

Mangelhafte strassenverkehrsrechtliche Gutachten – Inexistenz einer Gutachterhaftung?

Prof. Dr. iur. LL.M. HARDY LANDOLT, Lehrbeauftragter an der
Universität St. Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung.....	4
2. Strassenverkehrsrechtliche Gutachten	5
2.1 Verkehrsmedizinische Gutachten.....	5
2.1.1 Allgemeines.....	5
2.1.2 Fahreignungsgutachten.....	6
2.1.3 Verkehrspsychologische Gutachten.....	7
2.2 Unfallanalytisches und biomechanisches Gutachten	7
2.2.1 Unfallanalytische Gutachten	7
2.2.2 Biomechanische Gutachten	9
2.2.3 Beweismässige Bedeutung	9
2.3 Gerichts- und versicherungsmedizinische Gutachten.....	10
2.3.1 Gerichtsmedizinische Gutachten	10
2.3.2 Versicherungsmedizinische Gutachten.....	11
2.3.2.1 Allgemeines.....	11
2.3.2.2 Kein Anspruch auf versicherungsmedizinische Begutachtung.....	13
2.4 Sonstige Gutachten	14
3. Rechtsnatur des Gutachtens	14
3.1 Administrativ- und Gerichtsgutachten.....	14
3.2 Privatgutachten.....	16
4. Begutachtungsmängel.....	17
4.1 Formelle Mängel.....	17
4.1.1 Fehlendes Fachwissen	17
4.1.2 Befangenheit.....	18
4.1.3 Vorliegen eines Ablehnungsgrundes.....	20
4.1.4 Fehlende Unabhängigkeit.....	22
4.1.5 Verletzung der Mitwirkungsrechte	23
4.2 Inhaltliche Mängel	27
4.2.1 Allgemeines.....	27
4.2.2 Objektive Gutachtersorgfalt	27
4.2.3 Gutachterleitlinien	28
4.2.3.1 Allgemeines.....	28

4.2.3.2 Schweizerische Gutachterleitlinien	29
5. Folgen mangelhafter Gutachten	30
5.1 Beweis- und haftungsrechtliche Folgen	30
5.2 Haftung des Gutachters im Besonderen	31
5.2.1 Haftung für Privatgutachten	31
5.2.2 Haftung für Administrativ- bzw. Gerichtsgutachten	32
6. Schlussbemerkungen	36

Abstract

Im Bereich des Strassenverkehrsrechts kommen in ganz verschiedenen Bereichen Gutachten zur Anwendung, so in der Form von verkehrsmedizinischen und verkehrspsychologischen Fahreignungsgutachten oder von unfallanalytischen und biomechanischen Gutachten infolge eines Verkehrsunfalls. Der Autor beschreibt zunächst Anforderungen an Form, Inhalt sowie das Verfahren zur Einholung solcher Gutachten sowie Verwendung und Würdigung behördlich und privat eingeholter Gutachten. Alsdann geht er der Frage nach den beweis- und haftungsrechtlichen Folgen mangelhafter Privat- und Administrativ- bzw. Gerichtsgutachten sowie der Haftung des Gutachters bzw. des Staates für mangelhafte Gutachten nach. Der Autor kommt dabei zum Schluss, dass bundesweit einheitliche Kriterien für die Auswahl von Administrativ- und Gerichtsgutachtern, die einzuhaltenden Verfahrensrechte, den Begutachtungsprozess und die Folgen mangelhafter Gutachten wünschbar wären.

1. Einleitung

- 1 Verkehrsunfälle ereignen sich schnell, deren juristische Bewältigung dauert in der Regel lange. Zunächst ist in vielen Fällen nicht klar, wie sich der Unfall genau ereignet hat. Werden Personen verletzt, stellt sich regelmässig die Frage, ob die von den Unfallbeteiligten geltend gemachten gesundheitlichen Beschwerden sich auf den Unfall zurückführen lassen oder nicht durch andere Ursachen, beispielsweise vorbestehende Krankheiten oder frühere Unfälle, (mit)verursacht worden sind. In rechtlicher Hinsicht können sich ebenfalls heikle Abgrenzungsfragen stellen, deren Beantwortung ein besonderes Fachwissen voraussetzt. In all diesen Fällen der tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheit erschallt der Ruf nach einem Gutachter, der dank seines Fachwissens die ungeklärten Fragen beantworten soll.

2. Strassenverkehrsrechtliche Gutachten

2.1 Verkehrsmedizinische Gutachten

2.1.1 Allgemeines

Das Gutachten ist auch in strassenverkehrsrechtlicher Hinsicht ein nicht weg- 2
zudenkendes Hilfsmittel. Der Ruf nach einem Gutachter erfolgt nicht nur im
Zusammenhang mit Verkehrsunfällen, sondern bereits zu einem früheren
Zeitpunkt, wenn Fahreignung und Fachkompetenz umstritten sind. Motor-
fahrzeugführer müssen über Fahreignung und Fahrkompetenz verfügen¹.
Über Fahreignung verfügt, wer das Mindestalter erreicht hat, die erforderliche
körperliche und psychische Leistungsfähigkeit zum sicheren Führen von
Motorfahrzeugen hat, frei von einer Sucht ist, die das sichere Führen von
Motorfahrzeugen beeinträchtigt, und nach seinem bisherigen Verhalten Ge-
währ bietet, als Motorfahrzeugführer die Vorschriften zu beachten und auf die
Mitmenschen Rücksicht zu nehmen².

Die Fahrkompetenz besteht dann, wenn die um einen Führerausweis ersu- 3
chende Person die Verkehrsregeln kennt und Fahrzeuge der Kategorie, für die
der Ausweis gilt, sicher führen kann³. Wer einen Lernfahr-, Führerausweis
oder eine Bewilligung zum berufsmässigen Personentransport erwerben will,
muss die medizinischen Mindestanforderungen nach Anhang 1 VZV erfül-
len⁴. Vor der Einreichung eines Gesuchs um die Erteilung eines Lernfahr-
oder Führerausweises oder einer Bewilligung zum berufsmässigen Personen-
transport muss der Gesuchsteller sein Sehvermögen bei einem in der Schweiz
tätigen Arzt mit einem eidgenössischen oder einem anerkannten ausländi-
schen Diplom oder bei einem in der Schweiz tätigen diplomierten Augenopti-
ker summarisch prüfen lassen⁵.

Der Führerausweis ist zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzli- 4
chen Voraussetzungen zur Verteilung nicht oder nicht mehr bestehen, insbe-
sondere wenn die Fahreignung oder die Fahrkompetenz nicht mehr besteht⁶.
Dieser sog. Sicherungsentzug greift tief in den Persönlichkeitsbereich des
Betroffenen ein, weshalb eine sorgfältige Abklärung aller wesentlichen Ge-

¹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 SVG.

² Vgl. Art. 14 Abs. 2 SVG.

³ Vgl. Art. 14 Abs. 3 SVG.

⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 1 VZV.

⁵ Vgl. Art. 9 VZV.

⁶ Vgl. Art. 16 Abs. 1 SVG.

sichtspunkte vorzunehmen ist. In Zweifelsfällen ist ein verkehrs- oder gerichtsmedizinisches Gutachten anzuordnen⁷.

2.1.2 Fahreignungsgutachten

- 5 Bestehen Zweifel an der Fahreignung einer Person, so wird diese einer Fahreignungsuntersuchung unterzogen, namentlich bei⁸:
 - Fahren in angetrunkenem Zustand mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,6 Gewichtspromille oder mehr oder mit einer Atemalkoholkonzentration von 0,8 mg Alkohol oder mehr pro Liter Atemluft⁹;
 - Fahren unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln oder bei Mitführen von Betäubungsmitteln, die die Fahrfähigkeit stark beeinträchtigen oder ein hohes Abhängigkeitspotenzial aufweisen¹⁰;
 - Verkehrsregelverletzungen, die auf Rücksichtslosigkeit schliessen lassen;
 - Meldung einer kantonalen IV-Stelle¹¹;
 - Meldung eines Arztes, dass eine Person wegen einer körperlichen oder psychischen Krankheit, wegen eines Gebrechens oder wegen einer Sucht Motorfahrzeuge nicht sicher führen kann.
- 6 Das Ausmass der notwendigen behördlichen Nachforschungen, namentlich die Frage, ob ein medizinisches Gutachten eingeholt werden soll, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles und liegt im pflichtgemässen Ermessen der Entzugsbehörde¹².

⁷ Siehe z.B. BGE 127 II 122 E. 3b sowie Urteile BGer 1C_150/2010 vom 25. November 2010 E. 5.5.

⁸ Vgl. Art. 15d Abs. 1 lit. a–e SVG.

⁹ Vgl. Urteile BGer 1C_327/2011 vom 19. Oktober 2011 E. 2.2 und 1C_16/2008 vom 3. September 2008 E. 5.4 f.

¹⁰ Der regelmässige Konsum von Drogen, der seiner Häufigkeit und Menge nach geeignet ist, die Fahreignung zu beeinträchtigen, ist der Drogenabhängigkeit gleichzustellen (vgl. BGE 127 II 122 E. 3c). Ein die momentane Fahrfähigkeit beeinträchtigender Cannabiskonsum kann unter Umständen Anlass bieten, die generelle Fahreignung des Betroffenen durch ein Fachgutachten abklären zu lassen (ibid. E. 4b). Ein die momentane Fahrfähigkeit beeinträchtigender kombinierter Konsum von Alkohol und verschiedenen Betäubungsmitteln kann ebenfalls Anlass bieten, die Fahreignung des Betroffenen durch ein Fachgutachten abklären zu lassen (vgl. BGE 128 II 335 E. 4c).

¹¹ Zweifelt die IV-Stelle, dass die versicherte Person über die körperliche oder geistige Leistungsfähigkeit verfügt, die zum sicheren Führen von Motorfahrzeugen notwendig ist, so kann sie die versicherte Person der zuständigen kantonalen Behörde melden (vgl. Art. 66c Abs. 1 IVG).

¹² Statt vieler BGE 129 II 82 E. 2.2.

2.1.3 Verkehrspsychologische Gutachten

Verkehrspsychologische Gutachten im Zusammenhang mit einer zweifelhaften Fahreignung sind insbesondere in folgenden Fällen einzuholen¹³: 7

- Bestehen aus verkehrspsychologischen Gründen Zweifel an der Fahreignung einer Person, namentlich im Zusammenhang mit Verkehrsregelverletzungen, die auf Rücksichtslosigkeit schliessen lassen, hat die Administrativbehörde eine Fahreignungsuntersuchung durch einen Verkehrspsychologen anzuordnen¹⁴.
- Ein neuer Lernfahrausweis kann frühestens ein Jahr nach Begehung der Widerhandlung, die zum Verfall des Führerausweises auf Probe führt, und nur auf Grund eines verkehrspsychologischen Gutachtens erteilt werden, das die Eignung bejaht. Diese Frist wird um ein Jahr verlängert, wenn die betroffene Person während dieser Zeit ein Motorrad oder einen Motorwagen geführt hat¹⁵.
- Der für immer entzogene Führerausweis kann nur unter den Bedingungen von Art. 23 Abs. 3 SVG wiedererteilt werden. Erfolgte der Entzug gestützt auf Art. 16d Abs. 3 lit. b SVG, so kann der Ausweis frühestens nach zehn Jahren und nur aufgrund einer positiven verkehrspsychologischen Beurteilung wiedererteilt werden¹⁶.
- Ein verkehrspsychologisches Gutachten ist zwingend erforderlich für die Zulassung als Verkehrsexperte für amtliche Führer- und Fahrzeugprüfungen¹⁷.

2.2 Unfallanalytisches und biomechanisches Gutachten

2.2.1 Unfallanalytische Gutachten

Ereignet sich ein Verkehrsunfall, muss der Unfallhergang festgestellt werden, 8 damit die Regulierung der Sach- und Personenschäden erfolgen kann. Die Kenntnis des Unfallhergangs ist notwendig einerseits für die Beantwortung

¹³ Die Vorschriften der VZV betreffend verkehrsmedizinischer und verkehrspsychologischer Untersuchungen wurden mit Wirkung ab 1. Juli 2016 totalrevidiert (siehe Änderung vom 1. Juli 2015 der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr [Verkehrszulassungsverordnung, VZV] = AS 2015, 2599). Medizinische und verkehrspsychologische Gutachten nach bisherigem Recht sind in allen Kantonen bis zum 31. Dezember 2018 anzuerkennen, wenn sie von einer von der kantonalen Behörde bezeichneten Untersuchungsstelle verfasst und nicht älter als ein Jahr sind (vgl. Art. 151j Abs. 4 VZV).

