

Neumarkt, 11. März 2016

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des  
Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des  
Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den  
Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit**

Zu den zivilprozessualen Fragestellungen nehme ich wie folgt Stellung:

**Artikel 1 – Änderung der Zivilprozessordnung**

**I. Obligatorische Anhörung der Parteien, Artikel 1 Nr. 1 (§ 404  
Absatz 2 ZPO-E):**

Die obligatorische vorherige Parteianhörung sollte nicht Gesetz werden.

1.

Die Bundesregierung begründet die Einführung der obligatorischen Parteianhörung mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art 103 Absatz 1 GG. Das Gericht erhalte durch die frühere Einbindung der Parteien eine breitere Entscheidungsbasis für die Auswahl. Die Anhörung nach der Auswahl des Sachverständigen sei nicht in gleicher Weise geeignet, Bedenken der Parteien zu berücksichtigen. Verfahrensverzögerungen seien nicht zu erwarten.

2.

Demgegenüber sieht der Bundesrat keinen Änderungsbedarf. In geeigneten Fällen erfolge bereits jetzt eine Anhörung. Da nach der Bestellung des Sachverständigen regelmäßig eine Frist zur Vorschusseinzahlung gesetzt werde, bleibe den Parteien genügend Zeit, eventuelle Einwände zu erheben. In einfachen Fällen und bei Massenverfahren führt die vorherige Anhörung zu weiteren Konfliktfeldern und Verzögerungen. Auch die Ausformung als Sollvorschrift löse die Problematik nicht, da Eilsachen wie etwa Kindschaftssachen so aus dem Anwendungsbereich

herausgenommen würden, was den Regelfall und nicht die Ausnahme betreffe.

3.

Die letztgenannte Auffassung verdient den Vorzug.

Insbesondere in den amtsgerichtlichen Routinefällen (Verkehrsunfälle, Mängel der Mietsache, einfache Bausachen) ist die Auswahl des Sachverständigen tatsächlich ohne Probleme möglich. Bislang hat sich in vielen Fällen auch kaum eine der Parteien dafür interessiert. Die vorherige Anhörung der Parteien verlängert die Verfahren jedenfalls um zwei weitere Wochen. Die Benennung des Sachverständigen erfolgt am Amtsgericht häufig zusammen mit der Terminierung. Damit wird dem Sachverständigen formal keine Frist zur Gutachtenserstattung gesetzt; diese ergibt sich aus dem anstehenden Termin zur meist mündlichen Gutachtenserstattung. In schwierigeren Fällen, etwa am Landgericht, geht meist ein Verhandlungstermin voraus, in dem nicht selten über den Umfang der Sachverständigenbeauftragung, das Fachgebiet und gelegentlich auch die Person des zu bestellenden Sachverständigen gesprochen wird, mithin auch jetzt schon eine Anhörung stattfindet.

Art. 103 GG gebietet auch nicht zwingend eine vorherige Anhörung. Nach bisheriger Rechtsprechung (BGHZ 131, 76, 80) und Lehre Zöller/Greger, 31. Aufl., § 404 Rn. 1) wurde dies nicht so gesehen und entsprechend praktisch gehandhabt (Blendinger, Reform des Sachverständigenrechts nach der ZPO und dem FamFG, in: DS 2015, S. 211, 213).

Benennt eine Partei bei der Anhörung namentlich eine Sachverständigen, setzt sie sich erheblichen Risiken aus. Es darf nicht unterschätzt werden, dass die Herkunft eines Vorschlags von einer Partei die andere Partei durchaus zu Zweifeln an der Person des vom Gegner genannten Sachverständigen anregen kann. Wenn beide Parteien dazu übergehen, den jeweils von der anderen Seite vorgeschlagenen Gutachter abzulehnen, wird dem Gericht wenig anderes übrigbleiben, als einen dritten Gutachter zu benennen. Andernfalls ist eine Befangenheitsablehnung gegen den Richter wahrscheinlich, was zu einer weiteren Verfahrensverzögerung führt (Blendinger, aaO, S. 215). Damit verbreitert sich auch nicht die Basis für die Auswahl der Sachverständigen durch Vorschläge der Parteivertreter. Es kann sogar dazu führen, dass derselbe Sachverständige, der auf Initiative des Gerichts ohne Parteianhörung bestellt und akzeptiert wird, von den Parteien in der Anhörung abgelehnt wird, weil er von der anderen Partei vorgeschlagen wurde.

