GUTACHTEN IN KINDSSCHAFTSSACHEN

- RECHTSGRUNDLAGEN
- UMSETZUNGSREALITÄT
- ANWALTLICHE STRATEGIEN

MARITA KORN-BERGMANN
RECHTSANWÄLTIN & MEDIATORIN
FACHANWÄLTIN FÜR FAMILIENRECHT

1

Kindschaftsverfahren

Anspruch:

„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.“ (BT-Drucks. 16/6308. S.1)

Realität:

Die familienrechtspsychologische Gutachtertätigkeit bewegt sich in einer Grauzone, in der rechtsstaatliche Regeln leider häufig nicht die erforderliche Beachtung zukommt. Dies gilt sowohl für Rolle als auch Aufgabe, Kompetenzen, Methodik und Kosten von Gutachtern.

2

Entwicklungen

- Rolle
  Vom weisungsgebundenen Gehilfen zum eigenständigen Interakteur
- Aufgabe
  Von Endscheidungshilfe zur Situationsveränderung
- Methodik
  Von der Statusdiagnose zur Intervention
- Rechtlicher Rahmen und Gültigkeit der ZPO umstritten
- Fachliche Methodik umstritten

3

Fakten

- Zahlenmäßiger Anstieg von Gutachten
- Einholung ohne entsprechende Erforderlichkeit
- Fehlende gerichtliche Kompetenzüberprüfung
- Unkenntnisse über Rechtsgrundlagen bei Gutachtern
- In der Regel gerichtliche Übernahme der Gutachterempfehlung
- Faktenschaffung durch Gutachtendauer
- Kostenanstieg

4

Prozessdynamische Aspekte

- Informelle Konsensbildungen
- Verdeckte Koalitionsbildungen der beteiligten Professionen
- Aufeinanderprallen unterschiedlichster Handlungsansätzen der Professionen
- Kampf um Deutungshoheit, Machtanspruch, Entscheidungskompetenz
- Kognitive Verzerrungen bei Wahrnehmungen, Bewertungen, Empfehlungen, Entscheidungen
- Unkritisches Vertrauen in Kompetenzen von Gutachter
- Aufgabenübertragung und Verantwortungsabgabe an Gutachter
- Wechselseitige Bestätigung von Gericht und Gutachter
- Schutz des Gutachters durch die Gerichte
- Einigungsdruck / Sanktionierung „unkooperativen“ Verhaltens der Eltern
- Recht kontra Kindeswohl?
- Anwalt als Störfaktor

5

Was erwartet Sie?

I. Besondere Situation – Grundrechte / Europarecht / Völkerrecht

II. Gravierende Fehlerquellen

1. Erforderlichkeit
2. Beweisfragen
3. Qualifikation
4. Datenschutz
5. Eigene Ermittlungen
6. Herausgabe von Unterlagen
7. Objektive Befangenheit

III. Anwaltliche Handlungsoptionen

IV. Strategische Überlegungen

V. Strukturelle Verbesserungen und Erfordernisse

6

Grundrechte: Eltern- und Kinderrechte

- Familienautonomie nach Art. 6 I GG
- Elternrecht nach Art. 6 II S. 1 GG
  - Pflichtrecht und Schutzverhältnis
  - Abwehrrecht gegenüber dem Staat
  - Primäre Entscheidungszuständigkeit der Eltern
  - Kind als eigener Grundrechtsträger
- Staatliche Wächteraufgabe Art. 6 II S. 2 GG
  - Subsidiäres Wächteramt des Staates
  - Kein Optimierungsanspruch gegen Eltern
  - Kein Anspruch auf Maximalförderung
  - Der Staat ist kein Miterzieher oder Ersatzerzieher
- Hohe Eingriffsschwelle Art. 6 III GG
  - Hohe Eingriffsschwelle unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit

7

Gutachten und Persönlichkeitsrechte 1/2

- Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art 2 I i.V.m Art 1 I GG

  Schutz vor Erhebung und Weitergabe von Befunden über:
  - Gesundheitszustand
  - Seelische Verfassung
  - Charakter
  - Privat- und Intimsphäre
  - Familiären und persönlichen Bereich
- Informationelles Selbstbestimmungsrecht, Art 2 I i.V.m Art 1 I GG

  Selbstbestimmung bei Offenlegung persönlicher Lebenssachverhalte:
  - Ob
  - Wie (Wann, Wem gegenüber, Welcher Umfang)
  - Form (Gesprochenes Wort, Bild)

(BVerfG FamRZ 2009, 944, 945, BGH 17.02.2010 – XII ZB 68/09, BVerfG FamRZ 1991, 1037, BVerfG 4.4.2006 – 1 BvR 51805)

8

Gutachten und Persönlichkeitsrechte 2/2

- Begutachtung = Eingriff in allgemeines und informationelles Persönlichkeitsrecht von Eltern und Kind
- Keine zwangsweise körperliche, psychiatrische oder psychologische Begutachtung in Gerichtsverfahren gegen eigenen Willen
- Kein zwangsweises Erscheinen bei SV
- Intimsphäre: Unantastbarer Bereich gegenüber aller staatlichen Gewalt
- Schutz intensiver, je näher Daten bei Intimsphäre
- Erforderlichkeit einer wirksamen Zustimmung in Form der informierten Einwilligung

(BVerfG FamRZ 2009, 944, 945, BGH 17.02.2010 – XII ZB 68/09 – juris, BGH FamFZ 2010, 720, OLG Schleswig Holstein 7.5.2020 – 13 UF 4/20, juris Rn 134 mwM)

9

Verfahrensgrundrechte 1/3

- Besondere grundrechtliche Anforderungen, Art. 6 II 1 GG
  - Gesteigerte Amtsermittlungspflicht
  - Besonderheiten des Einzelfalls
  - Interessen / Einstellung / Persönlichkeit der Eltern
  - Belange des Kindes

  (BVerfG24.11.2020, 1 BvR 2318/19, juris)
- Willkürverbot, Art. 3 I GG
  - Rechtsanwendungsgleichheit = willkürfrei
  - Bezogen auf materielles Recht und Verfahren
- Grundrecht auf ein faires Verfahren, Art. 2 iVm. 20 III GG
  - Kein Nachteil für Verfahrensbeteiligten aus gerichtlichen Fehlern, Unklarheiten, Versäumnissen
  - Tatsächliche wirksame gerichtliche Kontrolle (auch Sachverhalt)
  - Effektiver Rechtsschutz, Zugangsrecht (Gutachterkosten)