¹⁴ Vgl. Art. 28a Abs. 1 lit. b VZV.

¹⁵ Vgl. Art. 15a Abs. 5 SVG.

¹⁶ Vgl. Art. 17 Abs. 4 SVG.

¹⁷ Vgl. Art. 65 Abs. 2 lit. e VZV.

von Kausalitätsfragen, andererseits für die Beurteilung eines allfälligen Verschuldens der Fahrzeuglenker und Mitbeteiligter. Für die Feststellung des Unfallherganges stehen diverse Beweismittel zur Verfügung.

- 9 Neben der Befragung von Unfallbeteiligten und -zeugen stehen regelmässig Unfallprotokolle und Polizeirapporte sowie Bildmaterial und gegebenenfalls Fahrzeugdaten zur Verfügung. Unfallprotokolle und Polizeirapporte sind aber nicht geeignet, um den Unfallhergang und Kausalitätsfragen rekonstruieren zu können. Diese Beweise dienen dazu, den Unfall, die beteiligten Personen sowie den Erfolg zu beweisen, indem beispielsweise Schäden an Fahrzeugen und Verletzungen festgehalten werden. Ob eine Verletzung aber wirklich durch den Unfall erfolgt ist, kann damit nicht belegt werden¹⁸.
- 10 Die Aussagen der Unfallbeteiligten und -zeugen sind ebenfalls nur eingeschränkt verwertbar, weil die menschliche Wahrnehmungsfähigkeit etwa bezüglich der zeitlichen Abfolge der Geschehnisse überfordert ist und entsprechend unterschiedliche Wahrnehmungen und Angaben gemacht werden. Sofern der Unfallhergang mit diesen Beweismitteln nicht hinreichend rekonstruiert werden kann, ist ein unfallanalytisches Gutachten, mitunter auch unfalltechnisches Gutachten genannt, einzuholen. Der technische Gutachter ist in der Lage, anhand des dokumentierten Spurenbildes und der Schäden an den Fahrzeugen Rückschlüsse hinsichtlich des Unfallherganges zu ziehen.
- 11 Die Plausibilität des unfallanalytischen Gutachtens steht und fällt mit den verfügbaren Informationen zum Unfallhergang. Insbesondere die dokumentierten Sachschäden an den Fahrzeugen liefern – gerichtsnotorisch – verlässliche Hinweise hinsichtlich der Kollisionsgeschwindigkeit. Wird beispielsweise behauptet, dass die geschädigte Person mit einer ungebremsten Geschwindigkeit von 50 km/h in den hinteren rechten Kotflügel des unfallgegnerischen Fahrzeuges geprallt sei, so müssen auf den Fotos von den Unfallfahrzeugen erhebliche Schädigungen feststellbar sein¹⁹.
- 12 Kann der genaue Unfallhergang im Rahmen eines unfallanalytischen Gutachtens nicht festgestellt werden, beschränkt sich die Aufgabe des technischen Gutachters darauf, plausible Kollisionsvarianten zu beschreiben. Es ist hernach Sache der Justiz, unter Berücksichtigung sämtlicher Beweismittel den rechtserheblichen Unfallhergang in tatsächlicher Hinsicht festzustellen und rechtlich zu würdigen.

¹⁸ Vgl. Urteil HGer ZH HG090055 vom 4. September 2014 E. III/6.2.2a.

¹⁹ Vgl. Urteil BGer 8C_81/2008 vom 26. August 2008 E. 5.4.

2.2.2 Biomechanische Gutachten

Ein biomechanisches Gutachten, auch unfalldynamisches Gutachten genannt, hat zum Ziel, die Belastungen und Bewegungen zu rekonstruieren, welche auf die Unfallfahrzeuge bzw. deren Insassen gewirkt haben. Insbesondere geht es darum, die Kollisionsgeschwindigkeiten der Unfallfahrzeuge bzw. ihre kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung (delta-v) zu ermitteln. Die biomechanische Begutachtung durch einen Mediziner verbindet die Erkenntnisse der unfallanalytischen Beurteilung mit den spezifischen Umständen, insbesondere dem Zustand der im Fahrzeug befindlichen Person und deren Sitzposition, und gibt Auskunft darüber, wie sich das Kollisionsereignis konkret auf die beteiligte Person ausgewirkt hat. 13

2.2.3 Beweismässige Bedeutung

Die beweismässige Bedeutung von unfallanalytischen und biomechanischen Gutachten ist je nach Rechtsgebiet unterschiedlich. Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung wertet unfalltechnische und biomechanische Analysen lediglich als gewichtige Anhaltspunkte für die im Rahmen der Adäquanzprüfung relevante Frage nach der Schwere des Unfallereignisses²⁰. Die Qualifikation eines Unfalls als leicht, mittelschwer oder schwer ist indessen eine Rechtsfrage und als solche nicht durch den Unfallanalytiker, sondern durch den rechtsanwendenden Unfallversicherer oder gegebenenfalls das Sozialversicherungsgericht zu entscheiden²¹. Beweisanträge betreffend ergänzender unfallanalytischer bzw. biomechanischer Gutachten werden als Folge dieser Rechtsprechung regelmässig abgewiesen²². 14

Die Berücksichtigung der Ergebnisse eines unfallanalytischen bzw. biomechanischen Gutachtens im Rahmen der Adäquanzbeurteilung ist nicht stossend, wenn gutachterlich lediglich Kollisionsvarianten bzw. eine Kollisionsgeschwindigkeit innerhalb einer bestimmten Bandbreite genannt werden konnte²³. Ebenso wenig wird die Aussagekraft eines unfallanalytischen Gutachtens dadurch eingeschränkt, dass dem Gutachter keine Fotos des beschädigten Unfallfahrzeuges, sondern lediglich das Unfallprotokoll und die Beschreibung des Schadens am Unfallfahrzeug in der Reparaturrechnung zur 15

²⁰ Vgl. Urteile BGER 8C_137/2014 vom 5. Juni 2014 E. 6.2, 8C_207/2011 vom 26. Juli 2011 E. 5, 8C_253/2010 vom 15. September 2010 E. 6.2, 8C_786/2009 vom 4. Januar 2010 E. 4.6.1, SVR 2009 UV Nr. 18 S. 69 E. 5.2, U 565/06 vom 11. Oktober 2007 E. 5.1, RKUV 2003 Nr. U 489 S. 357 E. 3.2, U 153/05 vom 1. März 2006 E. 6.2.2, U 125/01 vom 26. März 2003 E. 3.1, U 205/02 vom 18. März 2003 E. 2.1 und U 396/99 vom 30. April 2001 E. 2b.

²¹ Statt vieler SVR 2009 UV Nr. 18 S. 69 E. 5.2.

²² Vgl. Urteile BGER 8C_29/2010 vom 27. Mai 2010 E. 5.3 und 8C_786/2009 vom 4. Januar 2010 E. 4.6.1.

²³ Vgl. Urteil BGER 4A_540/2010 vom 8. Februar 2011 E. 1.4.

Verfügung standen; in einem solchen Fall ist es ausreichend, wenn ein typgleiches Fahrzeug besichtigt wird²⁴.

- 16 Die gutachterlichen Feststellungen bilden jedoch in keinem Fall eine hinreichende Grundlage für die Beurteilung der natürlichen Kausalität von Verletzungen. Wird eine unfallkausale Verletzung, namentlich eine HWS-Verletzung, aus technischer und biomechanischer Sicht klar ausgeschlossen, schliesst dies mithin eine Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht unbedingt aus, insbesondere in den Fällen, in welchen die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung Δv über der Harmlosigkeitsschwelle von 10 km/h liegt²⁵. Die natürliche Kausalität wird in erster Linie aufgrund medizinischer Fakten und ärztlicher Einschätzung beurteilt²⁶; insbesondere kann auch der Wegfall der natürlichen Kausalität nicht anhand von unfallanalytischen bzw. mechanischen Gutachten beurteilt werden²⁷.
- 17 Die haftpflichtrechtliche Praxis demgegenüber lässt die Berücksichtigung von unfallanalytischen und biomechanischen Gutachten im Zusammenhang mit der Beurteilung der natürlichen Kausalität zu. Nach der Meinung des Bundesgerichts besteht im Rahmen eines Zivilprozesses keine gesetzliche Beweismittelbeschränkung. Entsprechend können unfallanalytische und biomechanische Gutachten bei der Ermittlung der natürlichen Kausalität berücksichtigt werden²⁸. Das höchste Gericht betont jedoch, dass aus der Zulässigkeit der Berücksichtigung der gutachterlichen Ergebnisse keineswegs gefolgert werden kann, dass für die Abklärung des natürlichen Kausalzusammenhangs zwingend ein biomechanisches Gutachten erforderlich ist²⁹. Der Verzicht auf ein unfalldynamisches Gutachten ist insbesondere dann zulässig, wenn der verletzte Körperteil eingeklemmt bzw. keiner dynamischen Krafteinwirkung ausgesetzt war³⁰.

2.3 Gerichts- und versicherungsmedizinische Gutachten

2.3.1 Gerichtsmedizinische Gutachten

- 18 Tritt der Tod unnatürlich ein, muss der Leichnam einer Legalinspektion durch einen sachverständigen Arzt unterzogen werden³¹. Bestehen nach der Legal-

²⁴ Ibid. E. 1.5.

²⁵ Vgl. Urteil BGer U 314/03 vom 8. November 2004 E. 2.2.

²⁶ Vgl. RKUV 2003 Nr. U 489 S. 357 E. 3.2.

²⁷ Vgl. z.B. Urteil BGer U 372/04 vom 4. Mai 2005 E. 3.6.

²⁸ Vgl. z.B. Urteile BGer 4A_540/2010 vom 8. Februar 2011 E. 1.3.2 und 4A_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2 f. und E. 2.9.

²⁹ Vgl. Urteil BGer 8C_933/2011 vom 9. Mai 2012 E. 6.1.

³⁰ Ibid.

³¹ Vgl. Art. 253 Abs. 1 StPO.

inspektion keine Hinweise auf eine Straftat und steht die Identität fest, so gibt die Staatsanwaltschaft die Leiche zur Bestattung frei, andernfalls ordnet sie eine Obduktion an oder behält die Leiche oder Teile davon zurück³². Eine Obduktion im Zusammenhang mit einem Verkehrsunfall ist entsprechend bei einer möglichen Fremdverantwortung oder bei einem Versterben im Spital durchzuführen³³. Lässt das Verletzungsbild des Geschädigten nach der gerichtsmedizinischen Expertise keinen Schluss darauf zu, ob der Sicherheitsgurt getragen wurde oder nicht, darf in willkürfreier antizipierter Beweiswürdigung davon ausgegangen werden, dass auch von einem biomechanischen Gutachten kein eindeutiges Ergebnis erwartet werden kann³⁴.

2.3.2 Versicherungsmedizinische Gutachten

2.3.2.1 Allgemeines

Im Zusammenhang mit der Regulierung von Versicherungs- und Haftungsansprüchen stellen sich regelmässig mannigfaltige medizinische Fragen. Diese betreffen einerseits die gesundheitlichen Beschwerden, welche unfallbedingt eingetreten sind, und andererseits die daraus resultierenden funktionellen Beeinträchtigungen im erwerblichen und hauswirtschaftlichen Bereich. Ausgangslage ist die medizinische Befundlage. Eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit kann immer nur dann anspruchserheblich sein, wenn sie Folge einer Gesundheitsbeeinträchtigung ist, die fachärztlich einwandfrei diagnostiziert worden ist³⁵. 19

Es ist Aufgabe des medizinischen Sachverständigen darzulegen, ob bei der begutachteten Person eine Diagnose gemäss den einschlägigen Klassifikationsvorgaben, insbesondere der ICD-10, gestellt werden kann. Eine versicherte Gesundheitsschädigung liegt dann nicht vor, wenn und soweit die Leistungseinschränkung auf Aggravation oder einer ähnlichen Erscheinung beruht³⁶. Eine solche Ausgangslage ist etwa gegeben, wenn: eine erhebliche Diskrepanz zwischen den geschilderten Schmerzen und dem gezeigten Verhalten oder der Anamnese besteht; intensive Schmerzen angegeben werden, deren Charakterisierung jedoch vage bleibt; keine medizinische Behandlung und Therapie in Anspruch genommen wird; demonstrativ vorgetragene Klagen auf den Sachverständigen unglaubwürdig wirken; schwere Einschrän- 20

³² Vgl. Art. 253 Abs. 2 und 3 StPO.

