

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.³⁹ 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.⁴⁰

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.⁴¹

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 „Idealeltern“ 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.¹ Im **Verhältnis zum Staat** ist das Elternrecht ein **Abwehrrecht**² 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.³

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,⁴ 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.⁵ Geschützt wird auch vor Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter.⁶

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.⁷ Kein Elternteil kann in einem Gerichtsverfahren **gezwungen** werden, sich **gegen den eigenen Willen** körperlich, psychiatrisch oder psychologisch untersuchen zu lassen.⁸ 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.⁹

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.¹⁰

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 der Vielzahl von Entscheidungen zum Sorgerecht, Umgangsrecht und staatlichen Eingriffen bei Kindeswohlgefährdungen hat sich das BVerfG mit diesen Fragen an die Verfahrensgestaltung befasst.¹¹ 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**.¹²

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

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.¹⁵

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**.¹⁶ Dessen **Aufgabe** ist die Feststellung von Tatsachen, nicht die Klärung von Rechtsfragen.¹⁷ 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.¹⁸

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

¹¹ 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.

¹² 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.

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

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

¹⁵ 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).

¹⁶ Greger in Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 404a Rz. 1.

¹⁷ Greger in Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 402 Rz. 1.

¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰

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.²¹ 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.²²

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 %.²³

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.²⁴ 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).²⁵ 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.²⁶ Zu erstatten ist im Rahmen des Strengbeweises aus rechtlicher Sicht daher ein statusorientiertes Gutachten.²⁷

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.

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 Gutachters²⁸ bis hin zur kompletten **Ablehnung** wegen rechtstaatlicher Bedenken.²⁹ 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.³⁰ 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 Verpflichtung³¹
- Fehlen eigener Sachkunde oder anderer Erkenntnisquellen des Gerichts bzw. nicht ausreichende Erkenntnisquellen³²
- Abwägung aller Umstände, insb. Rechtsgüterabwägung³³
- Verhältnismäßigkeitsüberprüfung

□ Zustimmungserfordernis

- Eltern jeweils für sich³⁴
- Gesetzliche Vertreter fürs Kind³⁵
- Keine Erzwingbarkeit³⁶
- 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 Gericht³⁷

□ Strengbeweisregeln

- Förmliche Beweisaufnahme
- Gültigkeit der §§ 402–414 ZPO
- Statusorientiertes Gutachten³⁸
- Keine ungeprüfte gerichtliche Übernahme
- Sorgfältige Begründung
- Einholung Obergutachten
- Weiteres Gutachten bei Befangeneheit

□ Verwertung

- Keine ungeprüfte Übernahme³⁹
- Sorgfältige Begründung und Nachweis eigener Sachkunde bei Ablehnung⁴⁰
- Einholung Obergutachten bei qualitativen Mängeln
- Neues Gutachten bei Befangeneheit.

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.

IV. Fazit

Der Bezug von Betreuungsgeld birgt aus unterhaltsrechtlicher Sicht vergleichbare Probleme wie der Bezug von Elterngeld. Eine Berücksichtigung als unterhaltsrechtliches Einkommen wird nur in den in § 11 Satz 4 BEEG

Ausnahmefällen in Betracht kommen. Liegt ein solcher Ausnahmefall vor, muss die Zurechnung des Betreuungsgeldes erfolgen, unabhängig von der derzeit offenen Frage einer Verfassungswidrigkeit bei der Einführung des Betreuungsgeldes.

■ Gutachter – „Heimliche Richter“ im Kindschaftsverfahren? Interdisziplinäre Anforderungen an Gutachter und Gutachten

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

Im ersten Aufsatzteil (FamRB 2013, 302) wurden bestehende Rechtsunsicherheiten bei der Erstattung von Gutachten dargestellt. Diese spiegeln sich naturgemäß auch im Vorgehen der Gutachter wieder. Der zweite Teil gibt den fachpsychologischen Diskussionsstand wieder, beschäftigt sich aus interdisziplinärer Sicht mit Anforderungsmerkmalen an die Qualifizierung von Sachverständigen und die Qualität von Gutachten und stellt diese zur Diskussion. Zudem gibt er einen kurzen Überblick über Testverfahren.

I. Ausgangslage

Bereits mehrere Jahre vor der Einführung des FamFG gingen viele Sachverständige bei ihrer Gutachtentätigkeit dazu über, lösungsorientiert zu arbeiten ausgehend von dem psychologischen Wissen und Grundsatz, dass eine von den Eltern gemeinsam erarbeitete und getragene Lösung in der Regel die beste Möglichkeit für nachhaltige Veränderungen darstellt.

1. Meinungsstand

Die reine **Statusdiagnose**, das heißt also die Erfassung eines **Ist-Zustands** als Entscheidungshilfe für das Gericht wurde ergänzt durch ein Vorgehen, das auf **Lösung, Änderung, Entwicklung, Konfliktmilderung** hinzielt. Es erfolgt somit eine Änderung in der Rolle, der Aufgabenstellung und der Methodik der Sachverständigen.