10

Verfahrensgrundrechte 2/3

- Rechtsweggarantie, Art. 19 IV S. 1 GG
  - Substantieller Anspruch auf gerichtliche Kontrolle
  - Effektivität Rechtsschutz, Dauer, Kosten
- Richtervorbehalt, Art. 92 GG
  - Alleinige gerichtliche Verfahrens- und Entscheidungsgewalt
- Anspruch auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 I S. 1 GG
  - Keine Verlagerung gerichtlicher Aufgaben und Kompetenzen auf SV
- Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 103 I GG
  - Verbürgt Äußerungsmöglichkeit zu sämtlichen Tatsachen- und Rechtsfragen
  - Voraussetzung auch: Einblick in Unterlagen, Testungen SV

11

Verfahrensgrundrechte - Richtervorbehalt 3/3

Richtervorbehalt – Grundlagen

- Garantie auf den gesetzlichen und unabhängigen Richter und das rechtsstaatliche Gerichtsverfahren des GG (BVerfG, 06.06.1967-2 BvR 375, 18/53, 60/65)
- Aufgabe der Gerichte ist es, Rechtssachen mit verbindlicher Wirkung zu entscheiden. Es ist ein Verfahren zu garantieren, das die prozessualen Sicherungen gewährleistet und der verfassungsrechtlich geschützte Anspruch auf rechtliches Gehör ermöglicht (BVerfG, 08.02.2001 - 2 BvR 1/00)
- Die richterliche Tätigkeit erfordert Neutralität und Distanz gegenüber Verfahrensbeteiligten
- Nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darf niemandem seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Daraus folgt, in jedem Einzelfall darf kein anderer als der Richter tätig werden und entscheiden (BVerfG vom 08.02.1967 - 2 BvR 235/64
- Der gesetzliche Richter darf nicht durch Eingriffe Unbefugter verdrängt werden (BVerfG vom 08.02.1967- 2 BvR 235/64
- Schwerwiegende Eingriffe in die Rechtssphäre des Bürgers dürfen nur durch den Richter vorgenommen werden. Das GG garantiert daher den Rechtsschutz durch die Gerichte gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt in seinen Lebensbereich (BVerfG vom 06.06.1967 - 2 BvR 375, 53/16,18/65)

12

Europäisches Recht 1/3

Artikel 24 EU-Grundrechtscharta

1. Kinder haben Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Sie können ihre Meinung frei äußern. Ihre Meinung wird in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt.
2. Bei allen, Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.
3. Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.

13

Europäisches Recht 2/3

Artikel 8 EMRK

Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

14

Europäisches Recht 3/3

Artikel 31 Istanbul-Konvention

(Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt)

Sorgerecht, Besuchsrecht und Sicherheit

(1) Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass in den Geltungsbereich dieses Übereinkommens fallende gewalttätige Vorfälle bei Entscheidungen über das Besuchs- und Sorgerecht betreffend Kinder berücksichtigt werden.

(2) Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Ausübung des Besuchs- oder Sorgerechts nicht die Rechte und die Sicherheit des Opfers oder der Kinder gefährdet.

15

Völkerrecht 1/3

Artikel 3 UN-Kinderrechtskonvention

(1) Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

(2) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.

(3) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.

16

Völkerrecht 2/3

Artikel 12 UN-Kinderrechtskonvention:

Berücksichtigung des Kindeswillens

(1) Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

(2) Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

17

Völkerrecht 3/3

Art. 9, 10 und 20 UN-Kinderrechtskonvention

- Recht auf elterliche Fürsorge, Familie und sicheres Zuhause
- Geborgene und sichere Lebensumgebung, im besten Fall zusammen mit den Eltern und sonstigen Familienangehörigen

18

Umsetzungsverpflichtung

Staatliche Umsetzungsverpflichtung für Europäisches Recht / Völkerrecht

- Beachtung wie nationales Recht
- Verpflichtung zu geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen und Institutionen
- Staatliche Institutionen müssen gesetzlichen Normen entsprechen
- Gewährleistung durch Zahl und fachliche Eignung des Personals
- Kontroll- und Aufsichtserfordernis
- Gesetzliche Legitimation und Notwendigkeit bei staatlichen Eingriffen

(vgl. BVerfG, Beschluss v. 1.2.23 – 1 BvL 7/18 -, juris; KG Berlin 4.8.22, 17 UF 6/21, FamRB 2023, 63-65 zu Art. 31 -, juris; OLG Braunschweig, Beschluss v. 22.7.22 – 1 UF 180/20 -,juris).

19

Erforderlichkeit 1/3

- Keine grundsätzliche Verpflichtung (BVerfG 6.9.21 – 1 BvR FF 2021, 443)
- Beachtung der Erforderlichkeit ergibt sich bereits aus Grundrechten sowie FamFG- und ZPO-Regeln
- Gerichtliche Entscheidung nach § 29, 30 FamFG
- Gutachten immer Strengbeweis, § 30 I, II FamFG iVm 402 ff ZPO
- Pflichtgemäßes gerichtliches Ermessen bzgl. „Ob“ und „Wie“
  - Eingeschränktes Ermessen bei zu klärenden, maßgeblichen und entscheidungserheblichen Tatsachen
  - Gültigkeit für jede einzelne Beweisfrage
  - Ausschöpfung sämtlicher sonstiger Erkenntnisquellen
  - Fehlende eigene Sachkunde des Gerichts
  - Verhältnismäßigkeitsgrundsatz da Grundrechtserheblichkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Rechtsgüterabwägung)
  - Sachgerechte Auswahl als Ermessenspflicht

20

Erforderlichkeit 2/3

Ermittlungsumfang

- Zugrundeliegende gesetzliche Fragestellung
- Intensität der Beeinträchtigungen von Kindeswohlbelangen, Grundrechtspositionen
- Erforderliche positive und negative Kindeswohlschwellen:
  - dem Kindeswohl dienen
  - für Kindeswohl erforderlich
  - dem Kindeswohl am besten entspricht
  - dem Kindeswohl nicht widerspricht
  - Kindeswohlgefährdungen vorliegen

(vgl. auch Mindestanforderungen Expertengruppe 2019)

21

Erforderlichkeit 3/3

Sachverständige

- Gilt auch für Sachverständige
- Nur erforderliche Datenerhebung für die konkreten Beweisfragen
- Prinzip der Datenminimierung

(so auch OLG Düsseldorf FamRZ 2022, 269; OLG Schleswig Holstein 7.5.20 - 13 UF 4/20; Lack / Hammersfahr 2024, 76, RN 148e)

