

künftig wie in den Fällen der Aufhebung nach Abs. 2 ihre Vergütung nach den allgemeinen Vorschriften direkt vom Rechtsuchenden verlangen, wenn sie ihn bei der Mandatsübernahme auf diese Möglichkeit hingewiesen hat. Ihr steht deshalb auch hier die Möglichkeit offen, für den Fall der Nichtbewilligung von Beratungshilfe eine Vergütungsvereinbarung zu schließen.⁶²

Beraterhinweis: Auch hier bestimmt das Gesetz nicht, in welcher Form die Belehrung zu erfolgen hat. Es dürfte sich wiederum ein **Hinweis in Textform** dringend empfehlen. ◀

10. § 12 Abs. 3 BerHG

Nach dieser Vorschrift können die **Länder** durch Gesetz die **ausschließliche Zuständigkeit von Beratungsstellen** nach § 3 Abs. 1 zur Gewährung von Beratungshilfe bestimmen.⁶³

Nach bisheriger Rechtslage hatten nach § 12 Abs. 1 und 2 BerHG nur die Stadtstaaten die Möglichkeit, ihre schon vor Erlass des Beratungshilfegesetzes bestehende öffentliche Rechtsberatung an die Stelle der Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz zu setzen. In allen anderen Ländern ist dagegen bisher nur eine *parallele* Einrichtung von Beratungsstellen nach § 3 Abs. 1 Satz 3 BerHG möglich. Die Vorschrift gibt den anderen Ländern ebenfalls die Möglichkeit, öffentliche Rechtsberatung einzuführen und sie als vorrangige oder parallele Anlaufstelle für Rechtsuchende zu erklären.

11. § 13 BerHG

Die bisherige Übergangsvorschrift des § 13 BerHG ist durch Zeitablauf überholt. Nach der **neuen Übergangs-**

regelung findet das neue Recht keine Anwendung, soweit ein Antrag auf Beratungshilfe **vor dem 1.1.2014 gestellt** oder die Beratungshilfe **vor dem 1.1.2014 gewährt** worden ist.

Nachträgliche Anträge, die auf einer vor dem Inkrafttreten erfolgten Beratung beruhen, sollen zulässig bleiben und nach altem Recht abgerechnet werden können.

12. Fazit

Die Probleme um die Beratungshilfe werden voraussichtlich zunehmen, vor allem auch mit der Einführung des neuen **Antragsvordrucks**. Im entsprechenden Entwurf⁶⁴ ist u.a. vorgesehen, dass für den Antragsteller nunmehr auch dessen Bildungsabschluss anzugeben ist. In ihrer Stellungnahme befürchtet die BRAK⁶⁵ bereits, dass Personen mit höherer Schulbildung Beratungshilfe eher als früher verweigert werden wird mit der Begründung, dass sie angesichts ihrer Vorbildung in der Lage seien, sich selbst zu vertreten (vgl. §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 lit. a BerHG n.F.). Auf den alten Vordrucken wurde nur nach dem Beruf und der Erwerbstätigkeit gefragt, nicht nach dem Bildungsabschluss. Bei der bekannt restriktiven Handhabung der Beratungshilfe durch die Rechtspfleger sind zusätzliche Schwierigkeiten also vorprogrammiert.

62 BT-Drucks. 17/11472, 44.

63 Art. 2 Nr. 10 des Änderungsgesetzes.

64 BR-Drucks. 779/13 v. 27.11.2013.

65 Stellungnahme Nr. 21/2013 aus November 2013 unter II., zu finden unter www.brak.de.

■ Gutachter – „Heimliche Richter“ im Kindschaftsverfahren?