- Seine **Rolle** wechselt vom gerichtlichen Gehilfen zum eigenständigen Vermittler, Anleiter, Begleiter und Interakteur.¹
- Die **Aufgabe** beschränkt sich nicht lediglich auf eine Entscheidungshilfe für das Gericht, es kommt eine zielgerichtete und lösungsorientierte Intervention hinzu.² Veränderung ist jetzt das Ziel.
- Die **Methodik** wechselt zur Intervention und wird als modifikations-, prozess-, lösungsorientiertes Vorgehen mit mediativen, beraterischen, therapeutischen Elementen bezeichnet.³

Keine Einigkeit herrscht in der Diskussion bezüglich der rechtlichen Vorgaben. Hier betrachtet eine Meinungsströmung die **Zuschreibung der Gehilfenrolle komplett** als **überholt** und gibt den **ZPO-Regeln** lediglich noch **Hinweischarakter**.⁴ Die Begutachtung wird als Chance begriffen, ein desorganisiertes Familiensystem angemessen

zu reorganisieren.⁵ Zum Teil werden Gutachter und sonstige Fachleute auch als Art „**Machtinstanz**“ im Verfahren wahrgenommen, die konstruktiv erkenntnisfördernd und verhaltensändernd auf Eltern einwirken könnten, wenn sie von diesen dazu genötigt würden.⁶ Andere bestätigen die **rechtliche Einbettung** und weisen auf zahlreiche offene Fragestellungen hin,⁷ trennen auch die Gutachtensaufträge entsprechend der FamFG-Regelungen nach § 163 Abs. 1 und 2 FamFG und ordnen das **aktive Gutachteneingreifen** dem **erweiterten Auftrag** nach § 163 Abs. 1 i.V.m. § 163 Abs. 2 FamFG zu.⁸ Fachlich umstritten ist auch die Frage wann die Intervention beginnen, wie und wie weit sie durchgeführt werden darf. Einigkeit besteht wohl dahin gehend, dass **Tipps, Anbieten von Ratschlägen, Erprobungsphasen mit eventuellen Anpassungen** durchgeführt werden können.⁹ Andere

- 1 Fichtner/Salzgeber, Konzepte zur Erstellung von Einvernehmen: Intervention statt Diagnostik, FPR 2009, 348.
- 2 Balloff, „Vom Gehilfen zum Vermittler?“ – Die Rolle des Sachverständigen im Verfahren, FF 2008, 98; Fichtner/Salzgeber, Konzepte zur Erstellung von Einvernehmen: Intervention statt Diagnostik, FPR 2009, 348.
- 3 Balloff, „Vom Gehilfen zum Vermittler?“ – Die Rolle des Sachverständigen im Verfahren, FF 2008, 98; Salzgeber, Der psychologische Sachverständige im Familiengerichtsverfahren – Hat der Sachverständige immer Recht?, FF 2013, 199; Fichtner/Salzgeber, Konzepte zur Erstellung von Einvernehmen: Intervention statt Diagnostik, FPR 2009, 348.
- 4 Balloff/Wagner, Einvernehmensorientiertes Vorgehen in der Sachverständigentätigkeit nach dem FamFG, FPR 2010, 41.
- 5 Balloff/Wagner, Einvernehmensorientiertes Vorgehen in der Sachverständigentätigkeit nach dem FamFG, FPR 2010, 39, 41.
- 6 Rexilius in Bergmann/Jobt/Rexilius, Lösungsorientierte Arbeit im Familienrecht, 2002, S. 198. Ähnlich wohl auch: Aufgaben des Sachverständigen im FamFG (AK 23), Walter, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 16, S. 140.
- 7 Salzgeber, Der psychologische Sachverständige im Familiengerichtsverfahren – Hat der Sachverständige immer Recht?, FF 2013, 199.
- 8 Salzgeber, Der psychologische Sachverständige im Familiengerichtsverfahren – Hat der Sachverständige immer Recht?, FF 2013, 199.
- 9 Salzgeber/Fichtner/Bublath, Verschriftung bei einer lösungsorientierten familienrechtspsychologischen Begutachtung, ZKJ 2011, 341. S. auch Balloff/Wagner, Einvernehmensorientiertes Vorgehen in der Sachverständigentätigkeit nach dem FamFG, FPR 2010, 41.

sehen die Beteiligten gerade beim Scheitern der lösungsorientierten Bemühungen der Einschätzung des Sachverständigen „**hilf- und rechtlich nahezu wehrlos ausgeliefert**“, gerade wenn dann noch auf eine ausführlich korrekte Darstellung verzichtet wird.¹⁰ Während eine Meinung dabei eine **vorausgehende Diagnostik** erfordert,¹¹ sieht eine andere Meinungsströmung das Vorgehen als eine **von Anfang an als kombinierte Sachverständigentätigkeit** an.¹²

2. Das „Familienpsychologische Gutachten“

Der Begriff „Familienpsychologisches Gutachten“ wird im Gerichtsalltag wie in der Literatur als Standardbezeichnung genutzt. Es handelt sich allerdings **nicht** um einen juristisch oder psychologisch **verbindlich definierten Begriff**.