³³ Siehe Merkblatt «Indikation für eine Obduktion» des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich (online verfügbar <http://www.irm.uzh.ch/de/downloads/fmb/info.html> – zuletzt besucht am 22. Mai 2017).

³⁴ Vgl. Urteil BGER 6B_60/2008 vom 23. April 2008 E. 2.3.3.

³⁵ Vgl. BGE 141 V 281 E. 2.1.

³⁶ Ibid. E. 2.2.1.

kungen im Alltag behauptet werden, das psychosoziale Umfeld jedoch weitgehend intakt ist³⁷.

- 21 Bestehen keine derartige Ausschlussgründe, ist in medizinischer Hinsicht festzustellen, welche funktionellen Folgen die diagnostizierten Gesundheitsschädigungen in qualitativer und quantitativer Hinsicht hat³⁸. Die Beurteilung der funktionellen Leistungsdefizite ist rechtsprechungsgemäss anhand von Standardindikatoren vorzunehmen. Zu diesen Standardindikatoren zählen:
- Art und funktioneller Schweregrad der diagnostizierten Gesundheitsschädigung,
 - Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde,
 - Behandlungs- und Eingliederungserfolg bzw. Behandlungs- und Eingliederungsresistenz,
 - Komorbiditäten,
 - Persönlichkeit der begutachteten Person (Persönlichkeitsdiagnostik, persönliche Ressourcen),
 - sozialer Kontext,
 - Konsistenz des Verhaltens,
 - Gleichmässigkeit der Einschränkung des Aktivitätsniveaus in vergleichbaren Lebensbereichen und
 - behandlungs- und eingliederungsanamnestisch ausgewiesener Leidensdruck³⁹.
- 22 Die gutachterlichen Feststellungen zu den im Einzelfall relevanten Indikatoren verschaffen Rechtsanwendern die tatsächlichen Grundlagen, um entscheiden zu können, ob und inwieweit rechtlich relevante gesundheitliche Beeinträchtigungen und funktionelle Leistungseinbussen bestehen⁴⁰. Die vorstehend geschilderte Vorgehensweise gilt nicht nur bei objektiv nachweisbaren, sondern auch bei objektiv nicht nachweisbaren gesundheitlichen Beeinträchtigungen, insbesondere für somatoforme Schmerzstörungen und andere pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage⁴¹.
- 23 Mit Bezug auf die Invaliditätsbemessung umschreibt das Bundesgericht die Aufgabenverteilung zwischen Arzt und Richter wie folgt:
- «Sache des (begutachtenden) *Mediziners* ist es erstens, den *Gesundheitszustand* zu beurteilen und wenn nötig seine Entwicklung im Laufe der Zeit zu *beschreiben*, d.h. mit den Mitteln fachgerechter ärztlicher Untersuchung unter Berücksichti-

³⁷ Vgl. BGE 131 V 49 E. 1.2.

³⁸ Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.1.

³⁹ Ibid. E. 4.1.3.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Vgl. BGE 141 V 574 E. 5.2.

gung der subjektiven Beschwerden die *Befunde* zu erheben und gestützt darauf die *Diagnose* zu stellen. Hiermit erfüllt der Sachverständige seine genuine Aufgabe, wofür Verwaltung und im Streitfall Gericht nicht kompetent sind.

Bei der Folgenabschätzung der erhobenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen für die Arbeitsfähigkeit kommt der Arztperson hingegen keine abschliessende Beurteilungskompetenz zu. Vielmehr *nimmt die Arztperson zur Arbeitsunfähigkeit Stellung*, d.h. sie gibt eine *Schätzung* ab, welche sie aus ihrer Sicht so substantziell wie möglich begründet. Schliesslich sind die *ärztlichen Angaben eine wichtige Grundlage* für die juristische Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der Person *noch zugemutet werden können*. Nötigenfalls sind, in Ergänzung der medizinischen Unterlagen, für die Ermittlung des erwerblich nutzbaren Leistungsvermögens die Fachpersonen der beruflichen Integration und Berufsberatung einzuschalten.»⁴²

Recht und Medizin haben in jedem Fall, je nach ihren fachlichen und funktio- 24
nellen Zuständigkeiten, zur Feststellung ein und derselben versicherungs-
medizinisch relevanten Anspruchsvoraussetzung, insbesondere der Arbeits-
unfähigkeit, beizutragen. Die medizinischen Gutachter sind nicht berechtigt,
wie häufig anzutreffen, eine quasi freihändige Beurteilung abzugeben und
daneben noch Grundlagen zu liefern, anhand derer die Rechtsanwender eine
von der subjektiven ärztlichen Einschätzung losgelöste Parallelüberprüfung
vornehmen sollen. Es gibt keine unterschiedlichen Regeln gehorchende, ge-
trennte Prüfung einer medizinischen und einer rechtlichen Arbeitsfähigkeit⁴³.

2.3.2.2 Kein Anspruch auf versicherungsmedizinische Begutachtung

Ob und inwieweit eine versicherungsmedizinische Begutachtung durchge- 25
führt wird, entscheidet der Sozialversicherungsträger nach pflichtgemäßem
Ermessen. Es besteht kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Beizug versi-
cherungsexterner medizinischer Gutachten, wenn Versicherungsansprüche
streitig sind. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung ist es grundsätzlich
zulässig, dass Verwaltung und Sozialversicherungsrichter den Entscheid al-
lein auf versicherungsinterne Entscheidungsgrundlagen stützen⁴⁴.

Soll ein Versicherungsfall ohne Einholung eines externen Gutachtens ent- 26
schieden werden, so sind an die Beweiswürdigung strenge Anforderungen zu
stellen. Bestehen auch nur geringe Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüs-
sigkeit der versicherungsinternen ärztlichen Feststellungen, sind ergänzende
Abklärungen vorzunehmen⁴⁵. Entscheidet sich der Sozialversicherungsträger
zu einer medizinischen Begutachtung, hat er die Mitwirkungsrechte der ver-

⁴² BGE 140 V 193 E. 3.2.

⁴³ Vgl. BGE 141 V 281 E. 5.2.3.

⁴⁴ Vgl. BGE 122 V 157 ff.

⁴⁵ Vgl. BGE 135 V 465 E. 4.4 und Urteil BGer 9C_999/2010 vom 14. Februar 2011 E. 5.1.2.

sicherten Person zu beachten. Er ist insbesondere verpflichtet, der versicherten Person von einer beabsichtigten versicherungsmedizinischen Begutachtung Kenntnis zu geben. Erfolgt die medizinische Begutachtung einer versicherten Person während eines Rehabilitationsaufenthalts durch die behandelnden Ärzte ohne Wissen der Betroffenen wird das verfassungsmässige Recht auf Selbstbestimmung verletzt und hat zur Folge, dass das versicherungsmedizinische Gutachten nicht verwertbar ist⁴⁶.

2.4 Sonstige Gutachten

- 27 In strassenverkehrsrechtlicher Hinsicht sind ferner diverse andere gutachterliche Feststellungen denkbar. Die vom Bundesrat festgesetzte Höchstgeschwindigkeit kann beispielsweise für bestimmte Strassenstrecken von der zuständigen Behörde nur auf Grund eines Gutachtens herab- oder heraufgesetzt werden⁴⁷.

3. Rechtsnatur des Gutachtens

3.1 Administrativ- und Gerichtsgutachten

- 28 Die für den Sachverständigenbeweis massgeblichen Verfahrensvorschriften⁴⁸ gelten für Administrativ- und Gerichtsgutachten, nicht aber für Privatgutachten. Ein Administrativ- bzw. Gerichtsgutachten liegt vor, wenn ein Justizorgan den Gutachtensauftrag erteilt hat. Es genügt nicht, dass es sich beim Auftraggeber um eine staatliche Stelle bzw. einen Staatsangestellten handelt. Art. 182 StPO hält in Bezug auf strafprozessuale Gutachten explizit fest, dass diese entweder von der Staatsanwaltschaft oder dem zuständigen Gericht eingeholt werden. Schriftliche Auskünfte, welche die Polizei einholt, gelten nicht als Gutachten, sondern als blosse Akten, in welche während eines hängigen Verfahrens Einsicht genommen werden kann⁴⁹. Ein ärztliches Gutachten, das vom Strassenverkehrsamt eingeholt worden ist, stellt demgegenüber ein Administrativgutachten dar⁵⁰.

⁴⁶ Vgl. Urteil BGer 8C_979/2010 vom 9. Mai 2011 E. 5.1.

⁴⁷ Vgl. Art. 32 Abs. 3 SVG.

⁴⁸ Vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 57 ff. BZP, Art. 44 ATSG, Art. 183 ff. ZPO und Art. 182 ff. StPO.

⁴⁹ Vgl. Art. 100 ff. StPO.

⁵⁰ Vgl. Urteil BGer 1F_34/2012 vom 18. Januar 2013 E. 2.3.

Um Administrativgutachten handelt es sich auch dann, wenn Sozialversicherungsträger medizinische Abklärungen bei einer anerkannten MEDAS-Stelle oder einem privaten Arzt einholen. Die medizinischen Administrativgutachten sind von einfachen ärztlichen Stellungnahmen zu unterscheiden. Eine klare Abgrenzung zwischen medizinischen Gutachten und einfachen ärztlichen Stellungnahmen besteht allerdings nicht⁵¹. Bei einfachen ärztlichen Stellungnahmen handelt es sich etwa um solche der behandelnden Ärzte oder um Berichte externer Ärzte, welche nicht auf einer persönlichen Untersuchung durch den fraglichen Arzt beruhen⁵². Die fachmedizinischen Stellungnahmen der Rehaklinik Bellikon, soweit sie von der SUVA verlangt werden, sind nicht als Gutachten unabhängiger Sachverständiger zu betrachten⁵³.

Gestützt auf die verfassungsrechtlichen Kompetenzen⁵⁴ sind die Kantone grundsätzlich berechtigt, die Anforderungen an gerichtliche Gutachter festzusetzen. Diese Zuständigkeit ist eingeschränkt, soweit eine entgegenstehende abschliessende bundesrechtliche Regelung besteht oder soweit die kantonale Regelung gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstösst oder dessen Zweck beeinträchtigt oder vereitelt⁵⁵. Bund und Kantone können insoweit für bestimmte Gebiete, insbesondere auch in strafprozessualer Hinsicht, dauernd bestellte oder amtliche Sachverständige vorsehen⁵⁶. Die sachverständige Person, die gestützt auf Art. 20 und 56 Abs. 3 StGB Gutachten erstellt, muss in aller Regel Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie sein; das kantonale Recht kann weitergehende Bestimmungen vorsehen (z.B. forensische Weiterbildung)⁵⁷.

Privatpersonen, welche als amtliche Gutachter bestimmt werden, üben eine hoheitliche Tätigkeit aus und können sich nur insoweit auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, als sie neben der amtlichen Gutachtertätigkeit eine private Tätigkeit ausüben. Die Wirtschaftsfreiheit gewährt zudem keinen Anspruch darauf, zu einer hoheitlichen oder amtlichen Tätigkeit zugelassen zu werden⁵⁸. Die Nichtzulassung von privatwirtschaftlich tätigen Personen als amtliche Gutachter kann unter Umständen ein faktisches Berufsverbot bewirken.

⁵¹ Vgl. BGE 122 V 157 E. 1b.

⁵² Art. 49 IVV unterscheidet Berichte des regionalärztlichen Dienstes mit und ohne Untersuchung der versicherten Person. Wurden keine eigenen medizinischen Befunde erhoben, handelt es sich beim Bericht des regionalärztlichen Dienstes nicht um ein Gutachten, sondern lediglich um eine amtsinterne Empfehlung zur weiteren Bearbeitung des Leistungsbegehrens aus medizinischer Sicht (statt vieler Urteil BGER 8C_724/2011 vom 24. Juli 2012 E. 5.3.3).

