



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht- und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1
11011 Berlin

rechtsausschuss@bundestag.de
CC: kathrin.schreiber@bundestag.de

Öffentliche Anhörung zum 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
BT-Drucks. 18/6985

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Künast,

zunächst herzlichen Dank für die freundliche Einladung zur öffentlichen Anhörung. Meine folgenden Überlegungen betreffen ausschließlich den 1. Teil des Gesetzentwurfes **zur Änderung des Sachverständigenrechts**.

Es geht bei mir also im Kern um die Anhörung der Parteien vor Gutachterbestellung (§ 404 Abs. 2 ZPO neu) und um die Unparteilichkeit des Sachverständigen (§ 407a Abs. 2 ZPO neu).

I. Ausgangspunkt

Der Gesetzentwurf verweist (zutreffend) darauf, dass in der Öffentlichkeit die Unabhängigkeit und Neutralität gerichtlich bestellter Sachverständiger in Frage gestellt wird. Es wird beanstandet, dass die gerichtlichen Gutachten teilweise nicht die erforderliche Qualität aufweisen. Dies sei bisweilen – etwa bei medizinischen Gutachten – auch auf eine fehlerhafte Auswahl der Sachverständigen durch die Gericht zurückzuführen. Die Regierungskoalition habe sich deshalb im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode, die

- Gewährleistung der Neutralität gerichtlich beigezogener Sachverständiger, sowie

Juristische Fakultät

Bürgerliches Recht,
Handels-, Wirtschafts-
und Europarecht

Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V. (EWeRK)

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Datum:
10. März 2016

Bearbeiter/in:
Jana Kosuch

Postanschrift:
Humboldt-Universität zu Berlin
Unter den Linden 6
10099 Berlin
Telefon +49 [30] 2093-3313
Telefax +49 [30] 2093-3412

hps@rewi.hu-berlin.de
www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/swt

Sitz:
Ziegelstraße 13a
Raum 405 (3. Etage)
10117 Berlin

Verkehrsanbindungen:
S- und U-Bahn: Friedrichstraße
S-Bahn: Oranienburger Straße
U-Bahn: Oranienburger Tor

- die Verbesserung und Qualität von Gutachten zum Ziel gesetzt.

Zur Erreichung dieses Zieles werden im Wesentlichen zwei Vorschläge gemacht:

- (1) Vor der Ernennung sollen die Parteien zur Person des Sachverständigen gehört werden (§ 404 Abs. 2 ZPO neu)
- (2) Der Sachverständige hat unverzüglich zu prüfen, ob ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Der Sachverständige hat dem Gericht solche Gründe unverzüglich mitzuteilen (§ 407a Abs. 2 ZPO neu).

II. Die Begründung des Gesetzgebers im Einzelnen

1. Der Gesetzgeber weist (zutreffend) darauf hin, dass die Anhörung der Parteien zur Person des vom Gericht vorgeschlagenen Gutachters auch heute schon in der zivilgerichtlichen Praxis regelmäßig stattfindet. Das ergibt sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Es fehle aber bisher eine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Es stehe deshalb im freien Ermessen des Gerichts, ob und wann es die Parteien zur Person des Sachverständigen anhöre. Dies gewährleiste das rechtliche Gehört der Parteien nicht hinreichend. Dem Sachverständigenbeweis komme eine besondere Bedeutung zu, er könne existenzielle Auswirkungen auf die Parteien haben. Durch die Anhörung **vor** der Bestellung erhalte das Gericht eine breitere Entscheidungsbasis für die Auswahl; die Qualität der Gutachten werde dadurch verbessert (Argumente aus der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates).
2. Die Mitteilungspflicht des Sachverständigen zu seiner Unparteilichkeit (§ 407a Abs. 2 ZPO neu) führe, so die Gesetzesbegründung, dazu, dass sich der Sachverständige in einem frühen Stadium der Ernennung seiner Unparteilichkeit vergewissere. Gründe, die ein Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen rechtfertigen, hat er dem Gericht unverzüglich mitzuteilen.