Die bereits geschilderten veränderten Sicht- und Vorgehensweisen in der Fachpsychologie wie im Recht vermehren die Unsicherheiten für die Gutachter, ob, wann, in welchem Umfang und mit welchen Grenzziehungen Interventionen durchgeführt werden sollen. In diesem Dilemma scheinen sich Sachverständige in den Begriff des „**Familienpsychologischen Gutachtens**“ geflüchtet zu haben, das die Kombination von Statusdiagnose mit lösungsorientierten Strategien als eine „**spezifisch familienpsychologische Einheit**“, eine „**Intervention sui generis**“ bezeichnet, die Aspekte von Mediation, psychologischer Beratung, Paar-Familientherapie oder Psychotherapie benutzt, allerdings eine solche nicht durchführt.¹³ Nicht nur für einen Laien wird damit die Sachverständigentätigkeit undurchsichtig und unkontrollierbar.

3. Kritische Punkte

In der fachpsychologischen Wissenschaft und Literatur ist bereits die Einordnung des Sachverständigen in das Gerichtsverfahren und damit seine Aufgabe und Rolle umstritten, was sich umso mehr auf Methodik, Umfang und Grenzen für die Vorgehensweise auswirkt.

- Die **Doppelrolle** des Sachverständigen ist rechtlich wie fachlich **weitgehend ungeklärt** und damit hochproblematisch.
- Eine fachlich qualifizierte **psychologische Arbeit** setzt ein **Vertrauensverhältnis** voraus, das den Prinzipien der Vertraulichkeit, Freiwilligkeit und Eigenverantwortlichkeit unterliegt.
- Mit den, im **Gerichtsverfahren** einzuhaltenden **rechtsstaatlichen Regeln** wie rechtliches Gehör, Offenbarungspflicht, besondere Verfahrensregeln, Drittentscheidung, Unfreiwilligkeit zumindest für eine Partei sind therapeutische, beraterische, media-

tive Arbeit nicht kompatibel. Gleichzeitig ist eine auch nur annähernd zwangsweise durchgeführte **Mediation, Beratung oder Therapie im Gerichtsverfahren gesetzlich eindeutig verboten**.

- Der **Sachverständige** bleibt immer **Beweismittel** und den Regeln des Strengbeweises unterworfen. Dies gilt auch bei dem **erweiterten Auftrag**, da dieser den Beweisbeschluss nach § 163 Abs. 1 FamFG voraussetzt.
- Die Begriffsbezeichnung „**Familienpsychologisches Gutachten**“ ist **nicht hilfreich** und führt aufgrund der vielen, mit ihr verbundenen Unsicherheiten folgerichtig zu weiterer **Verunsicherung, Intransparenz und Fehlerhaftigkeit**.
- In der Praxis wird häufig **nicht** zwischen dem Auftrag zur **Statusdiagnose** und dem **erweiterten Auftrag unterschieden**.

Die Aufgaben- und Rollenklärung ist eine notwendige Vorstufe zur Festlegung von endgültigen Qualifikations- und Qualitätsmerkmalen.

II. Qualifikationen des Gutachters

Die Auswahl des geeigneten Gutachters setzt voraus, dass die Beweisfrage eindeutig geklärt und im Auftrag konkret wiedergegeben wird. Erst dann kann entschieden werden, über welche konkreten Eignungen der Gutachter verfügen muss. Eine Zertifizierungsstelle für öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige, wie in Bayern noch bis zum Jahr 2008, fehlt, verbindlich festgelegte Qualifikationskriterien sind nicht vorhanden. **Es gibt auch den „familienpsychologischen Sachverständigen“ nicht**. Keine deutsche Universität kennt den Ausbildungsgang zum Familienpsychologen, es gibt lediglich Seminare für Rechtspsychologie und zur Familienpsychologie.

Um zu verhindern, dass nicht qualifizierte Personen beauftragt werden, halten die Autoren die Festlegung von Mindeststandards für unerlässlich.

1. Fachausbildung

Die Grundkompetenz bedarf eines Universitätsstudiums der Psychologie oder der Medizin. Die genannten Ausbildungsabschlüsse sollen eine Orientierung geben:

10 *Salzgeber/Fichtner/Bublath*, Verschriftung bei einer lösungsorientierten familienrechtspsychologischen Begutachtung, ZKJ 2011, 341.
 11 *Fichtner/Salzgeber*, Konzepte zur Erstellung von Einvernehmen: Intervention statt Diagnostik, FPR 2009, 348.
 12 *Balloff/Wagner*, Einvernehmensorientiertes Vorgehen in der Sachverständigentätigkeit nach dem FamFG, FPR 2010, 41.
 13 *Balloff/Wagner*, Einvernehmensorientiertes Vorgehen in der Sachverständigentätigkeit nach dem FamFG, FPR 2010, 39.