Eine Befangenheitsablehnung des Sachverständigen erfolgt meist erst, wenn das Gutachten vorliegt oder sich sein Inhalt abzeichnet. Ich erwarte, dass die vorherige Möglichkeit zur Stellungnahme die Anzahl der Ablehnungen im Zusammenhang mit der Gutachtenserstattung nicht reduzieren wird.

Es gibt auch jetzt schon eine Vielzahl von Faktoren, die die Neutralität der Gutachter fördern und schützen.

Es liegt im ureigenen Interesse eines jeden Gerichtes einen Sachverständigen zu benennen, bei dem folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

Der Sachverständige soll fachlich kompetent sein und es beherrschen, seine Feststellungen verständlich und überzeugend darzustellen. Fehlt es daran, entsteht Mehraufwand durch zum Beispiel durch Ergänzungsgutachten, schlimmstenfalls durch Beauftragung eines neuen Sachverständigen.

Der Sachverständige soll neutral und unparteiisch sein. Ist er dies nicht, bedeutet das für das Gericht Mehrarbeit durch die Bearbeitung von zu erwartenden Befangenheitsanträgen gegen den Sachverständigen und im Falle der Zurückweisung gegen das Gericht selbst.

Der Sachverständige erstattet sein Gutachten möglichst zeitnah und steht in absehbarer Zeit und möglichst flexibel für einen Termin zur mündlichen Erörterung seines Gutachtens zur Verfügung. Es liegt nahe, dass diejenigen Sachverständigen, die bei Gericht und Anwaltschaft den Ruf genießen, besonders fachkundig zu sein, auch so häufig herangezogen werden, dass die Bearbeitungsdauer vorhersehbar besonders lange sein wird (Blendinger, aaO, S. 212).

Zur Gewährleistung der Neutralität und zur Verbesserung der Qualität der Gutachten ist die obligatorische vorherige Anhörung der Parteien kein geeignetes Mittel. Es erhöht die Neutralität des Gutachters nicht, wenn vorher die Parteien Einwendungen gegen seine Person vorgebracht haben. Eher das Gegenteil kann der Fall sein.

Ich empfehle daher, § 404 Absatz 2 ZPO-E nicht einzufügen.

## **II. Anzeigepflicht von Befangenheitsgründen, Art. 1 Nr. 2 b ( § 407 a Absatz 2 ZPO-E)**

Einer Ergänzung der Zivilprozessordnung bedarf es insoweit nicht. Seit 1.8.2013 entfällt der Anspruch auf die Vergütung, wenn der Sachverständige es unterlässt, unverzüglich Ablehnungsgründe

anzuzeigen, § 8 a Justizvergütungs- und –entschädigungsgesetz (JVEG). Ein echter Mehrwert wird durch die Aufnahme in die ZPO m.E. nicht erzielt.

### **III. Obligatorische Fristsetzung für die Erstattung schriftlicher Gutachten, Artikel 1 Nr. 3 a (§ 411 Abs. 1 ZPO):**

1.

Eine Hauptursache für die überlange Verfahrensdauer bei der Erstattung von Sachverständigengutachten ist nach Auffassung der Bundesregierung dem Umstand geschuldet, dass in der Praxis nur in 55 – 65 % aller Verfahren Fristen für Gutachtenserstattungen gesetzt werden. Die obligatorische Fristsetzung sei auch deswegen praxistauglich, weil sie den Sachverständigen zu der Überprüfung veranlasse, ob er angesichts seiner Arbeitsbelastung zur fristgerechten Erstattung des Gutachtens in der Lage sei. Ein Sachverständiger der dies frühzeitig mitteile veranlasse das Gericht, einen nicht überlasteten Sachverständigen zu bestimmen. Dies werde zu einer erheblichen Verfahrensbeschleunigung führen. Zudem können gewährte Fristen verlängert werden.

2.