Auch bei dieser Regelung handelt es sich um eine Klarstellung und Verstärkung ohnehin bestehender Informations- und Prüfungspflichten. Die Überprüfung, ob Interessenkonflikte vorliegen, obliegt im Zivilprozess nicht nur dem Gericht, sondern auch den Parteien selbst. Darauf weist die Gesetzesbegründung zutreffend hin (S. 14). Schon immer konnten die Parteien bei Zweifeln an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Sachverständigen, diesen nach § 406 ZPO wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen. Über das Gesuch entscheidet das Gericht. Wenn die Parteien die Umstände für die Befangenheit nicht kennen, gehe aber das Ablehnungsrecht ins Leere. Der gerichtliche Sachverständige, der einen möglichen Interessenkonflikt befürchte, habe dies dem Gericht aus eigener Veranlassung unverzüglich mitzuteilen. Das Gericht könne ggf. einen anderen Sachverständigen ernennen. Auch heute schon eröffne § 408 Abs. 1 Satz 2 ZPO für das Gericht die Möglichkeit, den Sachverständigen von der Verpflichtung zur Erstattung des Gutachtens aus *anderen Gründen* (solchen, die die Unparteilichkeit in Frage stellen) zu entbinden. Ein Sachverständiger, der die Pflicht zur Mitteilung von Interessenkonflikten verletze, riskiere seinen Vergütungsanspruch (§ 8a Abs. 1 JVEG).

III. Stellungnahme

1. Ziel-Mittel-Relation

Der Gesetzgeber will die **Neutralität** gerichtlich beigezogener Sachverständiger gewährleisten. Zugleich hat er sich die **Verbesserung der Qualität von Gutachten** zum Ziel gesetzt. Die Frage lautet, ob diese beiden Ziele durch die Anhörung der Parteien einerseits und die Unparteilichkeitserklärung des Sachverständigen andererseits erreicht werden können. Daran bestehen erhebliche Zweifel.

a) Zur Anhörung

Die Anhörung der Parteien/ Beteiligten zur Person des vom Gericht vorgeschlagenen Gutachters findet auch heute in der zivilgerichtlichen Praxis regelmäßig statt. So beschreibt der Gesetzgeber selbst die Situation (BT-Drucks. 18/6985, S. 13). Dennoch ist es sicher nicht falsch, wenn diese Praxis im Gesetz verfestigt wird. Auf diese Weise wird vor allem klargestellt, dass die Parteien **vor der Ernennung des Sachverständigen** gehört werden.

Entscheidend ist allerdings, dass die in der Vergangenheit aufgetretenen Probleme, über die in der Öffentlichkeit immer wieder berichtet wurde, durch die Anhörung über den vom Gericht vorgeschlagenen Gutachter **nicht beseitigt werden können**. Es gibt keinerlei Hinweise in der gesetzlichen Begründung, warum diese Anhörung, die in der Praxis eingetretenen Probleme, in Zukunft beseitigen sollte. Es gibt auch keinerlei Hinweise darauf, warum eine solche Anhörung die Qualität der Gutachten verbessern sollte. Auf beide Problemkreise wird gleich noch einmal zurückzukommen sein.

b) Zur Unparteilichkeitserklärung

Auch im geltenden Recht obliegt es heute bereits dem Gericht und den Parteien, Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Sachverständigen vorzutragen. Darauf weist die Gesetzesbegründung hin (BT-Drucks. 18/6985, S. 14). Die Parteien können den Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen (§ 406 ZPO).

Die Neuregelung will erreichen, dass ein Sachverständiger einen **möglichen Interessenkonflikt** unverzüglich mitteilt und sich damit selbst quasi ausschließt. Verstößt er gegen die Pflicht, so entfällt regelmäßig sein Vergütungsanspruch.

Die Neuregelung verändert die bisher bestehende Rechtslage kaum. Die Gesetzesbegründung weist selbst darauf hin, dass die Sachverständigen auch heute schon die Pflicht haben **sonstige Gründe** mitzuteilen, die zu einer Entpflichtung von einer Gutachtenserstattungspflicht führen können (§ 408 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Neuregelung in § 407a Abs. 2 ZPO führt also nur zu einer Verfestigung und Klarstellung einer ohnehin bereits geltenden Regelung. Da die Parteien und ihre Anwälte/innen auch heute schon das Verfahren vor den Gerichten steuern und ihnen natürlich das geltende Zivilprozessrecht bekannt ist, stellt sich die Frage, wieso die Klarstellung, die der Gesetzgeber in § 407a Abs. 2

ZPO anstrebt, irgendetwas am heute bestehenden Zustand ändern sollte. Dafür enthält die Gesetzesbegründung keinerlei Hinweise.

c) Gesamtbewertung

Die vom Gesetzgeber geplanten Klarstellungen einerseits zur Anhörung und andererseits zur Unparteilichkeit sind **deklaratorischer** Natur. Sie verfestigen den bisher bestehenden Rechtszustand und führen zu einer dem Bestimmtheitsgrundsatz der Verfassung entsprechenden Konkretisierung der anzuwendenden Regeln.