⁵³ Vgl. BGE 136 V 117 E. 3.4 und Urteil BGER 8C_979/2010 vom 9. Mai 2011 E. 5.1.

⁵⁴ Vgl. Art. 47 Abs. 2, Art. 122 Abs. 2, Art. 123 Abs. 2 und Art. 3 BV.

⁵⁵ Vgl. Urteil BGER 2C_121/2011 vom 9. August 2011 E. 4.4.3.

⁵⁶ Vgl. Art. 183 Abs. 2 StPO.

⁵⁷ Vgl. BGE 140 IV 49 E. 2.

⁵⁸ Vgl. Urteil BGER 2C_121/2011 vom 9. August 2011 E. 4.4.1.

Der nicht zugelassene Privatgutachter kann sich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenigen aber nur berufen, sofern die Gutachtertätigkeit eine geradezu typische Berufstätigkeit darstellt⁵⁹. Die Erbringung forensischer Gutachten ist eine für Psychologen oder Psychotherapeuten nicht geradezu typische Berufstätigkeit⁶⁰.

3.2 Privatgutachten

- 32 Soweit der Gutachtensauftrag von einer Privatperson vor oder während eines hängigen Verfahrens oder ausserhalb jeglichen Verfahrens erteilt wird, liegt ein Privatgutachten vor. Privatgutachten unterscheiden sich in mehrfacher Hinsicht von Administrativ- und Gerichtsgutachten. Die Unterschiede bestehen in Bezug auf die Auftragserteilung, die Kostentragung, die Beweiskraft sowie die Strafandrohungen, welchen der Gutachter unterliegt.
- 33 Die Parteien können vorprozessual und im Rahmen von zivilprozessualen Auseinandersetzungen vereinbaren, entweder ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen⁶¹ oder über streitige Tatsachen ein Schiedsgutachten einzuholen⁶². Das Schiedsgutachten bindet das Gericht hinsichtlich der darin festgestellten Tatsachen, wenn:
- die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können,
 - gegen die beauftragte Person kein Ausstandsgrund vorlag und
 - das Schiedsgutachten ohne Bevorzugung einer Partei erstellt wurde und nicht offensichtlich unrichtig ist⁶³.
- 34 Mit der Erstattung eines Schiedsgutachtens kann auch die Entscheidung von rechtlichen Vorfragen verbunden sein, soweit die dem Schiedsgutachter übertragene Aufklärung von Tatbestandselementen dies erfordert, so z.B. bei Versicherungsstreitigkeiten die Entscheidung darüber, was unter dem Ersatzwert zu verstehen ist, ob im Rechtssinne ein Verschulden, ein ursächlicher Zusammenhang, eine Erwerbsunfähigkeit vorliegt etc.

⁵⁹ Ibid. E. 4.3.3.

⁶⁰ Vgl. BGE 130 I 26 ff.

⁶¹ Vgl. Art. 61 und Art. 353 ff. ZPO.

⁶² Vgl. Art. 189 Abs. 1 ZPO.

⁶³ Vgl. Art. 189 Abs. 3 ZPO.

4. Begutachtungsmängel

4.1 Formelle Mängel

4.1.1 Fehlendes Fachwissen

Ein Gutachten kann formelle oder inhaltliche Mängel aufweisen. Formelle Mängel betreffen nicht die Aussagen des Gutachters in Bezug auf die ihm gestellten Fragen, sondern entweder die Person des Gutachters oder das Verfahren, wie das Gutachten in Auftrag gegeben oder erstellt wurde. Um als Sachverständiger zu gelten, muss die fragliche Person über die besonderen Kenntnisse, welche zur Beurteilung der umstrittenen Tatsachen, ausnahmsweise Rechtsfragen, notwendig sind, verfügen. «Mit dem Ausdruck <Fachwissen> fordert das Gesetz besondere, über die allgemeine Lebenserfahrung hinausgehende Sachkenntnisse, wozu typische Branchenkenntnisse, nicht mehr allgemein verständliche wirtschaftliche und technische Erfahrungssätze, insbesondere wissenschaftliche Erfahrungssätze, gehören»⁶⁴. 35

Soweit Sachverständige amtlich bestellt sind, gelten diese als in ihrem Fachbereich befähigt. Staatliche Funktionäre, welche über besondere Kenntnisse und Fähigkeiten in einem Fachbereich verfügen, gelten nicht als amtlich bestellte Gutachter. Ein Polizeibeamter, der im Rahmen seiner Ermittlungstätigkeit ein Radargerät bedient und in einem konkreten Fall die Messergebnisse in einem Protokoll festhält, ist nicht als Sachverständiger tätig⁶⁵. Ein langjähriger Mitarbeiter des kriminaltechnischen Dienstes gilt demgegenüber als befähigter Sachverständiger⁶⁶. 36

Der Facharztstitel im fraglichen Bereich befähigt demgegenüber den Inhaber als sachverständige Person⁶⁷. Eine genügende Fachkompetenz kann auch einem Arzt zukommen, der im fraglichen Bereich nicht über einen Facharztstitel verfügt. So qualifiziert das Bundesgericht einen Facharzt der Rechtsmedizin im Bereich der Neurologie ebenfalls als geeignet, um in diesem Fachbereich gutachterlich tätig zu sein⁶⁸. Mitunter ist von Gesetzes wegen der Facharztstitel Eignungsvoraussetzung für eine administrative oder gerichtliche Begutachtung. Die sachverständige Person, die gestützt auf Art. 20 und 56 Abs. 3 StGB Gutachten erstellt, muss in aller Regel Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie sein; das kantonale Recht kann weiter gehende Bestimmungen vorsehen (z.B. forensische Weiterbildung)⁶⁹. Für den Bereich der Verkehrsmedi- 37

⁶⁴ Urteil BGer 5A_478/2013 vom 6. November 2013 E. 4.1.

⁶⁵ Vgl. Urteil BGer 1P.393/2001 vom 18. Januar 2002 E. 2.4.

⁶⁶ Vgl. Urteil BGer 1C_441/2012 vom 4. März 2013 E. 4.

⁶⁷ Vgl. Urteil BGer 8C_63/2013 vom 2. April 2013 E. 4.

⁶⁸ Vgl. Urteil BGer 6B_474/2010 vom 29. Juli 2010 E. 2.3.5.

⁶⁹ Vgl. BGE 140 IV 49 E. 2.

zin und -psychologie bestehen seit dem 1. Juli 2016 besondere Anerkennungsvoraussetzungen.

4.1.2 Befangenheit

- 38 Die richterlichen Befangenheitsgründe gelten auch für Gutachter⁷⁰. Die einschlägigen Verfahrensvorschriften nennen ähnliche Befangenheitsgründe. Gutachter haben in den Ausstand zu treten, wenn sie:

Art. 10 VwVG

- in der Sache ein persönliches Interesse haben;
- mit einer Partei durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder mit ihr eine faktische Lebensgemeinschaft führen;
- mit einer Partei in gerader Linie oder bis zum dritten Grade in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind;
- Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren;
- aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten.

Art. 34 BGG

- in der Sache ein persönliches Interesse haben;
- in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsberater oder Rechtsberaterin einer Partei, als sachverständige Person oder als Zeuge beziehungsweise Zeugin, in der gleichen Sache tätig waren;
- mit einer Partei, ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, verheiratet sind oder in eingetragener Partnerschaft oder dauernder Lebensgemeinschaft leben;
- mit einer Partei, ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert sind;
- aus anderen Gründen, insbesondere wegen besonderer Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, befangen sein könnten.

⁷⁰ Vgl. z.B. Art. 183 Abs. 2 ZPO und Art. 183 Abs. 3 StPO sowie BGE 132 V 93 E. 7.1, 126 III 249 E. 3c und Urteil BGer 4A_631/2012 vom 4. Februar 2013 E. 3.2.

Art. 56 StPO

- in der Sache ein persönliches Interesse haben;
- in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsbeistand einer Partei, als Sachverständige oder Sachverständiger, als Zeugin oder Zeuge, in der gleichen Sache tätig waren;
- mit einer Partei, ihrem Rechtsbeistand oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, verheiratet sind, in eingetragener Partnerschaft leben oder eine faktische Lebensgemeinschaft führen;
- mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert sind;
- mit dem Rechtsbeistand einer Partei oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem zweiten Grad verwandt oder verschwägert sind;
- aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand, befangen sein könnten.

Eine Befangenheit «aus anderen Gründen» wird bejaht, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu erwecken⁷¹. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Person oder in äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Ein Sachverständiger kann unter anderem abgelehnt werden, wenn er seinen Bericht in beleidigendem Ton oder sonst auf unsachliche Art und Weise abfasst hat. 39

So geht es beispielsweise nicht an, die Angaben des behandelnden Arztes zur Arbeitsfähigkeit des Exploranden ohne nähere Begründung – d.h. ohne Hinweis auf konkrete Anhaltspunkte – mit der «reduzierten Wahrheitsliebe» des Versicherten zu erklären, womit unterstellt wird, dass der Beschwerdeführer dem behandelnden Arzt unwahre Angaben gemacht hat und dieser sich durch die Angaben des Beschwerdeführers hat täuschen lassen⁷². Hat der Gutachter demgegenüber die Redewendung «eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus» verwendet, ist von einer scherzhaften oder ungeschickten Äusserung auszugehen. Solche Äusserungen vermögen nach der Rechtsprechung zur richterlichen Unabhängigkeit in der Regel keine Befangenheit zu begründen, selbst wenn sie deplatziert sind und vom Betroffenen als negativ empfunden werden mögen⁷³. 40

⁷¹ Vgl. z.B. BGE 140 I 326 E. 5.1 und 140 I 240 E. 2.2.

⁷² Vgl. BGE 120 V 357 E. 3b und Urteil BGer 1P.261/2002 vom 20. Januar 2004 E. 2.2.

⁷³ Vgl. Urteil BGer 1C_192/2007 vom 25. März 2008 E. 4.4.

- 41 Eine objektive Befangenheit ist auch dann anzunehmen, wenn der medizinische Gutachter eine juristische Beurteilung des Falles vornimmt, zum Ausdruck bringt, wie der Fall in seinem Sinne zu erledigen ist und im Gutachten von falschen Tatsachen ausgeht⁷⁴. Eine behauptete systematische Benachteiligung versicherter Personen durch den vorgesehenen Gutachter kann nicht durch eine Aufzählung von Einzelfällen aus der Praxis eines Rechtsvertreters bewiesen werden⁷⁵. Nach der Auffassung des Bundesgerichts ist es jedoch nicht ausgeschlossen, den Anscheinsbeweis einer systematischen Voreingenommenheit eines Experten mittels verlässlicher Statistiken über die Gutachtenstätigkeit zu führen⁷⁶.
- 42 Ist der Gutachter ein Staatsangestellter, stellt dieser Umstand für sich genommen keine Befangenheit dar, insbesondere wenn nicht der verfahrensbeteiligte Kanton, sondern die organisatorisch verselbstständigte Universität Arbeitgeberin des Gutachters ist⁷⁷. Dass der vom Statthalteramt beigezogene Sachverständige für die Kantonspolizei tätig ist, ist mit dem Anspruch auf einen unabhängigen Sachverständigen nicht zwingend unvereinbar⁷⁸.

4.1.3 Vorliegen eines Ablehnungsgrundes

- 43 Von den Befangenheits- sind die Ablehnungsgründe zu unterscheiden. Jede Verfahrenspartei hat das Recht, ihr nicht genehme Gutachter abzulehnen bzw. ihr genehme Gutachter vorzuschlagen. Das Ablehnungsrecht kann aber nicht grundlos ausgeübt werden, da ansonsten eine Verfahrenspartei eine Begutachtung verhindern könnte. Die Ablehnung eines vorgeschlagenen Gutachters setzt «triftige Gründe» voraus⁷⁹. Der Ablehnungsgrund muss nachvollziehbar, aber nicht derart gewichtig wie ein Befangenheitsgrund sein.
- 44 Die Abgrenzung zwischen einer fehlenden Eignung, einem Ablehnungsgrund und einer Befangenheit aus anderen Gründen ist mitunter heikel:
- Die von einer Verfahrenspartei geltend gemachte fehlende Sachkunde des Gutachters stellt weder einen Ablehnungsgrund dar noch betrifft sie die Eignung des Gutachters, der formal über die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt. Derartige Einwendungen sind nach Vorlage des Gutachtens im Rahmen der Beweiswürdigung in Betracht zu ziehen⁸⁰.