Demgegenüber vertritt der Bundesrat die Auffassung, dass die geplante Gesetzesänderung weder erforderlich noch praxistauglich sei. In der Praxis erfolgen derartige Fristsetzungen. Lange Bearbeitungszeiten für Gutachten seien jedoch nicht auf fehlende Motivation der beauftragten Sachverständigen zurückzuführen, sondern auf vielfältige andere Ursachen, wie fehlende Mitwirkung der Beteiligten, Umfang des zu erstellenden Gutachtens oder eben auch die starke Arbeitsbelastung der einzelnen qualifizierten Sachverständigen. Bei obligatorischer Fristsetzung mit Androhung eines Ordnungsgeldes bestehe die Befürchtung, dass gerade die qualifizierten Sachverständigen weniger bereit sein werden, für Gerichte Gutachten zu erstatten und damit das Grundproblem eher verschärft werde.

3.

Auch hier verdient die letztgenannte Auffassung den Vorzug. Eine obligatorische Fristsetzung für die Erstattung schriftlicher Sachverständigengutachten wird nicht zu einer Beschleunigung und erst recht nicht zu einer erheblichen Verfahrensbeschleunigung führen. Zu Recht weist die Bundesregierung darauf hin, dass in mehr

als der Hälfte bis zu zwei Dritteln aller Verfahren bereits jetzt Fristen gesetzt werden. In vielen Fällen, in denen keine ausdrückliche Frist gesetzt wird, erfährt der Sachverständige über die Mitteilung von Wiedervorlagen (etwa drei Monate) von dem durch das Gericht ins Auge gefassten Zeitraum für die Gutachtenserstattung. In wieder anderen Verfahren erfolgt zwar keine Fristsetzung sondern eine Terminierung. Hier erfährt der Sachverständige durch das Feststehen des Termins zur mündlichen Verhandlung, bis wann er sein schriftliches Gutachten vorzulegen hat.

Schließlich bringt der Reformentwurf auch im Hinblick auf die Anzeigepflicht des Sachverständigen, dass er nicht zur fristgerechten Gutachtenserstattung in der Lage ist, keine echten Vorteile gegenüber der bisherigen Rechtslage. Auch unter dem geltenden Recht kommt es immer wieder vor, dass Sachverständige angeben, längere Zeit für die Gutachtenserstattung zu brauchen. Dass dann andere Gutachter beauftragt würden, kommt praktisch selten vor. Auch nach der geplanten Neuregelung steht eher zu erwarten, dass die Fristen verlängert und nicht ein anderer Sachverständiger beauftragt werden wird. Die Bundesregierung geht in ihrer Stellungnahme (BT-Drucksache 18/6985, S. 27) ebenfalls davon aus, dass ggf. auch wiederholte Fristverlängerungen gewährt werden könnten. Im Ergebnis schränkt der Gesetzentwurf die Handlungsoptionen der Gerichte ein, im eigenen Interesse an einem zügigen Fortgang des Verfahrens die ihnen aufgrund von Erfahrungswerten mit dem jeweiligen Sachverständigen am geeignetsten erscheinende Maßnahme zur Beschleunigung der Gutachtenerstellung zu treffen. Er erhöht zudem den gerichtlichen Bearbeitungsaufwand eines Verfahrens mit Sachverständigenbeteiligung und dies alles ohne erkennbaren Mehrwert. Ich empfehle daher, die „Soll“- Vorschrift des § 411 Absatz 1 ZPO beizubehalten.

#### **IV. Zwingende Ordnungsgeldfestsetzung, Artikel 1 Nr. 3 a, bb (§ 411 Absatz 2 Satz 1 ZPO)**

1.

Nach Auffassung der Bundesregierung sei nicht belegt, dass die Gerichte von der Möglichkeit der Festsetzung von Ordnungsgeldern hinreichend Gebrauch machen. Obwohl es bei drei Viertel der Gutachten zur Fristüberschreitungen mit einer durchschnittlichen Dauer von 4,9 Monate komme, gäbe es nur in etwa der Hälfte der Verfahren überhaupt eine Reaktion des Gerichts. Es solle im

Regelfall ein Ordnungsgeld ausgesprochen werden, wenn die Frist zur Erstattung des Gutachtens und die daraufhin gesetzte Nachfrist abgelaufen sind, ein Ordnungsgeld angedroht wurde und sich der Sachverständige nicht genügend entschuldigt habe. Die Festsetzung eines Ordnungsgeldes sei nur bei Verschulden des Sachverständigen möglich. Wegen der Ausformung als Sollvorschrift habe das Gericht die Möglichkeit im Einzelfall besondere Umstände zu berücksichtigen und so von der Festsetzung eines Ordnungsgeldes abzusehen. Der Änderungsentwurf verschärfe auch nicht eine „Mangellage“. Es sei bereits zweifelhaft, ob überhaupt ein Mangel an Sachverständigen bestehe. Weil die Gerichte dazu neigen, aus früheren Verfahren bekannte Sachverständige immer wieder zu bestellen, führe dies zur Überlastung eines kleinen Kreises von Sachverständigen

2.