22

Beweisfragen - Grundsätzliche Überlegungen 1/5

Beweisbeschlüsse sind Dreh- und Angelpunkt

- Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens
- Einhaltung Rollen, Aufgaben, Kompetenzen
- Lenkungs- und Weisungsaufgabe des Gerichts
- Einhaltung der materiellen Rechtsregeln
- Gute gerichtliche Entscheidungen
- Auswahl und damit Qualifikation des Gutachters
- Voraussetzung für die Qualität des Gutachtens
- Verhinderung von ausufernder und unkontrollierbarer gutachterlicher Tätigkeit
- Machtbegrenzung der Gutachter
- Beachtung der Datenschutzregeln

23

Beweisfragen 2/5

Rechtliche Anforderungen und Voraussetzungen

Weitgehend geklärt in Rechtsprechung und Literatur:

- Erforderlichkeit
- Konkretisierungsgebot
- Ausrichtung nach Verfahrensgegenstand
- Keine Verleitung fehlerhafter Prüfungsmaßstäbe
- Beachtung der Kindeswohlschwellen
- Unzulässigkeit rechtlicher Fragestellungen
- Unzulässigkeit der Verlagerung richterlicher Subsumtionsarbeit und Verantwortung
- Bedeutung von Anknüpfungstatsachen
- Eingriff psychologischer Begutachtung in Grundrechte

(ausführlich hierzu OLG Schleswig Holstein 7.5.20 - 13 UF 4/20 -, juris, BVerG 19.11.14 – BvR 1178/14, BVerfG 20.1.16 – 1 BvR 2742/15, BVerfG 3.2.17 – BvR 2569/16)

24

Beweisfragen 3/5

Fachgerichtliche Realität: Häufige Nichtbeachtung

Folgen:

- Verkennung der hohen Bedeutung für Qualität und Verwertbarkeit von Gutachten
- Missachtung der einfachrechtlichen Aufgabenverteilung Richter/SV (§§ 28, 29, 30, 37 FamFG)
- Nichtbeachtung von Verfahrensgrundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen
- Eingriffe in materielle Grundrechte von Eltern und Kindern
- Missachtung europäisches Recht und Völkerrecht
- Verkennung des hohen verfassungsrechtlichen Maßstabes für die in Kindschaftsverfahren zu prüfenden Rechtsfragen
- Gefahr fehlerhafter Gutachten und fehlerhafter Entscheidung
- Gefahr der Fehlleitung von Gutachtern

25

Beweisfragen 4/5

Anforderungen an Sachverständigen

- Wahrung des materiellen Rechtsrahmens in Gerichtsverfahren
- Beachtung der grundlegenden Rechtsregeln: Materielle Grundrechte Verfahrensbeteiligter, zugrunde zu legende materielle Rechtsnorm, Verfahrensgrundrechte, einfachrechtliche Aufgabenverteilung und Kompetenzen nach FamFG und ZPO
- Beachtung als eigene Verantwortung, da gesetzliche Regelungen und erforderliche Fachkenntnisse und Grundkenntnisse Qualifikationsvoraussetzung für Annahme
- Keine Entlastung durch richterlich vorgegebene unzulässige Beweisbeschlüsse
- Bei Unklarheit oder auch erkennbare Unzulässigkeit Rückfrageverpflichtung nach § 407a ZPO

26

Beweisfragen 5/5

Unzulässige Beweisfragen

- Übertragung der gesetzlichen Aufgabenstellung an den Sachverständigen
- Verstoß gegen Konkretisierung
- Verkennung der materiell-rechtlichen Grundlagen
- Verkennung der Eingriffsschwellen
- Übertragung der rechtlichen Subsumtionsarbeit / Ausfüllen der unbestimmten Rechtsbegriffe
- Tatsachenklärung, für die keine besondere Fachkenntnis erforderlich
- Tatsachenklärung, die allein dem Gericht vorbehalten ist
- Einbezug Dritter
  - ohne Konkretisierung Person, Fragestellung
  - ohne Beachtung der Rechtsgrundlage

27

Unzulässige Beweisbeschlüsse – Aus der Praxis 1/2

§ 1684 BGB

„Es soll Beweis erhoben werden durch Einholung eines familienpsychologischen Sachverständigengutachtens darüber, welche Umgangsregelung zu Wahrung des Wohles des Kindes xx angezeigt ist.“

§ 1671 BGB

„1. Es soll Beweis erhoben werden durch Einholen eines familienpsychologischen Sachverständigengutachtens darüber, welcher Elternteil unter Berücksichtigung der gefühlsmäßigen Bindungen der Kinder, der eigenen Erziehungsfähigkeit und Bindungstoleranz sowie der jeweils angestrebten Perspektiven für das eigene Leben und das Leben der Kinder besser in der Lage ist, die Kinder zu betreuen und zu erziehen....
2. Die Sachverständige soll auch auf die Herstellung eines Einvernehmens zwischen den Beteiligten hinwirken, § 163 Abs. 2 FamFG“

28

Unzulässige Beweisbeschlüsse – Aus der Praxis 2/2

§ 1666 BGB

„Ist unter Berücksichtigung der gefühlsmäßigen Bindung des Kindes, der Erziehungsfähigkeit der Eltern und jeweils angestrebten Perspektiven für das eigene Leben und dass Leben des Kinders das Wohl des Kindes gefährdet ist und gegebenenfalls welche Erziehungshilfen und Maßnahmen aus Sachverständiger Sicht erforderlich sind und ausreichend sind, um eine Gefährdung des Kindeswohls abzuwenden? Hierbei ist auch die Bindungstoleranz beider Eltern zu untersuchen."

Einbezug Dritter

„... In das Gutachten sind die Eltern, die Kinder selbst, sowie sämtliche Personen, deren Einbeziehung die Sachverständige für erforderlich hält, einzubeziehen."

29

Qualifikation – Überblick 1/5

- Seit der Reform im Jahr 2016 kann die Frage der Qualifikation rechtlich in Literatur und Rechtsprechung wohl als weitgehend geklärt betrachtet werden.
- Empfehlenswerte Entscheidung: OLG Schleswig vom 07.05.2020-13 UF 4/20-juris, insbesondere Rn 147-227 (Voraussetzungen des § 153 Abs. 1, insbesondere erforderliche Zusatzqualifikationen bei Sozialpädagogen)
- Nicht geklärt ist allerdings im Gesetz, wer berechtigt ist Nachweise für Zusatzqualifikationen zu zertifizieren. Entscheidung verbleibt daher nach billigem Ermessen bei Gericht.
- Höchste Anforderungen an Qualifikation bei Verfahren §§ 1666, 1666a BGB (OLG SH, Rn 159)
- Zusätzliche, nachgewiesene forensische Kenntnisse und Erfahrungen notwendig auch bei Vorliegen der in § 163 Abs. 1 FamFG genannten Berufsgruppen (OLG SH, Rn 178; 179). Alleine akademische Ausbildung Psychologe Psychiater nicht genügend, um psychologische Sachverständigengutachten in Kindschaftssachen zu erstellen. Kenntnisse des Verfahrensrechts und des materiellen Rechts sind unabdingbar und erfordern laufende Fortbildung des Sachverständigen. Information und Kenntnis über gerichtliche Entscheidungen bzw. gesetzliche Entwicklungen müssen kontinuierlich vorliegen (Rn 169, OLG SH).

