

„Der Sachverständige hat überzeugend dargelegt...“
Die Dogmatik des Gutachtenmangels nach § 8a II JVEG am
Beispiel psychologischer Gutachten in Kindschaftssachen

Alica Mohnert*

Gerichtlich angeforderte Sachverständigengutachten sind nicht immer fachlich einwandfrei. Zwar benennt das einschlägige Gesetz mittlerweile Rechtsfolgen für Gutachtenmängel, doch es fehlt an einer Legaldefinition. Abhilfe schafft eine Analogie zum Werkvertragsrecht, die sich von einer Jahrzehnte alten, bereits damals verfehlten BGH-Entscheidung löst.

I. Einleitung

Wer urteilt de facto, wenn das Gericht von den entscheidungsrelevanten Tatsachen mangels Vorwissens eigentlich kein wirkliches Verständnis hat? Die Auslagerung der Entscheidung auf einen Sachverständigen ist rechtsstaatlich problematisch und trägt das Risiko in sich, dass mangelhafte Begutachtung unbemerkt durchgewunken und der unterlegenen Partei zu Unrecht erhebliche Kosten auferlegt werden, insbesondere, da der Begriff des Gutachtenmangels nicht legaldefiniert ist. Am Beispiel psychologischer Gutachten, wie sie häufig von Familiengerichten angefordert werden, lässt sich zeigen: Diese in Rechtsprechung und Literatur herrschende Unsicherheit lässt sich jedoch methodisch begründen. Mit einem klaren Verständnis davon, was einen Gutachtenmangel ausmacht, kann eine im Prozess unterlegene Partei sich zumindest gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss wehren. Das Kostenrisiko für den Steuerzahler dagegen setzt sich fort, solange die Gerichte sich davor scheuen, Gutachten angemessen intensiv auf ihre Güte hin zu kontrollieren, anstatt ihnen weitgehend unkritisch zu folgen.

* Dipl.-Psych. Ass. iur., Mag. iur., LL.M. (CUPL/中国政法大学).

II. Problemaufriss: Wenn Richter das Gutachten nicht verstehen

Um einen Sachverhalt in allen relevanten Aspekten einordnen zu können und auf dessen Basis zu einer möglichst korrekten juristischen Tatsachenentscheidung zu gelangen, benötigen Gerichte durchaus regelmäßig externen Sachverstand. Erst hierdurch werden Richterinnen und Richter in diesen Fällen potentiell die Lage versetzt, ein komplexes Geschehen zu erfassen und gerecht darüber zu urteilen, denn das Jurastudium und die praktische Ausbildungszeit enthalten in aller Regel keinerlei fachübergreifende Lehreinheiten in Pferdezucht, Kfz-Reparatur, Zahnprothesenanfertigung oder Bindungsdiagnostik im Kleinkindalter, um nur ein paar gängige Felder zu nennen, in denen Rechtsstreitigkeiten unter Zuhilfenahme von Gutachten geführt werden.

Das Verfahrensrecht sieht daher vor, dass das Gericht einen oder mehrere Sachverständige gemäß §§ 402 ff. ZPO heranzieht, um sich ein – typischerweise schriftliches – Gutachten (§ 411 ZPO) erstatten zu lassen. Als Sachverständiger zu arbeiten, ist für manche Fachkräfte ein Nebenerwerb, andere dagegen nehmen gerichtliche, außergerichtliche und private Aufträge hauptberuflich an. Selbst im gerichtlichen Kontext ist Gutachtenerstellung oft kostspielig; die aktuellen Sätze finden sich in der Anlage 1 des Justizvergütungs- und entschädigungsgesetzes (JVEG).¹ Der derzeit² niedrigste Stundensatz beträgt 76 Euro für das Sachgebiet Textilien, Leder und Pelze, der höchste 169 Euro für das Sachgebiet Ursachenermittlung und Rekonstruktion von Unfällen bei Fahrzeugen, außer Luftfahrzeugen. Für die meisten Sachgebiete fallen 114 Euro die Stunde an. Gesamtkosten, die letztendlich im mittleren fünfstelligen Bereich auskommen, sind bei stundenintensiven Begutachtungen keine seltenen Ausnahmen. Gemäß § 91 ZPO, §§ 3, 29 Nr. 1, 31 II GKG i. V. m. Anlage 1 Ziffer 9003 GKG trägt diese stattlichen Beträge grundsätzlich die unterlegene Partei.

Insbesondere in Kindschaftssachen vor dem Familiengericht sind psychologische Sachverständigengutachten gang und gäbe: in erster Instanz in 20 % der Fälle, in zweiter Instanz sogar in 28 %.³ Es geht in diesen Fällen

1 Erlassen am 05.05.2004 (BGBl. I S. 718) als Teil des Ersten Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes.

2 Zuletzt angepasst am 01.06.2025 durch das Kosten- und Betreuervergütungsrechtsänderungsgesetz 2025, BGBl. 2025 I Nr. 109 vom 10.04.2025.

3 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage 19/20100 zur Qualität des Gutachterwesens in familienrechtlichen Gerichtsverfahren, BT-Drs. 19/20876, 07.07.2020, S. 2.

also nicht nur um die nahe und längerfristige Zukunft eines oder mehrerer Kinder, sondern oft auch um eine Menge Geld. Unter diesen Vorzeichen erscheint es äußerst wünschenswert, dass die Begutachtung fachlich korrekt abläuft und zu zutreffenden, kindeswohldienlichen Schlüssen führt.

In der Realität des familiengerichtlichen Sitzungssaales sieht es jedoch trüber aus: Ob ein Gutachten Qualitätsstandards für psychologische Gutachten⁴ sowie die Mindestanforderungen an die Qualität von Sachverständigengutachten im Kindschaftsrecht⁵ der Arbeitsgruppe „Familienrechtliche Gutachten“ des Bundesjustizministeriums erfüllt sowie taugliche Antworten für die richterlichen Fragen liefert, das kann in vielen Fällen keine einzige Person im Verfahren einschätzen. Selbst, wenn die Familienrichterin ihrer verhältnismäßig neuen Fortbildungsobliegenheit gemäß § 23b III 3 GVG⁶ nachkommt und dort Grundkenntnisse der Psychologie, insbesondere der Entwicklungspsychologie des Kindes, und der Kommunikation mit Kindern erlangt, ist näheres Wissen über psychologische Diagnostik und das Gutachterwesen damit noch nicht zwingend mitumfasst. Die anwaltlichen Parteivertreter unterliegen überhaupt keiner thematisch spezifischen Fortbildungsverpflichtung; sie können ihren Fachanwaltstitel auch durch den Besuch anderer Veranstaltungen aufrechterhalten.⁷ Lediglich Verfahrensbeistände müssen, ähnlich den Familienrichtern, gemäß § 158a I 1 FamFG⁸ durch Fortbildung Kenntnisse der Entwicklungspsychologie des Kindes erlangen und über kindgerechte Gesprächstechniken verfügen, was wiederum nicht zwingend Lerninhalte zu psychologischen Gutachten beinhaltet. Verfahrensbeistände vertreten die Interessen des minderjährigen Kindes unabhängig vom Willen der Elternteile; sie werden allerdings bei weitem nicht in allen Kindschaftssachen bestellt. Sofern das

4 Diagnostik- und Testkuratorium der Föderation Deutscher Psychologinnenvereinigungen, Qualitätsstandards für psychologischen Gutachten, Berlin 2017.