Nach Auffassung des Bundesrates genüge die jetzige Ermessensnorm des § 411 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Die Verschärfung gehe an der Lebenswirklichkeit vorbei. Nur in seltenen Fällen seien die Verzögerungen von Sachverständigen zu vertreten. Meist seien sie darauf zurückzuführen, dass etwa eine Vielzahl von Personen angehört werden muss, sich die tatsächlichen Verhältnisse ändern oder der Begutachtung Hindernisse tatsächlicher Art im Wege stehen. Das Verfahren würde erschwert, wenn das Gericht weitere Ermittlungen hinsichtlich der möglichen Festsetzung eines Ordnungsgeldes anstellen müsste. Es bestehe die Gefahr, dass Gerichte von vorneherein längere Fristen für die Erstattung von Gutachten setzen, um nicht bei Fristversäumnis zwingend Sanktionieren zu müssen. Dies liefe dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung zuwider.

3.

Die Verhängung von Ordnungsgeldern gegen Sachverständige bei Fristüberschreitung ist in vielen Fällen aus einem dem Beschleunigungsinteresse des einzelnen Verfahrens übergeordneten Interesse des Gerichts an einer möglichst großen Auswahl an geeigneten Sachverständigen nicht angezeigt und wird deswegen auch nur in Ausnahmefällen praktiziert.

Kompetente Sachverständige sind nicht an allen Orten und in allen Fachrichtungen in ausreichender Anzahl verfügbar. Wenn die oder der Sachverständige dann auch noch zügig verwertbare Gutachten liefert, werden sie oder er sehr schnell stark nachgefragt sein. Ein Richter arbeitet daher häufig über Jahre hinweg zumindest in den Rechtsgebieten, in denen häufig Sachverständige heranzuziehen sind mit dem gleichen Kreis von Sachverständigen zusammen

(Blendinger, aaO, S. 217). Die Verhängung eines Ordnungsgeldes ist indes geeignet, ein solches konstruktives Arbeitsverhältnis zu belasten, wenn nicht sogar zu zerstören. Es steht dann zu befürchten, dass ein solchermaßen gemäßregelter Sachverständiger zukünftig Gutachtensaufträge mit Blick auf seine derzeitige Arbeitsbelastung ablehnt oder zumindest eine lange Bearbeitungsdauer ankündigen wird, um den Gutachtensauftrag nicht übernehmen zu müssen (Blendinger, aaO, S. 217). Die Neuregelung schmälert mittelfristig die Basis der zur Verfügung stehenden Sachverständigen. Ein Ausweichen auf andere, weniger beschäftigte Gutachter ist häufig wegen des Mangels an gleichwertig guten Sachverständigen nicht möglich.

Es wird daher empfohlen, die bisherige „Kann“- Regelung des § 411 Absatz 2 ZPO beizubehalten.

## **V. Erstreckung auf Betreuungsverfahren**

Über die Verweisung in § 30 FamFG gilt die Änderung der Zivilprozessordnung auch in allen anderen Verfahren nach dem FamFG, in denen eine förmliche Beweisaufnahme vorgesehen ist. Gemäß § 280 FamFG ist die Erholung eines Sachverständigengutachtens über die Notwendigkeit der Bestellung eines Betreuers oder der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts vorgeschrieben. Mithin wird auch in allen Betreuungsverfahren, sofern der Entwurf unverändert Gesetzeskraft erlangen sollte, die vorherige Anhörung der „Parteien“, also im Betreuungsverfahren der „Beteiligten“, zu erfolgen haben.

Nach der amtlichen Begründung (BT-Drucksache 18/6985, S. 13) kann wegen der Ausformung von § 404 Absatz 2 ZPO-E in bestimmten Fallgruppen von einer vorherigen Anhörung abgesehen werden. Eine bloße Sollvorschrift rechtfertigt nicht die Herausnahme ganzer Verfahrensgruppen, wie etwa Kindschaftssachen oder eben Betreuungssachen, weil es dort Eilfälle den Regelfall darstellen und nicht Einzelfallausnahmen betreffen.

