

**trag** gem. § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB **zurückzuweisen**. Dies gilt trotz der missverständlichen Verweisung in § 1686a Abs. 2 Satz 1 BGB auf § 1684 Abs. 4 Satz 1 oder 2 BGB auch für den Fall, dass der Umgang mit dem Kind dem Kindeswohl nicht dient, weil ein Umgangsrecht des Antragstellers dann ebenfalls nicht besteht.<sup>39</sup> Es bedarf daher anders als bei einem rechtlichen Vater keiner Aussetzung und keines Ausschlusses des Umgangs. Auf § 1684 Abs. 4 Satz 2 BGB kann jedoch erforderlichenfalls ein mit Ordnungsmitteln nach §§ 88 ff. FamFG vollstreckbares **Kontaktverbot** gegen den Antragsteller gestützt werden, wenn der Antragsteller gegen den Willen der Mutter und ohne gerichtliche Umgangsregelung Kontakt zum Kind sucht und dies das Kindeswohl gefährden würde.<sup>40</sup>

### III. Antrag auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes nach § 1686a Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 167a FamFG

Neben dem Recht auf Umgang steht dem leiblichen, nicht rechtlichen Vater gem. § 1686a Abs. 1 Nr. 2 BGB auch ein Anspruch auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes gegen jeden rechtlichen Elternteil zu. Der Kindeswohlmaßstab entspricht dabei dem des Auskunftsanspruchs eines rechtlichen Elternteils gegen den anderen Elternteil gem. § 1686 BGB, wonach

die Auskunft grundsätzlich zu erteilen ist, wenn sie dem Kindeswohl nicht widerspricht (**negative Kindeswohlprüfung**). Anders als in § 1686 BGB ist jedoch für den Auskunftsanspruch nach § 1686a Abs. 1 BGB – wie für den Umgang – erforderlich, dass der leibliche Vater **ernsthafte Interesse** am Kind gezeigt hat (dazu unter II. 3. a). Dadurch soll vermieden werden, dass der Vater den Auskunftsanspruch lediglich zur Klärung seiner biologischen Vaterschaft nutzt.<sup>41</sup>

Für das **Antragserfordernis** und das **Verfahren** gilt ebenfalls § 167a FamFG, so dass auf die Ausführungen unter II. 2. und II. 4. Bezug genommen werden kann. Ein Unterschied besteht insofern, als das Auskunftsverfahren **kein beschleunigtes Verfahren** nach § 155 FamFG ist. Funktionell zuständig ist anders als bei einem Umgangsantrag nicht der Richter, sondern gem. § 3 Nr. 2a i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 7 RPflG der **Rechtspfleger**. Soweit der Antrag auf Auskunft jedoch **zusammen mit einem Umgangsantrag** gestellt wird, entscheidet der **Richter** wegen des Sachzusammenhangs über beide Verfahrensgegenstände.

39 So zutreffend *Frösche*, Sorge und Umgang, 2013, Rz. 1305 ff.

40 OLG Frankfurt v. 11.3.2013 – 4 UF 305/12, FamRZ 2013, 1237 (LS.); ausf. Prütting/Helms/Hammer, 3. Aufl., § 88 FamFG Rz. 1a und § 89 FamFG Rz. 7a m.w.N.

41 BT-Drucks. 17/12163, 14.

## ■ Gutachter – „Heimliche Richter“ im Kindschaftsverfahren? Überblick und rechtliche Grundlagen

von FAinFamR, Mediatorin Marita Korn-Bergmann, Aschaffenburg

*Kindschaftsverfahren regeln existenzielle und die Beteiligten zutiefst berührende Themen, stellen Weichen für das zukünftige Leben der Kinder, greifen mit hoher Intensität in Familienstrukturen ein. Die rechtliche Brisanz ergibt sich aus den Eingriffen in hochrangige Grundrechte und aus vielen offenen Fragen der Gutachtenerstellung. Die anwaltlichen Vertreter sind konfrontiert mit einer komplexen Rechtsmaterie und einer hohen Emotionalität in den Verfahren. Gleichzeitig steigt der Handlungsdruck durch das eigene veränderte Rollenbild. Gerade in Kindschaftsverfahren gilt verstärkt der bereits in § 1 Abs. 3 BORA niedergelegte Grundsatz, konfliktvermeidend und streitschlichtend zu agieren. In diesem Spannungsfeld gerät die Gutachtenerstattung zunehmend in den öffentlichen und fachlichen Fokus. Die Autoren der Aufsatzreihe greifen die bestehenden Probleme auf der Grundlage einer interdisziplinären Zusammenarbeit auf und entwickeln eigene Lösungsansätze, praktische Handlungsoptionen und Strategien für den Anwaltsalltag. Hierzu wird im ersten Teil der Beitragsreihe ein Überblick über die rechtlichen Grundlagen gegeben, im zweiten Teil werden die Anforderungen an Gutachter und Gutachten aus psychologischer und juristischer Sicht erörtert und im dritten Teil konkrete Lösungsansätze zur Diskussion ge-*