5 Arbeitsgruppe Familienrechtliche Gutachten, Mindestanforderungen an die Qualität von Sachverständigengutachten im Kindschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin 2025.

6 Erlassen am 16.06.2021 (BGBl. I S. 1810) als Teil des Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, in Kraft getreten zum 01.01.2022. Die Norm sieht keine Sanktion dafür vor, wenn Familienrechtsdezernatsinhaber dennoch keine passende Fortbildung aufsuchen.

7 Siehe § 12 Fachanwaltsordnung (FAO), wonach die nachzuweisenden besonderen Kenntnisse im Familienrecht keine Bezüge zur Psychologie beinhalten. Um den jeweiligen Titel des Fachanwalts behalten zu können, sind gemäß § 15 III FAO jährlich 15 Zeitstunden Fortbildung erforderlich.

8 Ebenfalls in Kraft getreten zum 01.01.2022 im selben Gesetzgebungsverfahren; eine Bestellung als Verfahrensbeistand hängt vom Nachweis dieser Kenntnisse ab.

Jugendamt in das Verfahren einbezogen ist (vgl. § 162 II FamFG), handelt es sich bei dessen Vertreter oft um eine Sozialpädagogin oder einen Sozialarbeiter. Obleich psychologische Diagnostik nicht zu deren Kernbereich zählt, besteht zumindest die Möglichkeit, dass der Anwesende etwas Erfahrungswissen im Hinblick auf Gutachten mitbringt. Für eine umfassende Qualitätskontrolle genügt dies jedoch in der Regel nicht.

Kurzum: Wenn ein Gutachten inhaltlich und methodisch nichts taugt, erkennt das im Zweifel niemand. Es ist nicht einmal gesichert, dass das Gutachten überhaupt intensiv gelesen wurde. Die Teile, die für Juristen unbekannte Materie und Darstellungsweisen enthalten, werden gelegentlich übersprungen, im Extremfall wird sogar nur die letzte Seite für das Gesamtergebnis gelesen.⁹ Familienrichter möchten sich diese Blöße jedoch nicht geben, und so kommt es trotz dem geringen Durchdringungsgrad zu dem vielfach reproduzierten Satz: „Der Sachverständige hat überzeugend dargelegt...“, und es folgt eine mehr oder weniger vollständige Übernahme der Empfehlung des Gutachters.

Sich schlicht auf die Qualität eines Gutachtens zu verlassen, ist keine gute Idee: Die Hagener Studie von *Salewski/Stürmer* stellte u. a. fest, dass in gut der Hälfte der untersuchten psychologischen Gutachten in Kindschaftsverfahren nicht einmal die richterlichen Fragen in psychologische Untersuchungshypothesen umgewandelt worden waren, womit die zentrale Grundlage einer wissenschaftlichen psychologischen Diagnostik entzogen ist.¹⁰ Aus fachlicher Sicht hätten diese Gutachten für eine gerichtliche Entscheidungsfindung daher keine Berücksichtigung finden dürfen. Als noch unbeliebter erwies es sich, die Auswahl der eingesetzten diagnostischen Verfahren zu begründen – ein weiteres schwerwiegendes Problem für die Nachvollziehbarkeit durch das Gericht.¹¹ Schlechte Gutachten sollten nicht einfach so durchgewunken werden, und doch geschieht es regelmäßig.

Davon abgesehen, dass auf die Gutachtenqualität nicht ungeprüft vertraut werden sollte, gibt es hiermit auch rechtsstaatliche Probleme. Der Richter kann nicht einfach seine originäre Aufgabe de facto an den Gutachter delegieren. Er muss das Gutachten nachvollziehen und auf seine

9 Verf. verfügt über anekdotische Kenntnis zum Thema durch ihre hauptberufliche bundesweite Tätigkeit als Justizfortbildungsdozentin, in der u. a. der Umgang mit Gutachten und deren Qualitätsstandards zur Sprache kommen.

10 C. Salewski/S. Stürmer, Qualität familienrechtspsychologischer Gutachten, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2015, 4 (8).

11 Dies., Qualität familienrechtspsychologischer Gutachten (Fn. 10), 8.

Richtigkeit überprüfen, also die Begründungen des Sachverständigen selbst durchdenken, anstatt sich auf die die Autorität des Sachverständigen zu verlassen. Sollte sich das Gericht auch durch eventuelle Nachfragen nicht von der Überzeugungskraft des Gutachtens überzeugen können und es fehlt an weiteren Beweismitteln, hat es ggf. ein weiteres Gutachten einzuholen, ansonsten aber eine Beweislastentscheidung zu treffen.¹²

Die einzige Verfahrensbeteiligte, die die Qualität eines Gutachtens anzweifelt, ist typischerweise die unterlegene bzw. voraussichtlich unterliegende Partei, ironischerweise ebenfalls unabhängig von der tatsächlichen fachlichen Überzeugungskraft des Gutachtens. Das Mittel der Wahl ist die Beauftragung einer methodenkritischen Stellungnahme durch eine andere Fachperson aus demselben Fachgebiet zu dem vorliegenden Gutachten. Es handelt sich dabei nicht um eine Neu-, Zweit- oder Gegenbegutachtung unter Wiederholung der Datenerhebung, erst recht nicht um ein Gefälligkeitsgutachten.¹³ Eine methodenkritische Stellungnahme prüft lediglich, ob das vorliegende Gutachten vollständig und fachlich korrekt erstellt wurde und zu nachvollziehbaren Schlüssen kommt, die eine adäquate Grundlage für die juristische Tatsachentscheidung bieten. Kostenneutral ist dieses Vorgehen nicht. Die Stellungnahme geht auf Privatrechnung der beauftragenden Partei und kann in der Folge als qualifizierter, urkundlich belegter Teil des Sachvortrages in den Prozess eingebracht werden,¹⁴ allerdings, ohne dass diese Zusatzkosten ohne weiteres im Erfolgsfall auf die Gegenseite umgeschichtet werden könnten: Eine Erstattung kommt nur dann in Betracht, wenn eine verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte.¹⁵

Wenn eine methodenkritische Stellungnahme – mitunter gravierende – Gutachtenmängel aufdeckt, stellt sich die Frage, wie dem rechtlich begegnet werden kann.