⁷⁴ Vgl. Urteil BGer 8C_448/2015 vom 17. Dezember 2015 = SVR 2016 UV Nr. 27 S. 89 E. 4.2.

⁷⁵ Vgl. Urteil BGer 8C_599/2014 vom 18. Dezember 2015 E. 6.3.

⁷⁶ Ibid. E. 6.5.

⁷⁷ Vgl. Urteil BGer 2P.78/2005 vom 21. Juli 2005 E. 3.2.

⁷⁸ Vgl. Urteil BGer 6B_612/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 1.3.

⁷⁹ Vgl. Art. 44 ATSG.

⁸⁰ Vgl. Urteil BGer K 39/01 vom 14. Oktober 2002 E. 2.3.

- In sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht gelten neben der fehlenden Sachkunde auch der Einwand, der medizinische Gutachter entspreche nicht der zutreffenden Fachrichtung, und eine geltend gemachte Notwendigkeit weiterer Abklärungen zu den Umständen, welche im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden müssen⁸¹.
- Dasselbe trifft für strukturelle Umstände zu, wie sie in BGE 137 V 210 grundsätzlich thematisiert worden sind⁸². So begründen insbesondere der regelmässige Beizug eines Gutachters oder einer Begutachtungsinstitution durch den Versicherungsträger, die Anzahl der beim selben Arzt in Auftrag gegebenen Gutachten und Berichte sowie das daraus resultierende Honorarvolumen für sich allein genommen weder eine Befangenheit noch einen Ablehnungsgrund⁸³.
- Persönliche Verbindungen des Gutachters mit der zu begutachtenden Person, den behandelnden Ärzten oder früheren Gutachtern können einen Ablehnungs- oder ausnahmsweise sogar einen Befangenheitsgrund darstellen. Die frühere Tätigkeit im gleichen Spitalteam des Gutachters, der fachliche Austausch des Gutachters mit behandelnden Ärzten und gemeinsame wissenschaftliche Publikationen stellen für sich genommen noch keinen triftigen Grund für eine Ablehnung dar⁸⁴. Ebenso wenig ist eine Ablehnung gerechtfertigt, wenn der Gutachter der Nachfolger des Erstgutachters ist⁸⁵.
- Bei Zugehörigkeit des Gutachters und eines Prozessbeteiligten zur selben Interessengemeinschaft ist eine Befangenheit anzunehmen, wenn ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen der ideellen Bindung und dem Verfahrensgegenstand besteht bzw. bei hinreichender Identifikation des Gutachters mit den Anliegen der betreffenden Interessengemeinschaft⁸⁶. Die blossе Freundschaft zu einer Verfahrenspartei oder einem Richter stellt keinen Befangenheits-, allenfalls einen Ablehnungsgrund dar⁸⁷.

Der Gutachter hat einen allfälligen Befangenheitsgrund von sich aus der Verfahrensleitung mitzuteilen. Wird der Befangenheitsgrund erst nach Erstattung des Gutachtens offenbar, ist das fragliche Gutachten nicht verwertbar. Ein Ablehnungsgrund demgegenüber ist von der Verfahrenspartei, welche den fraglichen Ablehnungsgrund geltend macht, der Verfahrensleitung mitzutei-

⁸¹ Vgl. BGE 137 V 210 E. 3.4.1.2.

⁸² Vgl. BGE 138 V 271 E. 2.2.

⁸³ Vgl. BGE 137 V 210 E. 1.3.3 und Urteil BGer 8C_360/2011 vom 13. Februar 2012 E. 4.3.1.

⁸⁴ Vgl. Urteil BGer 4A_679/2010 vom 11. April 2011 E. 4.

⁸⁵ Vgl. Urteil BGer 6B_474/2010 vom 29. Juli 2010 E. 2.3.5.

⁸⁶ Vgl. Urteil BGer 8C_474/2009 vom 7. Januar 2010 E. 7.4 und 8.6 (der Gutachter ist Mitglied einer Vereinigung, in welcher der Glaube an Wunder praktiziert wird).

⁸⁷ Vgl. BGE 139 I 121 und 119 V 456 E. 5c sowie Urteil BGer 4A_631/2012 vom 4. Februar 2013 E. 4.1.

len, wenn ihr Gelegenheit geboten wird, sich zur Person des Gutachters zu äussern.

- 46 Wurde der Gutachter bestellt, können nur noch Befangenheits-, nicht aber Ablehnungsgründe geltend gemacht werden. Die Rechtsprechung geht aber auch mit Bezug auf später entdeckte Befangenheitsgründe davon aus, dass diese sofort nach Kenntnisnahme zu rügen sind, ansonsten die stillschweigende Einlassung auf die Begutachtung den Befangenheitsgrund heile⁸⁸. Die strafprozessuale Rügefrist beträgt fünf Tage⁸⁹. Im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren ist der versicherten Person eine erstreckbare 10-tägige Frist anzusetzen; wurde diese Frist nicht angesetzt, ist die versicherte Person gehalten, spätestens nach Kenntnisnahme des Gutachtens oder im Rahmen der Beschwerdeerhebung die entsprechenden Rügen zu erheben⁹⁰.

4.1.4 Fehlende Unabhängigkeit

- 47 Der Gutachter muss nicht nur in Bezug auf seine Person, sondern auch hinsichtlich des Begutachtungsgegenstandes unvoreingenommen sein. Die Unabhängigkeit setzt voraus, dass der Gutachter weder die zu begutachtende Person vorgängig behandelt noch sich bereits im gleichen Verfahren über die zu begutachtende Person geäußert hat⁹¹. Die Kenntnis eines in den Akten befindlichen nicht verwertbaren Gutachtens schränkt die Unvoreingenommenheit nicht ein⁹². Nicht mehr unabhängig ist der Sachverständige, der mit einem andern, im gleichen Prozess wegen Befangenheitsanschein ausgeschlossenen Experten enge Kontakte unterhalten und dabei auch die im Prozess zu beantwortende Gutachterfrage erörtert hat⁹³.
- 48 Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist insbesondere mit der geforderten Unabhängigkeit des Sachverständigen nicht zu vereinbaren, dass ein Mitglied der entscheidenden Instanz (Fachrichter) gleichzeitig als Sachverständiger amtiert⁹⁴. Im Unterschied zum Richter, der bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung unabhängig zu sein hat, bildet der Gutachter sich im Verlauf des Begutachtungsprozesses seine Meinung und teilt diese dem Gericht und den Parteien vor der Urteilsfällung mit⁹⁵.

⁸⁸ Vgl. BGE 132 II 485 E. 4.3 sowie Urteile BGer 9C_837/2010 vom 30. August 2011 E. 3.4 und 6B_703/2007 vom 6. Februar 2008 E. 3.4.

⁸⁹ Vgl. Art. 60 Abs. 1 StPO.

⁹⁰ Vgl. Urteil BGer 9C_228/2011 vom 10. August 2011 E. 3.2.2.

⁹¹ Vgl. BGE 128 III 12 E. 4a.

⁹² Vgl. Urteil BGer 1B_414/2012 vom 20. September 2012 E. 2.3.

⁹³ Vgl. BGE 97 I 320.

⁹⁴ Vgl. Urteil EGMR 27154/95 i.S. N. D. gegen Schweiz vom 29. März 2001 und BGE 137 III 289 E. 4.4.

⁹⁵ Vgl. Urteil BGer 5C.9/2003 vom 27. Januar 2003 E. 3.

Eine fehlende Unabhängigkeit kann auch dadurch erweckt werden, dass die sachverständige Person in einem früheren Zeitpunkt in amtlicher Funktion mit der konkreten Sache schon zu tun hatte⁹⁶. Eine allfällige Vorbefassung ist zudem unter Hinweis auf konkrete Beweismittel darzulegen. Keine Vorbefassung liegt vor, wenn der Gutachter, der sich zur Frage, ob die nicht dokumentierte Einhaltung bzw. ein allfälliges Abweichen von den Bedienungsanweisungen des Messgeräts die Messergebnisse beeinflusst hat oder haben könnte, gutachterlich geäußert hat, bei früherer Gelegenheit das fragliche Messgerät geeicht und zertifiziert zu haben⁹⁷. Ebenso wenig schadet dem Gutachter, wenn er bei früherer Gelegenheit das von ihm begutachtete Radargerät mit einer anderen Person installiert hat⁹⁸.

Von einer unzulässigen Vorbefassung zu unterscheiden sind einerseits die Beantwortung von Zusatz- und Erläuterungsfragen sowie andererseits eine Zweitbegutachtung im selben Verfahren mit Bezug auf einen anderen Begutachtungsgegenstand. Eine Zweitbegutachtung durch denselben Gutachter ist wie die Beantwortung von Zusatz- und Erläuterungsfragen grundsätzlich zulässig⁹⁹, nicht aber dann, wenn die Schlüssigkeit des Erstgutachtens überprüft oder objektiv kontrolliert werden soll¹⁰⁰. Eine unzulässige Zweitbegutachtung liegt in einem Strafverfahren vor, wenn sich der Gutachter im Rahmen der Strafuntersuchung zum Unfallgeschehen geäußert hat und hernach als Experte für die Analyse des Unfallhergangs herangezogen werden soll¹⁰¹.

4.1.5 Verletzung der Mitwirkungsrechte

Den Verfahrensbeteiligten ist als Folge des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör Gelegenheit einzuräumen, vor der Ernennung des Sachverständigen Einwendungen gegen die in Aussicht Genommenen vorzubringen und sich zu den an diese gerichteten Fragen zu äussern sowie Abänderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen¹⁰². Dieses Mitwirkungsrecht kann im Rahmen eines Strafverfahrens eingeschränkt werden, wenn Laboruntersuchungen Gegenstand der Begutachtung sind, namentlich wenn es um die Bestimmung der Blutalkoholkonzentration oder des Reinheitsgrades von Stoffen, den Nachweis von Betäubungsmitteln im Blut oder die Erstellung eines DNA-Profiles geht¹⁰³.

⁹⁶ Vgl. BGE 132 V 93 E. 7.2.2.

⁹⁷ Vgl. Urteil BGer 6B_732/2012 vom 30. Mai 2013 E. 1.4.

⁹⁸ Vgl. Urteil BGer 6B_679/2011 vom 19. Dezember 2011 E. 1.3.

⁹⁹ Vgl. Urteil BGer 8C_716/2013 vom 10. Februar 2014 E. 3.

¹⁰⁰ Vgl. Urteil BGer 4A_118/2013 vom 29. April 2013 E. 2.1.

¹⁰¹ Vgl. Urteil BGer 1B_196/2015 vom 17. Mai 2016 E. 4.4.4.

¹⁰² Vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 58 Abs. 2 BZP, Art. 184 Abs. 3 StPO.

¹⁰³ Vgl. Art. 184 Abs. 3 StPO.