Damit wird allerdings das vom Gesetzgeber selbst formulierte Ziel, die **Neutralität gerichtlicher beigezogener Sachverständiger** zu gewährleisten und die **Qualität von Gutachten zu verbessern**, nicht erreicht. Diese beiden Ziele werden durch die Neuregelung nicht berührt, denn die Neuregelungen sind heute schon im großen und ganzen geltendes Recht. Das Problem der Neutralität gerichtlich beigezogener Sachverständiger und das Problem der Qualität von Gutachten wird aber durch das heute geltende Recht nicht gelöst – es kann demnach auch durch die Novellierung der ZPO, so wie sie vorgeschlagen wird, nicht gelöst werden. Die Vorschläge, die der Gesetzgeber macht, erweisen sich als **ziel-mittel-redundant**, sie laufen folglich leer.

2. Gründe für die Ziel-Mittel-Redundanz

Der Grund für die Ziel-Mittel-Redundanz liegt im principal-agent-Problem der gerichtlichen Sachverständigenbestellung. Das gleiche gilt übrigens auch für die Bestellung von Sachverständigen, die Versicherer oder Geschädigte selbst vorschlagen. Das principal-agent-Problem ist ein klassisches Problem, das vor allem auf unvollständiger Information und unterschiedlichen Interessen der Parteien beruht.

Wenn ein Gericht oder ein Versicherer beispielsweise einen Arzt um ein Gutachten bittet, so geschieht dies deshalb, weil das Gericht/ der Versicherer nicht über den medizinischen Sachverstand verfügt, der benötigt wird, um ein bestimmtes Problem zu lösen. Der Gutachter (z.B. Arzt) wird auf diese Weise zum Agenten des Auftraggebers (dem Prinzipal). In der wissenschaftlichen Literatur wird diese Konstellation deshalb als problematisch diskutiert, weil man nicht sicher sein kann, dass die Interessen des Prinzipals mit den Interessen des Agenten identisch sind. So könnte es beispielsweise sein, dass der Auftraggeber (Prinzipal) eine bestimmte Vorstellung von den Ergebnissen einer gutachterlichen Bewertung hat und den Agenten gerade deshalb mit der Anfertigung des Gutachtens beauftragt, weil dieser Gewähr dafür bietet, dass genau das als Ergebnis entwickelt wird, was sich der Auftraggeber wünscht.

In der principal-agent-Theorie ist anerkannt, dass solche gegenseitigen Übereinstimmungen häufig zustande kommen, ohne dass man darüber überhaupt sprechen muss. Das ist auch durchaus menschlich, denn Agenten, die für ihre Tätigkeit bezahlt werden, neigen zu voreilem Gehorsam. Widerspricht der Agent seinem Auftraggeber, so muss er damit rechnen, in Zukunft keine Aufträge mehr zu bekommen. Das wird ihn – ohne dass man darüber sprechen muss – von vornherein veranlassen die Wertungsspielräume, die ihm sein Fachgebiet eröffnet, im Sinne des Auftraggebers soweit wie nur irgend möglich zu nutzen. Der Auftraggeber seinerseits wird infolgedessen dem Agen-

ten immer wieder Gutachtaufträge zuweisen – oft ohne sich dabei bewusst zu machen, dass er dies aufgrund einer eigenen Ergebnistendenz tut. Diese Zusammenhänge zeigen, warum das principal-agent-Problem für die Rechtsordnung (§§ 663ff. BGB) aber auch für das Verhalten von Menschen (Institutionenökonomik/ behavioral economics) von grundlegender Bedeutung ist.