30

Qualifikation – Überblick 2/5

Nicht geklärt:

- Berechtigung für Zertifizierung der Zusatzqualifikationen
- Entscheidung über Anerkennung der vorgelegten Nachweise verbleibt daher im pflichtgemäßen Ermessen von Gericht (ausführlich hierzu OLG SH)

31

Qualifikation – § 163 Abs.1 FamFG 3/5

- Geeignetheit als zwingendes Auswahlkriterium
- § 163 Abs. 1 S. 1 FamFG: Berufliche Grundqualifikationen
- § 163 Abs. 1 S. 2 FamFG: Erforderlicher Nachweis anerkannter Zusatzqualifikationen diagnostischer und analytischer Kenntnisse bei Pädagogen und Sozialpädagogen
- Weitere Zusatzqualifikationen als Mindestanforderungen nach Expertengruppe, 2019 2. Al.
  - Nachgewiesene forensische Kenntnisse und Erfahrungen
  - Kenntnisse über materielles Recht und Verfahrensrecht
  - Nachweis laufender Fortbildung
  - Kenntnisse gerichtlicher Entscheidungen & gesetzlicher Entwicklungen
  - Aktueller wissenschaftlicher Kenntnisstand
  - Feldkompetenz bei Bedarf
  - Zusatzqualifikation erforderlich für lösungsorientiertes Vorgehen, § 163 II FamFG

32

Qualifikation – Überprüfungsverpflichtung 4/5

Gericht

- Vorabüberprüfung
- Grundqualifikation, erforderlich Zusatzqualifikation, Berufserfahrung, forensische Kenntnisse
- Bereits Erwartung des Gesetzgebers bei Reform 2016
- Überprüfung auch für jede konkret zu beantwortende Beweisfrage
- Überprüfungsverpflichtung und Darlegung in der Entscheidung, sofern nicht ohne weiteres aus Fachbezeichnung erkennbar (BGH 17.01.2024, 12 ZB 334/23, openjur 2024, 1838)

Gutachter

- Eigene Überprüfungsverpflichtung für konkreten Beweisauftrag, vgl. § 407a Abs. 1 ZPO

33

Qualifikation 5/5

Folgen der Ungeeignetheit

- Unverwertbarkeit
- Grobe Mangelhaftigkeit
- Befangenheit
- Wesentlicher Verfahrensverstoß (Verletzung rechtlichen Gehörs, Art. 103 I GG)
- Eingriffe in Grundrechte von Kind und Eltern

34

Datenschutz - Überblick 1/13

Bedeutung für Kindschaftsverfahren

- Starke Grundrechtsbetroffenheit für Kinder und Eltern
- Schutz von persönlichen und besonders tiefgreifenden intensiven Daten
- Zunehmende Bedeutung durch gesellschaftliche und technische Entwicklung
- Verfassungsrechtlicher Schutz durch Wurzeln in allgemeinem Persönlichkeitsrecht
- Bedeutungszunahme erst seit DSGVO (2018)

Auswirkungen auf Sachverständigengutachten

- Datenerhebung, Verarbeitung, Speicherung, Weitergabe, Löschung
- Datenerhebung bei Dritten
- Austausch von Daten zwischen Beteiligten

35

Datenschutz - Rechtsgrundlagen 2/13

Rechtsgrundlagen

- Grundgesetz, insbes. Informationelles Selbstbestimmungsrecht
- SGB, bereichsspezifischer Datenschutz
- Berufliche Schweigepflicht, 203 StGB
- BGB (Willenserklärungen, Schadensersatz)
- ZPO, §§ 402 ff.
- BDSG
- DSGVO
- Europarechtliche und völkerrechtliche Schutzvorschriften
- Keine direkten Regelungen in FamFG oder ZPO

36

Datenschutz - Rechtsgrundlagen 3/13

Rechtsmeinungen
- keine höchstrichterliche Klärung
- keine feststehende herrschende Meinung

Realität:
- Unterschiedliche Beachtung und Umsetzung an FamG
- Auswirkungen auf Beweisaufnahme ungeklärt
- Insbesondere Erforderlichkeit, Form, Nachweis von Einwilligung, Zustimmung, Freiwilligkeit
- Bisher keine große Beachtung in Rechtsprechung und Literatur
- Gerichtliche Klärung erforderlich

37

Datenschutz - Rechtsgrundlagen 4/13

Unstreitig bisher lediglich:
- Grundsätzliche Anwendbarkeit von DSGVO, BDSG
- Weiterhin Gültigkeit der entsprechenden SGB-Regeln
- Erfordernis der Freiwilligkeit, keine zwangsweise Begutachtung
- Völlig unterschiedliche Rechtsmeinungen zu Auswirkungen auf Beweisaufnahme SV

Rechtsmeinungen - Zustimmung/Einwilligung:
- Keine Einwilligung
- Informierte Einwilligung nach DSGVO-Regeln
- Einwilligung nach allgemeinen Regeln

38

Datenschutz - Gemeinsame Grundsätze 5/13

Gemeinsame Grundsätze:

- Schutz höchstpersönlicher Daten
- Informierte Einwilligung in Erhebung, Verarbeitung und Speicherung (bereits Rückschluss aus BGB-Regeln)
- Datenminimierung/Zweckbindung
- Beweislast beim Befunderheber
- Vorherige Zustimmungserklärung

39

Datenschutz - Zustimmung nach BGB 6/13

Wer für wen?

- Eltern jeweils für sich
- Gesetzliche Vertreter für Kind
- Einverständnis des Kindes bei Einsichtsfähigkeit, nicht ersetzbar
- Keine Erzwingbarkeit
- Ersetzung der Elternzustimmung für Kind möglich, wenn ansonsten Kindeswohlgefährdung

Wie?