*stellt sowie anwaltliche Handlungsoptionen und Strategien aufgezeigt.*

### I. Überblick

Ein kurzer Überblick fasst die persönlichen Einschätzungen und Erfahrungen der Autorin zusammen.

#### 1. Fakten

- Die Zahl der Gutachten steigt stetig an.
- Gutachter werden häufig ohne entsprechende Erforderlichkeit beauftragt.
- Gutachter entscheiden oft faktisch das Verfahren, nur in seltenen Fällen kommt es zu abweichenden Entscheidungen.
- Die Dauer der Gutachten schafft häufig eigene Fakten.
- Begutachtung stellt eine schwierige, hoch komplexe Aufgabe mit hohen Anforderungen an Ausbildung und Kenntnisstand dar.
- Gutachter werden meist ohne Überprüfung ihrer Qualifikation beauftragt.
- Gutachten können zu einem erheblichen, teilweise nicht kalkulierbaren Kostenanstieg führen.

## 2. Problemstellungen

- Es besteht eine unklare Rollenverteilung zwischen Gutachtern und Richtern.
- Es besteht häufig Unkenntnis bei Gutachtern über ihre Aufgabe und die für sie gültigen gerichtlichen Verfahrensregeln.
- Es besteht absolute Rechtsunsicherheit bei „lösungsorientierten Gutachten“.
- Es fehlen verbindliche Regeln für die Qualifikation der Gutachter.
- Es fehlen verbindlich festgelegte Mindeststandards für die Qualität der Gutachten.
- Es fehlt eine klare Trennung zwischen den Regeln der außergerichtlichen und gerichtlichen Konfliktregelungssysteme.

## 3. Folgen

- Die familienpsychologische Gutachtertätigkeit bewegt sich in einem Graubereich, in dem weder die Rolle, Aufgabe, Kompetenz, Methodik noch die Kostenfrage gesetzlich und fachlich geklärt sind – ein rechtsstaatlich bedenklicher Zustand.
- Die Verfahren werden daher höchst individuell und mit großen Unsicherheiten für die Beteiligten geführt, dies selbst bei bestem Bemühen der beteiligten Professionen.
- Die Undurchschaubarkeit führt bei den Betroffenen zu einem großen Vertrauensverlust gegenüber der Justiz. Sie fühlen sich häufig hilflos und ausgeliefert.
- Anwälte ziehen sich teilweise resigniert zurück oder riskieren, als „Streithansel“ und „kinderwohlsschädlich“ wahrgenommen zu werden.

Ziel der Aufsatzreihe ist es, die anwaltliche Aufgabe und Rolle im Kindschaftsverfahren zu schärfen, den Anwalt anzuleiten, aktiv die Interessen der Mandanten wahrzunehmen und dies unter Beachtung der besonderen Anforderungen in Kindschaftsverfahren.

## II. Rechtliche Grundlagen

Eine aktive anwaltliche Vertretung erfordert ein Auseinandersetzen mit und ein Einsetzen der im Kindschaftsverfahren geltenden materiellen und verfahrensrechtlichen Regeln.