- 52 Besonderheiten bestehen sodann im Zusammenhang mit versicherungsmedizinischen Gutachten, welche in einem Sozialversicherungsverfahren eingeholt werden. Bei polydisziplinären Gutachten gilt das Zufallsprinzip, während bei mono- und bidisziplinären Gutachten der Gutachter «konsensorientiert» zu bestimmen ist. Im Zusammenhang mit der Auswahl der versicherungsmedizinischen Gutachter hat das Bundesgericht klargestellt, dass die unter den Rechtsvertretern der versicherten Personen verbreitete Ansicht, es bestünde ein Vetorecht gegen vom Sozialversicherungsträger vorgeschlagene Gutachter, falsch sei. Eine so weitgehende Priorisierung der einvernehmlichen Gutachtenseinholung käme einem Vetorecht der versicherten Person gleich; ist ein Einwand gegen die vorgeschlagenen Gutachter begründet, ist zudem allfälligen Gegenvorschlägen der versicherten Person nicht ohne Weiteres zu folgen, ansonsten eine ergebnisorientierte Auswahl der Gutachterstelle erfolgen würde¹⁰⁴.
- 53 Nicht beanstandet wurde das im einschlägigen Kreisschreiben vorgesehene Verfahren¹⁰⁵:
- Der Sozialversicherungsträger teilt der versicherten Person in einem ersten Schritt mit, dass eine Expertise eingeholt werden soll; zugleich gibt er ihr die Art der vorgesehenen Begutachtung (poly- oder mono- bzw. bidisziplinär) sowie die vorgesehenen Fachdisziplinen und Gutachterfragen bekannt. In diesem Stadium kann die versicherte Person erst einmal (nicht personenbezogene) materielle Einwendungen gegen eine Begutachtung an sich oder gegen Art oder Umfang der Begutachtung vorbringen (Beispiele: unnötige *second opinion*; unzutreffende Wahl der medizinischen Disziplinen).
 - In einem zweiten Verfahrensschritt teilt der Sozialversicherungsträger der versicherten Person die durch SuisseMED@P zugeteilte Gutachterstelle (bzw. bei mono- und bidisziplinären Expertisen die von ihr ausgewählten Gutachter) und die Namen der Sachverständigen mit jeweiligem Facharztstitel mit. Mit der Bezeichnung der Sachverständigen kommt die Möglichkeit (materieller oder formeller) personenbezogener Einwendungen hinzu. Bei mono- und bidisziplinären Begutachtungen ist im Falle aller zulässigen Einwendungen konsensorientiert vorzugehen. Erst wenn eine Einigung ausbleibt, ergeht eine einheitliche Zwischenverfügung über die Beweisvorkehr an sich (Notwendigkeit einer Begutachtung, Beschränkung auf eine oder zwei Fachdisziplinen, Bezeichnung der Disziplinen) und die Person der Gutachter.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 139 V 349 E. 5.2.1.

¹⁰⁵ Siehe Rz. 2080 ff. KSVL.

- Werden von der versicherten Person zulässige Einwendungen erhoben, ist konsensorientiert vorzugehen. Erst wenn eine Einigung ausbleibt, ergeht eine einheitliche Zwischenverfügung über die Beweisvorkehr an sich (Notwendigkeit einer Begutachtung, Beschränkung auf eine oder zwei Fachdisziplinen, Bezeichnung der Disziplinen) und die Person der Gutachter¹⁰⁶.

Die Zwischenverfügung kann beim kantonalen Versicherungsgericht oder beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Kantonale Entscheide und solche des Bundesverwaltungsgerichts über Beschwerden gegen Zwischenverfügungen betreffend die Einholung von medizinischen Gutachten sind nicht an das Bundesgericht weiterziehbar, sofern nicht Ausstandsgründe beurteilt worden sind¹⁰⁷.

Sowohl in einem Strafverfahren als auch in einem zivilprozessualen Verfahren ist den Verfahrensbeteiligten vorgängig der Auftragserteilung Gelegenheit zu geben, sich zur Fragestellung zu äussern und Änderungs- oder Ergänzungsfragen zu stellen¹⁰⁸. In verwaltungsrechtlichen Verfahren, welche sich nach bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften richten, besteht ebenfalls ein derartiger Anspruch¹⁰⁹. In sozialversicherungsrechtlichen Verfahren besteht gemäss Art. 44 ATSG demgegenüber lediglich ein Anspruch darauf, dass der Sozialversicherungsträger den Verfahrensbeteiligten den Namen des Sachverständigen bekannt gibt.

Die Rechtsprechung hat offengelassen, ob der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) gebietet, die Gutachterfragen bereits vorgängig den Parteien vorzulegen. Immerhin verpflichtet der Gehörsanspruch dazu, den Verfahrensbeteiligten eine nachträgliche Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen. Das Bundesgericht hat jedoch betont, dass eine vorgängige Unterbreitung der Akzeptanz des Gutachtens durch die Parteien allemal förderlich ist¹¹⁰, es aber im Zusammenhang mit versicherungsmedizinischen Gutachten, welche im sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahren eingeholt werden, einen Anspruch der versicherten Person ablehnt, sich vorgängig zu den Gutachterfragen der Verwaltung zu äussern¹¹¹.

Diese Rechtsprechung wurde mit dem grundlegenden Entscheid 137 V 210 relativiert. Das Bundesgericht hat erwogen, dass die Sozialversicherungsträger künftig zusammen mit der verfügungsmässigen Anordnung der Begutachtung den vorgesehenen Katalog der Expertenfragen dem Versicherten zur

¹⁰⁶ Vgl. BGE 139 V 349 E. 5.2.1 ff.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 138 V 271 E. 1–4.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 184 Abs. 3 StPO und Art. 185 Abs. 2 ZPO.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 BZP.

¹¹⁰ Vgl. Urteil BGE 5A_194/2011 vom 30. Mai 2011 E. 5.5.

¹¹¹ Vgl. BGE 133 V 446 E. 7.

Stellungnahme zu unterbreiten haben¹¹². Der Sozialversicherungsträger hat über die Zulassung bzw. Ablehnung von an die medizinische Gutachterstelle gerichteten Zusatzfragen der versicherten Person mittels Verfügung zu befinden¹¹³.

57 Will die versicherte Person gegen die Zwischenverfügung betreffend Gutachterfragen beim kantonalen Versicherungsgericht Beschwerde erheben, hat sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil nachzuweisen¹¹⁴. Das Bundesgericht differenziert verschiedene Arten von Zusatzfragen¹¹⁵:

- *Ergänzende oder präzisierende Fragen*: Diese bezwecken, genauere oder umfassendere Antworten auf die Grundfragen zu ermöglichen. Nach der Auffassung der Bundesrichter ist kein Grund ersichtlich, weshalb solche Fragen nicht zuzulassen wären. Denn auch die Verwaltung ist an einer profunden Abklärung der medizinischen Sachlage interessiert. Ist die Instruktion unvollständig, muss sie zu einem späteren Zeitpunkt komplettiert werden, was mit grösserem Aufwand und Verzögerungen verbunden sein kann. Es spricht nichts dagegen, diesem Umstand bereits bei der Anordnung des Gutachtens Rechnung zu tragen.
- *Suggestivfragen*: Diese Kategorie von Fragen weicht vom Fragenkatalog der Verwaltung inhaltlich nicht ab, die versicherte Person möchte aber der begutachtenden Person eine Antwort in einer bestimmten Richtung vorgeben. Derartige Fragen sind nach Meinung des Bundesgerichts grundsätzlich unnötig. Erfahrene Gutachter werden sie überdies rasch als solche erkennen und ohne Weiterungen auf die Antworten zum Fragenkatalog verweisen. Ob es sich mit Blick auf den entsprechenden Verwaltungsaufwand lohnt, solche Fragen zu unterbinden, erscheint fraglich, steht aber im Ermessen der Verwaltung. Allenfalls kann es sich empfehlen, die Fragen mit der Bemerkung, nach Auffassung der Verwaltung sei diese Frage bereits im Fragenkatalog enthalten, an die Begutachtungsstelle zu überstellen.
- *Rechtsfragen*: Diese Fragen, etwa diejenige nach der Adäquanz des Kausalzusammenhangs oder nach dem Anspruch auf finanzielle Leistungen, sind nicht zuzulassen, da sie vom Sozialversicherungsträger bzw. vom Gericht und nicht von den begutachtenden Personen zu beantworten sind.
- *Sachfremde Fragen*: Diese Kategorie von Fragen, wie beispielsweise solche, die sich auf invaliditätsfremde Aspekte beziehen oder die Persönlichkeit der Gutachter betreffen, ist unzulässig. Davon ausgenommen kann allenfalls die Frage nach dem natürlichen Kausalzusammenhang zulässig

¹¹² Vgl. BGE 137 V 210 E. 3.4.2.9.

¹¹³ Vgl. BGE 141 V 330 E. 2–4.

¹¹⁴ Ibid. E. 5–8.

¹¹⁵ Ibid. E. 6.2.1–6.2.4.

sein. Dieser bedarf im invalidenversicherungsrechtlichen Verfahren zwar regelmässig keiner Klärung. Ist er aber in einem Parallelverfahren umstritten, kann es sich im Rahmen der erwünschten Koordination rechtfertigen, die Frage zusätzlich zu prüfen.

Das Bundesgericht betont, dass im jeweiligen Einzelfall und je nach Fragentypus vom zuständigen Versicherungsgericht im Rahmen der Eintretensprüfung abzuwägen ist, ob im Zusammenhang mit der Nichtzulassung der von der versicherten Person gestellten Zusatzfrage deren Rechtsstellung wesentlich beeinträchtigt wird. Eine wesentliche Beeinträchtigung bzw. der durch die Nichtzulassung verursachte nicht wiedergutzumachende Nachteil ist von der versicherten Person hinreichend darzulegen¹¹⁶. 58

Da die versicherte Person nach Vorliegen des Gutachtens die Möglichkeit zu einer Stellungnahme hat und bei dieser Gelegenheit auch ergänzende Fragen stellen kann, ist im Regelfall davon auszugehen, dass nicht zugelassene Zusatzfragen keinen wesentlichen Verfahrensnachteil zur Folge haben. Das Bundesgericht mahnt den Sozialversicherungsträger aber an, auch sachfremde und/oder unzulässige Zusatzfragen nur ausnahmsweise abzulehnen¹¹⁷. 59

4.2 Inhaltliche Mängel

4.2.1 Allgemeines

Ein Gutachten stellt namentlich dann keine rechtsgenügeliche Grundlage dar, wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernstlich erschüttern. Das trifft etwa zu, wenn der Sachverständige die an ihn gestellten Fragen nicht beantwortet, seine Erkenntnisse und Schlussfolgerungen nicht begründet oder diese in sich widersprüchlich sind oder die Expertise sonstwie an Mängeln krankt, die derart offensichtlich sind, dass sie auch ohne spezielles Fachwissen erkennbar sind¹¹⁸. 60

4.2.2 Objektive Gutachtersorgfalt

Das Gutachten ist sorgfaltsgemäss auszuführen. Die einschlägigen Verfahrensordnungen umschreiben die Gutachtersorgfalt, wenn überhaupt, unterschiedlich. So wird etwa der in einem Zivilverfahren tätige Gerichtsgutachter zur Wahrheit verpflichtet und dazu angehalten, ein vollständiges, klares, ge- 61

¹¹⁶ Ibid. E. 8.2.

¹¹⁷ Ibid. E. 8.1.

¹¹⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_829/2013 vom 6. Mai 2014 E. 4.1.

hörig begründetes Gutachten innert der angesetzten Frist zu erstatten¹¹⁹. Die im Verwaltungsverfahren analog anwendbaren Bestimmungen der Bundeszivilprozessordnung verpflichten den Sachverständigen, nach bestem Wissen und Gewissen zu amten und sich der strengsten Unparteilichkeit zu befleissigen¹²⁰. In formeller Hinsicht wird ergänzend verlangt, dass das Gutachten fristgemäss und mit Begründung zu Protokoll gegeben oder schriftlich verfasst wird¹²¹.

- 62 Mit diesen und ähnlichen Umschreibungen wird zum Ausdruck gebracht, dass der Gutachter sowohl in materieller als auch in formeller Hinsicht das Gutachten so erstattet, wie es jeder andere Gutachter, der über dieselben besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, erstatten würde (objektive Gutachtersorgfalt). Die materielle Gutachtersorgfalt umfasst inhaltliche Aspekte, insbesondere Vollständigkeit, Klarheit und Richtigkeit des Gutachtens, während die formelle Gutachtersorgfalt die Methodik der Begutachtung und die Begründung der gutachterlichen Feststellungen und Schlussfolgerungen umfasst. Die Rechtsprechung betont dabei, dass der Gutachter verpflichtet ist, die Methodik und die gutachterlichen Schlussfolgerungen – zumindest in den wesentlichen Grundzügen – auf eine (auch für den Laien) verständliche und plausible Art darzulegen¹²².
- 63 Hinsichtlich der Richtigkeit unterscheidet das Bundesgericht Gutachten mit gewährleistungsfähigem und nicht gewährleistungsfähigem Inhalt¹²³. Technische Gutachten weisen regelmässig einen gewährleistungsfähigen Inhalt auf, weil die gutachterlichen Feststellungen und Schlussfolgerungen objektiv überprüfbar sind. Kann der Inhalt der gutachterlichen Feststellungen nicht objektiv überprüft werden, wie das beispielsweise für Rechts- oder Verkehrswertgutachten zutrifft, reduziert sich die «Richtigkeit» der Begutachtung auf eine Plausibilitätsprüfung insoweit, als das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung festzustellen hat, ob das erstattete Gutachten nachvollziehbar und schlüssig begründet worden ist. Bei Gutachten mit nicht gewährleistungsfähigem Inhalt können unterschiedliche Gutachter zu unterschiedlichen Feststellungen und Schlussfolgerungen gelangen, ohne dass deren Gutachten als unrichtig bezeichnet werden könnte.