12 D. Effer-Uhe, Zivilrechtliche Bestimmungen in gutachtlich relevanten Ausschnitten, in: R. Dohrenbusch (Hrsg.), Psychologische Begutachtung, Berlin/Heidelberg 2025, S. 27 (35).

13 K. Lack/A. Hammesfahr, Psychologische Gutachten im Familienrecht, Köln 2019, Rn. 176.

14 C. Katzenmeier, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 17. Aufl., Neuwied 2025, Vor §§ 402 ff., Rn. 8.

15 BGH, Beschluss vom 20.12.2011 – VI ZB 17/11, Rn. 12.

III. Rechtlicher Umgang mit Gutachtenmängeln: § 8a II JVEG

Lange Zeit existierte keine Norm, die den Umgang mit Gutachtenmängeln hätte regeln können, und das, obwohl der Einsatz Sachverständiger vor Gericht schon sehr lange gesetzlich anerkannt ist. Bereits 1879 trat das Zeugen- und Sachverständigenentschädigungsgesetz (ZSEG) in Kraft.¹⁶ Zum Thema Gutachtenmängel hatte es allerdings nichts beizutragen. Wohl aus diesem Grund entwickelte sich ein reges Richterrecht, das die Rechtsprechung und Literatur bis heute maßgeblich beeinflusst. Seit 2004 gilt jedoch das JVEG, das die Rechtsfolgen von Gutachtenmängel (mittlerweile) über seinen § 8a II regelt. Mehr dazu sogleich (siehe III.3).

1. Mangelbegriff *sui generis*?

Der typische Ausgangspunkt in der Auslegung des Mangelbegriffs wäre das Studium des Normtextes selbst. Doch hier stößt der Rechtsanwender sogleich auf eine Wand: Überraschenderweise enthält der Wortlaut des § 8a II JVEG weder eine Legaldefinition noch nimmt er Rückbezüge auf sonstige Normen, aus denen sich der jeweilige Mangelbegriff ergäbe. Auch die Heranziehung systematischer Argumente für die Auslegung führt nicht weiter: Nirgends im JVEG findet sich sonstig ein Hinweis, was unter einem Gutachtenmangel zu verstehen sein soll. Dies könnte man einerseits so deuten, dass der Gesetzgeber (voreilig) davon ausging, es liege auf der Hand, welcher Mangelbegriff gemeint sei, andererseits könnte damit gemeint sein, es handle sich um einen Mangelbegriff *sui generis*. Als passendes Rechtsregime zur Entlehnung des Mangelbegriffs wäre das Werkvertragsrecht naheliegend, denn für *außergerichtliche* gutachterliche Tätigkeit und für Privatgutachten sind sich Literatur¹⁷ und ständige Rechtsprechung¹⁸ völlig einig: hierbei handelt es sich um einen Werkvertrag nach § 631 I BGB. Sobald aber der „Auftraggeber“ ein Gericht ist, soll es

16 Erlassen am 30.06.1878 (RGBl. S. 173).

17 A. Weglage, Die Vergütung des Sachverständigen, 4. Aufl., Wiesbaden/Heidelberg 2022, 3; B. Retzlaff, in: C. Grüneberg (Hrsg.), BGB, 85. Aufl., München 2025, § 631 BGB Rn. 24; K. Bleutge/W. Bayerlein, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 6. Aufl., München 2021, § 9, Rn. 11.

18 Anstelle vieler BGH, Urteil vom 04.04.2006 – X ZR 122/05, Rn. 5.

sich anders verhalten.¹⁹ Der Ursprung dieser Annahme entstammt einer alten BGH-Entscheidung.

2. BGH-Senat für Patentanwaltssachen 1975

Die einflussreichste höchstrichterliche Entscheidung, die im Zusammenhang mit Gutachtenmängeln immer wieder zitiert wird, ist der Beschluss des BGH-Senats für Patentanwaltssachen von 1975.²⁰ Damals befand der Senat unter Zugrundelegung des damals gültigen ZSEG:

„§ 3 I [ZSEG] bestimmt, daß Sachverständige für ihre Leistung entschädigt werden. Das Gesetz enthält keine Regelung darüber, ob der Sachverständige auch dann zu entschädigen ist, wenn er, zum Beispiel durch seine Ablehnung wegen Befangenheit, die Unverwertbarkeit des von ihm erstatteten Gutachtens verursacht hat. Die Anwendung bürgerlichrechtlicher [sic] Bestimmungen, etwa des Dienst- oder Werkvertrages, auf diesen Fall kommt nicht in Betracht, weil die bürgerlichrechtlichen Regelungen über Leistungsstörungen oder Mängelhaftung nicht auf den Fall zugeschnitten sind, daß die Leistungen in Erfüllung einer staatsbürgerlichen Pflicht erbracht werden, der sich bestimmte Personen bei der Pflicht zur Erstattung eines Gutachtens nicht entziehen können (vgl. § 407 ZPO).“²¹

Aufgrund dieses Abschnitts lehnen seitdem Rechtsprechung und Literatur (siehe III.4) rundweg ab, dass der rechtliche Umgang mit Gutachtenmängeln irgendetwas mit Dienst- oder Werkvertragsrecht gemein haben könnte. Stattdessen konzentrierte der Senat sich auf das ZSEG. Dort war für die eigentliche Frage allerdings, wie schon erwähnt, wenig zu holen. Der § 3 I ZSEG besagte höchst lapidar, dass Sachverständige für ihre Leistungen entschädigt würden. Eigentliche Bezüge zur Problematik von Gutachtenmängeln enthielt dagegen das gesamte ZSEG nicht, was Anlass für die obenstehende, richterrechtlich orientierte Passage gewesen sein dürfte. Zentral in dieser Entscheidung war also die Ablehnung einer bürgerlichrechtlichen Lösung für ein unverwertbares vom Gericht angefordertes Gutachten, basierend auf einem einzigen Argument: dass es sich bei so einem Gutachten um eine staatsbürgerliche Pflicht handele, weil der Sachverständige es nach § 407 ZPO erstatten *müsse*.