Lösungsansätze und anwaltliche Handlungsoptionen

von FAinFamR und Mediatorin Marita Korn-Bergmann/Dipl.Psych. und Psych. Psychotherapeut Andreas Purschke, beide Aschaffenburg

„Gerade hier, wo der innerste Lebensbereich des Einzelnen betroffen ist, ist der Gesetzgeber jedoch in besonderem Maße aufgerufen, eine moderne und allgemein verständliche Verfahrensordnung zu schaffen, in der materielles Recht schnell und effektiv durchgesetzt werden kann, aber zugleich die Rechte des Einzelnen, insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör garantiert sind“ (so die Begründung des Gesetzentwurfs zum FFG-Reformgesetz BT-Drucks. 16/6308, 1). Die Reformziele aus dem Jahr 2009 wurden leider nach Auffassung vieler Betroffener und auch vieler im Familienrecht tätiger Anwälte noch nicht erreicht. Stattdessen gestalten sich Kindschaftsverfahren – insbesondere bei Einholung von Gutachten – intransparent und den rechtsstaatlichen Anforderungen nicht mehr genügend. Beschleunigung bleibt oft nur ein Gesetzesmotiv. Die Autoren haben sich interprofessionell mit der Rolle des Gutachters im Kindschaftsverfahren auseinandergesetzt, insbesondere mit

der Frage, wie einvernehmliche Einigungswege bei gleichzeitiger Wahrung rechtstaatlicher Prinzipien im Kindschaftsverfahren gefördert werden können. Offenkundig werden die Probleme aber nicht nur zunehmend in der Öffentlichkeit und auf der fachlichen Ebene, sondern auch von den Politikern wahrgenommen. So wurde ausdrücklich in dem zwischen SPD und CDU/CSU ausgehandelten Koalitionsvertrag folgende Aufgabenstellung aufgenommen: „Wir wollen außerdem die Neutralität gerichtlich beigezogener Sachverständiger gewährleisten und in Zusammenarbeit mit den Berufsverbänden die Qualität von Gutachten insbesondere im familiengerichtlichen Bereich verbessern“ (Sonderausgabe Vorwärts, S. 79).

Nachdem im ersten Teil der Aufsatzreihe (FamRB 2013, 302) Grundlagen und bestehende Rechtsunsicherheiten bei der Erstellung von Gutachten dargestellt, im zweiten Teil (FamRB 2013, 338) Anforderungen an die Qualifi-

zierung der Sachverständigen und die Qualität von Gutachten diskutiert wurden, beschäftigt sich der dritte Teil mit konkreten Lösungsansätzen und anwaltlichen Handlungsoptionen.

I. Kurzer Problemüberblick

In Zusammenfassung der ersten beiden Teile der Aufsatzreihe ist festzuhalten, dass die Unsicherheit und Problematik bei der Erstellung von Gutachten im Wesentlichen auf folgenden Fakten beruht:

- unklare Rechtsgrundlagen für die Erstellung von Gutachten
- unklare fachliche Methodik bei Sachverständigen
- Problemverstärkung durch erweiterten Auftrag im Beweisbeschluss nach § 162 Abs. 2 FamFG
- fehlende Klarheit bei Qualifikationsanforderungen an Sachverständige
- fehlende Klarheit bei Qualitätsanforderungen an Gutachten.

II. Lösungsansatz

Die folgenden Überlegungen bieten einen Ausweg aus dem bestehenden Dilemma:

- Die verschiedenen Konfliktregelungssysteme – **außergerichtlich oder gerichtlich** – stehen als grundsätzlich **gleichwertige Lösungsalternativen** zur Verfügung.
- Jeder Bürger hat die **Wahlfreiheit** und das Recht, zu entscheiden, welchem Konfliktregelungssystem er sich anvertrauen möchte (Ausnahme: Kindeswohlgefährdung).
- Jedes Regelungssystem bedarf der **Einhaltung seiner Regeln**.
- In einem laufenden **Gerichtsverfahren** müssen daher durchgängig die **rechtsstaatlichen Prinzipien** gewahrt bleiben.
- Eine intransparente **Vermischung** des **gerichtlichen** Regelungssystems mit außergerichtlichen **freiwilligen** Lösungssystemen ist nach rechtsstaatlichen und fachlich-psychologischen Grundsätzen zu **vermeiden**.
- Eine fachlich fundierte Arbeit nach **beraterischen, mediativen, psychologischen** oder **therapeutischen** Methoden bedarf des geschützten Bereichs der **Freiwilligkeit, Offenheit** und **Vertraulichkeit**.
- Der hierbei gewährte **Schweigepflichtschutz** des § 203 StGB kann allerdings aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten im Rahmen der **Beweisaufnahme** nicht gelten.
- Neben der rechtlich vertretbaren kompletten Ablehnung des erweiterten Beweisauftrags nach **§ 163 Abs. 2 FamFG** verfolgen die Autoren den Ansatz einer **verfassungsmäßigen Auslegung**.
- Im Gerichtsverfahren bleibt der Richter Herr des Verfahrens, der **Sachverständige Beweismittel** oder **sachverständiger Zeuge**.
- Der Auftrag des Sachverständigen zum Hinwirken auf ein Einvernehmen kann nicht weiterreichen als die gerichtliche Einwirkungsmöglichkeit gem. § 156

Abs. 1 FamFG (**Motivation/Appell/Verständnisweckung**).

- Die **Elternentscheidung** – auch die Ablehnung der Herstellung eines Einvernehmens – ist zu **akzeptieren**.
- Jeder Ansatz einer psychologischen **Zwangsberatung, Zwangsmediation, Zwangstherapie** ist **unzulässig** und muss vermieden werden.
- Die hohe materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche, **grundrechtliche Bedeutung des Elternrechts** durchzieht **neben dem Kindeswohl** als Postulat das gesamte Gerichtsverfahren.

III. Umsetzung des Lösungsansatzes

Die Umsetzung dieser Grundsätze im gerichtlichen Verfahren ist nicht einfach. Sie kann unter folgenden Bedingungen erfolgen:

- Der Auftrag an den Sachverständigen nach **§ 163 Abs. 1 FamFG** ist als **statusorientierter Auftrag** gesetzlich und damit auch fachlich definiert.
- Der erweiterte Auftrag nach **§ 163 Abs. 2 FamFG** gibt dem Sachverständigen die **Möglichkeit**, die **Auswirkungen** der konflikthaften Auseinandersetzungen auf das Kind **darzulegen**, seine besondere **fachliche Kompetenz** zu **nutzen**, Vor- und Nachteile außergerichtlicher Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen.
- Gelingt dem Sachverständigen die Motivation so ist das gerichtliche Verfahren **auf Antrag der Eltern auszusetzen** oder durch **Rücknahme** des Antrags oder **beidseitige Erledigungserklärung** zu beenden.
- Für den Fall der einvernehmlichen Aussetzung sollte die **Zeitspanne** des Einigungsversuchs und eine entsprechende **Mitteilungspflicht** an das Gericht **festgelegt** werden.
- Die beteiligten **Eltern entscheiden**, mit wem (Sachverständiger, sonstige Fachkraft, Beratungsstelle) sie an einer **außergerichtlichen Lösung** arbeiten wollen.
- Entscheiden sich die Eltern und der Sachverständige für eine **gemeinsame Arbeit**, so ist das **öffentlich-rechtliche Verhältnis beendet**, so dass jetzt die privatrechtlichen Regeln für die Zusammenarbeit gelten.
- Sinnvoll ist ein **schriftlicher Vertrag** mit dem jeweiligen Berater über den konkreten Auftrag sowie die wechselseitigen Verpflichtungen, Informationen, Umfang, Dauer, Kosten, Verschwiegenheit.
- Angeraten wird eine **zusätzliche Verschwiegenheitsvereinbarung**, auch im Verhältnis der **Eltern zueinander** und insbesondere **gegenüber dem Gericht** für den Fall der weiteren gerichtlichen Auseinandersetzung (u.U. auch mit Vertragsstrafen der Eltern).
- Arbeiten die Eltern mit dem gerichtlich bestellten Sachverständigen weiter, so ist es zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sinnvoll, diesen **zu verpflichten**, den gerichtlich erteilten Auftrag **für den Fall des Scheiterns** der außergerichtlichen Bemü-

hungen nicht durchzuführen bzw. einen weiteren nicht anzunehmen.

- **Scheitert** der außergerichtlich gestartete Einigungsversuch, so ist das **Gerichtsverfahren fortzuführen** oder neu **einzuleiten**.
- Der **außergerichtlich** tätige **Gutachter** ist dann **gehindert**, das gerichtlich weiterhin erforderliche Gutachten gem. §§ 30, 163 Abs. 1 FamFG, 402 ff. ZPO zu erstellen.
- **Sonstige Personen** sind aufgrund ihrer Schweigepflichtung gehindert, vor Gericht auszusagen.
- Für die Vorgehensweise des **gerichtlichen Sachverständigen** gilt, dass dieser über die von ihm **anzuwendenden Methoden entscheidet** und sie ausführlich dem Gericht und den Beteiligten **vorab erläutert**.

IV. Anwaltliche Handlungsoptionen

In der Praxis ist häufig zu beobachten, dass Gutachten vorschnell und mit unklaren Vorgaben eingeholt werden und Anwälte sich ab diesem Zeitpunkt zurücknehmen. Gerade aber in Kindschaftsverfahren sind die anwaltlichen Handlungsoptionen äußerst vielfältig, wobei auch Engagement und Kreativität gefordert sind. Die folgende **Checkliste der verschiedenen Handlungsoptionen in den verschiedenen Verfahrensstadien** soll hierzu anregen und Unterstützung geben. Die Checkliste zeigt eine Vielzahl von Handlungsmöglichkeiten in den verschiedenen Verfahrensstadien auf. Sie beansprucht nicht, vollständig zu sein; jedes Verfahren hat seine Besonderheiten und Eigenheiten.

1. Vor Erlass des Beweisbeschlusses

Checkliste

- Erörterung der Vor- und Nachteile** von Gerichtsverfahren und außergerichtlichen Möglichkeiten bereits **im Vorfeld** mit Mandanten
- Klärung** von einvernehmlichen Regelungen **mit Mandanten**
- Verweisung** an Beratungsstellen oder geeignete Fachleute
- Erörterung** der Möglichkeiten zur **einvernehmlichen Regelung** im ersten **Gerichtstermin** mit allen Beteiligten
- Hinwirken** auf Aussetzung oder Vereinbarung/Zwischenvereinbarung der Beteiligten
- Hinwirken im ersten **Termin** auf eine ausführliche **Erörterung** der **Beweislage** (Erforderlichkeitskriterien/Beweisthema)
- Hinweise** auf mögliche **Zeugenvernehmungen** und **Urkundenbeweise** zur Vermeidung des Gutachtens
- Hinweise** auf konkrete weitere Möglichkeiten der Sachverhaltsermittlung im **Freibeweis** zur Vermeidung des Gutachtens
- Hinweis** auf **gescheiterte außergerichtliche Beratungsveruche**, fehlende Zustimmung für einvernehmliche Regelungen zur Vermeidung des erweiterten Beweisauftrags
- Hinweis** auf **beabsichtigte Verweigerung** der Zustimmung des Mandanten zur Begutachtung
- Erörterung** der **Auswahlkriterien** und **Qualifikationsanforderungen** an Sachverständigen
- Vorschlag** eines oder mehrerer Sachverständiger
- Darlegung bekannter Einwendungen** gegen Methodenschule oder Vorgehensweise von Sachverständigen

- Einreichen** schriftlicher **Beweisanträge** auf **Zeugenvernehmungen** (z.B. Vernehmung weiterer Kontakt- oder Betreuungspersonen, von Ärzten, Therapeuten, Erzieher/innen, Lehrer/innen), zur Vermeidung eines Sachverständigengutachtens oder zur Vorabklärung hochstreitiger und entscheidungserheblicher Sachverhalte
- Einreichen möglicher Urkundenbeweise** (z.B. ärztliche Stellungnahmen, Atteste, Abschlussberichte, Zeugnisse Kinder)
- Einreichung** schriftlicher **Beweisanträge im Freibeweis**
- Schriftliche Benennung** eines Sachverständigen.

2. Nach Erlass des Beweisbeschlusses

Checkliste

- Eingehende Prüfung** des Beschlusses (Erforderlichkeit, Umfang, Differenzierung nach § 163 Abs. 1, Abs. 2 FamFG, konkretes Beweisthema, Qualifikation Sachverständige)
- Nachfrage** hinsichtlich der **Qualifikationen** des Sachverständigen (Grundkompetenz, Feldkompetenz, Therapieausbildung, rechtspsychologische Kenntnisse)
- Verlangen** einer **schriftlichen Erläuterung** der Sachverständigenaufgaben und des konkreten **Auftrags** durch das Gericht, § 404a Abs. 1, Abs. 2 ZPO
- Anregung** der **Terminsbestimmung** für die **Einweisung** des Sachverständigen und mündliche Auftragsklärung, § 404a Abs. 5 ZPO
- Schriftliche Anfrage** für beabsichtigte Einschaltung von **Mitarbeitern** oder **Gehilfen** durch Sachverständigen, § 407a Abs. 2 ZPO
- Anregung** für konkrete besondere **Anweisungen** an Sachverständigen
- Erbitten konkreter Hinweise** an Sachverständigen, sofern **bestimmte Methodenschule** (lösungsorientiert/entscheidungsorientiert) oder **fehlerhafte Rechtsauffassung** bekannt
- Beantragung** der **Aufhebung** des **Beweisbeschlusses**, wenn Gutachten nicht erforderlich; unter Umständen mit konkreten Beweisanregungen für Freibeweis und Beweisanträgen nach ZPO
- Schriftliche **Anregung** von Änderungen und Konkretisierungen zum **Beweisthema**
- Befangenheitsantrag** gegen **Richter**, sofern Beschluss grobe Verfahrensverstöße oder Eingriffe in materielle Grundrechte beinhaltet
- Erklärung** der **Zustimmungsverweigerung** des Mandanten für **eigene Exploration**
- Erklärung** der **Zustimmungsverweigerung** für Exploration des **Kindes**
- Anforderung** schriftlicher Erläuterungen des Sachverständigen für **beabsichtigte Vorgehensweise**, Tests und Verfahren.

3. Während der Gutachtenerstellung

Checkliste

- Vorbereitung** des ersten **Sachverständigengesprächs** mit Mandant (Hinweise auf Abläufe, notwendige Zustimmungserklärungen, erforderliche Schweigepflichtsentscheidungserklärungen, Unterschiede zwischen § 163 Abs. 1 und Abs. 2 FamFG, beabsichtigte Methoden)
- Informationssammlung** (Zeit, Ort, Hilfspersonen, erforderliche Aufklärung vor Testungen ...) und **Kontakthaltung** mit Mandant während Exploration
- Überwachung** der Sachverständigenfristen
- Antrag** auf **Nachfristsetzung**, Verhängung von Ordnungsgeld

- Zustimmungsverweigerung** zu weiteren Explorationen, Tests
- Befangenheitsantrag** gegen **Gutachter** bei Überschreiten seiner Rolle, Aufgaben, Kompetenzen, persönlicher Voreingenommenheit – **Achtung: zwei Wochenfrist!**

4. Nach Erstellung des Gutachtens

Liegt das Gutachten vor, so besteht die anwaltliche Aufgabe in der eingehenden Überprüfung der Verwertbarkeit des Gutachtens und der Einleitung weiterer eventuell erforderlicher werdender Schritte.

Checkliste

- Überprüfung des Gutachtens** auf:
 - Einhaltung fachlicher-methodischer Mindeststandards, Logik, Verständlichkeit, Schlüssigkeit, Nachvollziehbarkeit, Widersprüchlichkeit
 - Beantwortung/Ausweitung des Beweisthemas
 - juristische Umsetzbarkeit
- Überprüfung des Gutachters** auf:
 - Rollen-, Aufgaben-, Kompetenzzehaltung
 - Einschaltung weiterer Mitarbeiter und Gehilfen
 - Vorliegen von Befangenheitsgründen
- Veranlassung** einer schriftlichen **Nachfrage** bei **offenen Fragen** durch das Gericht
- Beantragung** der **mündlichen Erläuterung** des Gutachtens, § 411 Abs. 3 ZPO
- Antrag** auf **Einsicht** in Gutachterakten, beigezogene Unterlagen, Untersuchungsergebnisse, durchgeführte Tests, § 407a Abs. 3 ZPO
- Antrag** auf Erstattung eines **Ergänzungsgutachten** durch Sachverständigen, § 412 Abs. 1 ZPO
- Einholung eines **weiteren Gutachtens** durch **anderen** Sachverständigen bei Unverwertbarkeit, erkennbar fehlender Qualifikation, grober Mangelhaftigkeit, § 412 Abs. 1 ZPO
- Befangenheitsantrag** gegen **Gutachter** – **Achtung: Zweiwochenfrist** beachten!
- Einholung** eines **Privatgutachtens** (Auseinandersetzungspflicht des Gerichts!)
- Befristete Beschwerde** bei abschlägiger Bescheidung des Befangenheitsantrags
- Verfassungsbeschwerde** mit vorsorglich vorgeschalteter Anhörungsrüge, unter Umständen mit Eilantrag auf Aussetzung des Verfahrens
- Befangenheitsantrag** gegen **Gericht** bei Ablehnung der Befangenheitsrüge, unter Umständen Verfassungsbeschwerde und Eilantrag auf Aussetzung des Verfahrens.

5. Nach gerichtlicher Entscheidung

Die Entscheidung ist hinsichtlich der Verwertung des Gutachtens zu überprüfen, auch der Kostenrechnung des Gutachters gebührt Aufmerksamkeit.

Checkliste

- Beschwerde** bei **ungeprüfter** gerichtlicher Verwertung des Gutachtens
- Beschwerde** bei Verwertung eines **mangelhaften** Gutachtens
- Beschwerde** bei **Nichtverwertung** des Gutachtens ohne Begründung, bei mangelnder eigener Sachkenntnis
- Kostenüberprüfung** mit Anforderung der Kostenrechnung des Sachverständigen und Anforderung einer konkreten Erläuterung und Aufschlüsselung
- Einlegung der **Kostenerinnerung**.

Die Frage, ob und wann welche Handlungsoptionen eingesetzt werden, sind **strategische Entscheidungen**, die gemeinsam mit der Mandatschaft abzusprechen und zu treffen sind. Nicht immer ist es sinnvoll, jede mögliche Option in Betracht zu ziehen. Zu beachten sind in jedem Fall eventuell eintretende **Zeitverzögerungen**, die in der Regel von erheblichem Nachteil für die Person sein können, bei der sich das Kind nicht befindet. Entscheidend für die Strategie kann auch der Grad der verhärteten **Einstellung der Beteiligten** und der Position der Beteiligten sein sowie die Frage, ob eine **einvernehmliche Regelung ausgeschlossen** und eine gerichtliche Entscheidung in jedem Fall erforderlich ist. Unter Umständen ist es auch sinnvoll, **Einwendungen** gegen die Vorgehensweise des Gutachters zu **sammeln** und diese erst bei negativem Ausgang vorzubringen mit dem Ziel, das Gutachten zu Fall zu bringen.

V. Häufige Fehlerquellen

Viele Fehler bei der Gutachtenerstellung haben ihre Ursache nach Auffassung der Autoren im **grundlegend unterschiedlichen Handlungsansatz von Juristen und Psychologen** und den völlig unterschiedlichen Bewertungen des Begriffs „Kindeswohl“.

- **Für Juristen** bewegen sich Kindschaftsverfahren in einem rechtsstaatlich vorgegebenen Rahmen. Gemäß **Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG** wird das Recht der Eltern, für das eigene Kind zu sorgen, als „natürliches Recht“ verfassungsmäßig gewährleistet. Es ist als **Pflichtrecht** definiert, das einer **Kindeswohlbindung** unterliegt, vielfach wird daher auch der Begriff „**elterliche Verantwortung**“ benutzt. Gesetzlich definiert ist der Begriff des Kindeswohls wiederum nicht. Nach der auch für die Autoren zutreffenden Rechtsmeinung kann die Kindeswohlbindung im Verhältnis zu den Eltern nicht weiterreichen als zur Eingriffsschwelle in die elterliche Sorge.¹ Immer wieder betont das Verfassungsgericht die **primäre Entscheidungszuständigkeit** der Eltern bezüglich der Förderung ihrer Kinder, wobei dabei auch in Kauf zu nehmen ist, „dass Kinder durch den Entschluss der Eltern wirkliche oder vermeintliche Nachteile erleiden.“² Immer wieder wird klargestellt, dass es **keinen Optimierungsanspruch** gegenüber den Eltern gibt. **Schranken** des Elternrechts bildet das **staatliche Wächteramt** aus Art. 6 Abs. 2 GG mit der **hohen Eingriffsschwelle** der konkreten nachhaltigen körperlichen, geistigen oder seelischen Gefährdung des Kindeswohls.³ Die weitere Schranke bildet das **Recht des anderen Elternteils**. Dies ist bei einem Streit um Sorge oder Umgang von Bedeutung, da sich Gerichte in ihrer Entscheidung um eine **praktische Konkordanz** der tangierten Grundrechte bemühen und diese zum Ausgleich bringen müssen.

1 Vgl. hierzu *Fröschle*, Sorge und Umgang, FamRZ-Buch 37, Rz. 10, 11; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamRecht § 57 Rz. 30.

2 So auch BVerfG v. 19.12.2007 – 1 BvR 2681/07, FamRZ 2008, 492; v. 10.9.2009 – 1 BvR 1248/09, juris – Tz. 15.

3 Vgl. hierzu wie vor.

Weiterhin haben Juristen bei ihrer Entscheidung zu beachten, dass jede **gutachterliche Exploration** einen starken **Eingriff** in den Schutzbereich des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 GG darstellt.⁴

- Aus **Sicht der Psychologen** und deren beruflichem Anspruch geht es um **Veränderung** und **Verbesserung** und damit um mögliche **Interventionen** für Problemlösungen. Die Lebenssituation von Kindern soll verbessert, Familien sollen befriedet, Kinder gestärkt, zu ihrem gesunden Gedeihen beigetragen werden und dies „unabhängig von juristischen Disputen über die Gewichtung von Elternrecht vs. Kinderrecht.“⁵

Es verwundert daher nicht, wenn es auf der Grundlage derart unterschiedlicher professioneller Ansätze und Auffassungen zu vielen Fehlerquellen bei einer Begutachtung kommt, für die das Recht in gerichtlichen Verfahren eindeutige Grenzsetzungen gibt.

Häufig auftretende, hierauf beruhende Fehler:

- **Nichtbeachtung der ZPO-Regeln:** Obwohl ein Gutachter immer nur im Rahmen des Beweisbeschlusses tätig werden kann und für ihn damit zwangsläufig die ZPO-Bestimmungen der §§ 402 ff. Gültigkeit haben, werden diese in der Regel nicht beachtet.
- **Mangelnde Kenntnis der materiellen Rechtsgrundlagen:** Es fehlen Basiskennnisse der zugrunde liegenden Rechtsnorm und der entsprechenden obergerichtlichen Entscheidungen, so zum Beispiel, dass die gemeinsame elterliche Sorge aufzuheben ist, wenn die notwendige soziale Basis und das notwendige Maß an Kommunikationsfähigkeit fehlt. Es besteht dann die natürliche Neigung, die Lücke mit eigenen Wertvorstellungen zu schließen.
- **Lösungsorientiertes Vorgehen als notwendiger Bestandteil des Sachverständigenauftrags:** Es wird nicht entsprechend der gesetzlichen Vorgaben des § 123 FamFG zwischen status- und lösungsorientiertem Vorgehen unterschieden. Oftmals wird von einem gemischten Auftrag mit dem Schwerpunkt auf der lösungsorientierten Vorgehensweise ausgegangen (familienpsychologisches Gutachten).
- **Unklare Methodenwahl:** Der vorherrschenden völligen Unsicherheit bei der anzuwendenden Methode, vor allem beim erweiterten Auftrag, wird versucht, mit Begriffsdefinitionen wie „Intervention sui generis“⁶ und „familienpsychologisches Gutachten“ zu begegnen.
- **Verletzung der Prüf- und Mitteilungspflicht:** Gemäß § 407a Abs. 1 ZPO ist der Sachverständige verpflichtet, unverzüglich zu überprüfen, ob er **qualifiziert** für den Auftrag ist und ob er den Auftrag fristgerecht erfüllen kann. Ist dies nicht gegeben, besteht eine Mitteilungspflicht.

- **Verstoß gegen die Nachfragepflicht:** Soweit der Sachverständigen am Inhalt oder Umfang des Auftrags Zweifel hat, ist er zur Nachfrage bei Gericht gem. § 407a Abs. 3 Satz 1 ZPO verpflichtet.
- **Fehlerhafte Verwendung streitiger Anschluss-tatsachen:** Gemäß § 404a Abs. 3 ZPO dürfen nur nicht-streitige Anschluss-tatsachen verwendet werden. Die Klärung streitiger Tatsachen bleibt allein dem Gericht vorbehalten. Eigene Ermittlung von Anschluss-tatsachen ist nur dann zulässig, wenn dem Gericht besondere Fachkenntnis fehlt und eine gesonderte Beauftragung erfolgt, § 404a Abs. 4 ZPO.
- **Umformulierung des Beweisauftrags:** Teilweise wird zwar der Beweisauftrag wörtlich im Gutachten wiedergegeben, allerdings dann eine eigene, umformulierte psychologische Fragestellung beantwortet.
- **Erweiterung und Ausdehnung des Beweisthemas:** Eine unzulässige Erweiterung liegt darin, wenn der Gutachter in einem Sorgerechtsstreit seinen Auftrag auf die Frage der Umgangsregelung ausdehnt. Eine unzulässige Erweiterung liegt auch vor, wenn der Gutachter in einem Umgangsverfahren ohne Beauftragung und konkrete Anhaltspunkte einen betreuten Umgang empfiehlt.
- **Ungenügende Aufklärung:** Selten werden die Beteiligten über Umfang und Bedeutung der beabsichtigten und durchgeführten Tests und Verfahren aufgeklärt; in der Regel gibt es keinerlei Dokumentation oder schriftliche Erklärungen der Beteiligten hierzu.
- **Unzulässiger Einbezug weiterer Personen:** Oft ist den Sachverständigen nicht klar, dass sie dritte Personen nur dann in ihr Gutachten miteinbeziehen dürfen, wenn das Gericht dies ausdrücklich angeordnet hat, § 404a Abs. 4 ZPO.
- **Rechtlich nichthaltbare Empfehlungen:** Das Gericht kann den Empfehlungen des Gutachters nur folgen, wenn diese nicht nur aus psychologischer Sicht sinnvoll sind. Sie müssen jedenfalls auch den rechtlichen Möglichkeiten entsprechen.

VI. Fazit

Dem anwaltlichen Vertreter stehen in Kindschaftsverfahren ein großer Handlungsspielraum und damit auch viele Möglichkeiten zur Einflussnahme zur Verfügung, die es auch wahrzunehmen gilt. Hilfreich im Verhältnis zu Sachverständigen ist hierbei nicht, sich wechselseitig abzulehnen, sondern die professionellen Zwänge zu kennen und zu akzeptieren. Das spezielle Augenmerk ist dabei immer auf die Beachtung der tangierten Grundrechte sowie des rechtsstaatlich vorgegebenen Rahmens zu richten; dies sowohl im Einzelinteresse der beteiligten Kinder und Erwachsenen, als auch im gesellschaftspolitischen Interesse.

⁴ Korn-Bergmann, FamRB 2013, 303.

⁵ Castellanos/Hertkorn, Psychologische Sachverständigen-gutachten im Familienrecht, Vorwort S. 5; vgl. auch Korn-Bergmann/Purschke, FamRB 2013, 338 f. m.w.N.

⁶ Korn-Bergmann/Purschke, FamRB 2013, 339 m.w.N.