¹¹⁹ Vgl. Art. 184 Abs. 1 und Art. 188 Abs. 1 ZPO.

¹²⁰ Vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 59 Abs. 1 BZP.

¹²¹ Vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 60 Abs. 1 BZP.

¹²² Vgl. Urteil BGer 1P.787/2005 vom 6. Juni 2006 E. 3.1.2.

¹²³ Vgl. BGE 127 III 328 E. 2c.

4.2.3 Gutachterleitlinien

4.2.3.1 Allgemeines

Die inhaltlichen und förmlichen Anforderungen sind im jeweiligen Einzelfall durch konkretisierende Leitlinien der medizinischen bzw. technischen Fachgesellschaften zu bestimmen. Leitlinien der Fachgesellschaften bringen den aktuellen Grundkonsens zum Ausdruck. Das Bundesgericht verweist regelmässig auf Empfehlungen bzw. Leitlinien, welche die jeweiligen Fachgesellschaften im In- und Ausland¹²⁴ verabschiedet haben. 64

Insbesondere die Qualitätsleitlinien für psychiatrische Gutachten der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie (SGPP) vom Februar 2012 gelten rechtsprechungsgemäss als anerkannter Standard für eine sachgerechte und rechtsgleiche versicherungspsychiatrische Begutachtung¹²⁵. Diese Leitlinien sind in jedem Fall im Zusammenhang mit versicherungspsychiatrischen Begutachtungen, welche von der Invalidenversicherung in Auftrag gegeben werden, zu beachten¹²⁶. 65

Bei der Verwendung von ausländischen Leitlinien, insbesondere der deutschen Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften, ist zu beachten, dass diese für das deutsche Sozialversicherungssystem ausgerichtet sind. Gleichwohl können diese Richtlinien auch für versicherungsmedizinische Gutachten, welche das schweizerische Sozialversicherungssystem betreffen, verwendet werden, sofern und soweit der Gutachter selbige schweizerischen Gegebenheiten anpasst bzw. die Begutachtung lediglich «in Anlehnung» an die ausländischen Leitlinien vornimmt¹²⁷. 66

4.2.3.2 Schweizerische Gutachterleitlinien

In der Schweiz existieren neben den vorerwähnten Qualitätsleitlinien für psychiatrische Gutachten nur verfahrensmässige Leitlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie für die Begutachtung psychischer Störungen¹²⁸ sowie der Schweizerischen Gesellschaft für Rheumatologie für 67

¹²⁴ Siehe z.B. BGE 130 V 396 E. 6.2.3 sowie Urteile BGer 4A_48/2010 vom 9. Juli 2010 E. 6.3.1, U 556/06 vom 17. Dezember 2007 E. 5.3, U 77/05 vom 22. August 2005 E. 3.2, U 180/05 vom 17. August 2005 E. 4.1, U 418/04 vom 10. August 2005 E. 4.2.1 f. und I 518/01 vom 24. Mai 2002 E. 3b/bb.

¹²⁵ Vgl. Urteil BGer 8C_51/2012 vom 29.01.2013 E. 3.3.3.1 und 8C_945/2009 vom 23.09.2010 E. 5.

¹²⁶ Siehe IV-Rundschreiben Nr. 313 vom 6. Juni 2012.

¹²⁷ Vgl. Urteil BGer 8C_581/2015 vom 7. Dezember 2015 E. 3.2.

¹²⁸ SÄZ 2004, S. 1048 ff.

die Begutachtung rheumatologischer Krankheiten und Unfallfolgen¹²⁹, jedoch (noch) kein von involvierten Fachverbänden getragener, breit abgestützter materieller Grundkonsens, wie versicherungsmedizinische Gutachten abzufassen sind¹³⁰. Das Bundesgericht qualifiziert diesen Zustand als unbefriedigend und stellt sogar mit Bezug auf die psychiatrische Begutachtung einen dringenden Handlungsbedarf fest¹³¹.

- 68 Auch in den Bereichen der Verkehrsmedizin und Verkehrspsychologie existieren keine umfassenden Gutachterleitlinien. Die Sektion Verkehrsmedizin der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin hat auf ihrer Internetseite diverse Merkblätter, Empfehlungen und Rundschreiben veröffentlicht¹³². Der Vorstand der Schweizerischen Vereinigung für Verkehrspsychologie hat am 3. Februar 2011 eine Richtlinie mit formalen und inhaltlichen Mindestanforderungen für verkehrspsychologische Gutachten verabschiedet¹³³.

5. Folgen mangelhafter Gutachten

5.1 Beweis- und haftungsrechtliche Folgen

- 69 Ist das erstattete Gutachten entweder in formeller oder inhaltlicher Hinsicht qualifiziert falsch, ist es beweismässig nicht verwertbar. Derartige «nichtige» Gutachten stellen beispielsweise Gutachten dar, die in Missachtung der Ausstandspflicht erstattet worden sind, oder eigentliche Falschgutachten i.S.v. Art. 307 StGB. Geringfügigere Mängel haben keine eigentliche Unverwertbarkeit des fraglichen Gutachtens zur Folge, sondern stellen die auftraggebende Behörde oder das auftraggebende Gericht vor die Frage, ob dem Gutachter Gelegenheit geboten wird, Erläuterungen mit Bezug auf unklare Antworten abzugeben, allfällige Ergänzungsfragen, auch der Parteien, zu beantworten, oder das Begutachtungsprozedere zu wiederholen und ein anderer Sachverständiger beizuziehen ist¹³⁴.
- 70 Eine persönliche Sanktionierung des Gutachters sehen die einschlägigen Verfahrensordnungen in der Regel nicht vor. Einzig Art. 59 Abs. 2 BZP und

¹²⁹ SÄZ 2007, S. 736 ff.

¹³⁰ Vgl. BGE 139 V 547 E. 3.2.3 sowie Urteile BGer 9C_776/2010 vom 20. Dezember 2011 E. 2.4, 9C_936/2011 vom 21. März 2012 E. 2.2 und 9C_736/2011 vom 7. Februar 2012 E. 2.4.

¹³¹ Vgl. BGE 141 V 281 E. 5.1.2.

¹³² Siehe <http://www.sgrm.ch/verkehrsmedizin/ueber-die-sektion.html> (zuletzt besucht am 22. Mai 2017).

¹³³ Siehe http://www.vfv-spc.ch/fileadmin/user_upload/pdf/Mindestanforderungen_Gutachten.pdf (zuletzt besucht am 22. Mai 2017).

¹³⁴ Vgl. Art. 188 Abs. 2 ZPO und Art. 60 Abs. 2 BZP.

Art. 191 StPO erlauben, dem Gutachter im Fall einer ungehörigen Erfüllung des angenommenen Auftrages eine Ordnungsbusse aufzuerlegen bzw. den Auftrag ohne Entschädigung für bereits geleistete Bemühungen zu widerrufen. Nicht explizit vorgesehen ist demgegenüber eine Kürzung des Gutachterhonorars oder sogar eine Haftung des Gutachters für die von ihm schuldhaft zu vertretenden Mängel. In Österreich ist die «Sachverständigenhaftung» gesetzlich in § 1299 ABGB geregelt¹³⁵. Der deutsche Gesetzgeber hat die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen in § 839a BGB gesetzlich verankert. Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grobfahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht¹³⁶.

5.2 Haftung des Gutachters im Besonderen

5.2.1 Haftung für Privatgutachten

Das Bundesgericht hatte sich bislang nur vereinzelt mit der Gutachterhaftung auseinandersetzen. Die beurteilten Fälle betreffen Privatgutachten, nicht aber Administrativ- oder Gerichtsgutachten¹³⁷. Im Zusammenhang mit Privatgutachten werden – wie bereits erwähnt – Gutachten mit objektiv gewährleistungsfähigem Inhalt, insbesondere technische Gutachten, und Gutachten mit nicht objektiv gewährleistungsfähigem Inhalt, insbesondere Rechtsgutachten, Verkehrswertgutachten, unterschieden. Im ersteren Fall stellt der Gutachterauftrag einen Werkvertrag dar, während bei Gutachten mit nicht objektiv gewährleistungsfähigem Inhalt von einem Auftragsverhältnis auszugehen ist¹³⁸. 71

Die Qualifizierung des Gutachtervertrages beeinflusst die Rechtsstellung des Auftraggebers insoweit, als beim Vorliegen eines Werkvertrages bei einem mangelhaften Gutachten nicht nur Schadenersatz verlangt werden kann, sondern der Vertragspartner des Gutachters zusätzlich die werkvertraglichen Garantieansprüche gemäss Art. 368 OR (Wandelung und Minderung) einfordern kann. Die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass der Honoraranspruch des Beauftragten im Fall einer Verletzung der vertraglichen Haupt- bzw. von vertraglichen Nebenpflichten angemessen zu kürzen ist¹³⁹, weshalb auch bei der Anwendbarkeit des einfachen Auftragsrechts eine Art «Minderungsan- 72

¹³⁵ Vgl. z.B. Urteil OGH 10 Ob 50/15y vom 30. Juli 2015.

¹³⁶ Vgl. § 839a Abs. 1 BGB.

¹³⁷ Vgl. BGE 127 III 328 ff. und 130 III 345 ff.

¹³⁸ Vgl. BGE 127 III 328 E. 2c.

¹³⁹ Siehe BGE 124 III 423 E. 4 und Urteil KGer Waadt vom 5. Juli 2006 = SG 2009 Nr. 1618 E. 4b.

spruch» besteht. Hat der geschädigte Vertragspartner das Honorar des Gutachters bereits vollständig bzw. mehr bezahlt, als der Gutachter zu fordern berechtigt ist, steht ihm ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch zu.

- 73 Von der Mangelhaftigkeit des zu beurteilenden Gutachtens ist auszugehen, wenn die objektiven Begutachtungsregeln missachtet worden sind. Erforderlich ist grundsätzlich die Sorgfalt, welche ein Gutachter in der gleichen Lage bei der Erstellung des zu beurteilenden Gutachtens anzuwenden pflegt¹⁴⁰. Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usancen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltniveaus herangezogen werden¹⁴¹. Entsprechend sind die von Fachgesellschaften erlassenen Begutachtungsrichtlinien in jedem Fall einzuhalten. Unklar ist, wie konkret die Begutachtungsrichtlinien sein müssen, um einzelfallweise anwendbar zu sein. Offen formulierte Begutachtungsrichtlinien können lediglich bei der Konkretisierung der objektiven Gutachtersorgfalt berücksichtigt werden, aus ihnen können keine konkreten Handlungsanweisungen für den Gutachter abgeleitet werden.
- 74 Der Schadenersatzanspruch und allfällige weitere Garantieansprüche stehen dem Vertragspartner des Gutachters zu. Ein Gutachter kann jedoch bereits bei einer mittelbaren Beziehung gegenüber einem vertragsfremden Dritten aus erwecktem Vertrauen haftbar werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Gutachter den Dritten kennt oder zumindest weiss, um wen es sich handelt, denn das Haftungsrisiko richtet sich nach den davon unabhängigen Kriterien des Inhalts der Expertise und deren Verwendungszweck¹⁴². Inhalt und Verwendungszweck von strassenverkehrsrechtlichen Gutachten, insbesondere verkehrsmedizinische Gutachten, betreffen regelmässig Drittinteressen, weshalb der Gutachter unter Umständen auch für Schäden aufzukommen hat, welche als Folge seiner mangelhaften Begutachtung bei Drittpersonen bzw. bei Nichtvertragspartnern verursacht worden sind.

5.2.2 Haftung für Administrativ- bzw. Gerichtsgutachten

- 75 Keine etablierte Rechtsprechung besteht im Zusammenhang mit der Haftung für Administrativ- bzw. Gerichtsgutachten. Wie bereits erwähnt äussern sich die einschlägigen Verfahrensvorschriften nicht dazu, ob und inwieweit für ein mangelhaftes Administrativ- bzw. Gerichtsgutachten gehaftet wird. Für Administrativ- bzw. Gerichtsgutachten, welche von einem Sozialversicherungsträger in Auftrag gegeben werden, richtet sich die Haftung nach Art. 78 ATSG. Die zentrale Frage im Zusammenhang mit der Anwendung dieser spezialge-

¹⁴⁰ Vgl. BGE 127 III 328 E. 3.