1 BVerfG v. 1.4.2008 – 1 BvR 1620/04, FamRZ 2008, 848 = FamRB 2008, 174.

2 BVerfG v. 19.12.2007 – 1 BvR 2681/07, FamRZ 2008, 492.

3 BVerfG v. 13.11.2008 – 1 BvR 1192/08, FamRZ 2009, 189.

4 Zuletzt OLG Hamm v. 12.7.2013 – II-2 UF 227/12, Volltext in FamRB online: „Im Rahmen der §§ 1666, 1666a BGB ist stets zu beachten, dass kein Kind Anspruch auf „Idealetern“ und optimale Förderung hat und sich die staatlichen Eingriffe auf die Abwehr von Gefahren beschränken.“

5 BVerfG v. 2.4.2009 – 1 BvR 683/09, FamRZ 2009, 944 (945).

6 BVerfG v. 20.5.2003 – 1 BvR 2222/01, FamRZ 2004, 523.

7 BVerfG v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/05.

8 BVerfG v. 2.4.2009 – 1 BvR 683/09, FamRZ 2009, 944; BGH v. 17.2.2010 – XII ZB 68/09, FamRZ 2010, 720 = FamRB 2010, 205.

9 BT-Drucks. 16/6308, 237.

## 1. Grundrechte in Kindschaftsverfahren

Die Kenntnis und das Bewusstsein der hohen Grundrechtstangiertheit schafft nicht nur die Grundlage für eine gute Verhandlungsführung und Interessenwahrnehmung, sondern erleichtert gleichzeitig auch die eigene Positionierung.

### a) Kindeswohl und Elternrecht

Jedes Kindschaftsverfahren spielt sich im Bereich der verfassungsrechtlich geschützten Familienautonomie nach Art. 6 Abs. 1 GG, des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und der staatlichen Wächteraufgabe gem. Art. 2 Abs. 2 GG mit der hohen Eingriffsschwelle des Art. 6 Abs. 3 GG ab.

Im **Verhältnis zum Kind** ist das **Elternrecht** rein funktionsbezogen und als **Pflichtrecht** ausgestaltet, weshalb das BVerfG den Begriff „elterliche Verantwortung“ bevorzugt.<sup>1</sup> Im **Verhältnis zum Staat** ist das Elternrecht ein **Abwehrrecht**<sup>2</sup> und bestätigt den natürlichen und rechtlichen Vorrang der Eltern bei der Pflege und Erziehung ihrer Kinder. **Elternverantwortung** ist daher die umfassende Verantwortung für die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes.<sup>3</sup>

Das **Kind** wiederum ist Rechtsobjekt und **eigener Grundrechtsträger**.

Die Erfahrung lehrt allerdings anderes. Auch wenn der Staat nur subsidiärer Wächter ist und Kinder keinen Optimierungsanspruch gegenüber ihren Eltern und keinen Anspruch auf eine Maximalförderung haben,<sup>4</sup> fühlt sich bei „Kindeswohlfragen“ jeder Beteiligte schnell als Experte und zum Mit- bzw. Umerzieher berufen.

### b) Gutachten und Persönlichkeitsrechte

Jede **Exploration** stellt einen Eingriff in den Schutzbereich des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 GG dar, wenn diese nicht mehr vom Einverständnis getragen wird.<sup>5</sup> Geschützt wird auch vor Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter.<sup>6</sup>

Das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** reicht über den Schutz der Privatsphäre hinaus und gibt jedem die Befugnis, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und inwieweit persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.<sup>7</sup> Kein Elternteil kann in einem Gerichtsverfahren **gezwungen** werden, sich **gegen den eigenen Willen** körperlich, psychiatrisch oder psychologisch untersuchen zu lassen.<sup>8</sup> Eine Verpflichtung zu einer Mediation, Beratung, Therapie oder sonstiger außergerichtlicher Konfliktbeilegung kann im Verfahren nicht ausgesprochen werden und darf auch in Gerichtsverfahren nicht durchgeführt werden.<sup>9</sup>

Zu beachten ist, dass insbesondere bei familienpsychologischen oder psychiatrischen Gutachten diese Grundrechte durch die Schilderung und Aufdeckung eigener und enger Beziehungen, familiärer Verhältnisse, von Strukturen in Grundfamilien, Erkrankungen, ärztlichen

Behandlungen, therapeutischen Maßnahmen und Konflikten in hohem Maße betroffen sind.<sup>10</sup>