19 Vgl. *Weglage*, Die Vergütung des Sachverständigen (Fn. 17), 125.

20 BGH, Beschluss vom 15.12.1975 – X ZR 52/73.

21 BGH, Beschluss vom 15.12.1975 – X ZR 52/73, Rn. 4.

Allerdings besteht eine allgemeine Pflicht zur Gutachtenerstattung außerhalb von § 407 ZPO nicht.²² Verpflichtet ist ein Sachverständiger dazu nur, wenn er zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt ist oder wenn er die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerb ausübt oder wenn er zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt ist; des weiteren natürlich derjenige, der sich zur Gutachtenerstellung bereit erklärt.²³ Selbst unter den sonst verpflichtenden Umständen kann dem Sachverständigen ein Verweigerungsrecht nach § 408 ZPO zustehen. In der Praxis wird ein Gericht davon absehen, jemanden heranzuziehen, der bei der Voranfrage mitteilt, allenfalls in zehn Monaten überhaupt mit der Datenerhebung beginnen zu können. Es ist ein Bonmot in der Justiz, dass man entweder ein schnelles oder ein gutes Gutachten bekommen kann. Die Entscheidung von 1975 lässt die Umstände, unter denen ein gerichtliches Gutachten erstellt zu werden pflegt, um einiges mehr von Zwang gekennzeichnet aussehen, als sie es in Wahrheit praktisch sind. Die beiden einschlägigen Normen der ZPO galten auch damals schon inhaltsgleich wie heute. Das Argument der „staatsbürgerlichen Pflicht“²⁴ erscheint nicht sonderlich ausgefeilt, um sich der Dogmatik eines Gutachtenmangels nähern zu können.

Zuzugeben ist natürlich ein markanter Unterschied zum freien Markt insoweit, als dass gerichtlich beauftragte Sachverständige ihre Stundensätze nicht mit der heranziehenden Stelle aushandeln, wie es im bürgerlichen Rechtsverkehr der Fall wäre, sondern diese gesetzlich festgelegt sind.²⁵ Dies und der Umstand, dass ein Gericht in der Tat kein gleichrangiger privater Akteur, sondern Teil des Staates ist, erlauben, zuzustimmen, dass der Sachverständige keinen bürgerlich-rechtlichen Werkvertrag mit dem Gericht schließt und es deshalb auch nicht möglich ist, Leistungsstörungen oder Mängelhaftung unmittelbar über das Werkvertragsrecht zu lösen.

Aber ist es angemessen, aufgrund dieser Entscheidung *jegliche* Nähe zum Werkmangel abzulehnen? Hier wird das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Denn einen zentralen Punkt darf man bei der Auslegung des Gutachten-

22 S. F. Thönissen/S. Scheuch, in: V. Vorwerk/C. Wolf (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar ZPO, 58. Edition, München 2025, Stand 01.09.2025, § 407 ZPO, Rn. 1.

23 *Dies.*, (Fn. 22), § 407 ZPO, Rn. 5.

24 BGH, Beschluss vom 15.12.1975 – X ZR 52/73, Rn. 4.

25 Heutzutage einzusehen in Anlage 1 des JVEG, zuletzt angepasst am 01.06.2025 durch das Kosten- und Betreuervergütungsrechtsänderungsgesetz 2025, BGBl. 2025 I Nr. 109 vom 10.04.2025.

mangelbegriffs ohnehin nicht vergessen: Diese BGH-Entscheidung bezieht sich auf ein längst außer Kraft getretenes Gesetz. Selbst, wenn das ZSEG eine Mangeldefinition umfasst hätte, so wäre sie grundsätzlich irrelevant für die Auslegung des heutigen Rechtsstandes.

3. Seit 2004: das JVEG

Ähnlich, wie Rechtsprechung zum Schuldrecht vor der Schuldrechtsreform 2002 nicht ohne weiteres ohne gesetzgeberische Anweisung auf aktuelle Rechtsbegriffe als verbindlich übertragen werden kann, sofern sich die Rechtsgrundlagen wesentlich geändert haben, so dass die Übertragbarkeit der früheren Argumentation zumindest einer Begründung bedarf, wurde die BGH-Entscheidung von 1975 mit Inkrafttreten des JVEG²⁶ am 01.07.2004 grundsätzlich obsolet. Freilich finden sich schon deswegen keine solchen Überlegungen des Gesetzgebers zur Frage der Übertragbarkeit der Judikatur zu Gutachtenmängeln in den Gesetzgebungsmaterialien,²⁷ weil das ZSEG das Thema Gutachtenmängel aussparte und auch das JVEG bei seinem Erlass noch keine explizite Norm enthielt, die den Wegfall oder die Beschränkung des Vergütungsanspruches eines Sachverständigen regelte. Mit der Einführung des § 8a JVEG wurde diesem Umstand (erst) am 01.08.2013 abgeholfen.²⁸ Eine historische Auslegung hat also an der Einführung dieser Vorschrift anzusetzen. Zu diesem Zeitpunkt beschränkte sich die Regelung jedoch darauf, den Wegfall der Vergütung wegen Mangelhaftigkeit als Unterfall mitaufzulisten. 2021 nahm die Norm hinsichtlich Mangelhaftigkeit die aktuell gültige Form an, ohne je eine Legaldefinition des „Mangels“ herbeizuführen;²⁹ in der Entwurfsbegründung findet sich lediglich ein kurzer Wink zu einem Kommentar,³⁰ der Einzelfälle aus der

26 Erlassen am 05.05.2004 (BGBl. I S. 718) als Teil des Ersten Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes.

27 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts, BT-Drs. 15/1971, 11.11.2003.

28 Erlassen am 23.07.2013 (BGBl. I S. 2586) als Teil des Zweiten Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes; Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts, BT-Drs. 17/11471, 14.11.2012.

29 Erlassen am 21.12.2020 (BGBl. I S. 3229) als Teil des Kostenrechtsänderungsgesetzes.

30 P. Meyer/A. Höver/W. Bach/B. Jahnke, JVEG, 27. Aufl., Köln 2018, § 8a, Rn. 14 ff.

Rechtsprechung aufgreift.³¹ Eine nähere Einordnung fand offensichtlich nicht statt. Vielmehr wurde dem Sachverständigen ein Recht zur zweiten Andienung eingeräumt, soweit der Mangel nicht grundlegend sei oder Mängelbeseitigung offensichtlich ausgeschlossen. Zusätzliche Vergütung erhält der Nachbessernde natürlich und nunmehr auch gesetzlich festgehalten nicht (§ 8a II 3 JVEG). In der Praxis relevant ist schließlich noch der Abs. 2 S. 2: Soweit das Gericht die Leistung berücksichtigt, gilt sie als verwertbar. Diese Regelung spielt für die möglichen Rechtsfolgen einer Gutachteneinholung eine Rolle (siehe IV.3). Damit besteht mit Abs. 2 S. 1 mittlerweile ein Anknüpfungspunkt im Gesetz zum Entfallen der Vergütung bei Gutachtenmängeln – nach wie vor aber keine Legaldefinition des Gutachtenmangels: Weder das JVEG noch seine Gesetzgebungshistorie gibt nähere Hinweise für die Auslegung des Gutachtenmangelbegriffs.