- Genaue Kenntnis der Vorgehensweise und des Zwecks der Begutachtung erforderlich
- Zustimmung nur im Umfang des Beweisbeschlusses wirksam
- Zumindest konkludent unter Voraussetzung rechtsstaatlicher Verfahrensregeln bei Begutachtung
- Zwangsweise psychologische oder psychiatrische Begutachtung unzulässig

40

Datenschutz – Informierte Einwilligung 7/13

- DSGVO und BSDG gelten für sachverständige Tätigkeiten
- Beachtung des Gerichtes bei Datenübermittlung und Datenweitergabe
- Beachtung erforderlich bei Erhebung, Speicherung, Verarbeitung, Weitergabe von geschützten Daten im Austausch von Verfahrensbeteiligten oder sonstigen Dritten
- Enge Voraussetzungen für Einholung einer wirksamen informierten Einwilligung bei Befunderhebung von persönlichen Daten gemäß Art. 4 DSGO und sensitiven Daten gemäß Art. 9 DSGVO
- Prinzipien der Transparenz, eindeutige Aufklärung, Datenminimierung, Beweislastregelung in Art. 2, 5, 6, 7, 9, 11 DSGVO; Art. 1, 2, 45 ff. BDSG
- Aufklärung vor Einwilligung erforderlich in klarer und verständlicher Form
- Freiwilligkeit der informierten Einwilligung

41

Datenschutz – Informierte Einwilligung 8/13

Begründungen der ablehnenden Meinung

- Sachverständiger ist Verantwortlicher i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO, allerdings nicht Auftragsverarbeiter nach Art. 4 Nr. 8 DSGVO
- Argument aus Art. 28 Abs. 2 DSGVO: gesetzliche Grundlage, kein Auftragsverhältnis
- Grundlage: familiengerichtlicher Bestellungsbeschluss, keine Auftragsverarbeitung
- Weisungsungebundenheit gegenüber Gericht
- h.M. sehe auch unbegrenzten Ermittlungsspielraum des SV
- Rückgriff auf Art. 9 Abs. 2, lit. f DSGVO bei besonderen personenbezogenen Daten

42

Datenschutz – Informierte Einwilligung 9/13

Argumente für Informierte Einwilligung

- Öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis besteht
- Der zu schließende öffentlich-rechtliche Vertrag, nicht Beweisbeschluss begründet Rechtsverhältnis zu Sachverständigem
- §§ 30 Abs. 1 FamfG i.V.m. 402 ff. ZPO begründen kein Auftragsverhältnis zwischen Sachverständigem und Gericht
- Vertrag kommt zustande durch Auftragserteilung des FamG an Sachverständigen und Auftragsannahme
- Sachverständiger ist Gehilfe des Gerichts und im Rahmen der gesetzlichen Regelungen weisungsgebunden
- Ausnahmeregelung nach Art. 9 Abs. 2, lit. f DSGVO bezieht sich nur auf justizielle Tätigkeiten der Gerichte selbst, nicht SV
- Sachverständiger kann im gerichtlichen Verfahren nur unter Beachtung von Rechtsrahmen, insbesondere auch Verfassungsrecht, wie informationellem Selbstbestimmungsrecht tätig sein

43

Datenschutz – Informierte Einwilligung 10/13

Argumente für Gültigkeit des Datenschutzes

- Selbst bei Zustimmung nach BGB sind Persönlichkeitsrechte und informationelles Persönlichkeitsrecht zu beachten
- Kein Unterschied der Folgen, da Informationelles Persönlichkeitsrecht Grundlage der DSGVO, insbesondere des Art. 9 DSGVO
- Hinweis auf Freiwilligkeit, eventuelle Aufklärung ersetzt nicht Einwilligung oder Zustimmung
- Zustimmung und Einwilligung sind Willenserklärungen i.S.d. BGB AT
- Voraussetzung ist vorherige Aufklärung über beabsichtigtes Vorgehen, Notwendigkeit und Erkenntnisgewinn
- Aufklärung über Untersuchungsplan, diagnostische Vorgehensweise, Zweck und Aussagekraft (vgl. auch Mindestanforderung Expertengruppe, 2. Al. 2019)
- Einwilligung erstreckt sich nicht auf nicht notwendige Befunderhebungen (h.M.)

44

Datenschutz - Entscheidungen 11/13

OLG Frankfurt, vom 30.08.2022, Az. 8 WF 23/21 (nicht veröffentlicht)

Entscheidung im Zusammenhang mit Befangenheitsantrag und vielfachen Befangenheitsrügen. Gerügt wurde auch die Missachtung der DSGVO und die fehlende Zustimmung und Einwilligung der Kindesmutter zur Begutachtung der Mutter und der Kinder.

Begründungen:

- Überschreitung eines Gutachterauftrages vermöge alleine in der Regel die Befangenheit nicht zu begründen
- Dies gelte auch im Falle deiner Begutachtung ohne vorherige Aufklärung und Einwilligung durch die zu begutachtende Person
- Zutreffend sei, dass die Anordnung der Begutachtung im Beweisbeschluss die Einwilligung nicht ersetze
- Verfahrensrecht gebe mit §§ 411, 421 ZPO Gericht und Beteiligten ausreichende Mittel and die Hand, derartige Mängel zu beseitigen und auf ein geeignetes Gutachten hinzuwirken

45

Datenschutz – Bereichsspezifische Regeln 12/13

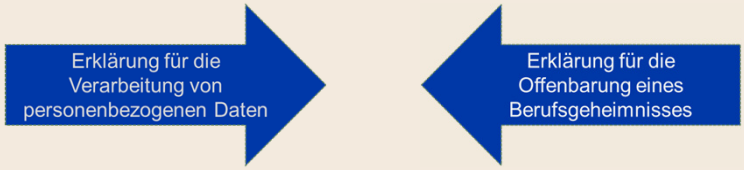
- Bereichsspezifische Regeln des SGB I / XIII / X zu beachten soweit Sozialdaten von Behörden, Jugendamt, Beratungsstellen eingeholt, bewertet, weitergegeben werden
- Zu beachtende Regeln:
  - § 35 I SGB I – Schutz von Sozialdaten
  - §§ 62 ff. SGB XIII – Erhebung, Speicherung, Weitergabe von Sozialdaten
  - § 78 SGB X – abgeleiteter Sozialdatenschutz
- Zu beachtende Grundsätze:
  - Datenerhebung nur unter absoluter Beachtung dieser Regeln zulässig
  - Datenverwendung nur zulässig bei rechtmäßiger Erhebung und rechtmäßiger Weiterleitung von Daten

46

Datenschutz 13/13

- Sachverständige fallen unter die berufliche Schweigepflicht gemäß § 203 StGB,
  - sofern keine informierte Einwilligung der Explorierten ,
  - sofern keine wirksame Schweigepflichtentbindung für dritte Berufsgeheimnisträgern.
- Gültigkeit des „Zwei-Schranken-Prinzips“:

  Datenschutzrechtliche Einwilligung ist nicht gleich Entbindung von beruflicher Schweigepflicht!