## 2. Verfahrensrechtliche Besonderheiten

### a) Verfahrensgrundrechte

Die Verfahrensgrundrechte sind gerade in Kindschaftsverfahren einzuhalten. Hierunter fallen die verfassungsrechtlich verbürgten Verfahrensgarantien des **Willkürverbots** nach Art. 3 Abs. 1 GG, des Grundrechts auf ein **faies Verfahren** nach Art. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, der **Rechtsweggarantie** nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, des **Anspruchs auf den gesetzlichen Richter** nach Art. 101 Abs. 1 GG und des Anspruchs auf **rechtliches Gehör** nach Art. 103 Abs. 1 GG. Bei fehlerhafter Beauftragung, fehlerhafter Unterlassung oder fehlerhafter Durchführung eines Sachverständigengutachtens kommt diesen Bestimmungen erhebliche Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere bei Verkennung des Amtsermittlungsgrundsatzes, der Streng- und Freibeweisregeln, der Feststellungslast durch das Gericht sowie bei Überschreiten der Aufgaben und Kompetenzen durch den Gutachter.

### b) Besondere Verfahrensanforderungen aus Art. 6 GG

Aus der Bedeutung der tangierten Grundrechte, insbesondere aus **Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG** ergeben sich nochmals **besondere Anforderungen** an die Verfahrensgestaltung. In einer Vielzahl von Entscheidungen zum Sorgerecht, Umgangsrecht und staatlichen Eingriffen bei Kindeswohlgefährdungen hat sich das BVerfG mit diesen Fragen an die Verfahrensgestaltung befasst.<sup>11</sup> Die besonderen Umstände des Einzelfalls sind danach genau aufzuklären und zu beleuchten unter absoluter Beachtung der einfach rechtlichen und grundrechtlichen Verfahrensregeln und Abwägung der Grundrechtspositionen. Letztendlich ist Ausfluss dieser BVerfG-Rechtsprechung auch das Vorrang- und Beschleunigungsgebot des § 155 FamFG.

### c) Amtsermittlungsgrundsatz und Gutachten

Der Amtsermittlungsgrundsatz gem. § 26 FamFG beinhaltet sowohl das Gebot zur **umfassenden Sachaufklärung** wie auch die Verpflichtung zur bestmöglichen **Gewährung rechtlichen Gehörs** gem. **Art. 103 Abs. 1 GG**.<sup>12</sup>

Wichtige Folge der Amtsermittlungspflicht ist, dass die Beteiligten **keine subjektive Beweisführungslast** und damit keine Feststellungslast trifft.<sup>13</sup> So müssen z.B. Maßnahmen nach § 1666 BGB unterbleiben, wenn die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale nicht festgestellt werden können.<sup>14</sup>

Die Anordnung eines Gutachtens steht im **plichtgemäßen Ermessen des Gerichts** gem. § 30 Abs. 1 FamFG. Wird das Ermessen nicht oder fehlerhaft ausgeführt, liegt ein erheblicher und angreifbarer Verfahrensfehler vor. Dies beinhaltet die Erforderlichkeit aufgrund fehlender eigener Sachkunde sowie das Fehlen oder Nichtausreichen anderer Erkenntnisquellen (Anhörung, Freibeweis, Zeugenbeweis) und erfordert eine gründliche Abwägung aller beachtlichen Umstände, insbesondere der betroffe-

nen Rechtsgüter und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Es besteht eine **gerichtliche Überprüfungspflicht** für das erstellte Gutachten. Dieser obliegen insbesondere die zugrunde gelegten Tatsachen, logische Schlüssigkeit, wissenschaftliche Begründung und Tragfähigkeit der wissenschaftlichen Erkenntnisse sowie der eingesetzten Erkenntnismethoden und Schlussfolgerungen im Besonderen.<sup>15</sup>

## III. Das Gutachten als Strengbeweismittel

Hat sich das Gericht für ein Gutachten entschieden, so kann die Einholung nur als **förmliche Beweisaufnahme** geschehen.

### 1. Verweiskette

Über die Verweiskette der §§ 163 Abs. 1, 30 Abs. 1 FamFG gelten die Regeln der §§ 402 bis 414 ZPO.

### 2. ZPO-Regeln

Die Regelungen der §§ 402–414 ZPO werden häufig weder vom Sachverständigen noch vom Gericht noch von den Anwälten beachtet. Die wichtigsten Regeln werden im Folgenden näher wiedergegeben, aber es ist im Einzelfall sicher sinnvoll, die Einhaltung aller Beweisregeln zu überprüfen.