Eine teleologische Auslegung, wie sie verbreitet vertreten wird, hat nach richtiger Auffassung keine eigenständige Existenzberechtigung: Wenn man mit der vorzugswürdigen subjektiven Theorie der Gesetzesauslegung, die die unterschiedlichen Aufgaben von Gesetzgeber und Rechtsanwender ernstnimmt und deshalb dem Gesetzgeber aus Gründen der Gewaltenteilung den Vorrang bei der Bestimmung des Gesetzeszwecks einräumt, den Gesetzeszweck gerade als Ziel der Auslegung ansieht, kann er nicht zugleich Auslegungsmittel sein.³² Vertreter der objektiven Auslegungslehre suchen einen vermeintlichen „Willen des Gesetzes“³³, eine für den Auslegungszeitpunkt „vernünftige“ Bedeutung und Funktion der Form. Demnach soll der Inhalt des Gesetzes wandelbar sein und sich den veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen anpassen können; auf den Punkt gebracht: Das Gesetz sei klüger als der Gesetzgeber.³⁴ Ein Gesetz ist jedoch kein kognitiv begabtes Wesen und eines eigenen Willens nicht fähig; einen solchen selbständigen „Willen des Gesetzes“ kann es daher nicht geben, und so kann der Rechtsanwender aus einem Text nur das herausziehen, was entweder der Autor (der Gesetzgeber) oder der Rezipient (der Richter

31 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Justizkosten- und des Rechtsanwaltsvergütungsrechts, BR-Drs. 565/20, 25.09.2020, S. 73.

32 Zur Unterscheidung von Auslegungsziel und -mittel, vgl. B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, *Rechtstheorie*, 12. Aufl., München 2022, Rn. 725 ff.

33 R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl., München 2021, S. 17; Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, (Fn. 32), Rn. 797.

34 K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., Köln/München 2008, S. 628; Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, (Fn. 32), Rn. 797.

oder Rechtswissenschaftler) in ihn hineinlegt.³⁵ In den Worten der Autoren *Röhl/Röhl*: „Klüger ist natürlich nicht das Gesetz, sondern für klüger halten sich seine Interpreten. Sie wollen sich deshalb vom historischen Gesetzgeber lösen.“³⁶ Ironischerweise erweist sich die „objektive“ Auslegung als zutiefst subjektiv³⁷ – und intransparent für Außenstehende. De facto betreibt man mit der objektiven Auslegung Rechtssetzung,³⁸ was insbesondere dann problematisch ist, wenn der Rechtsanwender ein Gericht ist. Die Judikative ist im Rahmen der Gewaltenteilung dazu nicht berufen und muss sich daher an den Standards der juristischen Methodenlehre messen lassen.³⁹ Eine „objektiv-teleologische“ Auslegung ist daher abzulehnen. Eine subjektiv-teleologische Auslegung, der es um den subjektiven Willen des Gesetzgebers geht, ist dagegen mit der historischen Auslegung bereits abgedeckt, so dass eine gesonderte Kategorie der „teleologischen Auslegung“ keinen Anwendungsbereich hat. Jede Auslegung ist insoweit teleologisch, als sie auf den Sinn und Zweck der Norm zielt; aber sie nutzt dazu als Auslegungsmittel Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte, nicht einen objektiv verstandenen Normzweck, der letztlich nur durch den Normanwender der Norm zugeschrieben wird.

Dem – subjektiven – Gesetzeszweck kann man sich mittels der drei anderen Auslegungscanones (Wortlaut, Systematik und vor allem Historie) nähern; allerdings bleibt ihre Untersuchung im Falle des § 8a II JVEG jeweils ergebnislos. Damit bleibt der Normzweck zunächst unklar. In solchen Fällen bleiben mehr Spielräume für den Normanwender, weil er gerade nicht an einen feststellbaren Normzweck des Gesetzgebers gebunden ist. Allerdings spricht die Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative dafür, dass bei der Ausfüllung solcher Spielräume möglichst an Entscheidungen von ähnlichen Interessenkonflikten durch den Gesetzgeber angeknüpft werden sollte – also zu prüfen ist, ob eine Analogie in Betracht kommt (sogleich in III.5).

35 *Rüthers/Fischer/ Birk*, Rechtstheorie, (Fn. 33), Rn. 719, 797.

36 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 34), S. 629.

37 *Dies.*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 34), S. 631.

38 *Dies.*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 34), S. 630 f.

39 *Dies.*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 34), S. 631.

4. Fallgruppen der Literatur und Kasuistik

Im Wege des Induktionsschlusses kann man zusätzlich versuchen, übergreifende Linien in den Vorschlägen der Literatur und der Rechtsprechung ausfindig zu machen. *Bodendiek*⁴⁰ hat Fallgruppen aus Fällen zusammengetragen, in denen ein schwerwiegender Gutachtenmangel zum Vergütungsverlust führen konnte:

- (1) Der Sachverständige ignoriert den Auftragsinhalt und beantwortet die richterliche Beweisfrage nicht.
- (2) Das schriftliche Gutachten teilt lediglich das Gesamtergebnis ohne Herleitung der erforderlichen Gedankengänge mit, so dass eine eigene richterliche Würdigung unmöglich ist.
- (3) Eine Herleitung der Gutachtenergebnisse des Sachverständigen ist zwar vorhanden, aber selbst mit Bemühen nicht nachvollziehbar.
- (4) Das Gutachten basiert auf Ermittlungsfehlern der Begutachtungsgrundlagen, inkl.
 - a) ungeprüfter Übernahme von Angaben Dritter zur Beweisfrage,
 - b) Missachtung des erwartbaren fachlichen Wissensstands und
 - c) krasser Fehlerhaftigkeit der Arbeitsweise.
- (5) Der Sachverständige erscheint eindeutig unzureichend vorbereitet zum Termin zur mündlichen Erläuterung und Ergänzung des Gutachtens vorbereitet.

Dabei stuft *Bodendiek* (4) und (5) als besonders problematisch für die richterliche Würdigung ein, da ein Richter kaum überblicken könne, was fachlich von einem Sachverständigen und seiner Arbeitsweise im jeweiligen Fachgebiet zu erwarten sei. Hierdurch würde die Beauftragung eines weiteren Sachverständigen erforderlich.⁴¹

Neben diesen Fallgruppen finden sich in den Kommentaren zum JVEG allerlei Einzelfälle, die eher einige Schlaglichter auf die Praxis werfen, als dass sie etwas zur Dogmatik von Gutachtenmängel beitragen, oder wahlweise einigermaßen selbstverständlich erscheinen.⁴² Beispielsweise verlor

40 *F. Bodendiek*, Die Kürzung der Sachverständigenvergütung wegen mangelhafter Leistung, *Die Sachverständigen* 2024, 236 (238).