Gutachten in Kindschaftssachen © RAin Marita Korn-Bergmann

47

Eigene Ermittlungen – Überblick 1/4

Rechtsgrundlagen

- §§ 26, 29, 30 FamFG: Gericht entscheidet ob und in welcher Form Beweiserhebung durchgeführt wird
- §§ 355, 357 ZPO: Unmittelbarkeit, Beteiligtenöffentlichkeit
- §§ 402 ff. ZPO: Gerichtliche Leitung, Sachverhaltsermittlung, Differenzierung Anschlusstatsachen, Befundtatsachen
- Beschränkung des Sachverständigen durch konkrete Beweisfragen
- Weisungsbefugnis Gericht außerhalb fachlicher Methodik
- Auswirkungen materieller Grundrechte, Verfahrensgrundrechte
- Besonders hohe grundrechtliche Verfahrensanforderungen an Amtsermittlung, Art. 6 Abs. 2, S. 1 GG
- Hohe Schutzfunktionen für Beteiligte
- Keine Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Rechtsfragen als Ermittlungsgrundlage

Gutachten in Kindschaftssachen © RAin Marita Korn-Bergmann

48

Eigene Ermittlungen – Überblick 2/4

Rechtsmeinungen

- Uneingeschränkte Ermittlungsbefugnis des Sachverständigen nach eigenem Dafürhalten (so OLG Frankfurt, FamRZ 2017, 914 ff., OLG Düsseldorf FamRZ 2017, 916 ff., OLG Celle – 10 W 3/14 – juris, Ernst, Praxishandbuch Kinderschutz, S. 165)
- Ermittlungsbefugnis für Befunderhebungen, ansonsten nur bei Voraussetzungen des § 404a Abs. 4 ZPO (so BGH, 05.10.2016, FamRZ 2016, 2086, Korn-Bergmann/Purschke FamRB 2014, 25)

Realität

- Häufig Überlassung eines großen Handlungsspielraumes, keine Kontrolle

49

Eigene Ermittlungen – Rechtsgrundlagen 3/4

Eigene Aufklärung, weitere Personen , § 404 a IV ZPO

- Ausdrückliche gesetzliche Regelung für gerichtliche Ermächtigung zum Einbezug Dritter
- Gerichtliche Weisungsbefugnis, ob, mit welchen Personen, mit welchem Klärungsinhalt Gutachter Ermittlungen durchführen darf (z.B. Einbeziehung Beteiligte selbst, Betreuungspersonen, Großeltern, Lehrer, Ärzte)
- SV muss Ermächtigung anfordern, sofern Notwendigkeit während Begutachtung erkennbar
- Kein Ermessensspielraum für Gericht: nur anzuordnen, wenn besondere Sachkunde für gesonderten Auftrag erforderlich
- Achtung: Schweigepflichtentbindung erforderlich, wenn Dritter unter Berufsgeheimnisträger fällt
- Ausprägung Beteiligtenöffentlichkeit § 357 ZPO, rechtliches Gehör Art. 103 I GG
- Voraussetzung Ermächtigung + fehlende Sachkunde Gericht kumulativ!

50

Eigene Ermittlungen – Rechtsgrundlagen 4/4

Anschlusstatsachen, § 404 a III ZPO

- Festlegung der zu klärenden Tatsachen durch Gericht im Beweisbeschluss
- SV darf nur unstreitige Anknüpfungstatsachen zu Grunde legen, streitige Tatsachen nur bei ausdrücklicher gerichtlicher Ermächtigung → Abs. 4
- Anschlusstatsachen ↔ Befundtatsachen
- Bei aktenkundigem streitigem, auch nicht hinreichend erkennbarem Sachverhalt muss Gericht klären, u.U. vorgeschaltete Beweisaufnahme
- Keine gutachterlichen Ermittlungen / Befragungen Dritter = unzulässige Zeugenvernehmung
- Verstoß gegen § 355 ZPO – Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (Glaubhaftigkeit, Glaubwürdigkeit)
- Verstoß gegen § 357 ZPO – Beteiligtenöffentlichkeit (Rechtliches Gehör Art. 103 I GG)
- Unverwertbarkeit bei fehlerhaften Anknüpfungstatsachen, Heilung (?)

51

Herausgabe von Unterlagen 1/6

Rechtsgrundlagen

- § 407a Abs. 5 ZPO - Herausgabeverpflichtung auf gerichtliches Verlangen
- § 13 Abs. 1 FamFG - Akteneinsichtsrecht von Beteiligten
- Art. 15 Abs. 1 und 3 DSGVO – Auskunftsrecht, Recht auf Erhalt von Kopien der verarbeiteten, personenbezogenen Daten direkt gegenüber Sachverständigen
- § 810 BGB Einsicht in Urkunden

52

Herausgabe von Unterlagen 2/6

Rechtsmeinungen

- Höchstrichterlich nicht geklärt
- Herausgabe steht im Ermessen des Gutachters
- Herausgabe unter Beachtung eventueller gesetzlicher Vorgaben

Realität

- Unterschiedliche Verhaltensweisen bei Gerichten
- Häufig allerdings Antragsablehnung
- Verweigerung von Gutachtern

53

Herausgabe von Unterlagen 3/6

Argumente für Einsichtnahme

- Jeglicher Kontrollverlust der Gerichte
- Gericht kann seinen hohen Amtsermittlungspflichten mit entsprechenden Überprüfungsverpflichtungen gegenüber Gutachten nicht nachkommen
- Selbst die Überprüfungspflichten, die in Mindestanforderungen der Expertengruppe festgehalten sind, können nicht mehr eingehalten werden
- Komplette Verhinderung von einfachrechtlichen und verfassungsrechtlich zu gewährenden Stellungnahmemöglichkeiten zu Gutachten und entscheidungserheblichen Fakten
- Völlige Behinderung der effektiven Vertretung und Wahrnehmung von Rechten von Betroffenen im gerichtlichen Verfahren
- Außerkraftsetzen verfassungsrechtlicher, rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze, insbesondere Verlust des gesetzlichen Richters
- Dominanz von Subjektivität statt wissenschaftlicher Vorgehensweisen
- Beweisaufnahme wird Geheimverfahren
- Beweisaufnahme wird zum „Glaubensbekenntnis" gegenüber Sachverständigen

54

Herausgabe Unterlagen – Rechtsprechung 4/6

OLG Bamberg vom 19.05.2023 - 2 WF 81/23 (nicht veröffentlicht)

Der Sachverständige hatte handschriftliche und digitale Dokumentationen über Explorationsgespräche mit Kind und Eltern vernichtet. Dies bereits während des laufenden Verfahrens, vor Ablauf der Stellungnahmefrist und verweigerte darüber hinaus die Vorlage der durchgeführten Testungen und entsprechender Fragebogen, welche noch vorhanden waren.