- **Psychologen** schließen ihr Studium mit einem Diplom ab. Der Bachelorabschluss wird als nicht ausreichend erachtet. Zu beachten ist, dass der Schwerpunkt im Haupt- bzw. Master-Studium in der klinischen Psychologie liegt (psychologische Diagnostik und Therapie von Krankheitsbildern). Es gibt weitere Studienschwerpunkte wie z.B. die pädagogische Psychologie (z.B. Schulpsychologie), forensische Psychologie, Arbeits- und Organisationspsychologie.
- **Mediziner** absolvieren nach ihrem Grundstudium in der Regel eine mehrjährige Facharztausbildung, z.B. als Allgemeinarzt, Internist, Kinder- und Jugendarzt (Pädiater). Hauptaufgabe ist die Diagnostizierung und Behandlung von Krankheiten.
- **Psychiater, Kinder- und Jugendpsychiater** gehören zu den Medizinern und haben eine Facharztaus-

bildung. Behandelt werden vornehmlich psychiatrische Krankheiten von Kinder-, Jugendlichen und Erwachsenen. Darüber hinaus befassen sich auch mit dem sozialen Gefüge von Familien.

- **Fachärzte für Rechtsmedizin** sind involviert, wenn es um Klärung von Verletzungsursachen geht.

Der **psychologische Gutachter** ist geeignet z.B. bei Fragen der Erziehungskompetenz, -fähigkeit, Bindungstoleranz, Bindungen im Familiensystem im Rahmen von Sorge-, Umgangsverfahren und bei Kindeswohlgefährdungen (§ 1666 BGB). Der **Mediziner** ist geeignet zur Feststellung von Erkrankungen.

Psychiater, Kinder- und Jugendpsychiater sind immer dann gefragt, wenn psychiatrische Erkrankungen von Kindern festzustellen sind, unter Umständen um besondere Erziehungskompetenzen abzuklären oder staatliche Eingriffsvoraussetzungen. Ein psychiatrisches Gutachten kann auch erforderlich sein, wenn zu klären ist, ob ein Elternteil aufgrund psychiatrischer Erkrankungen in der Erziehungsfähigkeit eingeschränkt oder diese komplett ausgeschlossen ist.

Diplom-Pädagogen, Sozialpädagogen, Lehrer und andere Berufe sind auf Grund ihrer Ausbildung als Gutachter nach Meinung der Autoren nicht geeignet.

2. Feldkompetenz

Zu fordern ist, dass ein Gutachter in der in Frage kommenden **Teildisziplin Kenntnisse** vorweisen kann und **praktische Erfahrungen** gesammelt haben muss, wie z.B. in der Kinder- und Jugendpsychologie, Entwicklungspsychologie, Familienpsychologie, Aussagepsychologie, bei Gewaltverhältnissen und sexuellem Missbrauch.

3. Therapieausbildung

Psychologen und Ärzte können ihr Wissen durch **zusätzliche Therapieausbildungen** erweitern. Typische Zusatzausbildungen sind die analytische, verhaltenstherapeutische (VT), humanistische – klientenzentrierte (GT) oder gestalttherapeutische – und familientherapeutische/systemische Ausbildung. Sie sind als positive weitere Qualifikation zu bewerten, da sie den Blick auf bestehende Konflikte und Schlussfolgerungen erweitert, wobei allerdings die Gefahr unzulässiger Therapie beachtet werden muss. **Notwendig** sind sie zum Beispiel, wenn im Rahmen des § 1666 BGB zu klären ist, wie eine Kindeswohlgefährdung abgewendet werden kann und ob die Eltern – unter Umständen auch mit Unterstützung – hierzu in der Lage sind. Sie ist unumgängliche **Voraussetzung** für ein **lösungsorientiertes Gutachten**.

4. Rechtliche Kenntnisse

Ein Sachverständiger muss über **Kenntnisse** zu **kindschaftsrechtlichen materiellen Bestimmungen** und den **Verfahrensfragen** verfügen. Er muss seine Aufgabe, Rolle und Grenzen kennen. Um seine eigene Arbeit nicht zu gefährden, ist es z.B. wichtig, sich der vielen Befangenheitsgründe und Fallstricke bewusst zu sein und häufige Fehler wie eigene unzulässige Beweisaufnahmen zu vermeiden.¹⁴

Eine umfassende Weiterbildung zum Fachpsychologen für Rechtspsychologie, die auch die familienrechtliche Begutachtung beinhaltet, bietet der Berufsverband Deutscher Psychologen (BDP) an. Regelmäßige Fortbildungen sind dort erforderlich, um den Titel zu erhalten.¹⁵ Fortgebildete Psychologe werden in einem Expertenregister erfasst.¹⁶

5. Persönliche Fähigkeiten

Auf Grund der komplexen, hochsensiblen und interdisziplinären Aufgaben kommt gerade auch der **Persönlichkeit** und der **Berufserfahrung** des Sachverständigen eine besondere Bedeutung zu. Er sollte über eine souveräne Persönlichkeit verfügen, um verantwortlich und neutral mit einem fachlichen Abstand sämtliche notwendigen Aspekte klären und beachten zu können.