41 *Ders.*, Die Kürzung der Sachverständigenvergütung wegen mangelhafter Leistung (Fn. 40), 238 f.

42 Vgl. *K. Bleutge*, in: J. Dörndorfer/H. Wendtland/T. Diehn/A. Uhl (Hrsg.), *BeckOK Kostenrecht*, 50. Edition, München 2025, Stand 01.02.2025, § 8a JVEG, Rn. 10b; *Schneider*, *JVEG*, 4. Aufl., München 2021, § 8a, Rn. 10; *W. Bach*, in: P. Meyer/A. Hö-

ein psychiatrischer Sachverständiger seinen Vergütungsanspruch, weil er die Exploration des Probanden durch eine Hilfskraft durchführen ließ.⁴³ In einem anderen Fall störte sich das Gericht daran, dass die Exploration ohne entsprechenden Vermerk per Telefon erfolgt war.⁴⁴ Wenig überraschend wirkt auch der Fall, in dem der Sachverständige weder die vorliegenden ärztlichen Befunde einbezogen, noch selbst Tests oder Untersuchungen vorgenommen hatte und dennoch zu einer „Diagnose“ kam.⁴⁵ Noch weniger überraschend war der Vergütungsanspruchsverlust des Sachverständigen, der sich trotz eindeutigen und klarem Wortlaut des Beweisbeschlusses weigerte, ein den richterlichen Fragen entsprechendes Gutachten zu schreiben.⁴⁶

Obleich Fallgruppen und Kasuistik informativ sind, um sich einen Überblick darüber zu verschaffen, was in der Vergangenheit als Gutachtenmangel erachtet wurde, so lässt sich daraus dennoch keine Definition ableiten oder sonstig zuverlässig vorhersagen, was in zukünftigen Fällen von Gerichten wahrscheinlich anerkannt würde. Das deutsche Recht zählt zum *Civil-Law*-Rechtskreis⁴⁷ und sollte sich daher nicht wie im *Common Law* mit Präjudizien allein zufriedengeben – schon, weil diese grundsätzlich keine rechtliche, sondern nur eine faktische Bindungswirkung entfalten⁴⁸ und daher entsprechend dem Gewaltenteilungsgrundsatz möglichst ein Anknüpfungspunkt im Gesetz gefunden werden sollte. Eine dogmatische Herangehensweise ist wünschenswert.

5. Werkvertragsrechtsanalogie

Außerhalb der Scheuklappen der veralteten BGH-Entscheidung von 1975 erscheint es angebracht, den Vergleich zwischen der Beauftragung eines

ver/W. Bach/H. Oberlack (Hrsg.), Die Vergütung und Entschädigung von Sachverständigen, Zeugen, Dritten sowie von ehrenamtlichen Richtern nach dem JVEG, 24. Aufl., Köln 2007, § 8, Rn. 8.30; *Jahnke/Pflüger*, JVEG, 29. Aufl., Köln 2025, Rn. 17; *C. Weber*, § 8a JVEG, in: G. Toussaint (Hrsg.), Kostenrecht, 54. Aufl., München 2024, Rn. 46 ff.

43 LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 18.05.2022 – 5 Ks 102 Js 2876/20.

44 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.03.1989 – II WF 3/89.

45 LG Wuppertal, Beschluss vom 28.07.2016 – 16 T 427/15.

46 FG Saarland, Beschluss vom 12.04.1994 – 1 K 304/92.

47 *R. Sacco/P. Rossi*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 19.

48 *K. Larenz*, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: W. Fasching/W. Kralick (Hrsg.), Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, Wien 1969, S. 247 ff.

außergerichtlichen und eines gerichtlichen Gutachtens ernstzunehmen. Außergerichtliche Gutachten entstehen, wie zuvor in III.1 erwähnt, unstrittig im Rahmen von Werkverträgen. Gutachtenmängel sind in diesem Fall Werkmängel. Gericht und Sachverständiger schließen dagegen aus strukturellen Gründen keinen Werkvertrag (siehe III.2), aber für den Gutachtenmangelbegriff kommt eine Analogie zum Werkvertragsrecht in Betracht.

Voraussetzungen für eine Gesetzesanalogie ist eine planwidrige Normlücke, bei der eine Gleichheit der Interessenlage zwischen dem geregeltem und dem ungeregelten Fall festgestellt werden kann.⁴⁹ Die Sachverhalte müssen in ihren wesentlichen Aspekten vergleichbar sein – was eine Wertungsfrage ist.

Dass es an einer Definition für einen Gutachtenmangel nach dem JVEG fehlt und somit eine Lücke vorliegt, ist nunmehr etabliert. Aber ist sie planwidrig? *Rüthers/Fischer/Birk* argumentieren, dies könne nur erkennen, wer den Wertungsplan des Gesetzes erkannt habe oder erkannt zu haben glaube. Die Feststellung einer Lücke setze also den Vergleich von zwei Regelungskonzepten voraus: Die vorhandene Gesetzeslage werde mit einer ideal gedachten Konzeption verglichen.⁵⁰ Angesichts der Rechtsunsicherheit und des kasuistischen Wildwuchses, die die fehlende Legaldefinition des Gutachtenmangels im JVEG ausgelöst hat, muss man sagen, dass ein vorausschauender Gesetzgeber diese missliche Lage schlicht durch eine Legaldefinition oder einen klaren Hinweis, welcher andere Mangelbegriff gemeint war, unterbunden hätte. Es ist spekulativ, warum es dennoch nicht erfolgt ist. Planwidrigkeit anzunehmen, wirkt in diesem Fall passend.

49 Vgl. *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Heidelberg 1995, S. 194: In Falle des § 8a II JVEG handelt es sich um eine Norm-, nicht etwa um eine Regelungslücke, denn hier ist die einzelne Norm an sich unvollständig, so dass sie überhaupt nicht angewandt werden kann, ohne dass ihr eine weitere Bestimmung hinzugefügt wird, die das Gesetz vermissen lässt. Was fehlt, ist die Legaldefinition des Mangels, so dass keine Subsumtion erfolgen kann. Bei einer (hier nicht einschlägigen) Regelungslücke wäre vielmehr eine bestimmte Regelung im ganzen unvollständig, d. h. sie enthielte keine Regel für eine solche Frage, die nach der zugrundeliegenden Regelungsabsicht einer Regelung bedürfte. Ein daraus geltend gemachter Anspruch müsste dann wegen Fehlens einer rechtlichen Grundlage abgewiesen werden. Als „echte Lücke“ bezeichnet wird die Normlücke in *E. Zitelmann*, Rede, gehalten bei Antritt des Rektorats der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn am 18. Oktober 1902, Leipzig 1903, S. 27. Vgl. des weiteren: *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 34), S. 633; *R. Wank/M. Mattes*, Die Auslegung von Gesetzen, 7. Aufl., München 2023, S. 87; BGH, Urteil vom 14.12.2006 – IX ZR 92/05, Rn. 15.

