

## Kann ein (Fach-)Gericht von der Meinung eines beigezogenen Gutachters abweichen und, wenn ja, wie?

§ 181 ZPO ZH; Art. 188 ZPO CH

**Will ein Gericht ein Gutachten korrigieren, so muss es dies auf dem vom Gesetz vorgesehenen Weg tun. Die selbständige Ergänzung eines Gutachtens durch das Gericht – auch wenn es sich bei ihm um ein Fachgericht handeln sollte – ist auch unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht erlaubt.** [229]

KassGer ZH AA090131, Beschluss vom 18. November 2010

Im Rahmen eines Streits um die Behebung von Mängeln eines fehlerhaft erstellten Mehrfamilienhauses war das Handelsgericht Zürich zum Schluss gekommen, der in der Wohnung der Beschwerdegegner verlegte Marmorboden sei mangelhaft, und die Beschwerdegegner dürften ihn auf Kosten der Beschwerdeführerin vollständig ersetzen.

Zur Frage der voraussichtlichen Kosten dieser Ersatzvornahme hatte die Vorinstanz ein Gutachten eines Sachverständigen eingeholt. Dieser hatte für Abbrucharbeiten CHF 8500.– veranschlagt. Diesen Betrag hatte das Handelsgericht in seinem Urteil auf CHF 25 000.– nach oben korrigiert. Es hatte sich dabei massgeblich auf die Aussagen des Verlegers des Marmorbodens gestützt, der von der Beschwerdeführerin als Zeuge angerufen worden war. Dieser hatte die Aufnahme weiterer Positionen (wie Bauinstallation und Transportbühne) in die Kostenschätzung befürwortet, welche im Gutachten nicht berücksichtigt worden waren. Zudem hatte er ausgeführt, der Abschleifaufwand könne erheblich sein, was ebenfalls für eine Erhöhung des vom Gutachter vorgeschlagenen Abbruchbetrags spreche.

Die Beschwerdeführerin führte gegen den Entscheid Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht. Sie beanstandete im Wesentlichen, dass das Handelsgericht ohne triftige Gründe vom Gutachten abgewichen sei. Ausserdem sei das Verfahren nicht korrekt abgelaufen, wäre doch ein unvollständiges Gutachten nach § 181 ZPO ZH durch den Sachverständigen selber zu ergänzen oder zu erläutern. Indem das Handelsgericht davon abgewichen sei, habe es den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt.

Das Kassationsgericht hiess die Beschwerde gut. Zwar sei nicht zu beanstanden, dass das Handelsgericht nicht einfach unbesehen auf das Gutachten abgestellt habe. Eine Zeugenaussage oder die Fachkenntnis von Fachrichtern könnten durchaus geeignet sein, Zweifel an gutachterlichen Feststellungen zu wecken. Wenn ein Gutachten jedoch nicht überzeuge, sei in der Tat nach § 181 ZPO ZH vorzugehen. Das bedeute, dass entweder das Gutachten durch den

Sachverständigen selber ergänzt oder erläutert oder ein neuer Sachverständiger bestellt werden müsse.

Ohne solche Erläuterungen, Ergänzungen oder ein neues Gutachten dürfe das Gericht nicht einfach andere Annahmen oder eigene Feststellungen treffen. Indem das Handelsgericht dies trotzdem getan habe, habe es § 181 ZPO ZH und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt.

### Kommentar

Der Entscheid stellt illustrativ das korrekte Vorgehen bei Vorliegen eines nicht überzeugenden (unvollständigen, nicht nachvollziehbaren oder nicht schlüssigen) Gutachtens klar: Ein Gericht muss nicht unbesehen auf ein Gutachten abstellen; andere Beweismittel oder eigenes Fachwissen des Gerichts können Zweifel am Gutachten begründen. Hält das Gericht das Gutachten aber für mangelhaft, so muss es dieses auf dem vom Gesetz vorgesehenen Weg verbessern (lassen). Es ist ihm untersagt – und wäre willkürlich –, anstelle des Gutachters einfach eigene Feststellungen zu treffen und damit vom Gutachten abzuweichen, ebenso wie es umgekehrt unzulässig wäre, auf ein mangelhaftes Gutachten abzustellen.

Diese Grundsätze bleiben unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung unverändert. Selbständige Ergänzungen oder Abänderungen eines Gutachtens durch das Gericht sind weiterhin nicht erlaubt. Nach wie vor muss das Gericht den gesetzlich vorgegebenen Korrekturweg einhalten. Gleich wie früher die ZPO ZH schreibt die ZPO CH vor, dass entweder ein mangelhaftes Gutachten durch die sachverständige Person ergänzt oder erläutert werden oder stattdessen eine andere sachverständige Person beigezogen werden muss (Art. 188 Abs. 2 ZPO CH).

Sollte jedoch nach vollständiger Durchführung des Beweis- und Korrekturverfahrens eine Zeugenaussage immer noch mehr überzeugen als ein Gutachten, ist es dem Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung erlaubt, auf diese Zeugenaussage abzustellen und vom Gutachten abzuweichen (E. 2.3 des besprochenen Entscheids).

Tina Jäger