So kommt eine im November 2013 vorgelegte Studie zur „Begutachtungsmedizin“ zu dem Ergebnis, dass die Gerichte in etwa 23,3 % aller Fälle eine **Tendenz** für das gewünschte Ergebnis signalisiert haben. Zugleich gaben etwa 22,6% der Gutachter an, dass mehr als 50% ihrer Einnahmen aus Gutachterstätigkeit stammen (Deutsches Ärzteblatt, Heft 6, 2014, S. A 210, 212 unter Hinweis auf *B. Jordan*, Begutachtungsmedizin in Deutschland am Beispiel Bayern. Dissertation an der LMU München). Sehr ähnlich werden die Dinge im Beitrag von *Jordan/ Gresser* unter dem Titel „Wie unabhängig sind Gutachter?“ dargestellt (DS 2014, 71). Etwas weniger Tendenzsignale erhalten die Gutachter von den Gerichten in Österreich (*Kassab/ Gresser*, DS 2015, 268, 275). Eine Studie zur medizinischen Gutachtersituation in der Schweiz vom 06.05.2011 kommt zu dem Schluss, dass 22,7 % der medizinischen Gutachten qualitativ ungenügend und nur 28,9% qualitativ sehr gut ausgefallen waren (Studie der Züricher Hochschule für angewandte Wissenschaften und der Academy of Swiss Insurance Medicine Basel vom 06.05.2011 vorgelegt von *Auerbach/ Bollag/ Eichler/ Gyr/ Imhof/ Stöhr*).

Diese empirisch gewonnenen Ergebnisse verschiedener Untersuchungen und Studien dokumentieren letztlich die vom Gesetzgeber zutreffend beschriebene Problemlage. Hier liegt der Grund, warum mehrere Nobel-Preisträger (z.B. *Buchanan* oder *Samuelson*) über Fragen dieser Art gearbeitet und immer wieder versucht haben, Vorschläge zur Überwindung dieses Problems zu machen.

Das principal-agent-Problem bekommt bei den Fallgestaltungen, um die es hier geht, eine zusätzliche, die Lage noch schwieriger machende Komponente. Das Gutachten wird in der Regel für eine verletzte Person (z.B. das Verkehrsoffer) in Auftrag gegeben. Es gibt also eine **Dreiecksbeziehung** zwischen Gericht, Gutachter und Opfer. Das Interesse des Gerichtes ist ein anderes, als das Interesse des Gutachters. Beide Interessen unterscheiden sich elementar von den Interessen des Opfers. Dieses Problem soll an einem Beispiel, das in der Praxis von großer Bedeutung ist, beschrieben werden. Es handelt sich um die Fälle des Halswirbel-Schleudertrauma.

3. Halswirbel-Schleudertrauma

Das Halswirbel-Schleudertrauma ist in der Rechtspraxis deshalb so kompliziert, weil man es weder sehen, noch fühlen, noch messen kann (es entsteht meist bei Verkehrsunfällen, wenn der Kopf nach vorne und hinten schleudert). Häufig klagen die Patienten über erhebliche Kopfschmerzen und psychische Beeinträchtigungen. Es handelt sich um ein Phänomen, bei dem der Grad zwischen Simulation und Nicht-Simulation mit naturwissenschaftlichen Mitteln außerordentlich schwer zu diagnostizieren ist.

Vor allem die Mediziner und Gutachter *Mazotti/ Castro* verweisen auf Studien, aus denen sich ergeben soll, dass bis zu kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderungen von 11 km/h ein Halswirbel-Schleudertraume **objektiv ausgeschlossen** ist (Nachweise bei *Schwintowski/ Schah-Sedi*, Handbuch

Schmerzensgeld, 2013, S. 107). Die Mediziner haben deshalb eine **Harmlosigkeitsgrenze** entwickelt. Dem ist der **BGH** inzwischen in **mehreren Urteilen entgegengetreten** und hat darauf hingewiesen, dass HWS-Verletzungen auch bei Geschwindigkeitsänderungen unterhalb der Harmlosigkeitsgrenze **nicht** ausgeschlossen sind (BGH vom 28.01.2003, VI ZR 139/02, bestätigt am 08.07.2008, IV ZR 274/07). Folge, so der BGH, ein Gutachten über die kollisionsbedingte Geschwindigkeit muss nicht eingeholt werden. Entscheidend sei das medizinische Sachverständigengutachten.

