



Fall-Nr.:	FO.2018.19
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	16.12.2019
Entscheiddatum:	04.09.2019

Entscheid Kantonsgericht, 04.09.2019

Art. 183 ff. ZPO: Der Entscheid setzt sich mit verschiedenen formellen Einwänden einer Partei gegen ein gerichtlich angeordnetes psychiatrisch-psychologisches Gutachten auseinander, insbesondere hinsichtlich der Mitarbeit einer Psychotherapeutin in Ausbildung (Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 4. September 2019, FO.2018.19).

Aus den Erwägungen:

II.

Verwertbarkeit des psychiatrisch-psychologischen Gutachtens

1. Der erstinstanzliche Entscheid stützt sich massgeblich auf das vom Kreisgericht eingeholte forensisch psychiatrisch-psychologische Gutachten vom 7. März 2018. Die Mutter übte schon vor Vorinstanz scharfe Kritik an diesem Gutachten bzw. stellte dessen Verwertbarkeit in Abrede, und zwar sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht. Zunächst sind die formellen Einwände zu prüfen.

Diese beziehen sich auf die Mitarbeit von Frau Y bei der Ausarbeitung des Gutachtens. Die Mutter macht geltend, die Vorinstanz habe Frau Dr. X mit der Ausarbeitung des Gutachtens beauftragt. Dieses sei aber entgegen diesem Auftrag nicht nur von Frau Dr.



X verfasst worden, sondern auch Frau Y habe bei der Begutachtung wesentlich mitgewirkt. Die Vorinstanz habe zwar eingeräumt, dass keine Zustimmung zum Beizug der Mitarbeiterin eingeholt und das Gericht auch nicht vorgängig informiert worden sei, sei aber dennoch nicht von einer formellen Ungültigkeit ausgegangen, sondern habe Frau Y nachträglich als Gutachterin eingesetzt und auf die Wahrheitspflicht und Strafdrohung gemäss Art. 307 StGB sowie das Amtsgeheimnis aufmerksam gemacht. Eine solche Heilung der formellen Mängel sei aber nicht möglich. Da ein Teil der Abklärungen von Frau Y, die sich noch in Ausbildung befinde und über viel weniger Erfahrung verfüge als Frau Dr. X, vorgenommen worden seien, habe Letztere diesbezüglich keinen unmittelbaren Eindruck der betreffenden begutachteten Personen, von deren Verhalten, der in ihrem Zuhause herrschenden Atmosphäre und Einrichtung/Umgebung sowie der anwesenden anderen Personen und deren Interaktion mit der begutachteten Person und umgekehrt erhalten. Dies wäre aber in einem derart komplexen und bedeutenden Fall wie dem vorliegenden – in dem massgeblich auf sogenannte "weiche Faktoren" habe abgestellt werden müssen, deren Erfassung und Bewertung von der Wahrnehmung und Erfahrung der untersuchenden Person abhängen – entscheidend gewesen.

2. Wird vom Gericht bei einer sachverständigen Person ein Gutachten eingeholt, so gilt bezüglich der Auftragserteilung und -erledigung grundsätzlich Folgendes: Als sachverständige Personen kommen nur genau bezeichnete natürliche Personen in Betracht. Die Parteien werden dazu vorgängig angehört (Art. 183 Abs. 1 ZPO), die Auswahl bzw. Bezeichnung der sachverständigen Person obliegt indes letztlich dem Gericht (Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 183, N 15). Das Gericht weist die sachverständige Person auf die Strafbarkeit eines falschen Gutachtens nach Art. 307 StGB und der Verletzung des Amtsgeheimnisses nach Art. 320 StGB hin (Art. 184 Abs. 2 ZPO). Nicht ausgeschlossen ist, dass eine Gutachterin allenfalls Mitarbeitende oder Hilfspersonen beizieht. Gefordert wird aber, dass sie darüber in ihrem Gutachten vollständig Auskunft gibt, damit Gericht und Parteien diesen Umstand (etwa im Hinblick auf die Unbefangenheit, aber auch die fachliche Eignung der beigezogenen Personen) würdigen und dazu gegebenenfalls Stellung nehmen können (Weibel, ZPO Komm., Art. 183, N 33).



Zutreffend ist, dass vorliegend in Bezug auf die Mitarbeit von Frau Y am Gutachten den dargelegten Grundsätzen nicht vollumfänglich Rechnung getragen wurde. Bei diesen Vorgaben handelt es sich aber nicht um Vorschriften, bei denen die Heilung eines allfälligen Fehlers – im Sinn einer Nichtigkeit bzw. Unverwertbarkeit des Gutachtens – von vornherein ausgeschlossen wäre. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, welche Aspekte gegebenenfalls heikel sind und ob diese allenfalls geheilt werden können.

3. a) Was den Hinweis auf die Strafbarkeit eines falschen Gutachtens anbelangt (Art. 184 Abs. 2 ZPO), so wird dieser zwar teilweise als Gültigkeitserfordernis für die Verwertbarkeit des Gutachtens bezeichnet (vgl. Weibel, ZPO Komm., Art. 184, N 4). Zum einen wurde aber Frau Y offenbar bereits von Frau Dr. X auf Art. 307 StGB aufmerksam gemacht und zum andern wurde die Ermahnung auch anlässlich der Einsetzung von Frau Y zur Co-Gutachterin an der Verhandlung vom 17. Mai 2018 wiederholt, worauf diese ihren Beitrag am Gutachten bestätigte. Der ebenfalls genannte Hinweis auf Art. 320 StGB stellt sodann ohnehin kein Gültigkeitserfordernis dar (vgl. Bühler, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in: Gericht und Expertise, S. 11 ff., S. 52). Damit steht der Verwertbarkeit des Gutachtens unter diesem Aspekt nichts entgegen.

b) Sodann stellt sich die Frage des rechtlichen Gehörs. Die mit dem Gutachten beauftragte Sachverständige Frau Dr. X holte nicht vorab die Zustimmung des Gerichts ein, sondern wies erst im Gutachten darauf hin, dessen Ausarbeitung sei unter Mitarbeit von Frau Y erfolgt (vgl. Gutachten, S. 1). Dadurch hatten die Parteien nicht die Möglichkeit, sich vorgängig zu Letzterer als am Gutachten mitwirkenden Person zu äussern. Dies führt allerdings nicht automatisch dazu, dass das Gutachten nicht mehr verwertbar wäre. Vielmehr wäre das nur der Fall, wenn entweder gegen die beigezogene Person Ausstands- oder Ablehnungsgründe vorlägen oder sich deren Voreingenommenheit aus dem Gutachten selber ergäbe (Weibel, ZPO Komm., Art. 183,



N 15 und 33). Das Bundesgericht entschied sogar in einem Fall, in dem sich der ernannte Experte überhaupt nicht an der Untersuchung beteiligte, sondern die gesamte Begutachtung ohne vorgängige Einwilligung an eine Praxispartnerin delegierte, dies stelle keinen formellen Grund für die Unverwertbarkeit des Gutachtens dar, nachdem sich die auftraggebende Verwaltungsbehörde nachträglich mit der Delegation einverstanden erklärt hatte und von der Partei keine Ausstandsgründe gegen die Praxispartnerin geltend gemacht worden waren (8C_596/2013, E. 6.1.2.2). Auch vorliegend werden von der Mutter keine Einwände betreffend eine mögliche Befangenheit von Frau Y erhoben und es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs wäre folglich geheilt, konnte die Mutter doch nach Vorliegen des Gutachtens bereits vor Vorinstanz und auch im Berufungsverfahren zur Mitarbeit von Frau Y Stellung nehmen (vgl. zur nachträglichen Äusserung zur Gutachtensperson auch BGE 140 III 24, E. 3.3.1.3, dort bezüglich eines Fremdgutachtens). Ein darüber hinausgehendes Recht der Parteien bei der Bezeichnung eines Sachverständigen – etwa ein eigentliches Ablehnungsrecht – besteht ohnehin nicht.

c) Weiter erhebt die Mutter Einwände betreffend die fachliche Qualifikation von Frau Y. Diesbezüglich ist entscheidend, in welcher Funktion jene am Gutachten mitwirkte. Frau Dr. X delegierte vorliegend nicht den Auftrag an sich, sondern zog für gewisse Abklärungen sowie die Beurteilung Frau Y – eine ausgebildete Psychologin – bei, während sie selber Gesamtverantwortliche blieb. Wie sie an der mündlichen Gutachtensergänzung vor Vorinstanz vom 17. Mai 2018 zur Aufgabenteilung erläuterte, diene der Beizug von Mitarbeitenden einerseits Ausbildungszwecken, andererseits aber auch der Qualitätssicherung, indem so das Gutachten immer zu zweit gemacht werde. Frau Y stehe kurz vor dem Abschluss ihrer fünfjährigen Weiterbildung zur eidgenössisch anerkannten Psychotherapeutin. Es bestehe zwar die interne Regel, dass sie vor Abschluss der Ausbildung noch nicht als selbständige Gutachterin tätig sein könne, über die fachliche Kompetenz verfüge sie aber bereits. Deshalb habe sie im Rahmen der Begutachtung gewisse Abklärungen auch selber führen können. Diese seien jedoch immer vorbesprochen worden. Von allen Gesprächen gebe es Video- oder Tonaufnahmen und von den Telefongesprächen Niederschriften. Die



Dokumentation erlaube es ihr, Frau Dr. X, als Gesamtverantwortlicher, eigene gutachterliche Schlüsse zu ziehen. Die Diagnostik werde gemeinsam gemacht. Nach jeder Untersuchung setze man sich zusammen und schaue, was es noch brauche. Es sei eine ganz enge Zusammenarbeit und geschehe fest nach ihren Vorgaben. Sie könne nur für etwas verantwortlich sein, das sie von A - Z nachvollziehen könne.

Diese Erläuterung zeigt nachvollziehbar auf, wie Frau Dr. X und Frau Y bei der Erstellung des Gutachtens zusammenarbeiteten. Frau Y führte zwar einzelne Abklärungen allein durch, dies aber unter engmaschiger Anleitung, Begleitung und Aufsicht durch die Hauptgutachterin Frau Dr. X. Sie war nicht als Mitgutachterin auf gleicher Ebene tätig, sondern als gut qualifizierte, mitspracheberechtigte, aber doch untergeordnete Mitarbeiterin. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Einwände der Mutter bezüglich der fehlenden fachlichen Qualifikation als nicht stichhaltig (vgl. auch Bühler, a.a.O., S. 42).

d) Weiter rügt die Mutter in diesem Zusammenhang auch die mangelnde Erfahrung von Frau Y bzw. den Umstand, dass die Hauptgutachterin Frau Dr. X die von der Mitarbeiterin durchgeführten Gespräche und Hausbesuche nur – wenn überhaupt – mittelbar über die Video- bzw. Tonaufzeichnungen wahrgenommen habe. Es komme aber im vorliegenden Fall – in dem massgebend auf sogenannte "weiche Faktoren" abzustellen sei – genau auf deren unmittelbare Wahrnehmung an, und eine weniger erfahrene Gutachterin wie Frau Y würde diese Faktoren allenfalls gar nicht wahrnehmen oder falsch oder zumindest anders bewerten als Frau Dr. X.

Zunächst ist dazu festzuhalten, dass es, wenn mehr als eine sachverständige Person am Gutachten mitwirkt, in der Natur der Sache liegt, dass nicht alle beteiligten Sachverständigen alle Untersuchungssituationen unmittelbar wahrnehmen. Wollte man das verhindern, wären Gutachten mit mehr als einem Sachverständigen von vornherein ausgeschlossen. Die Mitwirkung mehrerer Fachpersonen hat gegenüber einem



Einzelgutachter indes den gewichtigen Vorteil, dass eine Diskussion über das Wahrgenommene und über allfällige unterschiedliche Bewertungen, Interpretationen und Gewichtungen möglich ist. Frau Dr. X beschrieb die Entstehung des Gutachtens als intensiven Prozess, bei dem sie und Frau Y sich laufend besprochen und alles ausführlich diskutiert hätten, solange, bis beide das Gefühl gehabt hätten, dass sie es verstanden hätten, und beide dahinterstehen könnten. Dies dürfte in der Regel zu einem qualitativ besseren bzw. ausgewogeneren Gutachten mit geringerem Fehlbewertungsrisiko führen, als wenn es von einem Einzelgutachter mit zwar umfassender unmittelbarer Wahrnehmung, aber ohne jeden fachlichen Austausch erstellt worden wäre (vgl. auch Seifert/Krexha/Kühnel/Bareiss, Leitfaden zur Feststellung psychologisch-psychiatrischer Gutachten bei Fragen zum Kindeswohl, in: FamPra.ch 2015, S. 118, 135). Dies gilt selbst dann, wenn wie hier gewisse Abklärungen durch eine weniger, jedoch keineswegs unerfahrene Mitarbeiterin vorgenommen wurden, zumal, wenn diese von der Hauptgutachterin engmaschig vorbereitet, angeleitet und begleitet wurde und Letztere die Gespräche zumindest mittelbar auf Video oder Tonband nachverfolgen konnte. Für die Vermutung der Mutter, Frau Dr. X habe dies entgegen ihren Angaben nicht getan, bestehen keine Anhaltspunkte. Vielmehr ist gestützt auf deren Erläuterungen davon auszugehen, dass sie als Hauptverantwortliche "die Fäden in der Hand" hatte, aufgrund der Dokumentation der Abklärungen sowie der Diskussion ihre eigenen gutachterlichen Schlüsse ziehen konnte und hätte eingreifen können, wenn bei Frau Y "etwas falsch gelaufen wäre" (vgl. zum Ganzen auch OG ZH, Beschluss und Urteil vom 9. Oktober 2017, LE150017, E. 3.5.2 und 3.11). Das Risiko, dass in einem Gutachtensprozess ein Aspekt übersehen oder zu stark oder zu wenig gewichtet wird, besteht immer, erscheint bei der vorliegenden Sachverständigenkonstellation aber nicht als überdurchschnittlich. Die von der Mutter geforderte detaillierte Aufschlüsselung schliesslich ist weder sachdienlich noch möglich, kommt es doch auf die Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit des Gutachtens als Ganzes und nicht darauf an, wer genau was zu einer Schlussfolgerung beigetragen hat.

e) Dies führt zum Ergebnis, dass der Umstand, dass das Gutachten unter Mitarbeit von Frau Y erstellt wurde, dessen Verwertbarkeit nicht beeinträchtigt. Soweit die Mutter



Einwände gegen konkrete Bewertungen bzw. Schlussfolgerungen des Gutachtens erhebt, sind diese im Rahmen der materiellen Erwägungen zu prüfen.

Beizufügen bleibt, dass man sich – wie dies auch die Vorinstanz am Ende ihrer formellen Erwägung tat – die Frage stellen kann, ob es sich bei einer Mitarbeit wie derjenigen von Frau Y überhaupt um den Beizug einer eigentlichen Zweitexpertin, für den auch gemäss Gutachtensauftrag die Zustimmung des Gerichts ausdrücklich erforderlich gewesen wäre, handelte. Auch die fachkundige Mitarbeit und untergeordnete Teilleistungen von qualifizierten Mitarbeitern stellen nämlich noch keine zustimmungsbedürftige Substitution dar, solange damit nicht wesentliche Teile des Gerichtsgutachtens, namentlich die Begründung und die Schlussfolgerungen sowie die Beantwortung der Gutachterfragen, an Mitarbeiter übertragen werden (Bühler, a.a.O., S. 42). Nachdem Frau Y an der Verhandlung vom 17. Mai 2018 aber von der Vorinstanz nachträglich noch formell zur Co-Gutachterin ernannt worden ist, muss dieser Punkt hier nicht weiter erörtert werden.