der Parteien im Rahmen der Gutachterinstruktion

Die Parteien haben vor der Gutachtenserstellung das Recht, angehört zu werden (Art. 183 Abs. 1 ZPO), sich zur Fragestellung zu äussern und Änderungs- und Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 185 Abs. 2 ZPO). Nach Erstattung des Gutachtens haben sie das Recht, eine Erläuterung des Gutachtens oder Ergänzungsfragen zu beantragen (Art. 187 Abs. 4 ZPO). Es handelt sich hierbei, gemäss Botschaft zur ZPO,<sup>34</sup> um – aufgrund der grossen praktischen Bedeutung – vorgenommene Präzisierungen des allgemeingültigen Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 53 ZPO). Entsprechend sind eine weite Auslegung dieser Bestimmungen und eine Gewährung des rechtlichen Gehörs für alle Elemente der Gutachtensinstruktion zu fordern.

Insbesondere kann das Recht, sich vorgängig zur Fragestellung zu äussern, nicht, wie von einzelnen Gerichten gehandhabt, auf den Fragenkatalog beschränkt werden, zumal die Fragen nicht unwesentlich durch allfällige Hinweise zum Antwortverhalten oder durch eine Einschränkung des Prozessgegenstandes beeinflusst werden. Auch welche Unterlagen der sachverständigen Person zugestellt werden und welche weite-

ren Abklärungen diese zusätzlich tätigen darf, ist für die Formulierung von Änderungs- oder Ergänzungsfragen schon vor der Begutachtung von grosser Relevanz und entsprechend den Parteien vorab bekannt zu geben. Den Parteien ist daher ein Entwurf des gesamten Instruktionsschreibens zur Stellungnahme zuzustellen. Direktkontakte und Absprachen zwischen Gutachtern und Gericht sind auf ein Minimum zu beschränken und zu protokollieren; wo umfangreiche Absprachen nötig sind, kann eine mündliche Instruktionsverhandlung helfen, die Parteirechte wahren.

#### V. Fazit

Die Experteninstruktion besteht aus weit mehr als der Formulierung von Gutachterfragen. Es ist an den Parteien, in ihren Rechtsschriften, vorgängig eine taugliche Grundlage für die Experteninstruktion zu schaffen. Aufgabe des Gerichts ist es, diese Grundlage vorgängig zur Begutachtung im Detail herauszuarbeiten. Nur so kann das Gericht die ihm obliegende verfahrensleitende Funktion erfolgreich wahrnehmen und den Gutachter gehörig instruieren. Und nur so kann der Gutachter mit seinem Fachwissen zur Lösung des Rechtsstreites beitragen.

## Verwertbarkeit von medizinischen Fremdgutachten im Haftpflichtprozess

Christian Haag\*

#### I. Was sind medizinische Fremdgutachten?

Nachstehend soll die Frage beantwortet werden, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Einschränkungen medizinische Fremdgutachten in einem Haftpflichtprozess verwertbar sind (Ziff. II.A.). Als Fremdgutachten werden dabei Gutachten verstanden, die weder von einer der Parteien des Zivilprozesses erstellt, noch von einer solchen Prozesspartei bei einer Drittperson in Auftrag gegeben worden sind. Fremdgutachten stammen somit aus Optik des Zivilprozesses von einer «Drittpartei». Als solche Drittpartei kommen im hier interessierenden medizinischen Kontext infrage:

- Invaliden- und UVG-Versicherung (Ziff. II.B.)
- VVG-Krankentaggeldversicherung (Ziff. II.C.)<sup>1</sup>
- Strafuntersuchungs- und Administrativbehörden, Gerichte, KESB, Militär (Ziff. II.D.)

\* RA, lic. iur., Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Rechtsanwältin Häfliger Haag Häfliger AG, Luzern.

<sup>1</sup> Mangels Praxisrelevanz wird auf die Darstellung der KVG-Krankentaggeldversicherung verzichtet.

<sup>34</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7324.