Sehr überraschend ist nun, dass die Instanzgerichte (gemeint sind AG/ LG/ OLG) nur sehr bedingt bereit sind, dem BGH zu folgen. Das wird sehr eindringlich von *Jaeger/ Luckey* in ihrem Buch Schmerzensgeld (5. Aufl., ab Rn. 699) dargestellt. Offenbar sind viele Gerichte, anders als der BGH, doch von der Harmlosigkeitsgrenze überzeugt. Sie glauben also den Gutachtern nicht, wenn diese sagen, dass trotz einer geringen Geschwindigkeitsänderung ein HWS-Trauma aufgetreten sei. Sie empfinden das als **unglaublich**. Es entsteht für diese Gerichte der Eindruck, als versuche das Unfallopfer mithilfe gutmeinender und gutwilliger Ärzte die Gunst der Stunde zu nutzen, um über ein behauptetes HWS-Trauma zu einem Schmerzensgeld zu kommen. Ganz deutlich hat dies das Amtsgericht Berlin-Mitte im Jahre 2004 ausgesprochen und „auf nicht ganz unübliche Schwindeleien mit einer HWS-Verletzung nach einem Unfall“ hingewiesen (Urteil vom 16.08.2004 – 113 C 3366/02).

Im vorliegenden Zusammenhang geht es jedoch nicht um die Frage, wer letztlich Recht hat sondern darum, dass das HWS-Problem ein empirisch nachweisbares Beispiel dafür ist, in welchen Konflikt Unfallopfer geraten können, wenn sie es mit einem Gericht zu tun haben, das ein bestimmtes **Vorverständnis** über das HWS-Trauma hat. Selbst der Gutachter, der das HWS-Syndrom medizinisch bestätigt, wird in Frage gestellt. Die Folge davon liegt auf der Hand. Will dieser Gutachter vom Gericht auch in Zukunft noch bestellt werden, so muss er wohl über seine Meinung noch einmal nachdenken. Die Veröffentlichungen der Mediziner *Mazotti/ Castro* werden ihm dabei helfen.

Das Probleme dieser Art noch verstärkt werden, wenn die Gutachter beispielsweise von einem Versicherer oder einem Geschädigten selbst vorgeschlagen werden, liegt auf der Hand. Jetzt geht es weniger um das Vorverständnis der Auftraggeber, sondern vor allem darum, dass sie ein ausgeprägtes Interesse daran haben, an das Unfallopfer wenig oder gar nichts zu bezahlen. Ein Gutachter, der bereit ist der These von *Mazotti/ Castro* zu folgen, wird von jemandem, der den Schaden bezahlen muss, bevorzugt werden. Das Unfallopfer wird (wenn es anwaltlich vertreten ist) dem zwar widersprechen, aber: je häufiger Gutachter den HWS-Thesen von *Mazotti/ Castro* folgen, desto eher wird auch ein Gericht bereit sein, diesem Gutachter Vertrauen zu schenken, weil er offensichtlich eine herrschende Meinung in der Medizin widerspiegelt.

Jeder, der etwas von Rechtswissenschaft versteht, weiß wie wichtig das Argument der *herrschenden Meinung* ist. Es handelt sich um ein typisches Hierarchieargument von außerordentlicher Überzeugungskraft. Wenn denn die große Mehrheit, also die herrschende Meinung, einer bestimmten Auffassung in einer komplexen Frage ist, dann bietet es sich an, dieser herrschenden Meinung zu folgen. Der Volksmund würde sagen: Alle können sich doch nicht irren. Natürlich können sich alle irren, auch das weiß der Volksmund, aber, es ist eben schwer, sich einem solchen Argument zu entziehen. Dem Unfallopfer gelingt dies schon gar nicht, denn jeder wird (zu Recht) darauf hinweisen, dass das Opfer

selbst hochgradig am Ausgang des Verfahrens interessiert ist. Das Opfer wird also immer anderer Meinung als *Mazotti/ Castro* sein und Gutachter bevorzugen, die genau das Gegenteil prognostizieren.

Aus der Sicht des Sachverständigen gibt es noch ein weiteres Argument, warum die Situation für die Unfallopfer in diesen Fällen außerordentlich schwierig ist. Der Sachverständige ist nicht nur Agent des Gerichtes oder des Versicherers. Er wird nicht nur von beiden Seiten bezahlt und ist deshalb daran interessiert auch in Zukunft Aufträge zu bekommen. Er ist darüberhinaus als Sachverständiger aber auch Angehöriger einer bestimmten Berufsgruppe – in diesem Beispiel der Mediziner. Es kann sich aber auch um andere Berufsgruppen handeln. Entscheidend ist, dass ein Sachverständiger, der der überwiegenden/ herrschenden Auffassung seiner eigenen Berufsgruppe nicht folgt, sich mit dieser in Widerspruch setzt. Er kritisiert seine eigenen Kollegen/innen. Er ist ein *Nestbeschmutzer*, denn er sorgt durch seine sachverständige Kritik womöglich dafür, dass Kollegen/innen, die in anderen Fällen anders geurteilt haben, nunmehr womöglich in die *Haftung* kommen könnten. Jeder Sachverständige wird sich also mehrmals überlegen, was er genau sagt, einfach deshalb, weil er abwägen muss, ob er sich sozusagen mit seiner eigenen Zunft anlegen will. Er benötigt Sachgründe, wenn er dies tut und er muss akzeptieren, dass er sich damit aus dem Berufskollektiv tendenziell ausschließt.