¹⁴¹ Vgl. BGE 115 II 62 E. 3a.

¹⁴² Vgl. BGE 130 III 345 E. 2.

setzunglichen Haftungsnorm besteht darin, ob bzw. welche beigezogenen Gutachter als «Durchführungsorgan» bzw. «Funktionäre» des jeweiligen Sozialversicherungsträgers qualifiziert werden können. Während der regionalärztliche Dienst der IV (RAD) als Durchführungsorgan verstanden wird, sollen die medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) nicht unter diese Haftungsnorm fallen¹⁴³.

Mangels Vorhandenseins einer spezialgesetzlichen Haftungsregelung beurteilt sich die Haftung für mangelhafte Administrativ- bzw. Gerichtsgutachten nach Massgabe der allgemeinen Staatshaftung. Das eidgenössische bzw. jeweilige kantonale Staatshaftungsrecht umschreibt den persönlichen Geltungsbereich der anwendbaren Haftungsordnung unterschiedlich und legt die Anspruchsvoraussetzungen für einen allfälligen Haftungsanspruch ebenfalls uneinheitlich fest. In der Regel besteht eine ausschliessliche Kausalhaftung, weshalb das Gemeinwesen, welches das mangelhafte Gutachten in Auftrag gegeben hat, unabhängig von einem allfälligen Verschulden des Gutachters haftungsrechtlich verantwortlich ist. Unklar ist jedoch – wie bei der vorerwähnten sozialversicherungsrechtlichen Haftungsnorm –, ob die beigezogenen Gutachter unter den persönlichen Anwendungsbereich der jeweiligen Staatshaftungsordnung fallen. 76

Im Geltungsbereich des eidgenössischen Staatshaftungsrechts besteht für Privatpersonen, die eine Staatsaufgabe erfüllen und dabei Schaden verursachen, eine subsidiäre Haftung des Bundes¹⁴⁴. Das kantonale Staatshaftungsrecht demgegenüber sieht in Bezug auf Privatpersonen, welche eine Staatsaufgabe erfüllen, unterschiedliche Haftungsregeln vor. Eine erste Gruppe von Kantonen kennt keine Staatshaftung für Private, die im Rahmen eines Leistungsauftrags eine Staatsaufgabe wahrnehmen. Dazu zählt etwa der Kanton Zug, der die Staatshaftung auf Behördemitglieder, Beamte und Angestellte des Gemeinwesens beschränkt¹⁴⁵. Eine zweite Gruppe von Kantonen statuiert – wie 77

¹⁴³ So z.B. KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2015, N 54 zu Art. 78.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 19 VG.

¹⁴⁵ Vgl. z.B. § 1 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Kantons und der Gemeinden (Haftungsgesetz) des Kantons Basel-Landschaft vom 24. April 2008, § 1 Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals (Haftungsgesetz, HG) des Kantons Basel-Stadt vom 17. November 1999, § 1 Abs. 1 Gesetz über die Haftung des Staates, der Gemeinden, der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten und Arbeiter (Verantwortlichkeitsgesetz) des Kantons Solothurn vom 26.06.1966, Art. 1 Abs. 1 Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden und öffentlichen Angestellten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG) des Kantons St. Gallen vom 07.12.1959, § 1 Abs. 1 Gesetz über die Verantwortlichkeit (Verantwortlichkeitsgesetz) des Kantons Thurgau vom 14. Februar 1979 und § 1 Abs. 1 Gesetz über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) des Kantons Zug vom 1. Februar 1979.

der Bund – eine subsidiäre Staatshaftung. In Schaffhausen haftet die beauftragende Körperschaft oder Anstalt zum Beispiel subsidiär, soweit die Privaten, welche öffentlich-rechtliche Aufgaben in selbstständiger Erwerbstätigkeit ausführen, die für den verursachten Schaden geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermögen oder mangels Verschulden zur Schadenleistung nicht verpflichtet werden können¹⁴⁶.

- 78 Eine dritte Gruppe von Kantonen lässt Privatpersonen, die eine Staatsaufgabe ausführen, nach Massgabe der Haftungsgrundsätze, welche für Staatsfunktionäre gelten, haften. Im Kanton Zürich etwa lautet § 4a des Haftungsgesetzes vom 14. September 1969:

«¹ Private, die ihnen übertragene öffentliche Aufgaben erfüllen, haften kausal für den Schaden, den sie dabei durch rechtswidrige Tätigkeit oder Unterlassung verursachen. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundeszivilrechts. Ansprüche sind auf dem Weg des Zivilprozesses geltend zu machen.

² Im Fall der subsidiären Staatshaftung gemäss Art. 46 Abs. 2 KV gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes.»

- 79 Innerhalb der Gruppe der Kantone, welche das Staatshaftungsrecht für Privatpersonen, welche Staatsaufgaben ausführen, zur Anwendung bringen, wird mitunter einschränkend vorausgesetzt, dass die Privatperson eine eigentliche hoheitliche Tätigkeit ausgeführt hat, als sie den Schaden verursachte. Im Kanton Obwalden beispielsweise wird vorausgesetzt, dass Private eine hoheitliche Aufgabe wahrnehmen¹⁴⁷. Im Kanton Aargau wird ebenfalls eine primäre Kausalhaftung der Privaten vorgesehen; die Aufgabenübertragung auf Private setzt jedoch den Nachweis einer risikogerechten Haftpflichtversicherung voraus, falls die Gefahr einer erheblichen Schädigung von Dritten besteht und das Gemeinwesen nicht kraft Sonderregelung haftet¹⁴⁸. Eine primäre Kausalhaftung der Privaten kombiniert mit einer Ausfallhaftung des Staates für uneinbringliche Schäden kennt der Kanton Bern¹⁴⁹.
- 80 Diese überaus heterogene Haftungsordnung hat zur Folge, dass der von einem Administrativ- bzw. Gerichtsgutachten mittelbar Geschädigte vor der Geltendmachung von Haftungsansprüchen diffizile Abgrenzungsfragen zu beurteilen hat. Die betroffene Person muss zunächst klären, ob die Begutachtung privat oder in Erfüllung einer eigentlichen Staatsaufgabe erfolgt ist. Bei Anwendbarkeit des Staatshaftungsrechts ist schliesslich zu klären, ob der Staat als Auftraggeber der Begutachtung ausschliesslich oder subsidiär und/oder der Gutachter wegen der Pflichtversäumnisse haftungsrechtlich zur Verant-

¹⁴⁶ Vgl. Art. 2a Abs. 2 Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behördemitglieder und Arbeitnehmer (Haftungsgesetz) vom 23. September 1985.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 3b Abs. 2 Haftungsgesetz des Kantons Obwalden vom 24. September 1989.

¹⁴⁸ Siehe § 1 Abs. 2 Haftungsgesetz (HG) des Kantons Aargau vom 24. März 2009.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 101 Personalgesetz (PG) des Kantons Bern vom 16. September 2004.

wortung gezogen werden kann. Gilt eine Kausalhaftung, muss die geschädigte Person kein Verschulden nachweisen, was aber erforderlich ist, wenn die Verschuldenshaftung greift. Die Geltendmachung allfälliger Staatshaftungsansprüche hat sodann innerhalb der kantonalrechtlich vorgesehenen, ebenfalls heterogenen Fristen zu geschehen. Da die strassenverkehrsrechtlichen Gutachten bundesrechtlich verankert sind, will es nicht richtig einleuchten, weshalb sich allfällige Haftungsansprüche nach dem überaus heterogenen kantonalen Recht richten.

Die Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen den Staat bzw. das Gemeinwesen ist nicht nur wegen der regelmässig kurzen (Verwirkungs-)Fristen erschwert, sondern auch wegen des Prinzips der Einmaligkeit des Rechtsschutzes. Dieses Prinzip besagt, dass die Rechtmässigkeit rechtskräftiger Entscheide im Haftungsprozess nicht mehr kontrolliert werden kann¹⁵⁰. Voraussetzung für die Unüberprüfbarkeit ist, dass die am ursprünglichen Verfahren beteiligten Parteien überhaupt die Möglichkeit hatten, den betreffenden Entscheid anzufechten, hiervon jedoch keinen oder erfolglos Gebrauch gemacht haben¹⁵¹. Hätte sich die geschädigte Person im Verfahren gegen das eingeholte Gutachten hinreichend zur Wehr setzen können, können nachfolgend keine Haftungsansprüche mehr geltend gemacht werden, wenn sich herausstellt, dass das Gutachten aus formellen Gründen oder inhaltlich mangelhaft gewesen ist.

Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass das Gemeinwesen lediglich dann haftet, wenn die entscheidende Behörde, insbesondere Richter, sich eine wesentliche Amtspflichtverletzung hat zu Schulden kommen lassen¹⁵². Willkürliches Verhalten beispielsweise gilt als eine derartige wesentliche Pflichtverletzung¹⁵³, nicht aber vertretbare Ermessensausübung. Blosser Ermessensfehler eines Richters begründen folglich keine Haftung für Verfahrensbeteiligte. Da Gutachter regelmässig funktionell als stellvertretende Richter tätig sind und den Gutachten mit nicht gewährleistungsfähigem Inhalt eine Ermessensausübung immanent ist, stellt sich letztlich die Frage, ob das Haftungsprivileg des Richters auch für den Gutachter gilt.

¹⁵⁰ Vgl. BGE 129 I 139 E. 3.1 und 126 I 144 E. 2a sowie Art. 12 VG.

¹⁵¹ Gegebenenfalls ist auch eine Individualbeschwerde beim EGMR zu ergreifen (vgl. BGER 2A.77/2004 vom 13. Februar 2004 E. 3.1).

¹⁵² Vgl. BGE 120 Ib 248 E. 2b.

¹⁵³ Vgl. Art. 55 Abs. 4 VwVG.

6. Schlussbemerkungen

- 83 In strassenverkehrsrechtlichen Angelegenheiten werden zunehmend Gutachten erstellt, die nicht unwesentlich in die Rechte und persönlichkeitsgeschützten Lebensbereiche der am Verkehr beteiligten Personen eingreifen. Dem Gutachter kommt regelmässig die Funktion eines stellvertretenden Richters zu. Entsprechend wichtig ist es, qualitativ gute Administrativ- und Gerichtsgutachten der Entscheidungsfindung zugrunde zu legen.
- 84 Die Sicherstellung der Qualität von Gutachten verfolgt der Gesetzgeber einerseits durch die Statuierung von Verfahrensrechten und andererseits durch die Sicherstellung der Gutachterkompetenz. Trotz dieser formalen Anforderungen können Gutachten aus formellen Gründen oder inhaltlich fehlerhaft sein. Korrigiert die entscheidende Behörde bzw. das Gericht im Rahmen der Überprüfung des erstatteten Gutachtens dieses nicht oder nicht hinreichend, wird ein fehlerhaftes Gutachten zur Grundlage eines rechtskräftigen Entscheides, der, ist er einmal rechtskräftig geworden, kaum mehr revisionsweise aufgehoben werden kann. Erweist sich die gutachterliche Prognose im Nachhinein als fehlerhaft, ist ebenfalls unklar, ob und inwieweit der auftraggebende Staat oder der sich irrende Gutachter selber haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.
- 85 Eine heterogene kantonale Staatshaftungsordnung, das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes und die einem Richter gleiche funktionale Stellung des Gutachters stellen grosse Hindernisse dar, wenn Personen, welche als Folge eines mangelhaften Gutachtens geschädigt worden sind, Haftungsansprüche geltend machen möchten. Nach der Auffassung des Verfassers dieser Zeilen wäre es angebracht, wenn der Gesetzgeber in Zeiten zunehmender Begutachtungen und eigentlicher Gutachtergläubigkeit bundesweit einheitliche Kriterien für die Auswahl von Administrativ- und Gerichtsgutachtern, die einzuhaltenden Verfahrensrechte, den Begutachtungsprozess und die Folgen mangelhafter Gutachten aufstellen würde. Es ist rechtsstaatlich bedenklich, wenn in Bezug auf unterschiedliche Administrativ- und Gerichtsgutachten nicht dieselben Vorschriften gelten.