- Keine Aufbewahrungsverpflichtung für handschriftliche oder digitale Dokumentationen von Befunderhebungen in Form von Explorationsgesprächen, die lediglich als Gedächtnisstütze der SV vor Verschriftlichung des Gutachtens dienen
- Verpflichtung zur Aufbewahrung könne Wortlaut des § 407a Abs. 5 ZPO nicht entnommen werden.
- Schriftlichem Gutachten komme die Funktion der Mitteilung von Untersuchungsergebnissen zu.
- Dort sei der Inhalt des Explorationsgesprächs zusammengefasst dargestellt
- Akzeptanz der Verweigerung der Herausgabe von Testunterlagen durch SV im Hinblick auf den vom Verlag geforderten verantwortungsvollen Umgang mit den Materialien. Es genüge Angebot im mündlichen Termin erörtern und einsehen lassen zu wollen.
- Keine Befangenheitsgründe gegenüber SV, insbesondere auch, da Gericht dann nach Stellungnahme der SV von Herausgabeanordnung abgesehen habe.

55

Herausgabe Unterlagen – Rechtsprechung 5/6

Kammergericht vom 14.03.2022, Az. 13 WF 32/22 (nicht veröffentlicht)

Befangenheitsrüge gegen SV wegen Verweigerung der herausverlangten Unterlagen und Dokumentationen durch SV

- In Literatur und Rechtsprechung werde vertreten, dass ein SV sogar verpflichtet sei, die im Verlauf der Exploration erhaltenen persönlichen Informationen und Materialien (Testbögen usw.) über jeden einzelnen der Beteiligten geheim zu halten.
- Entscheidung, welche Einzelheiten er in seinem schriftlichen Gutachten allen am Verfahren Beteiligten zur Kenntnis geben wolle, sei seinem pflichtgemäßen Ermessen als „unabhängiger, nur dem Gericht gegenüber verantwortlicher Gutachter überlassen".
- Zitate hierzu allerdings nur: OLG Frankfurt FamRZ 1980,931, Salzgeber, Familienpsychologische Gutachten, 7. Aufl. 2020 Rn 231.
- Er könne auf Anforderung des Gerichtes nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen auch weitere, nicht in das Gutachten aufgenommene Tatsachenmitteilung oder Einsicht in Unterlagen gewähren. Er könne dies auch unter Hinweis auf seine berufliche Schweigepflicht ablehnen.

56

Herausgabe Unterlagen – Rechtsprechung 6/6

Fortsetzung Entscheidung KG

- Für den SV gelte dann der absolute Schutz für ihm anvertraute persönliche Geheimnisse gemäß § 203 StGB. Entbindung nur durch die Einwilligung des Begutachteten.
- Verweigerung der Herausgabe der geforderten Unterlagen mit Berufung auf Persönlichkeitsrechte anderer (Kind, anderer Elternteil) mit sachgemäßen Argumenten begründet.
- Insbesondere Testverfahren dürften bei den Testverlagen nur von Psychologen verwendet werden, unkontrollierte Veröffentlichung von Tests würde diese für zukünftige Verwendung unbrauchbar machen.
- In einschlägiger psychologischer Fachliteratur würde Herausgabe der Testunterlagen, auch mit Blick auf etwaige Verstöße gegen § 45 Abs. 2 Urhebergesetz äußerst kritisch gesehen (mit Hinweis auf Salzgeber).
- Vorliegend müsse nicht entschieden werden, ob die in Rechtsprechung und Literatur vertretene Rechtsauffassung zutreffend sei. Auch ein Verstoß würde weder beim Sachverständigen noch bei dem Richter zur Besorgnis der Befangenheit führen.
- Kein Verstoß des Sachverständigen gegen § 30 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 407a Abs. 5 ZPO, da Herausgabeverlangen mit Beschluss zurückgewiesen worden sei.

57

Objektive Befangenheit 1/5

Problemstellung:

- Objektive Befangenheit trotz eindeutig möglicher rechtlicher Grundlagen regelmäßig nicht anerkannt
- Ablehnung in der Regel mit Hinweis auf Zuordnung zur Mangelhaftigkeit
- Nichtbeachtlichkeit von rechtlichen oder fachlichen Mängeln im Rahmen der Befangenheitsrüge

Auswirkung:

- Auftragsüberschreitung, Anmaßung Richterkompetenz
- Verletzung gravierender Verfahrensgrundrechte
- Verletzung materieller Grundrechte
- Eingriff in Datenschutzrechte
- Betrifft Kind und Eltern gleichermaßen

58

Objektive Befangenheit 2/5

Grundsätze Befangenheit

- Gründe wie bei Richterablehnung, § 6 FamFG, § 406 ZPO iVm §§ 41, 42 ZPO
- § 42 I iVm § 41 ZPO, Befangenheit wegen Ausschlussgründen
- § 42 II ZPO, Zweifel an der Unparteilichkeit
- Anspruch auf Unparteilichkeit und Neutralität auch aus Art. 20 III , 101 I 2 GG, Art. 6 EMRK
- Rechts- und Grundrechtsverletzung auch ohne Ablehnungsgesuch zu beachten

59

Objektive Befangenheit 3/5

Besorgnis der Befangenheit - § 406 I, 42 II ZPO

- Tatsachen oder Umstände, die aus objektiver Sicht vom Standpunkt des Ablehnenden Zweifel an der Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit erwecken können
- Bei Vorliegen mehrerer Gründe Würdigung in einer Gesamtschau
- Im Zweifel eher stattzugeben
- Rechtliche und fachliche Mangelhaftigkeit des Gutachtens bei groben Verfahrensverstößen, Verstößen gegen Verfahrensgrundrechte, ebenso leichtfertiger Umgang mit oder schwerwiegende Vernachlässigungen von grundrechtlich geschützten Positionen, Eingriffen in Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte, grobe Verkennung zugrundeliegender materieller und verfahrensrechtlicher Normen
- Sinnvoll Differenzierung nach § 1 EGMR: Subjektive - objektive Voreingenommenheit

60

Objektive Befangenheit 4/5

Beispiel:

- Veränderung des ursprünglichen Beweisbeschlusse durch weitreichende unzulässige psychologische Ableitungen
- Beantwortung der abgeleiteten Fragen und Entscheidungsempfehlungen an Gericht