Die am Verfahren beteiligten Personen müssen einen Sachverständigen akzeptieren, den sie nicht kennen, der ihre Persönlichkeitsstrukturen, Beziehungsmuster, Lebensumstände und lebenseinschneidende Umstände beleuchten und beurteilen soll. Bei diesen „inneren Tatsachen“ besteht immer die Gefahr, dass eigene Wertigkeiten mit einfließen, was seine Aufgabe erheblich von sonstigen forensischen Sachverständigen – wie z.B. Bau-, Kfz-Sachverständige – unterscheidet. Er sollte daher über mindestens **5 Jahre praktische Erfahrung** in der erforderlichen Teildisziplin verfügen.

6. Fort- und Weiterbildung

Sachverständige sollten zur ständigen Fort- und Weiterbildung verpflichtet werden, um ihre Kenntnisse zu erhalten, zu vertiefen und auf den neuesten Stand zu bringen.

III. Qualitätsanforderungen an Gutachten

Der Gesetzgeber schreibt dem Gutachter kein bestimmtes methodisches Vorgehen vor. Die Entscheidung über die jeweilige wissenschaftlich anzuwendende Methode bleibt daher diesem überlassen. Überprüfungen und Vorgaben von Obergerichten, wie z.B. im Strafrecht oder auch bei Bewertung von Unternehmen, freiberuflichen Praxen im Zugewinn, liegen bisher noch nicht vor. Es verwundert, dass in einem derart wichtigen Rechtsgebiet offenkundig die Methodenwahl der Gutachter noch zu keiner obergerichtlichen Überprüfung geführt hat. Die Gutachter sind mit ihren Fragestellungen alleine gelassen und auf ihr eigenes Fachwissen und ihre persönliche Haltung angewiesen. Die beteiligten Juristen scheinen sich in diese Bewertungstiefen selten zu wagen. Die Qualität hängt damit weitgehend vom Sachverständigen selbst ab. Standards und Richtlinien zur Erstellung von Gutachten werden von Psychologen seit Jahrzehnten erarbeitet und

14 Korn-Bergmann, Gutachter – „Heimliche Richter“ im Kinderschaftsverfahren? – Überblick und rechtliche Grundlagen, FamRB 2013, 302 (304).

15 www.bdp-verband.org/aktuell/2013/weiterbildung.html.

16 www.psychologenakademie.de.

publiziert,¹⁷ ebenso in den entsprechenden rechtspsychologischen Seminaren und Weiterbildungen vermittelt. Es **fehlt** allerdings eine **verbindliche Festlegung von Mindeststandards**. Die folgenden Ausführungen werden als Beitrag hierzu gesehen.

1. Vorliegen eines konkreten Beweisauftrags

Eine klar und eindeutig formulierte Beweisfrage ist **Voraussetzung** für eine **mangelfreie Erstellung** und für den **Nutzen eines Gutachtens**. Durch sie werden Untersuchungen, Abläufe, Hypothesen und beteiligte Personen festgelegt. Der Beweisauftrag muss den juristischen Kriterien und Rechtsgrundlagen entsprechen und so formuliert sein, dass der Sachverständigen diesen mit Hilfe seines Fachwissens und seiner Methodik beantworten kann. Ansonsten besteht die Gefahr von „Übersetzungsfehlern“ oder eigenmächtigen Umformulierungen bzw. Ergänzungen. Bei Unklarheiten ist der Sachverständige aufgefordert, die Beweisfrage mit dem Gericht zu klären. Nur so weiß er z.B., ob er eine negative oder positive Kindeswohlprüfung und mit welchen Kindeswohlswellen vornehmen soll. Nur dann kann der Gutachter überprüfen, ob er über die notwendigen Qualifikationen verfügt.

2. Genaues Aktenstudium

Die Tätigkeit muss auf den **Akteninhalt** gestützt werden und setzt dessen genaue **Kenntnis** voraus. Erforderliche Fakten werden im Hinblick auf die Beweisfrage gefiltert und verwertet.

3. Verwendung wissenschaftlich anerkannter Methoden

Aus der Fragestellung werden wissenschaftliche Methodik und Tests hergeleitet und begründet. Diese müssen **geeignet**, aber auch **erforderlich** sein und dem **neuesten wissenschaftlichen Stand** entsprechen. Es sollen verschiedene Datenquellen herangezogen werden (Aktenbefunde, Exploration, Verhaltensbeobachtungen, Tests, unstrittige Aussagen anderer Personen). Der Gutachter verzichtet auf Verdachtsdiagnosen, Annahmen und Spekulationen.

4. Einhaltung der rechtlichen Vorgaben und Grenzen

Die **gesetzlich** festgelegten **Rollen und Kompetenzen**, weiterhin die den materiellen Rechtsbestimmungen zugrunde liegenden **gesetzlichen Wertungen** und obergerichtliche Ausgestaltungen, so z.B. bei der elterlichen

Sorgeform, müssen beachtet werden. Die Regeln der §§ 402 ff. ZPO sind einzuhalten. Sie gelten bei beiden Beauftragungsformen.