#### a) Rolle/Aufgabe

Gemäß § 402 ZPO ist der Sachverständige eindeutig **Beweismittel** und damit nicht Verfahrensbeteiligter. Der **Richter** ist Herr des Verfahrens gem. § 404a Abs. 1 ZPO und **leitet den Sachverständigen**.<sup>16</sup> Dessen **Aufgabe** ist die Feststellung von Tatsachen, nicht die Klärung von Rechtsfragen.<sup>17</sup> Strikt zu trennen ist gem. § 404a Abs. 3 ZPO zwischen den **unstreitigen** zugrunde zu legenden **Anschlussstatsachen** und den vom Sachverständigen **zu erstellenden Befundtatsachen**. Anders als der Zeuge gibt der Gutachter nicht eigene Wahrnehmungen wieder, sondern trifft Feststellungen aufgrund seines Fachwissens durch subjektive Wertungen, Schlussfolgerungen und Hypothesen und unterstützt das Gericht bei der Auswertung vorgegebener Tatsachen.<sup>18</sup>

<sup>10</sup> BVerfG v. 22.12.2005 – 1 BvR 2349/05, FamRZ 2006, 537 (538).

<sup>11</sup> BVerfG v. 1.3.2004 – 1 BvR 738/01, FamRZ 2004, 1015 = FamRB 2004, 291; v. 23.3.2007 – 1 BvR 156/07, FamRZ 2007, 1078 f. = FamRB 2007, 234; v. 5.9.2007 – 1 BvR 1426/07, FamRZ 2007, 1797 = FamRB 2008, 9; v. 17.6.2009 – 1 BvR 467/09, FamRZ 2009, 1473.

<sup>12</sup> BGH v. 11.7.1984 – IVb ZB 73/83, FamRZ 1985, 169; BVerfG v. 14.4.1987 – 1 BvR 332/86, FamRZ 1989, 1047 = FamRZ 1990, 487 = NJW 1988, 125.

<sup>13</sup> BVerfG v. 2.4.2009 – 1 BvR 683/09, FamRZ 2009, 944 (945), ausdrücklich auch für Erziehungseignung und -fähigkeit.

<sup>14</sup> BVerfG v. 10.9.2009 – 1 BvR 1248/09, FamRZ 2009, 1897.

<sup>15</sup> Staudinger/Coester, BGB, Neubearb. 2009, § 1666 Rz. 287; BayObLG v. 21.1.1982 – BReg.1 Z 122/81, FamRZ 1982, 638 f.; BGH v. 30.7.1999 – 1 StR 618/98, FamRZ 1999, 1648 (1649).

<sup>16</sup> Greger in Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 404a Rz. 1.

<sup>17</sup> Greger in Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 402 Rz. 1.

<sup>18</sup> Greger in Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 402 Rz. 1a.

### b) Konkreter Beweisauftrag

Das Beweisthema hat nach § 403 ZPO konkret die zu begutachtenden Punkte und die zu klärenden Tatsachen zu enthalten, zu denen das Gutachten zu erstatten ist.<sup>19</sup> Dabei ist schon weichenstellend die jeweilige zugrunde liegende gesetzliche Regelung, die eine positive Kindeswohlfeststellung oder eine negative verlangt, dies wiederum mit unterschiedlichen Eingriffsschwellen, wie sie sich aus dem jeweiligen Gesetzeswortlaut „dienen“, „erforderlich“, „am besten entsprechen“ oder „nicht widersprechen“ ergeben. Dabei darf die gesetzliche Aufgabenstellung nicht an den Gutachter komplett weitergegeben werden, der Auftrag muss sich auf die Feststellung einzelner Tatsachen, z.B. Kontinuität, Bindungen, Förderungsfähigkeit, Erziehungsfähigkeit beschränken, da der unbestimmte Rechtsbegriff „Kindeswohl“ nicht vom Sachverständigen ausgefüllt werden darf.

### c) Gutachterausswahl

Diese obliegt gem. § 404 ZPO dem Gericht, gebunden an pflichtgemäßes Ermessen. Eine schwierige Aufgabe, nachdem für das Auswahlverfahren und die Qualifikation jegliche verbindliche Regeln fehlen und die Auswahlkriterien ein genau festgelegtes Beweisthema voraussetzen und sich danach bestimmen müssen. Zu benennen ist immer eine natürliche Person, nicht ein Institut.<sup>20</sup>

### d) Gutachterablehnung

Gemäß §§ 406, 41, 42 ZPO kann ein Sachverständiger wie ein Richter per Gesetz ausgeschlossen sein oder wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Es kann daher auf die allgemeinen Grundsätze verwiesen werden. In Zweifelsfällen ist dem Ablehnungsgesuch eher stattzugeben als dieses zurückzuweisen.<sup>21</sup> Einzelne Beispielfälle hierzu werden im dritten Aufsatzteil aufgeführt. Festzustellen ist allerdings, dass sich Gutachter in einem „Minenfeld“ von Befangenheitsgründen bereits bei der Beauftragung nach § 163 Abs. 1 FamFG bewegen, weitaus verstärkt noch bei einem Auftrag nach § 163 Abs. 2 FamFG.

### e) Mangelhaftigkeit des Gutachtens

Ein Gutachten ist zu ergänzen bzw. neu einzuholen, wenn es das Gericht nach eingehender Überprüfung in Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens für ungenügend erachtet, § 412 Abs. 1 ZPO. Erneut eine schwierige Aufgabe, da auch für die Qualität der Gutachten eindeutige verbindliche Mindeststandards fehlen und selbst

der Begriff „familienpsychologisches Gutachten“ fachlich nicht definiert ist. Es kann daher zunächst nur auf die allgemeinen, von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden, wie:

- fehlende wissenschaftliche Begründung und Tragfähigkeit
- fehlende logische Schlüssigkeit
- Widersprüchlichkeit
- Unübersichtlichkeit
- Verwendung falscher tatsächlicher Voraussetzungen
- Verwendung streitiger Anschlussstatsachen
- fehlende Bezeichnung von Gehilfen und vom Umfang deren Tätigkeit.<sup>22</sup>

Soweit Befangenheitsgründe vom Gericht nicht als ausreichend erachtet werden, sind diese in jedem Fall bei der Mangelhaftigkeit zu berücksichtigen.

### f) Kostenfragen, §§ 407 Abs. 2, 413 ZPO

Die Kostenfragen finden in der Praxis, Literatur und Rechtsprechung bisher kaum Beachtung. § 407a Abs. 3 Satz 2 ZPO verpflichtet den Gutachter zur Hinweispflicht, wenn das Gutachten den angeforderten Kostenvorschuss erheblich übersteigt, in der Regel bei 20–25 %.<sup>23</sup>

Die in § 413 ZPO geregelte Vergütung bestimmt sich nach JVEG und nicht nach zivilrechtlichen Regeln. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben mindert oder beseitigt eine Leistungsstörung bei Übernahmeverschulden den Entschädigungsanspruch, wobei leichte Fahrlässigkeit genügt.<sup>24</sup> Inhaltliche Mängel erfordern hierfür mittlere bis schwere Fahrlässigkeit und grobe Verstöße. Die Unverwertbarkeit des Gutachtens wegen Ablehnung beseitigt den Zahlungsanspruch nur bei verschuldetem Ablehnungsgrund (Übernahmeverschulden: leichte Fahrlässigkeit; spätere Ablehnungsgründe: grobe Fahrlässigkeit).<sup>25</sup> Der Sachverständige erhält einen Erstattungsanspruch gegenüber der Staatskasse, die wiederum die Kosten vom Kostenschuldner und zwar mit unmittelbaren Vollstreckungsmöglichkeiten betreiben kann.

Völlig offen ist, nach welchen Kriterien Motivations-tätigkeit und Interaktion abgerechnet werden. Gibt es zeitliche, fachliche Kriterien? Wird das öffentlich-rechtliche Verhältnis verlassen und ein privatrechtlicher Auftrag begründet? Bestimmen Umfang und Methodik die Beteiligten? Ist zumindest eingehende und umfangreiche Aufklärung und Zustimmung erforderlich?

### 3. Statusgutachten

Auch wenn bereits seit Jahren lösungsorientierte Vorgehensweisen Realität sind, gibt § 163 FamFG durch Abs. 1 und 2 die klare Trennung zwischen Statusdiagnose und lösungsorientiertem Gutachten vor.<sup>26</sup> Zu erstatten ist im Rahmen des Strengbeweises aus rechtlicher Sicht daher ein statusorientiertes Gutachten.<sup>27</sup>

### IV. Das „lösungsorientierte Gutachten“

In Form des erweiterten Auftrags kann das Gericht gemäß § 163 Abs. 2 FamFG den Gutachter beauftragen, auf die Herstellung des Einvernehmens hinzuwirken,

19 BT-Drucks. 163/2308, 242.

20 Greger in Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 402 Rz. 6.

21 Vgl. Vollkommer in Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 42 Rz. 10.

22 BayObLG v. 21.1.1982 – BReg.1 Z 122/81, FamRZ 1982, 638 f.; BGH v. 30.7.1999 – 1 StR 618/98, FamRZ 1999, 1648 (1649).

23 Greger in Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 407a Rz. 3.

24 Greger in Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 413 Rz. 4.

25 Greger in Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 413 Rz. 7.

26 So ausdrücklich der Gesetzgeber in BT-Drucks. 16/3308, 166, 242.

27 Staudinger/Coester, BGB, Neubearb. 2009, § 1666 Rz. 282.

## Aktuelle Praxisfragen

eine Soll-Regelung für Gutachter und eine Kann-Regelung fürs Gericht. Der Umfang und die Grenzen dieses Auftrags sind weder juristisch noch psychologisch geklärt, insbesondere nicht das Verhältnis der beiden Aufträge sowie Befugnisse und Methodik des Sachverständigen. Die Literaturmeinungen reichen von **Zustimmung** und Begrüßung eines zeitgemäßen Rollenwandels des Gutachters<sup>28</sup> bis hin zur kompletten **Ablehnung** wegen rechtstaatlicher Bedenken.<sup>29</sup> Der Gesetzgeber gibt in seinen Motiven den Beteiligten lediglich an die Hand, dass der Sachverständige Eltern über die negativen Auswirkungen von Trennung aufklären und versuchen könne, Verständnis und Feingefühl für die besondere psychische Lage des Kindes und dessen Bedürfnisse zu wecken. Er könne dann auch ein einvernehmliches Konzept für den zukünftigen Lebensmittelpunkt und Gestaltung des Umgangs mit den Eltern erarbeiten.<sup>30</sup> Die Lösung der sich hieraus ergebenden vielfältigsten Probleme bleibt dann der juristischen Praxis überlassen.

M.E. ist die Regelung **rechtsdogmatisch verfehlt** und **verfassungswidrig**. Durch den Doppelauftrag besteht die erhebliche Gefahr der Verselbständigung eines Beweismittels, der unkontrollierten Einräumung von Kompetenzen, die selbst die des gesetzlichen Richters überschreiten, der „Zwangsberatung, Zwangstherapie“ durch Vermischung von Diagnose und Therapie, des Verlusts des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz und erheblicher Verfahrensverzögerungen, der Datenschutzverletzung sowie der Grenzverwischung zwischen öffentlichen-rechtlichen und privatrechtlichen Verhältnissen.

Zwei Thesen lassen sich danach vertreten:

- **Keine Anwendung** im Hinblick auf den verbürgten Rechtsanspruch und die Tatsache, dass im Verfahren bereits alle sonstigen Beteiligten (Jugendamt, Verfahrensbeistand, Gericht, anwaltliche Vertreter) auf einvernehmliche Lösungen verpflichtet sind.
- **Verfassungsmäßige Auslegung** mit klaren Grenzbeziehungen zwischen der gutachterlichen Tätigkeit als Beweismittel, Motivation sowie Intervention unter Beachtung der sich daraus ergebenden Folgen.

## V. Fazit

Es ergeben sich aus rechtlicher wie fachlicher Sicht viele offene und ungelöste Fragestellungen. Der folgende Überblick soll die wesentlichen Punkte verdeutlichen, die der anwaltliche Berater bei der Anordnung eines Sachverständigengutachtens zu überprüfen hat und die es zu beachten gilt:

### □ Erforderlichkeit

- Keine grundsätzliche Verpflichtung<sup>31</sup>
- Fehlen eigener Sachkunde oder anderer Erkenntnisquellen des Gerichts bzw. nicht ausreichende Erkenntnisquellen<sup>32</sup>
- Abwägung aller Umstände, insb. Rechtsgüterabwägung<sup>33</sup>
- Verhältnismäßigkeitsüberprüfung

