

Bund der Versicherten e. V., 24558 Henstedt-Ulzburg
Per E-Mail: Poststelle@bmjv.bund.de
Bundesministerium der Justiz und für
Verbraucherschutz
Referat RA2
Herr Johannes Gerds
11015 Berlin

Henstedt-Ulzburg, den 05.08.2015

**Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz;
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
Aktenzeichen 3801/2 – R5 526/2014 (3700/26 II – R1 487/2010)
BdV-Stellungnahme**

Sehr geehrter Herr Gerds,

als gemeinnützige Verbraucherschutzorganisation mit ca. 50.000 Mitgliedern begrüßen wir die Möglichkeit, Stellung zum Referentenentwurf eines Gesetzes des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu nehmen.

Wir konzentrieren unsere Stellungnahme auf die Änderungen zum gerichtlichen Sachverständigenrecht im Rahmen der Zivilprozessordnung (ZPO), da der Bund der Versicherten e. V. (BdV) auf dem Gebiet des Privatversicherungsrechts tätig ist.

1. § 404 ZPO – Sachverständigenauswahl

Der BdV begrüßt, dass künftig gesetzlich geregelt wird, dass die Prozessparteien immer bereits zu einem frühen Zeitpunkt in die Sachverständigenauswahl einbezogen werden, um dadurch ihre Beteiligungsrechte zu stärken und um die Tatsachengrundlage des Gerichts für die Auswahl der Sachverständigen zu verbessern.

Die Auswahl des Sachverständigen erfolgt durch das Prozessgericht und steht grundsätzlich in dessen Ermessen. Eine Anhörung der Parteien zu der Frage, welche Person als Sachverständiger ausgewählt werden soll, sieht das Gesetz derzeit nicht vor.

Jedoch kann das Gericht die Parteien zur Benennung geeigneter Sachverständiger gemäß § 404 Absatz 3 ZPO auffordern. Dies empfiehlt sich in der Praxis oftmals schon vor dem Hintergrund des § 404 Absatz 4 ZPO. Denn einigen sich die Parteien vor Erlass eines Beweisbeschlusses auf einen Sachverständigen und teilen sie diesen dem Gericht mit, so ist das Gericht gehalten, den von den Parteien ausgewählten Sachverständigen zu beauftragen.

Benennen die Parteien allerdings keinen Sachverständigen, so muss das Gericht einen von Amts wegen ermitteln. Hierbei ist es in der Praxis für das Gericht empfehlenswert, die Person des Sachverständigen vor seiner Beauftragung den Parteien mit der Bitte um Äußerung etwaiger Ablehnungsgründe oder sonstiger Bedenken mitzuteilen. Eine solche Mitteilung an die Parteien erfolgt in der Praxis zumeist auch und zwar unter Setzung einer angemessenen Frist zur Stellungnahme.

Das Erfordernis einer solchen Anhörung zur Person des Sachverständigen ist aber nach Ansicht des BGH nicht zwingend, sie ist aber – wenn irgend möglich – ratsam und auch meist im Termin üblich (so Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO-Kommentar; 71. Aufl. 2013, § 404 Rn. 5). Dieses Anhörungserfordernis ergibt sich zudem aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Absatz 1 GG.

In der Praxis findet derzeit erst eine Anhörung der Parteien zum Sachverständigengutachten selbst im Rahmen des Termins zur mündlichen Anhörung des Sachverständigen nach § 411 Absatz 3 ZPO statt. Erst dann können die Parteien Fragen zum Gutachten und zur Expertise des Sachverständigen hinsichtlich der im Gutachten betroffenen Beweisthemen stellen (§§ 402, 395 Absatz 2 ZPO).

Der Zeitpunkt der Anhörung der Parteien hinsichtlich der Auswahl des Sachverständigen soll dem Gericht weiterhin freistehen, solange diese so rechtzeitig erfolgt, dass die Parteien ausreichend Zeit zur Stellungnahme besitzen. So bleibt aber offen, ob die Anhörung bereits bei der Zustellung der Klagschrift erfolgt oder erst im Rahmen der Bestimmung des Termins, in dem der Sachverständige ernannt werden soll.

Zur Beschleunigung des Verfahrens schlägt der BdV vor, in die Neuregelung aufzunehmen, dass die Parteien zugleich mit der Zustellung der Klagschrift aufgefordert werden, Stellung zu dem vom Gericht beabsichtigten Sachverständigen, innerhalb einer kurzen und angemessenen Frist, nehmen zu können.

2. § 407 a ZPO – Weitere Pflichten des Sachverständigen

Neben der Pflicht zur Gutachtertätigkeit nach § 407 ZPO führt § 407 a ZPO weitere Pflichten des gerichtlichen Sachverständigen ein und konkretisiert diese. Diese betreffen die zeitlichen Kapazitäten zur Erstellung von Gutachten und die Unparteilichkeit des Gutachters.