50 *B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie (Fn. 32), Rn. 833.

Es bleibt herauszuarbeiten, ob sich der Gesetzgeber im Rahmen einer Interessensabwägung zur Regelung der gerichtlich zu erstattenden Gutachten von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, nämlich des auf außergerichtliche Gutachten und Privatgutachten anwendbaren Werkvertragsrechts (§ 633 II BGB), und dabei zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen wäre.⁵¹ Zwischen einem Gutachten, das außergerichtlich für eine Privatpartei erstellt wird, und einem für ein Gericht gibt es keine grundlegenden Unterschiede. Die Herangehensweise, fachliche Methodik und die Befunderläuterung funktionieren nach denselben Prinzipien. An dieser Stelle mag man auf die Idee kommen, dass privat beauftragte Gutachten aber doch dem Auftraggeber zugutekämen, wohingegen gerichtliche Gutachten ausgewogen und unparteiisch sein müssten – de facto also unterstellen, privat beauftragte Gutachten seien letztendlich „Gefälligkeitsgutachten“. Tatsächlich wäre so ein Vorgehen fachlich fehlerhaft. Gutachten sind stets darauf ausgerichtet, die Fragestellung des Auftraggebers wissenschaftlich zu beantworten, nicht, dem Auftraggeber aufzuschreiben, was er gern lesen möchte.⁵² Anders als ein vom Gericht eingeholtes Gutachten ist ein Privatgutachten im Regelfall⁵³ kein Beweismittel i. S. d. §§ 355 ff. ZPO, wenn es in einen laufenden Prozess eingebracht wird, sondern (lediglich) qualifizierter Parteivortrag.⁵⁴ Längst nicht alle Privatgutachten sind jedoch dafür bestimmt, je prozessual eingeführt zu werden. Das Wesen eines Gutachtens selbst unterscheidet sich nicht in Abhängigkeit davon, ob es außergerichtlich oder gerichtlich beauftragt wird. Denkt man spezifisch an den Fall eines mangelhaft erstatteten Gutachtens, so ist erst recht nicht einzusehen, was für einen dogmatisch relevanten Unterschied es je nach Auftragsgeber oder heranziehender Stelle geben könnte. Insbesondere das soeben erwähnte „Gefälligkeitsgutachten“ ist lediglich eine Ausformung mangelnder Unparteilichkeit, die ebenfalls in gerichtlichen Gutachten auftreten kann und gleichermaßen einen Verstoß gegen die wissenschaftliche Methodik darstellt, indem sich der Sachverständige aus unsachlichen Gründen auf

51 Vgl. BGH, Urteil vom 14.12.2006 – IX ZR 92/05, Rn. 15.

52 Vgl. K. Westhoff/M.-L. Kluck, Psychologische Gutachten schreiben und beurteilen, 6. Aufl., Berlin 2014, S. 8; Lack/Hammesfahr, Psychologische Gutachten im Familienrecht (Fn. 13), Rn. 1.

53 C. P. Hille, Die Qualifikation des prozessbegleitenden Privatgutachtens als qualifizierter Parteivortrag und deren prozessuale Auswirkungen, Die Sachverständigen 2017, 237.

54 BGH, Urteil vom 11.05.1993 – VI ZR 243/92, Rn. 17.

eine Seite schlägt. Alles in allem lassen sich keine stichhaltigen Gründe ausmachen, weshalb ein gerichtliches Gutachten als etwas gänzlich anderes als ein außergerichtliches anzusehen wäre. Der Umstand, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige nach § 407 ZPO zur Erstattung verpflichtet sein kann und dabei die gesetzliche Preisliste akzeptieren muss, berührt nicht die Frage, wie ein Gutachtenmangel dogmatisch einzuordnen ist. Ein schlechtes Gutachten ist nicht auf eine andere Art als fachlich schlecht einzuordnen, weil ein Gericht es angefordert hat. Die Interessenslage ist vergleichbar. Hätte der Gesetzgeber sich mit dem Gutachtenmangelbegriff des JVEG dezidiert auseinandergesetzt, hätte er dies dabei wahrscheinlich erkannt und sich bei gerichtlichen Gutachten nach den gleichen Grundsätzen ausgerichtet wie bei außergerichtlichen.

Es liegt also eine planwidrige Normlücke bei vergleichbaren Sachverhalten vor. Eine Analogie zum für außergerichtliche Gutachten einschlägigen Werkmangel nach § 633 II BGB erscheint somit möglich. Im nächsten Schritt soll schließlich aufgezeigt werden, welche Teile der Norm auf Gutachtenmängel im Rahmen des JVEG anwendbar sind – wobei sich zeigen wird, dass die schon angeführten, richterrechtlich entwickelten Fallgruppen ohne weiteres dem entsprechen, was der Gesetzgeber für vertraglich beauftragte Gutachten in § 633 II BGB vorgesehen hat. Mit anderen Worten: Die Rechtsprechungslinie, dass die werkvertragliche Mängeldefinition nicht auf ein Gutachten passe, weil manche Gutachter sich der Pflicht zur Erstattung des Gutachtens nicht entziehen können, überzeugt schon deshalb nicht, weil die Rechtsprechung faktisch dann doch genau zu Ergebnissen kommt, die sich über eine Analogie zum Werkvertragsrecht ebenso erzielen ließen – die Rechtsprechung schützt also im Ergebnis gerade nicht die Gutachter, die sich nicht gegen die Übernahme der Begutachtung wehren können, vor dem Mängelregime des Werkvertragsrechts.

Nicht anwendbar ist gleich Satz 1: Eine vereinbarte Beschaffenheit des Gutachtens gibt es schon mangels genereller Vereinbarung zwischen Sachverständigem und Gericht nicht. Auch Satz 2 Nr. 1 entfällt: Das Gericht trifft keine Einigung mit dem Sachverständigen, also gibt es keine beiderseits vorausgesetzte Verwendung des Gutachtens. Passend dagegen ist Satz 2 Nr. 2, denn ein gerichtliches Gutachten kann in der Tat daraufhin bewertet werden, ob es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet (was hier die Vermittlung der nötigen externen Sachkunde an das Gericht ist) und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Gutachten der gleichen Art üblich ist und die das Gericht nach der Art des Gutachtens erwarten kann (üblicherweise im Einklang mit Leitlinien des passenden Berufsverbandes o. ä.).