### □ Zustimmungserfordernis

- Eltern jeweils für sich<sup>34</sup>
- Gesetzliche Vertreter fürs Kind<sup>35</sup>
- Keine Erzwingbarkeit<sup>36</sup>
- Ersetzung bei Kind möglich unter Voraussetzung der Kindeswohlgefährdung

### □ Keine Beweislastumkehr

- Verweigerung in berechtigter Wahrnehmung eines Grundrechts
- Keine Nachteile aus verweigerter Zustimmung
- Keine Gültigkeit der Grundsätze der Beweisvereitelung
- Feststellungslast bleibt beim Gericht<sup>37</sup>

### □ Strengbeweisregeln

- Förmliche Beweisaufnahme
- Gültigkeit der §§ 402–414 ZPO
- Statusorientiertes Gutachten<sup>38</sup>
- Keine ungeprüfte gerichtliche Übernahme
- Sorgfältige Begründung
- Einholung Obergutachten
- Weiteres Gutachten bei Befangtheit

### □ Verwertung

- Keine ungeprüfte Übernahme<sup>39</sup>
- Sorgfältige Begründung und Nachweis eigener Sachkunde bei Ablehnung<sup>40</sup>
- Einholung Obergutachten bei qualitativen Mängeln
- Neues Gutachten bei Befangtheit.

Die psychologischen Probleme und deren Auswirkungen auf die juristische Tätigkeit werden in den weiteren Beiträgen aufgegriffen und zur Diskussion gestellt.

Die Beitragsreihe wird fortgesetzt.

28 Schlünder in Hahne/Munzig/Schlünder, BeckOK-FamFG, § 163 Rz. 11, 12.

29 Coester in Lipp/Schuhmann/Veith, Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, Goettinger Juristische Schriften, 1. Aufl., S. 55.

30 BT-Drucks. 16/6308, 242.

31 BVerfG v. 19.12.2007 – 1 BvR 2681/07, FamRZ 2008, 493; EuGHMR v. 13.7.2000 – 25735/94, FamRZ 2001, 41; v. 11.10.2001 – 31871/96, FamRZ 2002, 381; v. 8.7.2003 – 31871/96, FamRZ 2004, 337.

32 BVerfG v. 2.4.2009 – 1 BvR 683/09, FamRZ 2009, 944 (945); v. 10.9.2009 – 1 BvR 1248/09, FamRZ 2009, 1897.

33 BVerfG v. 20.5.2003 – 1 BvR 2222/01, FamRZ 2004, 523.

34 BVerfG v. 20.5.2003 – 1 BvR 2222/01, FamRZ 2004, 523; v. 2.4.2009 – 1 BvR 683/09, FamRZ 2009, 944; BGH v. 17.2.2010 – XII ZB 68/09, FamRZ 2010, 720 = FamRB 2010, 205.

35 BVerfG v. 22.12.2005 – 1 BvR 2349/05, FamRZ 2006, 537 f.

36 BGH v. 17.2.2010 – XII ZB 68/09, FamRZ 2010, 720 – Tz. 45 m. Anm. Stöber = FamRB 2010, 205 m.w.N.

37 BVerfG v. 2.4.2009 – 1 BvR 683/09, FamRZ 2009, 944 f.; BGH v. 17.2.2010 – XII ZB 68/09, FamRZ 2010, 720 = FamRB 2010, 205.

38 Vgl. BT-Drucks. 16/2308, 166, 242; Staudinger/Coester, Neubearb. 2009, § 1666 BGB Rz. 282.

39 BVerfG v. 7.10.1996 – 1 BvR 520/95, FamRZ 1997, 151; v. 23.8.2006 – 1 BvR 476/04, FamRZ 2006, 1593 (1595) = FamRBint 2007, 7; BGH v. 30.7.1999 – 1 StR 618/98, FamRZ 1999, 1648 f.

40 BVerfG v. 5.7.2001 – 1 BvR 1055/01, FamRZ 2001, 1285; v. 24.7.2006 – 1 BvR 971/03, FamRZ 2007, 335 = FamRB 2007, 167; v. 19.12.2007 – 1 BvR 2681/07, FamRZ 2008, 492; v. 5.12.2008 – 1 BvR 746/08, FamRZ 2009, 400.