2.1 § 407 a Absatz 1 ZPO „innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist“

Der BdV schließt sich der geplanten Änderung durch den Gesetzesentwurf an.

In Rechtsstreitigkeiten zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer geht es nicht selten um die wirtschaftliche Existenz des Versicherungsnehmers. Dies gilt insbesondere für Versicherungssparten, die genau für Existenz bedrohende Risiken Schutz gewähren, wie etwa die Berufsunfähigkeitsversicherung für den Fall der Berufsunfähigkeit oder die Wohngebäudeversicherung für den Fall der Zerstörung des Eigenheims. Der Versicherungsnehmer hat in diesen Fällen ein gesteigertes Interesse an der zügigen Klärung, ob bzw. in welcher Höhe er Anspruch auf die begehrte Versicherungsleistung hat.

Eine zügige Klärung von offenen Fragen zur Beendigung des Prozesses ist dringend geboten und sollte von sämtlichen am Prozess Beteiligten zu beachten sein, insbesondere auch von Sachverständigen.

Zur Beschleunigung des Sachverständigenbeweises ist vorgesehen, in Absatz 1 die Pflicht für den Sachverständigen aufzunehmen, unverzüglich dem Gericht gegenüber anzuzeigen, wenn er den Auftrag voraussichtlich nicht in der vom Gericht gesetzten Frist erledigen kann.

Diese Neuregelung ist zweckmäßig, denn diese neue Prüfungs- und Mitteilungspflicht gewährleistet, dass der Sachverständige frühzeitig erkennt und dem Gericht anzuzeigen hat, ob bei ihm eine Überlastungssituation vorliegt.

Dadurch wird das Gericht unter der Maxime der Verfahrensbeschleunigung zügig in die Lage versetzt, nach Anhörung der Parteien, zu entscheiden, ob es den Sachverständigen eine längere Frist einräumt oder ihn von seiner Gutachtertätigkeit entpflichtet.

2.2 § 407 a Absatz 2 ZPO „unverzügliche Überprüfung der eigenen Unparteilichkeit“

Der BdV sieht die geplante Offenlegungspflicht des Gutachters als nicht weitreichend genug an.

Neben der zügigen Erstellung des Gutachtens ist die Unparteilichkeit des Gutachters zwingende Voraussetzung für ein faires Verfahren.

Daher ist es sachgerecht, dass der Sachverständige aufgrund des neuen Absatzes 2 unverzüglich zu prüfen hat, ob in seiner Person ein Grund vorliegt, der seine Unparteilichkeit in Bezug auf den Gutachtauftrag beeinträchtigt. Er muss sich bereits in diesem frühen Stadium der Ernennung vergewissern, ob diesbezüglich Probleme bei ihm vorliegen, die er dem Gericht und den Parteien unverzüglich anzuzeigen hat.

Dadurch soll gewährleistet werden, dass sowohl das Gericht als auch die Parteien bereits am Anfang des Prozesses eine Überprüfung vornehmen können, ob beim Sachverständigen ein Interessenkonflikt vorliegt, der den Beweiswert eines gerichtlichen Gutachtens beeinträchtigt, mindert oder ausschließt.

Eine solche Überprüfung obliegt im Zivilprozess nach dem Beibringungsgrundsatz auch den Parteien selbst und nicht nur dem Gericht. Insofern kann jede Partei bei Zweifeln an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Sachverständigen, diesen nach § 406 ZPO im Laufe des Verfahrens wegen der Besorgnis seiner Befangenheit ablehnen, worüber dann das Gericht zu entscheiden hat.

Kennen die Parteien aber die Umstände, die eine mögliche Befangenheit des Sachverständigen begründen könnten, nicht und können sie diese auch nicht kennen, weil längst nicht alle vorherigen Gutachten des Sachverständigen öffentlich gemacht werden, können die Parteien diese Umstände dem Gericht auch nicht mitteilen. Insofern geht dann in solchen Fällen das Ablehnungsrecht der Parteien ins Leere.

Durch die nunmehr geplante Einführung der „Offenbarungspflicht“ des Sachverständigen soll dem Gericht und den Parteien ermöglicht werden, sich künftig schneller über dessen

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ein Bild machen zu können. Die Parteien sollen dadurch schneller in die Lage versetzt werden, z. B. einen Befangenheitsantrag gegen den Gutachter stellen zu können.

Diese Offenlegungspflicht begrüßt der BdV grundsätzlich, jedoch ist sie noch nicht konkret genug und daher wie folgt zu präzisieren:

Gemäß dem Referentenentwurf hat der Sachverständige zu prüfen, ob ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Die Bewertung der Geeignetheit obliegt hierbei dem Sachverständigen. Dies führt dazu, dass der Sachverständige nur Gründe offenbart, die er selbst für geeignet hält, seine Parteilichkeit in Frage zu stellen. Für die Offenbarungspflicht sollte jedoch ein objektivierter Maßstab zu Grunde gelegt werden. Zwar gibt es zur aktuellen Rechtslage eine umfassende Kasuistik, wann eine Befangenheit eines Sachverständigen angenommen werden kann. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass jedem Sachverständigen diese umfangreiche Judikatur bekannt ist. Eine Offenbarung durch den Sachverständigen hängt also nach dem Referentenentwurf maßgeblich von der Kenntnis der einschlägigen Rechtsprechung des Sachverständigen ab.

Zur Herbeiführung von Rechtssicherheit sollte der Gesetzesentwurf daher um Fallgruppen ergänzt werden, welche Tatsachen immer offenbarungspflichtig sind. Somit werden die Parteien in die Lage versetzt, selbst zu bewerten, ob diese mitgeteilten Tatsachen eine Ablehnung wegen Befangenheit rechtfertigen.

Dies kann beispielsweise die Offenlegung sein, wie oft der Sachverständige in den letzten fünf Jahren für eine der Parteien oder andere Vertreter dieser Branche außergerichtliche und gerichtliche Gutachten erstellt hat.

Nur hierdurch können das Gericht und die Parteien erkennen, ob der Sachverständige tatsächlich unabhängig und unparteilich begutachten kann. Zeigt sich beispielsweise, dass der Gutachter weit überwiegend Gutachten für die Versicherungswirtschaft erstellt hat, dürfte ein solcher Gutachter wohl kaum als unbefangen gelten und auch nicht vom Gericht bestellt werden.

Zudem hat der Sachverständige die Anzahl seiner insgesamt erstellten Gutachten in dem benannten Zeitraum zu offenbaren. Nur so kann festgestellt werden, wie breit er aufgestellt ist und inwieweit er ggf. von einer Partei oder Branche abhängig ist.

Um dem Sachverständigen Anhaltspunkte zur richtigen Einordnung von Gründen, die Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit rechtfertigen, an die Hand zu geben, sollte jedem Sachverständigen ein Hinweis- und Informationsblatt ausgehändigt werden.

3. § 411 ZPO – Schriftliches Sachverständigengutachten

3.1 § 411 Absatz 1 ZPO – „Fristsetzung durch das Gericht“

Die Anpassung des § 411 Absatz 1 ZPO von einer „Soll-Vorschrift“ zu einer „Muss-Vorschrift“ begrüßt der BdV.

Derzeit ist in § 411 Absatz 1 ZPO geregelt, dass das Gericht bei Anordnung der schriftlichen Begutachtung dem Sachverständigen eine Frist setzen **soll**, künftig ist dagegen vorgesehen, dass das Gericht eine Frist **setzt**, also eine solche zu setzen hat.

Damit wird gewährleistet, dass dem Sachverständigen auf alle Fälle vom Gericht eine Frist gesetzt werden muss, in der er das schriftliche Gutachten zu erstellen hat. Dies trägt zur effektiven Beschleunigung des Sachverständigenverfahrens bei und somit zur Verkürzung der Prozessdauer. Zudem wird der Sachverständige besser in die Lage versetzt, zu prüfen, ob er das Gutachten tatsächlich innerhalb des vorgesehenen Zeitraums erstellen kann.

Eine obligatorische gesetzliche Fristsetzung ist erforderlich, da derzeit den Sachverständigen lediglich in etwas mehr als der Hälfte der amts- und landgerichtlichen erstinstanzlichen Zivilverfahren eine Frist zur Erstellung des Gutachtens gesetzt wird.

Bei der Bemessung der Frist hat das Gericht das Gebot der beschleunigten Verfahrensführung sowie den voraussichtlichen Zeitaufwand einer fachgerechten Begutachtung einschließlich des Umfangs der Beweisfragen und Akten sowie der erforderlichen Tatsachenfeststellungen und der fachlichen sowie tatsächlichen Komplexität des zu begutachtenden Sachverhalts zu beachten.

Die gewählte Frist muss dabei unter Berücksichtigung dieser Punkte natürlich angemessen sein (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 411 Rn. 5) und richtet sich insofern nach dem Einzelfall. Das Gericht darf sie aber nicht zu großzügig bemessen.

Im Gesetz sowie im Entwurf fehlt bisher eine Regelung hinsichtlich der Fristbestimmung. Eine exakte zeitliche Vorgabe ist aufgrund der Komplexität der verschiedenartigen

Fallkonstellationen, Beweisfragen und Gutachteraufträge nicht möglich, ein Rahmen kann jedoch vorgegeben werden.

Daher schlägt der BdV vor, die gesetzliche Regelung dahin gehend zu präzisieren, dass die Frist angemessen sein muss, aber nicht zu großzügig zu bemessen ist.

3.2 § 411 Absatz 2 ZPO – „Fristversäumnis“

Die geplante Gesetzesänderung, dass das Gericht im Falle einer Fristversäumnis ein Ordnungsgeld festsetzen soll, ist aus Sicht des BdV nicht ausreichend.

Eine gesetzte Frist verfehlt ihr Ziel, wenn an die Säumnis keine spürbaren Sanktionen geknüpft werden.

Eine Untersuchung der Oberlandesgerichte, der Kammergerichte und des BGH ergab, dass es bei drei Vierteln der überprüften Gutachten zu Fristüberschreitungen kam, durchschnittlich von 4,9 Monaten.

Selbst bei Verzögerungen von mehr als einem Monat erfolgte vom Gericht nur in etwa der Hälfte der Fälle überhaupt eine Reaktion des Gerichts, dies überwiegend in Form einer Sachstandsanfrage und nicht in der Festsetzung eines Ordnungsgeldes.

Hierdurch wird deutlich, dass gesetzliche Regelungen notwendig sind, die die Einhaltung und Überprüfung der Fristen effektiver gewährleisten sowie das Instrument des Ordnungsgeldes besser zum Einsatz bringen und den Sachverständigen veranlassen, unverzüglich Überlastungen dem Gericht anzuzeigen.

Derzeit **kann** das Gericht dem Sachverständigen bei einer Fristversäumnis zwar ein Ordnungsgeld auferlegen, allerdings erst wenn die Frist und die daraufhin gesetzte Nachfrist abgelaufen ist und ihm ein Ordnungsgeld angedroht wurde (§ 411 Absatz 2 Satz 1 und Satz 2 ZPO). Künftig **soll** das Gericht ein Ordnungsgeld festsetzen, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen.

Dies ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung gegenüber der jetzigen Regelung, aber nicht ausreichend. Der BdV schlägt vor, die Regelung dahin gehend zu verschärfen, dass das Gericht bei Fristversäumnis ein Ordnungsgeld festsetzen **muss**.

Von der Festsetzung eines Ordnungsgeldes darf dabei nur in Ausnahmefällen abgesehen werden, wenn die Fristversäumnis nicht vom Sachverständigen verschuldet worden ist. Schuldhaft handelt der Sachverständige bereits dann, wenn er einen etwaigen Hinderungsgrund nicht rechtzeitig anzeigt.

Um tatsächlich effektiver zu werden, muss das Gericht künftig die Fristen strenger überwachen und intern besser dafür sorgen, dass ein Fristversäumnis unverzüglich nach Fristablauf festgestellt wird und dem Sachverständigen daraufhin unverzüglich eine kurze Nachfrist unter Androhung des Ordnungsgeldes gesetzt wird.

3.3 § 411 Absatz 2 ZPO – „Höhe des Ordnungsgeldes“

Zur Erreichung des Ziels einer Verfahrensbeschleunigung bei Sachverständigengutachten muss die Sanktion einer Fristüberschreitung durch den Sachverständigen auch als empfindlich wahrgenommen werden. Nur so kann auf das Verhalten zielgerichtet eingewirkt werden.

Derzeit kann ein einzelnes Ordnungsgeld nach § 411 Absatz 2 ZPO nur bis zu einer Höhe von 1.000 Euro festgesetzt werden (Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 des Einführungsgesetzes zum StGB).

Ein solches Ordnungsgeld entspricht damit in der Höhe dem Ordnungsgeld, das gegenüber Zeugen gemäß § 380 ZPO verhängt werden kann.

Eine Gleichsetzung von Sachverständigen mit Zeugen in diesem Punkt wird der Sache aber nicht gerecht und ist unangemessen. Unter Berücksichtigung der Höhe der Vergütung des Sachverständigen, der Bedeutung eines Sachverständigengutachtens für den Prozess und dessen Dauer sowie etwaig möglicher Folgen ausbleibender Gutachten für die Parteien, ist eine Erhöhung des Ordnungsgeldes geboten.

Daher ist die gesetzliche Einführung eines Ordnungsgeldes in Satz 3, das 5.000 Euro nicht übersteigen darf, angemessen. Allerdings fehlt hier ein Mindestmaß.

Wir schlagen vor, ein Ordnungsgeld von mindestens 1.000 Euro gesetzlich festzulegen. Dies ist auch interessengerecht, denn bei unverschuldeter Fristversäumnis wird kein Ordnungsgeld festgesetzt.

Zugunsten des Verbraucherschutzes geht der BdV positiv davon aus, dass im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens unsere Ausführungen Berücksichtigung finden.

Freundliche Grüße



Axel Kleinlein
Vorstandssprecher
Bund der Versicherten e. V.