Ebenfalls der Analogie zugänglich ist Satz 3, 1. Alt., wonach es dann einem Gutachtenmangel gleichstünde, sollte der Sachverständige ein anderes als das beauftragte Gutachten erstellen. Die 2. Alt., nämlich eine „zu geringe Menge“, ist schon vom Wortsinn her nicht passend. Denkbar wäre allenfalls, dass mehrere Gutachten auf einmal beauftragt werden und der Sachverständige nicht alle erstellt. Für diesen Fall ist jedoch keine Analogie zum Werkmangel nötig, da dieser Fall bereits von § 8a II Nr. 4 JVEG abgedeckt wird. Die im Werkvertrag vorgesehene Abnahme (§ 640 BGB) spielt für diese Analogie keine Rolle; gemäß JVEG entsteht der Vergütungsanspruch grundsätzlich durch Leistungserbringung (§§ 8 ff. JVEG).

Ein kritischer Abgleich zwischen der Werkvertragsrechtsanalogie und den Fallgruppen nach *Bodendiek* zeigt nunmehr: Letztere sind redundant. Ignoriert der Sachverständige den Auftragsinhalt und lässt die Beweisfrage unbeantwortet, unterfällt der Fall dem § 633 II 3, 1. Alt. BGB analog, denn es handelt sich dann um ein anderes als das beauftragte Gutachten. Alle anderen Fallgruppen einschließlich der aufgezählten Unterfälle sind unter § 633 II 2 Nr. 2 BGB analog zu subsumieren, da sich derart mangelhafte Gutachten nicht für die gewöhnliche Verwendung eignen und nicht die Beschaffenheit aufweisen, die bei Gutachten der gleichen Art üblich ist und die das beauftragende Gericht nach der Art des Gutachtens erwarten kann. So nützlich die Fallgruppen zur inhaltlichen Orientierung sein mögen, dogmatisch tragen sie nichts bei. Die Werkmangelanalogie ist schlanker und subsumtionsfähig für neuartige Fälle, die bislang nicht ausgeurteilt wurden.

IV. Rechtsfolgen einer Gutachteneinholung

Es folgt eine konzise Darstellung der drei möglichen Szenarien in Prozessen, in deren Rahmen ein Gutachten eingeholt wurde.

1. Mangelfreies verwertetes Gutachten

Der vom Gesetzgeber gewollte Normalfall besteht in einem mangelfreien Gutachten, das das Gericht verwertet. Der § 8a II JVEG greift nicht, somit bleibt der Vergütungsanspruch des Sachverständigen vollständig erhalten. Auf Grundlage des gerichtlichen Kostentensors fertigt ein Rechtspfleger einen Kostenfestsetzungsbeschluss (§§ 103 ff. ZPO, § 21 Nr. 1 RPflG) an, in den die Kosten für das Gutachten aufgenommen werden (§§ 3, 29 Nr. 1, 31 II GKG, Anlage 1 Ziffer 9003 GKG). Begleichen muss diese Kosten

die unterlegene Partei gemäß § 91 ZPO. Die Gerichtskasse kehrt den Vergütungsanteil an den Sachverständigen aus.

2. Mangelhaftes unverwertetes Gutachten

Erachtet das Gericht ein Gutachten jedoch als mangelhaft im Sinne des § 8a II JVEG, entfällt der Vergütungsanspruch des Sachverständigen anteilig oder ganz, je nachdem, ob abtrennbare Teile vom Gericht dennoch verwertet werden konnten. Die unterlegene Partei trägt dann allenfalls die anteiligen Kosten, im Idealfall aber nur die sonstigen Verfahrenskosten.

3. Mangelhaftes verwertetes Gutachten

Problematisch dagegen ist der letzte Fall: Sofern das Gericht ein in Wahrheit mangelhaftes Gutachten verwertet, greift die Fiktion des § 8a II 2 JVEG. Der Vergütungsanspruch des Sachverständigen bleibt erhalten. Wehrt sich die unterlegene Partei nicht, muss sie die Gutachtenkosten tragen, die in der Folge als Vergütung ausgekehrt werden.

Will der Prozessverlierer diese Rechtsfolge vermeiden, so ist die sofortige Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss gemäß § 104 III 1 ZPO statthaft. In Familiensachen bedeutet dies, sofern der Richter der ersten Instanz nicht abhilft (§ 572 I ZPO), den Sprung zum OLG (§ 119 I Nr. 1a GVG). Gibt die Beschwerdeinstanz dem Beschwerdeführer Recht, indem sie feststellt, dass das Gutachten in der Tat mangelhaft ist und nicht hätte verwertet werden sollen, wird sie gemäß § 21 I 1 GKG (bzw. § 20 I 1 FamGKG) die Gutachtenkosten niederschlagen. Der Beschwerdeführer muss lediglich die sonstigen Verfahrenskosten tragen.

An der Fiktion des JVEG ändert die Nichterhebung der Kosten jedoch nichts! Die Gerichtskasse der ersten Instanz muss dennoch die Vergütung an den Sachverständigen auskehren. Mag nun der Prozessverlierer erleichtert aufatmen, so ist doch festzuhalten, dass für die Erstellung eines zu Unrecht verwerteten Gutachtens der Staat, mit anderen Worten also der Steuerzahler aufkommt.

V. Gesamtfazit

Fundamental gibt es keine Unterschiede zwischen Sachverständigengutachten in Abhängigkeit davon, von wem und zu welcher Gelegenheit sie

beauftragt wurden. Es ist daher abwegig, künstlich einen anderen Gutachtenmangelbegriff in das JVEG zu projizieren, als für außergerichtliche und Privatgutachten gilt. Durch die überholte und ohnehin auch damals schon argumentativ nicht überzeugende BGH-Rechtsprechung von 1975 hatte sich in der Rechtswissenschaft die Annahme festgesetzt, dass eine Werkvertragsrechtsanalogie nicht in Betracht käme. Tatsächlich ist sie die Lösung: inhaltlich angemessen, subsumtionsfähig und deutlich ökonomischer als eine über die Jahre angesammelte Fallgruppenbildung. Der dogmatisch und praktisch korrekte Umgang mit Gutachtenmängeln ist angesichts der oft markanten Beauftragungskosten in höchstem Maße wünschenswert – nicht zuletzt zur Eindämmung der derzeitigen Qualitätslücken bei Kindersachssachen, in denen psychologische Sachverständigengutachten erstens häufig und zweitens teuer sind.