Der erweiterte Auftrag zum lösungsorientiertem Vorgehen muss ausdrücklich erteilt werden und ist dann eine „Soll-Beauftragung“, eine Erstattungspflicht wie bei § 163 Abs. 1 FamFG besteht nicht.

Therapie, Beratung und Mediation sind im Rahmen der Gutachter Tätigkeit nicht zulässig.

5. Klare Beantwortung der Beweisfrage

Die Befunde werden bewertet und die Schlussfolgerungen nachvollziehbar, widerspruchsfrei und verständlich dargestellt. Nur die **gerichtlich gestellte Beweisfrage** wird beantwortet und **nicht eigenmächtig ausgedehnt**.

6. Persönliche Erstellung

Der Auftrag ist **persönlich** vom Gutachter zu erfüllen und darf nicht weitergegeben werden. **Gehilfen** dürfen nur für nicht wesentliche Teile eingesetzt werden. Einsatz und Umfang müssen mitgeteilt werden.

7. Schriftliches Gutachten als Regel

In der Mehrzahl der Fälle werden psychologisch **komplexe Sachverhalte** begutachtet, die einen längeren Prozess der Entscheidungsfindung mit sorgfältiger Abwägung benötigen. Dies wird mit der Schriftform unterstützt. Darüber hinaus spricht das rechtliche Erfordernis der **Überprüfbarkeit** für die schriftliche Berichterstattung, die die **Regel** sein soll. Die gesetzlich gestattete **mündliche Erstellung** muss gerichtlich angeordnet sein und bedarf einer genauen und verantwortlichen Abwägung. Sie könnte nach Ansicht der Autoren dann sinnvoll sein, wenn eine **einfache Fachfrage** zu beantworten ist. Gerade auch in **Eilverfahren** könnte dies eine hilfreiche Unterstützung für das Gericht sein. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten sind allerdings schriftliche „**Kurzgutachten**“ vorrangig zu präferieren.

8. Übersichtliche Darstellung und Gliederung

Übersichtliche Wiedergabe der Beweisfrage, vollständige Beschreibung der Vorgehensweise, des Arbeitsplanes, des Untersuchungsablaufes, der beteiligten Personen (Name und Familienposition), der angewandten Untersuchungsverfahren mit Erläuterung ihrer Bedeutung, der Anamnese, der Exploration, der Verhaltensbeobachtung, der diagnostische Instrumente, Ort, Hausbesuche, Zeit der Untersuchung usw., Darstellungen der zugrunde gelegten Tatsachen, Befundtatsachen und Erläuterungen der hieraus gezogenen Schlussfolgerungen. Diese müssen auch **für Laien nachvollziehbar und widerspruchsfrei** sein.

9. Information und Zustimmung der zu Begutachtenden

Die Beteiligten müssen über den Vorgang der Begutachtung aufgeklärt und belehrt werden. Sie nehmen **freiwillig** teil und können ihre Mitarbeit verweigern. Der Gutachter **informiert** über Ablauf, Methodik, Tests sowie deren Bedeutung, Folgen bei Zustimmungsverweigerung.

¹⁷ Klenner, Vertrauensgrenzen des psychologischen Gutachtens im Familierechtsverfahren. Entwurf eines Fehlererkennungssystems, FamRZ, 1989, 804; Salzgeber, Familienpsychologisches Gutachten. Rechtliche Vorgaben und sachverständiges Vorgehen, 2011, 7. Aufl.; Westhoff/Kluck, Psychologische Gutachten: schreiben und beurteilen, 2008; Kühnel/Zuschlag, Richtlinien für die Erstellung psychologischer Gutachten, Deutscher Psychologen Verlag GmbH, 2. Aufl. 2006. Krit. zu Standards Baumgärtel, Die Beurteilung psychologischer Gutachten – Sind Kriterienlisten hilfreich, verführerisch oder nutzlos?, Praxis der Rechtspsychologie 1994, 38.

Die Beteiligten müssen wissen, worauf sie sich einlassen und können **nur dann wirksam zustimmen**.

10. Neutralität der Darstellung und Vorgehensweisen

Der Gutachter ist aufgefordert, seine Befunde **neutral** und **ausgewogen** gegenüber allen Beteiligten zu erheben und zu dokumentieren. Alle erhobenen Fakten, Daten und Tests sind **sachlich** zu dokumentieren.

11. Frist- und kostengerecht

Die Kostenfragen sind zu beachten. Kosten sollen möglichst **niedrig** gehalten werden und müssen **transparent** erläutert und **überprüfbar** sein.¹⁸ Bei Überschreitungen des Vorschusses besteht **Hinweispflicht**, nach Auffassung der Autoren auch bei Überschreitung des durchschnittlich zu erwartenden Honorars (z.B. 4.000 €). Kurative Tätigkeit kann nicht über das Gerichtsverfahren abgerechnet werden.

Die Erstellung verbindlicher Regeln ist dringend geboten, um immer wiederkehrende Mängel, wie Umformulieren und Erweitern der Beweisfrage, fehlende Zustimmung und Information der zu Begutachtenden, Ausüben der Gutachtertätigkeit, Durchführen von Mediation, Beratung, Therapie, Durchführung unzulässiger Beweisaufnahmen, Nichtbeachten der zugrunde liegenden Rechtswertungen, zu vermeiden.