Diese Gemengelage, die aus der Dreiecksbeziehung, um die es hier geht, entsteht, ist außerordentlich schwer aufzulösen, denn im Einzelfall kann jeder der Beteiligten für seinen Standpunkt gute Gründe vortragen. Gerichte wollen Schwindeleien vermeiden, sie wollen aber auch überzeugt sein, von dem, was sie tun. Sie wollen gerecht und billig entscheiden. Der Schädiger und sein Versicherer möchte so wenig wie möglich zahlen, vor allem nicht für Schwindeleien und Betrügereien. Gutachter möchten ihr Fachwissen gegen Entgelt verwerten und möchten als unabhängig, unparteiisch und hochkompetent gelten, zugleich möchten sie in dieser Gruppe nicht zum Außenseiter werden. Die Verkehrsoffer möchten fair, angemessen, schnell und psychisch so stressfrei wie möglich entschädigt werden. Sie stehen regelmäßig am Ende der Kette und können sich am wenigsten wehren, weil sie durch die Ereignisse ohnehin schon geschwächt und gestresst sind und regelmäßig wieder finanziell noch intellektuell den zwei anderen Seiten des Dreiecks gewachsen sind. Aber: sie können die Situation auch für eigene Zwecke ausnutzen, ohne dass dies bemerkt werden muss.

In dieser Situation ist es für den Gesetzgeber sehr schwierig ein Konzept zu finden, mit dem er die gegenläufigen Interessen in diesem Dreieck zum Ausgleich bringt. Es ist aber nicht so, dass man diese gegenläufigen Interessen gar nicht zum Ausgleich bringen könnte. Ein mögliches Modell soll hier zum Schluss kurz skizziert sein.

4. Überwindung der Ziel-Mittel-Redundanz

Das eigentliche Problem des Dreiecks besteht darin, dass die rechtlichen Beziehungen und die ökonomischen Interessen vor Begutachtung bekannt sind. Die Folge davon ist, dass man sich **strategisch** mit seinen eigenen Interessen positionieren kann. Gerichte bestätigen (oft unbewusst) die ihnen genehmen Gutachter. Versicherer unterstützen (bewusst oder unbewusst) die ihnen genehmen Gutachter/innen. Gutachter/innen bevorzugen bestimmte Gerichte/ Versicherungen, weil sie auf diese

Weise ihr Einkommen optimieren und gleichzeitig womöglich auch noch ihre Reputation in der Berufsgruppe steigern können. Opfer neigen natürlich auch dazu, diejenigen Sachverständigen zu bevorzugen, die ihren Standpunkt bestätigen. Dies alles erkennend müsste ein Gesetzgeber, der tatsächlich daran interessiert ist Neutralität zu gewährleisten und die Qualität von Gutachten zu verbessern, dafür sorgen, dass die Gutachter/innen nicht wissen, für wen sie eigentlich gutachten.

Dieser „*Schleier der Unwissenheit*“ (so das Bild des amerikanischen Rechtsphilosophen John Rawls) würde das oben beschriebene Dreiecksproblem auflösen. Wenn die Gutachter in Zukunft nicht mehr wüssten für wen sie gutachten, wenn sie also in Zukunft auch nicht mehr wüssten, ob sie mehr oder weniger Aufträge von einem bestimmten Gericht/ Versicherer/ Opfer bekämen, würden sie ihre Bewertungsspielräume, die es innerhalb eines jeden komplizierten Faches gibt, weder zugunsten der einen noch zugunsten der anderen Seite entwickeln, weil sie nicht wissen, für welche Seite sie gerade tätig sind. Sie würden als völlig unparteiische und unabhängige Gutachter/innen ihre Bewertungen und Zweifel an etwaigen Diagnosen offenlegen. Sie hätten zwar das Unfallopfer kennengelernt, aber sie wüssten nicht, ob sie gerade im Auftrag dieses Opfers oder im Auftrag eines Dritten tätig werden. Sollte das Unfallopfer die Bitte äußern, doch möglichst positiv im Sinne des Opfers zu urteilen, so würde das die Sachverständigen eher negativ beeinflussen, sodass die Unfallopfer solche Einflussnahmen vermeiden werden.