## **VI. Zusammenfassung**

Zielsetzung des Gesetzesentwurfs war die Beschleunigung der Gutachtenserstellung (1), die Stärkung der Neutralität der Gutachter (2) und die Verbesserung der Qualität der Gutachten (3).

(1). Die zwingende Anhörung der Parteien wird in vielen Fällen zu einer Verlängerung des gerichtlichen Verfahrens führen. Die Gutachtenserstattung wird weder durch die obligatorische Fristsetzung noch durch die Festsetzung eines Zwangsgeldes tatsächlich beschleunigt. Sachverständige werden allenfalls früher als bisher um Fristverlängerungen ersuchen, um der Gefahr einer Ordnungsgeldfestsetzung zu entgehen.

Die Basis der auszuwählenden Gutachter wird nicht verbreitert. Es steht auch nicht zu erwarten, dass Gerichte verstärkt auf ihnen bisher unbekannte Gutachter ausweichen. Gutachter, gegen die ein Gericht Ordnungsgeld festgesetzt hat, werden eher nicht geneigt sein, weitere Gutachten zu erstatten.

(2). Die Neutralität der Gutachter wird nicht erhöht. Bereits jetzt sind Gutachter nach § 8 a JVEG gehalten, Befangenheitsgründe unverzüglich anzuzeigen. Seine Neutralität wird eher gefährdet, wenn er trotz der ablehnenden, vielleicht auch fachlich abwertenden Stellungnahme einer Partei trotzdem als Sachverständiger bestellt wird.

(3). Der Gesetzentwurf befasst sich an keiner Stelle mit dem öffentlichen Bestattungswesen oder der Schaffung von Anreizen zur besseren Aus- und Fortbildung. Lediglich in § 163 FamFG-E werden Ausbildungserfordernisse für einen „geeigneten Sachverständigen“ in Kindschaftssachen normiert, was für sich gesehen zu begrüßen ist. Für Sachverständige, die öffentlich bestellt und vereidigt sind, existiert bereits ein System der Qualifizierung und Fortbildung. In Bereichen, in denen es keine öffentliche Bestellung gibt, erscheint es sachgerecht, gemeinsam mit den Berufsverbänden ein Qualifizierungssystem zu entwickeln und Anreize für Sachverständige zu schaffen, sich durch geeignete Aus- und Fortbildung als Gerichtsgutachter zu etablieren.

(4). Die vorherige Parteienanhörung ist nicht geeignet, auch nur eines dieser vorgenannten Ziele zu verwirklichen. Stattdessen führt sie in einer Vielzahl von Verfahren zu nicht sinnvollen weiteren Verfahrensverzögerungen. Parteien, die hieran ein Interesse haben, wird ein einfaches Mittel an die Hand gegeben, ein Verfahren bei der Sachverständigenauswahl weiter in die Länge zu ziehen. Hier sei noch einmal auf den rechtspolitischen Handlungsbedarf verwiesen. Ausgangspunkt war die teilweise mangelhafte Qualität medizinischer und familiengerichtlicher Gutachten, insbesondere in kindschaftsrechtlichen Verfahren. Die Vorschriften zum Sachverständigenrecht sollen auch mit dem Ziel ergänzt werden, eine zügige Erstellung der Gutachten zu erreichen (BT-Drucksache 18/6985, S. 1).



Die vorgeschlagene Änderung der Zivilprozessordnung vermag dieses Ziel aus meiner Sicht nicht zu verwirklichen.

Anstelle der Erhöhung des Konfliktpotentials und des repressiven Umgangs mit Fristsetzung und Ordnungsgeld empfehle ich einen anderen Denkansatz:

- Qualifizierung von Sachverständigen durch sachgerechte Ausbildung zum Gerichtssachverständigen in Zusammenarbeit mit den Berufsverbänden
- Fortbildung der Gerichtssachverständigen
- Finanzielle Anreize durch erhöhte Stundensätze. Der Sachverständige soll in die Lage versetzt werden, seine wesentlichen Einkünfte über die gerichtliche Gutachtertätigkeit zu erzielen.

Dr. Harald Müller