IV. Psychologische Tests

Neben der Anamnese, Exploration und Verhaltensbeobachtung sind psychologische Tests **wichtige Instrumente** zur Befunderhebung und für Juristen oft nicht in ihrer Bedeutung einzuschätzen. Psychologische Tests sollen **neutrale** und **objektivierbare Aufschlüsse** liefern. Zudem möchte man in kurzer Bearbeitungszeit **möglichst viele Informationen** über die getestete Person erhalten. Doch nicht immer ist dies gewährleistet. Ein kurzer Überblick soll die anwaltliche Einschätzung erleichtern.

1. Testgütekriterien

Wissenschaftliche anerkannte psychologische Tests müssen folgende **drei Kriterien** erfüllen:

- **Objektivität:** Sind die Ergebnisse unabhängig von Einflüssen der Untersucher oder der Untersuchungssituation bei Durchführung, Auswertung und Interpretation zustande gekommen?
- **Reliabilität:** Wird das Merkmal zuverlässig gemessen oder ist die Messung in zu großem Ausmaß mit Messfehlern behaftet?
- **Validität:** Misst das Verfahren tatsächlich das gewünschte Merkmal? Ist die Verwendbarkeit des Verfahrens für eine diagnostische Entscheidung gegeben?

Veröffentlichte Tests sind unter www.testzentrale.de des Hogrefe Verlags, Göttingen zu finden. Es sind dort mehr als 1.100 Tests gegen Entgelt zu beziehen, die sich mit den verschiedensten Fragestellungen für Kinder, Jugendliche und Erwachsene befassen. Etwa 150 Tests betreffen Persönlichkeitsmerkmale von Kindern und Jugendlichen, weitere befassen sich mit Schule, Entwicklung oder Intelligenz. Für Familiendiagnostik stehen nur wenige Ver-

fahren zur Verfügung. Wichtig zu wissen ist, dass die **Veröffentlichung nichts über die Güte der Tests** aussagt. Die **Verantwortung** für die Qualität eines Tests tragen allein die **Autoren**. In der Regel haben Gutachter, Kliniken, Beratungsstellen einen gewissen Bestand vorrätig, auf den sie zurückgreifen. Dies kann zur Folge haben, dass durch die **Vorauswahl** andere – unter Umständen besser geeignete – Tests nicht zur Anwendung kommen, evtl. auch nicht die neueste Fassung. Gerade wenn es um Beurteilung von Persönlichkeit oder Leistung geht, sollte **nicht mit veralteten Normierungen** gearbeitet werden.

Aus diesen und aus Transparenzgründen ergibt sich die Forderung, die verwendeten **Tests genau zu bezeichnen, Funktion und Bedeutung darzustellen**. Da die Test nur kostenpflichtig und nur durch einschlägige Fachleute bezogen werden können, kann ein Überblick über ein **Handbuch** verschafft werden.¹⁹ Eine weitere Möglichkeit besteht über das **gerichtliche Einsichtsrecht**.

2. Projektive Verfahren

Um begriffliche Klarheit zu schaffen, verwenden die Autoren den Begriff „**Test**“ ausschließlich für wissenschaftlich standardisierte und den Begriff „**Verfahren**“ für sonstige Untersuchungsinstrumente.

Projektive Verfahren sind **keine wissenschaftlichen Tests** im Sinne der Gütekriterien, auch wenn sie häufig so benannt werden. Diese – auch Persönlichkeits-Entfaltungungsverfahren oder Deutungstests – sind psychologische Untersuchungsmethoden, die meist anhand von auslegungsfähigem Bildmaterial (z.B. standardisierten Tintenklecksen beim **Rohrschachtest** mit der Frage: „Was könnte das sein?“) Projektionen des Probanden abrufen, aus denen Rückschlüsse gezogen werden. Dahinter steht der Gedanke, dass diese Projektionen von seinen Einstellungen, Motiven und innersten Wünschen des Probanden beeinflusst sind und daher eine diagnostische Aussage zulassen. Diese Form der Interpretation nennt man **Deutung**, die sehr stark von den **Vorstellungen des Untersuchers** abhängig und somit **nicht objektiv** ist. Ein sehr bekanntes Verfahren in der familienpsychologischen Begutachtung ist „**Familie in Tieren**“, bei dem die Kinder aufgefordert werden, ihre Familie in Tiere zu verwandeln und diese auf ein Blatt zu malen. Der Interpretation oder Deutung für den Untersucher sind Tür und Tor geöffnet: Kinder malen nach Vorlieben ihre Lieblingstiere, lassen welche aus, die sie zum Malen für zu schwer halten, benutzen mal mehr, mal weniger bunte Stifte usw. Eine **Wiederholungszuverlässigkeit** (Reliabilität), wie sie bei standardisierten Verfahren gegeben ist, existiert für projektive Verfahren **nicht ausreichend** genug. Weitere oft verwendete projektive Verfahren sind: **Sceno-Test** (Kind stellt mit vorgegebenem Material Szenen auf, die Aufstellung wird gedeutet), **Satzergänzungs-Test** (Kind ergänzt vorgegebene Satzanfänge), **Fabeltest** (Kind soll

¹⁸ Korn-Bergmann, Gutachter – „Heimliche Richter“ im Kinderschftsverfahren? – Überblick und rechtliche Grundlagen, FamRB 2013, 302 (305).

¹⁹ Brähler/Holling/Leutner/Petermann in Brickenkamp, Handbuch psychologischer und pädagogischer Tests, 2002.

drei Wünsche äußern), CAT (Kind erzählt an Hand von Bildern Geschichten).

Projektive Verfahren können insofern **hilfreich** sein, dass sie zu **weiteren Hypothesen** führen, die dann allerdings **wissenschaftlich überprüft werden müssen**. Ihnen kommen **Hilfsfunktionen** zu, jedoch dürfen sie nicht im Umfang überwiegen und in der Herleitung der gutachterlichen Schlussfolgerungen wesentlich beeinflussend oder sogar ausschlaggebend sein.

3. Wissenschaftliche Tests

Es wird zwischen Leistungstest und Persönlichkeitstests unterschieden. Die meisten **Leistungs- und Fähigkeits-tests** entsprechen hohen wissenschaftlichen Standards (z.B. Intelligenztests: HAWIK, K-ABC, CFT, Aufmerksamkeitstest: d2, visuelle Wahrnehmung: FEW2) und haben bei guter Ausführung wenig Fehlerquellen. **Persönlichkeitstests** sind trotz wissenschaftlicher Standards weniger zuverlässig.

Beispiele für aktuelle und häufig verwendete Tests:

- **FAST**, Family System Test: Der FAST ist eine aus der klinischen Praxis entwickelte Figurentechnik für die Darstellung von emotionaler Bindung (Kohäsion) und hierarchischen Strukturen in der Familie oder in ähnlichen Sozialsystemen.
- **FIT-KIT**, Familien- und Kindergarten-Interaktions-Test: Der FIT-KIT ist ein spielbasierter interaktionsdiagnostischer Test für Einzelfalluntersuchungen. Er erfasst die Qualität der Interaktion zwischen sich selbst und Eltern bzw. Erziehern.
- **ESI**, Erziehungsstil-Inventar: Mit dem ESI können Hinweise auf problematisches Erziehungsverhalten der Mutter, des Vaters oder beider Eltern gewonnen werden.
- **EBF-KJ**, Elternbildfragebogen für Kinder und Jugendliche: Der EBF-KJ ist ein ökonomischer und zugleich differenzierter Fragebogen zur Qualität der Eltern-Kind-Beziehung aus der Sicht von Kindern und Jugendlichen.
- **EBSK**, Eltern-Belastungs-Screening zur Kindeswohlgefährdung: Mit dem EBSK liegt zum ersten

Mal für den deutschsprachigen Raum ein empirisch untersuchter Fragebogen zur Erfassung des Belastungsgrades von Eltern als Indikator für das Ausmaß möglicher Kindeswohlgefährdung vor.

V. Fazit

Als Zwischenbilanz ist festzuhalten:

- Ein **klarer Beweisauftrag** ist Dreh- und Angelpunkt für die Auswahl eines qualifizierten Gutachters und die mangelfreie Erstellung des Gutachtens.
- Bei Durchführung einer Beweisaufnahme ist zu **differenzieren** zwischen **Statusgutachten** nach § 163 Abs. 1 FamFG und **lösungsorientiertem Gutachten** § 163 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 FamFG.
- Die Verwendung des Begriffes „**familienpsychologisches Gutachten**“ im Beweisauftrag ist zu vermeiden, da er nicht verbindlich definiert und für viele Psychologen automatisch mit einem lösungsorientierten Vorgehen verbunden ist.
- Eine **klare Trennung zwischen außergerichtlichen Konfliktregelungssystemen und dem gerichtlichen Regelungssystem** ist einzuhalten. Jedes System benötigt die Einhaltung seiner Regeln, um fachgerechte Lösungen zu erreichen.
- **Einvernehmliche Regelungen** sind jederzeit zu **unterstützen**, allerdings nicht durch eine undurchsichtige Vermischung der Systeme.
- Die Errichtung einer **öffentlichen Zertifizierungsstelle** ist erforderlich. Dieser obliegt die Bestellung und die Kontrolle der regelmäßigen Weiterbildung der Sachverständigen.
- **Verbindliche Mindeststandards** für die Gutachten sind festzulegen.
- Eine Sensibilisierung aller Verfahrensbeteiligten für die Bedeutung der **tangierten Grundrechte** erscheint wünschenswert.

Der Beitrag wird fortgesetzt. Im dritten Teil der Aufsatzreihe werden konkrete Lösungsansätze sowie anwaltliche Handlungsoptionen und Strategien vorgestellt.

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 konflikthafter 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 erforderlich 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-, Kompetenzeinhaltung
 - 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 Basiskennntnisse 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.