Begründung:

- Überschreitung Auftrag
- Eigenmächtige Veränderungen des Beweisbeschlusses
- Verletzung der grundlegenden Verfahrensrechte Eltern und Kinder
- Eingriff in Elternrechte

61

Objektive Befangenheit – Positive Entscheidung 5/5

Positive Entscheidung
OLG Düsseldorf 14.02.2023, II-2 WF 143/22 (nicht veröffentlicht)

- Mängel in der fachlichen Vorgehensweise, die hier genauestens und in einer Vielzahl aufgezeigt werden, führten auch zur Annahme fehlender Ergebnisoffenheit
- Überschreitung des Gutachterauftrages als Befangenheitsgrund (Empfehlungen zum Hauptaufenthalt des Kindes und zur künftigen Umgangsregelung obwohl hierzu keinerlei Fragen gestellt wurden.
- Unzureichende Ableitung psychologischer Fragen
- Fehlen eines Untersuchungsplanes mit Festlegung konkreter Untersuchungsmethoden und systematischer Beantwortung abgeleiteter psychologischer Fragen

62

Anwaltliche Handlungsoptionen 1/5

- Ausführungen zu Erforderlichkeit
- Beweisanregungen zu sonstigen konkreten Frei- oder Strengbeweismöglichkeiten
- Erörterung / Vorschläge konkreter Beweisfragen
- Erörterung von Auswahlkriterien und Qualifikationsanforderungen an Sachverständigen
- Anregung und Bitte zur Überprüfung konkreter Qualifikationen bei gerichtlichem SV, mit Vorlage von Nachweisen
- Schriftsatz an SV zur Abwehr von beabsichtigten Ermittlungen, Durchschlag an Gericht mit der Bitte um Weisungen
- Keine Erteilung von Schweigepflichtsentbindungen für Dritte

63

Anwaltliche Handlungsoptionen 2/5

- Anforderung des Untersuchungsplanes mit Kostenvoranschlag
- Nachfrage nach Qualifikation und Nachweisen
- Rüge mangelnder Qualifikation
- Anregung zur Aufhebung oder Änderungen des Beweisbeschlusses
- (Sofortige) Beschwerde § 58 I FamFG oder analog §§ 567 ff ZPO / streitig

  (Zur Problematik vgl. Entscheidung BVerfG 18.12.2018 – 1 BvR 1240/18 –, m. Anm. Korn- Bergmann, FamRZ 2019, 549ff.)
- Befangenheitsantrag gegen Richter, sofern Beschluss grobe Verfahrensverstöße oder Eingriffe in materielle Grundrechte beinhaltet
- Erklärung der Zustimmungsverweigerung des Mandanten für eigene Begutachtung
- Erklärung der Zustimmungsverweigerung für Begutachtung des Kindes

64

Anwaltliche Handlungsoptionen 3/5

- Antrag auf Herausgabe von Akten, Unterlagen, Ergebnisse des SV an Gericht, § 407a V 2 ZPO
- Antrag auf Einsichtnahme in diese Unterlagen, § 13 FamFG, Art. 15 DSGVO
- Antrag auf Verlängerung der Stellungnahmefrist bis Zeitpunkt nach Erhalt des Gutachtens
- Aufforderung an SV zur Übersendung von Kopien der Befunderhebung nach Art. 15 DSGVO
- Antrag auf Kostenauferlegung bei Zurückbehaltung plus Ordnungsgeldfestsetzung, § 409 I ZPO
- Antrag auf Einsichtnahme Gutachterabrechnung und Stellungnahmemöglichkeit vor Auszahlungsanordnung

65

Anwaltliche Handlungsoptionen 4/5

- Antrag auf Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens, § 411 III ZPO
- Beantragung der mündlichen Erläuterung des Gutachtens, § 411 III ZPO
- Erhebung der Mängelrüge
- Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens durch anderen Sachverständigen bei Unverwertbarkeit, erkennbar fehlender Qualifikation, grober Mangelhaftigkeit, § 412 I ZPO
- Befangenheitsantrag gegen Gutachter, § 406 ZPO
- Vorschlag: Mängelrüge mit Befangenheitsantrag kombinieren

66

Anwaltliche Handlungsoptionen 5/5

- Sofortige Beschwerde bei abschlägiger Bescheidung des Befangenheitsantrags, § 406 V ZPO
- Einholung eines Privatgutachtens / einer methodenkritischen Stellungnahme (Auseinandersetzungspflicht des Gerichts!)
- Antrag auf Niederschlagung Kosten, § 21 GKG, §§ 8 ff. JVEG
- Anregung auf Einsichtnahme und Stellungnahmemöglichkeit in Gutachterabrechnung vor Auszahlung

67

Strategische Überlegungen

- Sinnvoller Einsatz der Optionen?
- Risikoabwägung für Einsatz
- Zeitablauf durch Optionsgebrauch als Nachteil/Vorteil?
- Optionsgebrauch als Gefahr für Mandaten?
- Zeitpunkt des Handelns, insbesondere bei Befangenheit
- Zeitpunkt von Datenschutzrügen
- Kosten – Nutzen – Faktor?
- Beachtung prozessdynamischer Aspekte
- Auswirkungen auf Kinder

68

Strukturelle Verbesserungen und Erfordernisse

Gesetzgeber

- Zulassung der Rechtsbeschwerde zum BGH
- Rechtsmittel gegen Beweisbeschlüsse (Beschwerde oder sofortige Beschwerde)
- Pflicht des SV zur persönlichen Untersuchung und Begutachtung (vgl. Betreuungsrecht § 280 II FamFG)
- Verpflichtung zur Beachtung des Datenschutzes (Persönlichkeitsrecht, informelles Persönlichkeitsrecht, DSGVO)
- Öffentliche, unabhängige, qualifizierte Institution zur Zertifizierung von SV in Kindschaftsverfahren

69

Strukturelle Verbesserungen und Erfordernisse

Beteiligte

- Wahrnehmung der Leitungsfunktion und Amtsermittlung durch Gericht
- Fachliche qualifizierte Ausbildung und Weiterbildung
- Kenntnisse über eigene Rolle, Aufgaben, Kompetenzen
- Kenntnisse über Rolle, Aufgaben, Kompetenzen anderer Beteiligter
- Wertschätzender gegenseitiger Umgang
- Kein Einigungsdruck auf Betroffene
- Regelmäßiger interdisziplinärer fachlicher Austausch

70

Fazit

Einhaltung von Rechtsregeln:

- Schnellere und transparentere Verfahren
- Dient Kinderschutz und Elternschutz

Mut zum Recht

71

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT

72