Im Ergebnis kann man also zeigen, dass das Trilemma, in dem sich Gerichte/ Schädiger/ Versicherer/ Sachverständige und Opfer befinden, durchaus auflösbar ist und zwar durch den „**Schleier des Nicht-Wissens**“ bei den Sachverständigen.

Rechtspraktisch müsste der Gesetzgeber nun über die Frage nachdenken, wie er diesen Schleier des Nicht-Wissens im Rechtssystem implementiert. Denkbar wäre es z.B. eine Stelle zu bestimmen, die die Gutachtaufträge entgegennimmt. Diese Stelle würde ihrerseits über einen fundierten Sachverständigenpool verfügen und je nach Gegenstand die Sachverständigen bestellen. Die Gutachter würden ihre Gutachten an diese Stelle liefern, sie würden nicht erfahren an wen die Stelle die Gutachten weitergibt. Die Stelle würde das Entgelt, das sie zuvor von den Parteien erhoben hat, an die Sachverständigen weitergeben und eine (geringe) Bearbeitungsgebühr behalten. Das wäre ein sehr einfaches Verfahren. Die Stelle sollte, ähnlich wie die Prüfstelle für Rechnungslegung (§ 342b HGB), zwar im Gesetz verankert, aber nicht vom Staat finanziert werden. Die Finanzierung würde, wie eben beschrieben, über die an den Gutachten Interessierten selbst erfolgen.

IV. Gesamtfazit

- 1) Die geplanten Änderungen in der ZPO zur Anhörung und zur Unparteilichkeitserklärung lösen das Problem, das der Gesetzgeber zutreffend beschreibt, nicht – sie sind vielmehr rein deklaratorischer (bestätigender) Natur.
- 2) Eine Lösung des Problems ist aber möglich und zwar durch Schaffung einer **Gutachterkoordinationsstelle**, die die Aufgabe hätte, Gutachtaufträge an geeignete Persönlichkeiten zu

vergeben ohne offenzulegen, für wen diese Persönlichkeiten gutachten. Die Stelle könnte analog zu § 342b HGB betraut werden, ohne den Staatshaushalt zu belasten.

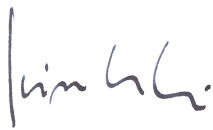
- 3) Wenn der Gesetzgeber bei der derzeitigen Novellierung bleibt, so ist das Problem, wie dargestellt, nicht gelöst, sondern nur vertagt.
- 4) Vielleicht sollte der Gesetzgeber, wenn er sich zu der Gutachterkoordinierungsstelle nicht durchringen kann, zumindest überlegen, ob es nicht hilfreich sein könnte § 406 ZPO um einen neuen Absatz 2 zu ergänzen. Dort könnte es sinnvoll sein, eine weitere Klarstellung in das Gesetz zu schreiben, ähnlich wie es in § 404 und § 407a ZPO erfolgt. Die Klarstellung könnte folgenden Wortlaut haben:

Bestehen aus Sicht des Prozessgerichtes Anhaltspunkte für eine Befangenheit des Sachverständigen, so soll dieser im Regelfall nicht beauftragt werden, es sei denn, ein besonderer, vom Prozessgericht genannter Sachgrund, ist für die Beauftragung leitend.

- 5) Auf diese Weise würde klarer gestellt werden, unter welchen Voraussetzungen ein Prozessgericht einen Sachverständigen ablehnen **muss**. Wenn, z.B. aufgrund anderer Fälle vor anderen Gerichten, ein allgemeiner Grund für eine Befangenheit eines Sachverständigen besteht, so würde dieser nunmehr **in der Regel** und zwar von Amts (also Gerichts-) wegen abgelehnt werden. An dem oben geschilderten Trilemma ändert dies nichts, aber: es wäre eine kleine Stärkung derjenigen, die nur wenig gegen unparteiische Sachverständige tun können.

Mit freundlichen Grüßen,

Ihr



Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski