

Harald Vogel\*

## Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit in Kindschaftssachen nach Inkrafttreten des FGG-RG

### *Zusammenfassung*

Neutralität, Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit des Sachverständigen, der lediglich Gehilfe des Richters<sup>1</sup> ist, stellen im familiengerichtlichen Verfahren die erforderliche Distanz<sup>2</sup> zwischen den Beteiligten her. Diese ist notwendig, damit von vornherein keine Möglichkeit besteht, das Rechtsinstitut der Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit als ein taktisches Mittel der Verfahrensverzögerung einzusetzen.<sup>3</sup> Andererseits sind aber auch die Bestimmungen über die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit wegen seiner Machtfülle im Verfahren erforderlich.<sup>4</sup>

Schlüsselworte: Befangenheit des Sachverständigen, Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit, Gründe und Fristen bei der Ablehnung,

### *Abstract*

Neutral, impartial and unbiased experts, who solely assist the judge, establish the necessary distance between the parties in family court litigations. This is necessary to make sure that experts cannot be recused for bias as a tactical maneuver to delay the proceedings. On the other hand, the provisions to challenge an expert on the grounds of bias are of utmost importance because of the expert's abundant influence during the proceedings.

Key words: Biased expert, Challenge of an expert on the grounds of bias, Reasons and time limits for the bias challenge

\* weiterer aufsichtführender Richter am Amtsgericht a.D.

1 Salzgeber, FamRZ 2008, 1003, 1004; Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2. Aufl. 2015, S. 456.

2 Gomille, NZFam 2016, 726.

3 Hammer in: Prütting/Helms, FamFG, 3. Aufl. 2014, § 163 Rn. 23.

4 Hartmann, Zivilprozessordnung, 74. Aufl. 2016, § 406 Rn. 2; Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2. Aufl. 2015, S. 456.

## I Einleitung

Das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 trat am 1. September 2009 in Kraft.<sup>5</sup> Es enthält in Art. 1 FGG-RG das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG).

Im Folgenden wird auf wichtige Probleme der §§ 42 – 49, 406 ZPO, die gemäß § 6 I 1 FamFG im familiengerichtlichen Verfahren entsprechend gelten, im Bereich der Kindschaftssachen nach den §§ 151ff FamFG eingegangen.

Die Kindschaftssachen sind hierfür ausgewählt worden, weil sie häufig sehr emotional aufgeladen sind<sup>6</sup> und deshalb in diesem Bereich mehr als sonst Befangenheitsanträge gestellt werden.

In Bezug auf das hier zu erörternde Beitragsthema nimmt das FamFG in mehreren Bestimmungen Bezug auf die ZPO. Die Vorschrift des § 6 I 1 FamFG bestimmt, dass für die Ablehnung der Gerichtspersonen die §§ 42 – 49 ZPO entsprechend gelten. Diese Norm findet keine Anwendung auf Ehesachen und Familienstreitsachen. Das ergibt sich aus § 113 I 1 FamFG. In diesem Bereich gelten die Allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung und die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren vor den Landgerichten entsprechend. Die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit in Kindschaftssachen des § 111 Nr. 2 FamFG, die weder Ehesachen noch Familienstreitsachen sind, richtet sich daher über § 6 I 1 FamFG nach den §§ 42ff ZPO entsprechend. Diese Vorschriften beziehen sich auf die Ablehnung von Gerichtspersonen. Da auch der Sachverständige zu den Gerichtspersonen zählt<sup>7</sup>, greifen auf ihn in Kindschaftssachen auch für die Ablehnung des Sachverständigen die Vorschriften der §§ 42ff ZPO entsprechend ein. Hingegen kann der Bestimmung des § 30 FamFG, bei der die förmliche Beweisaufnahme sich nach den entsprechenden Vorschriften der ZPO richtet, nichts entnommen werden. Denn sie stellt lediglich klar, wie die förmliche Beweisaufnahme durchgeführt werden soll, sagt aber nichts zu der Frage, nach welchen Normen sich die Befangenheit des Sachverständigen wegen Befangenheit richtet. Auch wenn in Literatur<sup>8</sup> und Rechtsprechung<sup>9</sup> bei der Ablehnung von Sachverständigen die Vorschrift des § 30 I FamFG oftmals genannt wird, ergibt sich für das hiesige Problem nichts.

5 Art. 112 I FGG-RG.

6 Schnitzler, NZFam 2016, 781.

7 Musielak/Borth/Grandel, Familiengerichtliches Verfahren 1. und 2. Buch, 5. Aufl. 2015, § 6 FamFG Rn. 2.

8 Völker, FPR 2008, 287.

9 Vgl. z.B. OLG Hamm, ZKJ 2012, 229; OLG Karlsruhe, FamRZ 2016, 65; OLG Saarbrücken, FamRZ 2014, 411; OLG Brandenburg, FamRZ 2015, 68.

## II. Die Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit

### A Formelle Voraussetzungen

Der Sachverständige kann aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden, § 406 I 1 ZPO. Der Ablehnungsantrag ist bei dem Gericht oder Richter anzubringen, von dem der Sachverständige ernannt ist, §§ 44 I 1. HS., 406 II 1 ZPO; er kann auch vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden, §§ 44 I 2. HS., 406 II 3 ZPO. Mit Rücksicht hierauf besteht kein Anwaltszwang, § 78 III ZPO.

Damit der Ablehnungsantrag wegen Zeitablaufs nicht unzulässig wird, sind für die Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit insgesamt vier Zeitpunkte<sup>10</sup> zu beachten, weil andernfalls der Verlust des Ablehnungsrechts besteht:

1. Zeitpunkte/Zeiträume für die Erhebung des Antrages auf Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit
  - a) Zeitpunkt der Bestellung des Sachverständigen

Die erste Gelegenheit zur Erhebung des Antrages eines Beteiligten auf Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit entsteht bereits nach Ernennung des Sachverständigen durch den Beweisbeschluss des Gerichts.<sup>11</sup> Wird die Ernennung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung verkündet oder wird die Ernennung des Sachverständigen durch Zustellung des Beschlusses den Beteiligten zugestellt, so muss die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit bereits binnen zwei Wochen erfolgen, § 406 II 1 ZPO. Wird diese Frist nicht eingehalten, so ist grundsätzlich der Antrag auf Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit unzulässig. Ausnahmen sind nur noch in dem Fall des § 406 II 2 ZPO möglich. Die Vorschrift regelt den Fall, dass der Antragsteller glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden verhindert war, den Ablehnungsgrund früher geltend zu machen.

Der Sachverständige ist aber von sich aus bei der Analyse der übersandten Gerichtsakte auch verpflichtet zu überprüfen, ob Gründe für die eigene Befangenheit vorliegen. Sollten Befangenheitsgründe bestehen, hat er das dem Gericht mitzuteilen, damit dieses ihn durch Änderung des Beweisbeschlusses entpflichtet<sup>12</sup>.

10 OLG Bamberg, MDR 2016, 868, besprochen von Elzer.

11 Hartmann (Fn. 3), § 406 ZPO Rn. 21.

12 Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2. Aufl. 2015, S. 459.

## b) Zeitraum bis zur Erstellung des Gutachtens

Die zweite Möglichkeit zur Erhebung des Antrages eines Beteiligten auf Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit entsteht mit der Anhörung der Beteiligten zum Zwecke der Erstellung des Gutachtens. Ist hier einer der Beteiligten der Ansicht, dass während der Explorationsgespräche des Sachverständigen mit ihnen Ablehnungsgründe gegen den Sachverständigen vorliegen, so müssen die Beteiligten das ohne schuldhaftes Verzögern (unverzüglich) geltend machen, § 121 I BGB, d.h., sie haben den Ablehnungsantrag „innerhalb einer den Umständen des Einzelfalles angepassten Prüfungs- und Überlegungsfrist anzubringen.“<sup>13</sup>

## c) Zeitpunkt der Bekanntgabe des Gutachtens oder Ergänzung des Gutachtens

Wird das Gutachten den Beteiligten übersandt und ergibt sich nunmehr der Ablehnungsgrund aus dem Inhalt des Gutachtens selbst, kommt die allgemeine Regel des § 121 I BGB zur Anwendung,<sup>14</sup> weil die Ablehnung des Sachverständigen innerhalb der 2-Wochenfrist nach seiner Ernennung nicht mehr möglich. Diese Ablehnungsfrist des § 406 II 2 ZPO greift nicht ein, auch nicht analog.<sup>15</sup> Wird dem Antragsteller von dem Gericht eine Frist zur Stellungnahme nach § 411 IV ZPO gesetzt, so ist der Ablehnungsgrund innerhalb dieser Frist geltend zu machen. Ist hingegen den Beteiligten vom Gericht keine Frist nach § 411 IV ZPO gesetzt worden, so kann bei einem umfangreichen Gutachten unter Berücksichtigung einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist auch eine Zeit von drei bis vier Wochen sein.<sup>16</sup> Der Zeitraum ist in diesem Fall länger.<sup>17</sup> Soll der Ablehnungsgrund im schriftlichen Gutachten selbst liegen und wird der Ablehnungsantrag hingegen erst mehr als drei Monate nach Kenntnis von dem Ablehnungsgrund eingereicht und werden keine Angaben zur Verzögerung gemacht, so ist die Ablehnung des Sachverständigen unzulässig.<sup>18</sup>

## d) Zeitpunkt der mündlichen Erörterung des Gutachtens oder des Ergänzungsgutachtens

Wird das Gutachten im Termin entsprechend § 411 III 2 ZPO mündlich erörtert und ergeben sich dann Ablehnungsgründe, ist der Ablehnungsantrag sofort zu stellen.<sup>19</sup>

13 Elzer, MDR 2016, 868.

14 BGH, NJW 2005, 1869 = FamRZ 2005, 1083 LS; OLG Hamm, NJW-RR 2013, 1017, 1018; OLG Naumburg, NJW-RR 2014, 93, 94.

15 AmtsG Itzehoe, FamRZ 2009, 443.

16 AmtsG Itzehoe, FamRZ 2009, 443.

17 Zimmermann, in: MK/ZPO Krüger/Rauscher, 4. Aufl. 2012, Rn. 7.

18 BayObLG, FamRZ 1986, 829, 830.

19 Elzer, MDR 2016, 868.

## 2. Weiteres Verfahren

Die Form des Ablehnungsantrages richtet sich nach § 25 FamFG. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung können die Beteiligten Anträge und Erklärungen gegenüber dem zuständigen Gericht schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle abgeben, soweit eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht notwendig ist. Der Antrag muss konkrete tatsächliche Behauptungen Tatsachen zum Inhalt haben, aus denen sich die Befangenheit des abzulehnenden Sachverständigen ergeben soll. Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; zur Versicherung an Eides statt als Mittel der allgemeinen Glaubhaftmachung gemäß § 31 I FamFG darf der Beteiligte nicht zugelassen werden, § 406 III 2. HS. ZPO.

Der Sachverständige ist anzuhören.<sup>20</sup> Hierbei ist der Beschleunigungsgrundsatz des § 155 FamFG zu beachten. Der Richter hat hierbei kurze Fristen zu setzen.

Die Anhörungspflicht ergibt sich nicht bereits aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 103 I GG. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Beteiligten, die am gerichtlichen Verfahren als Beteiligte oder in ähnlicher Stellung hinzugezogen werden oder von dem Verfahren unmittelbar rechtlich betroffen sind.<sup>21</sup> Beide Tatbestände liegen nicht vor. Der Sachverständige ist kein Beteiligter des Verfahrens. Er ist lediglich am Verfahren beteiligt. Auch wird weder durch die Anhörung noch durch die Nichtanhörung des Sachverständigen vor seiner Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit in seine Rechte eingegriffen. Dieser Eingriff entsteht frühestens im Entschädigungsverfahren, das seine Vergütung zum Inhalt hat.<sup>22</sup> Wohl aber ergibt sich die Anhörungspflicht des Sachverständigen durch das Gericht daraus, dass ohne die Äußerung des Sachverständigen kaum eine sachgerechte Entscheidung möglich ist.<sup>23</sup> Der Sachverständige muss daher Gelegenheit erhalten, zu den ihm zur Last gelegten Vorwürfen Stellung zu nehmen.<sup>24</sup> Er soll zu den ihm vorgeworfenen Vorkommnissen aus seiner Sicht –sachlich und unparteiisch – Stellung nehmen. Allerdings ist der Sachverständige zur Stellungnahme nicht verpflichtet.<sup>25</sup>

Die Entscheidung über den Ablehnungsantrag ergeht durch das Gericht, das den Sachverständigen ernannt hat mittels eines gesonderten Beschlusses<sup>26</sup> in einem Zwischenverfahren und nicht in den Gründen der Hauptentscheidung, § 406 IV ZPO analog. Eine Entscheidung über den Ablehnungsantrag wegen Befangenheit erst in den

20 A.A. Hammer, (Fn. 2) § 163 Rn. 24; Zimmermann, in MK-ZPO/Krüger/Rauscher, 4. Aufl. 2012, § 406 Rn. 11; Hartmann, (Fn. 3), § 406 Rn. 28.

21 Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl. 2016, Art. 103 GG Rn. 7.

22 Schultz, MDR 1985, 853, 854.

23 Huber, in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 13. Aufl. § 406 Rn. 17.

24 Salzgeber, Familienpsychologische Gutachten, 6. Aufl. 2015, Rn. 240.

25 Salzgeber, Familienpsychologische Gutachten, 6. Aufl. 2015, Rn. 240; Hartmann, (Fn. 3), § 406 Rn. 28.

26 KG, FamRZ 2009, 1517.

Gründen der Endentscheidung ist daher unzulässig.<sup>27</sup> Unterbleibt eine derartige rechtsmittelfähige Zwischenentscheidung (§ 58 II FamFG), liegt ein schwerer Verfahrensmangel vor, der zur Aufhebung der Hauptsacheentscheidung führt,<sup>28</sup> wenn die Beschwerde gegen einen entsprechenden Ablehnungsbeschluss Erfolg gehabt hätte. Wird dem Ablehnungsantrag stattgegeben, findet gegen diesen Beschluss kein Rechtsmittel statt, § 406 V ZPO. Wird der Ablehnungsantrag hingegen zurückgewiesen, besteht die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde, nachdem eine Abhilfeprüfung noch vorge-schaltet ist, § 572 ZPO.<sup>29</sup> Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Ablehnungs-antrag darf das Gericht das Gutachten nicht verwerten.<sup>30</sup>

### A. Materielle Voraussetzungen

#### 1. Grundsätzliches

Gemäß § 42 II ZPO findet wegen Besorgnis der Befangenheit die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Da nach den §§ 6 I 1 FamFG, 406 I 1 ZPO ein Sachverständiger aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden kann, ist eine Besorgnis der Befangenheit eines Sachverständigen gerechtfertigt, wenn der ablehnend Beteiligte den Eindruck hat, der Anschein der Parteilichkeit läge vor. Dieser Anschein muss sich aber auf Tatsachen oder Umstände gründen, die vom Standpunkt des Ablehnenden die Befürchtung rechtfertigen, der Sachverständige stehe der Sache nicht unvoreingenommen gegenüber. Für die Ablehnung kommt es nicht darauf an, ob der Sachverständige tatsächlich parteilich ist oder das Gericht Zweifel an seiner Unparteilichkeit hat. Ausreichend ist bereits, wenn vom Standpunkt des Ablehnenden bei vernünftiger Betrachtung genügend objektive Gründe vorliegen, die nach Meinung eines ruhig und vernünftig denkenden Beteiligten Anlass zu Zweifeln an der Unvoreingenommenheit und Objektivität des Sachverständigen geben.<sup>31</sup> In Abgrenzung hierzu scheiden aber rein subjektive oder unvernünftige Vorstellungen und Gedankengänge des Ablehnenden als Ablehnungsgrund aus.<sup>32</sup>

27 Hartmann, (Fn. 3), § 406 Rn. 30.

28 Sternal, in: Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 30 Rn. 106; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 406 Rn. 14 a.

29 Schnitzler, NZFam 2016, 781, 782; OLG Frankfurt/M., NJW-PR 2016, 710.

30 OLG Saarbrücken, FamRZ 2014, 411, 412; Hartmann, (Fn. 3), § 406 Rn. 28.

31 OLG Karlsruhe, FamRZ 2016, 651; OLG Hamm, ZKJ 2012, 229.

32 OLG Hamm, ZKJ 2011, 36, 37 f = FPR 2011, 50.

## 2. Beispiele zur Befangenheit

### a) Überschreitung des Gutachterauftrages

Der BGH<sup>33</sup> stellt seiner Entscheidung in Bezug auf die Sachverständigenablehnung wegen Überschreitung des Gutachterauftrags folgenden Leitsatz voran:

*„Ob die Überschreitung eines Gutachterauftrags geeignet ist, bei einer Partei bei vernünftiger Betrachtung die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen hervorzurufen, ist einer schematischen Betrachtungsweise nicht zugänglich, sondern kann nur auf Grund des jeweiligen Einzelfalles entschieden werden.“*

*In den Gründen führt der BGH weiter aus: „Eine ... unsachliche Grundhaltung kann sich daraus ergeben, dass der Gutachter Maßnahmen ergreift, die von seinem Gutachterauftrag nicht gedeckt sind.“*

Folgendes dürfte daher im Grundsatz unstrittig sein: Da der Richter der Auftraggeber des Sachverständigen ist, bestimmt auch jener das genaue Aufgabengebiet des Sachverständigen. Dieser Aufgabenkreis wird durch den richterlichen Beweisbeschluss festgelegt. Der Sachverständige ist daher nicht befugt, eigenmächtig den Gutachterauftrag des Gerichts auszudehnen.<sup>34</sup> Er darf daher z.B. nicht einvernehmensorientiert arbeiten, wenn das Gericht das gemäß § 163 II FamFG in Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, nicht angeordnet hat. Hält der Sachverständige sich gleichwohl hieran nicht, sondern geht eigenmächtig über den gesteckten richterlichen Rahmen hinaus, begründet dieser Umstand bereits die Besorgnis der Befangenheit.<sup>35</sup>

Soweit Salzgeber in seiner Anmerkung<sup>36</sup> zum Beschluss des OLG Thüringen<sup>37</sup> die Ansicht vertritt, dass „es der Sachverständigen-Praxis entspreche, bei der Frage nach dem Aufenthalt der Kinder auch die Frage des Umgangsrechts mit einzubeziehen“, muss dem widersprochen werden. Sollte der Sachverständige bei seiner Untersuchung mit den Beteiligten zu dem Ergebnis kommen, dass es in dem konkreten Fall durchaus angebracht sei, auch Aussagen zur Umgangsregelung zu machen, dann hat er sich vorab mit seinem Auftraggeber, d.h., mit dem Gericht in Verbindung zu setzen und darauf hinzuwirken, dass der Richter seinen ursprünglichen Beweisbeschluss erweitert. Erst nach Ergänzung des Beweisbeschlusses ist der Sachverständige befugt, zusätzlich eine konkrete Umgangsregelung zu erarbeiten. Vorher jedoch nicht! Dass die von Salzgeber mitgeteilte „Sachverständigen-Praxis auch von den Gerichten in der Praxis erwartet wird, ist nicht überall gängige Praxis. Denn die amtswegige Regelung des Umgangs gemäß § 1684 BGB obliegt allein dem Richter. Bearbeitet der Gutachter Fragen, welche

33 NJW-RR 2013, 851.

34 OLG Naumburg, FamRZ 2012, 657, 658.

35 OLG Naumburg, FamRZ 2012, 657, 658; Hartmann, (Fn. 4), § 406 Stichwort: Überschreitung der Beweisfrage.

36 FamRZ 2008, 1003, 1004.

37 FamRZ 2008, 284ff.

nicht durch den Beweisbeschluss umfasst sind, so ist seine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit begründet.<sup>38</sup>

## b) Ausdrucksweise

Ein Sachverständiger kann auf scharfe Angriffe eines Beteiligten durchaus ebenso scharf erwidern. Er darf hierbei nur nicht unsachlich werden und den Angreifenden diffamieren, verletzen oder unangemessene Vorwürfe erheben. Er darf mithin nicht den Boden der Sachlichkeit und Unvoreingenommenheit verlassen.<sup>39</sup> So hat das AmtsG Tempelhof-Kreuzberg<sup>40</sup> zu Recht einen Gutachter in einem Sorgerechtsverfahren als befangen abgelehnt, der einem Elternteil ein Minimum an elterlicher Dialogbereitschaft abgesprochen hat, der sich geweigert hat, gemeinsam mit dem anderen Elternteil an einer „lösungsorientierten“ Begutachtung mitzuwirken. Diese Einschätzung des Sachverständigen liegt dann völlig neben der Sache. Denn jedem Elternteil muss es selbst überlassen bleiben, ob er sich einvernehmensorientiert verhalten will oder ob er in dem Einzelfall eine gerichtliche Entscheidung erstrebt. Zu dieser Problematik hat der Verfasser in seinem mit dem Titel überschriebenen Aufsatz „Recht zum Streit, Pflicht zur Entscheidung“ bereits Ausführungen gemacht.<sup>41</sup> Um Wiederholungen zu vermeiden, wird hierauf Bezug genommen.

Eine sachliche Stellungnahme des Sachverständigen ist auch im Ablehnungsverfahren geboten. Hier besteht oftmals die Gefahr, dass der Sachverständige über das Ziel hinausschießt, weil er sich durch die Kritik an seinem Gutachten selbst tangiert sieht. Indem er die Kritik des Beteiligten mit den Worten unverschämt, völlig absurd, inkompetent, unsinnig, frech usw. abtut, stellt er sich selbst bloß und riskiert hiermit einen Ablehnungsantrag. Der Sachverständige sollte daher stets sachlich bleiben und die gebotene Neutralität wahren.

## c) Aufbauen persönlicher Beziehungen zu einem Beteiligten

Auch bei der Exploration sollte der Sachverständige stets die nötige Distanz zu den Beteiligten wahren. Das OLG Düsseldorf<sup>42</sup> hat daher zu Recht einen Sachverständigen für befangen erklärt, der bei der Untersuchung „den Vater getröstet und ihn über den Rücken gestreichelt habe.“ Der Sachverständige hat hier die notwendige Distanz nicht eingehalten. Aus der Sicht der Mutter ist es daher nachvollziehbar, dass sie den Sachverständigen wegen der persönlichen Nahebeziehung für befangen ansieht. Das OLG Brandenburg<sup>43</sup> hat bei der Frage, ob nahe persönliche Beziehungen zu einem Beteilig-

38 OLG Frankfurt/M., NJW-RR 2016, 710; OLG Hamm, FPR 2011, 50.

39 OLG Hamm, ZKJ 2011, 36, 38 = FPR 2011, 50.

40 FamRZ 2014, 781.

41 Vogel, PdR 2011, 190ff.

42 FamRZ 2013, 1241.

43 NZFam 2016, 666.

ten Misstrauen gegen die Unparteilichkeit zu rechtfertigen vermögen, ausgeführt, dass es hierbei auf die Umstände des Einzelfalles ankommt. Maßgebend ist, ob nach Art und Gegenstand des Verfahrens und der sich daraus ergebenden Interessenlage vernünftigerweise befürchtet werden muss, der Abzulehnende stehe auf Grund seiner persönlichen Beziehung zu einem Beteiligten der Sache nicht mehr unvoreingenommen gegenüber.

#### d) Einseitigkeit

Das OLG Karlsruhe<sup>44</sup> vertritt die Rechtsansicht, dass ein Sachverständiger wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann, wenn er außerhalb seines Auftrags die Glaubhaftigkeit streitiger Tatsachen ohne konkrete Erkenntnisse oder objektiver Beweismittel einseitig zugunsten eines Beteiligten beurteilt. Er hat seiner Bewertung lediglich den vom Vater und dessen Familie gewonnenen Eindruck zugrundegelegt. Diese Vorgehensweise ist daher zu Recht geeignet, die Befürchtung einer Voreingenommenheit gegenüber der Mutter zu begründen.

### 3. Beispiele zur fehlenden Befangenheit

#### a) fehlende Sachkunde des Gutachters und mangelnde Qualität des Gutachtens

Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit ist kein Mittel zur Fehlerkontrolle. Fehlende Sachkunde des Gutachters und sachliche Fehler entwerfen lediglich den Beweiswert des Gutachtens, rechtfertigen aber für sich allein nicht die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit.<sup>45</sup> Fehlerhafte Bewertungen, Sorgfaltswidrigkeiten, Unvollständigkeiten und sonstige Unzulänglichkeiten im schriftlichen Gutachten sowie Mangel an Sachkunde müssen mit der Beschwerde gegen die Endentscheidung angegriffen werden.

#### b) Rechtfertigender Notstand

Unter Anlehnung an die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) hat das OLG Hamm<sup>46</sup> ausgeführt, dass der mit der Feststellung zu Fragen des Entzugs der elterlichen Sorge beauftragte Sachverständige, der nach Abschluss seiner Untersuchungen das Vorliegen einer akuten Kindeswohlgefährdung festgestellt hat, welches einen Aufschub von Maßnahmen zum Schutz des Kindes bis zur schriftlichen Abfassung seines Gutachtens nicht gestattet, sich nicht allein dadurch dem Vorwurf der fehlenden Unvoreingenommenheit aussetzt, wenn er die zuständigen Behörden

<sup>44</sup> FamRZ 2016, 651 f.

<sup>45</sup> BGH, NJW-RR 2011, 1555; KG, FamRZ 2016, 483, 484.

<sup>46</sup> ZKJ 2012, 229, 230 = FamRZ 2012, 894 LS.

bereits vor Einreichung seines schriftlichen Gutachtens von der bestehenden Gefahrenlage in Kenntnis setzt mit dem Ziel, dass Maßnahmen zum Schutz des Kindes getroffen werden können.

### c) Anknüpfungstatsachen

Die Feststellung des Sachverhalts ist Aufgabe des Gerichts und nicht des Sachverständigen. Denn das unterliegt dem Unmittelbarkeitsprinzip. Eine Ausnahme gilt aber immer dann, wenn dem Gericht auch die erforderliche Sachkunde für die Entscheidung der Frage fehlt, welche Tatsachen für die Begutachtung erheblich und deshalb zu erheben sind. In diesen Fällen kann es dem Sachverständigen überlassen bleiben, die notwendige Auswahl zu treffen und die Anknüpfungstatsachen auch selbst zu erheben. Es geht hierbei allein darum, wie der Sachverständige die Erforschung betreibt.<sup>47</sup> Vor dem Hintergrund seiner fachlichen Expertise entscheidet der Sachverständige, welche Anknüpfungstatsachen er in sein Gutachten aufnimmt.<sup>48</sup> In Sorgerechtsverfahren, in denen das Gericht sich zur Klärung der Frage nach dem, was das Kindeswohl an Entscheidungen fordert, des Rates eines Sachverständigen bedient, entspricht es in der Regel, dass dem Sachverständigen die Entscheidung der Frage überlassen bleibt, in welchem Umfang der Sachverhalt aufgeklärt wird, insbesondere, ob und in welchem Umfang der Frage der Bedeutung von Bezugspersonen für das Kind nachgegangen wird. Diese erweiterte Sachverhaltsfeststellung darf der Sachverständige selbst treffen. Dabei setzt er sich nicht der Besorgnis der Befangenheit aus.

### d) Telefongespräche mit den Beteiligten über reine Verfahrensfragen

Terminabsprachen, die Anforderung von Unterlagen usw. kann einem Sachverständigen nicht verwehrt werden. Solange sich solche Besprechungen auf reine Verfahrensangelegenheiten in sachlicher Form beziehen, ist der Vorwurf der Befangenheit unbegründet.<sup>49</sup>

### c) Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Ablehnungsantrag nur dann begründet ist, wenn sowohl die vier Einsatzzeitpunkte hinreichende Beachtung finden (formelle Voraussetzungen) als auch die Darlegung erforderlich ist, dass der Sachverständige sich unparteilich, distanzlos und voreingenommen verhalten hat (materielle Voraussetzungen). Damit der Antrag auf Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit überhaupt nicht zum Tragen kommt, sollte der Sachverständige sich professionell ver-

47 Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2. Aufl. 2015, S. 462.

48 Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch der Rechtspsychologie, 1. Aufl. 2014, S. 278, 282.

49 OLG Frankfurt/M., FamRZ 1989, 410.

halten und sich selbst nicht durch unschickliche Äußerungen der Gefahr einer Ablehnung wegen Befangenheit aussetzen. Er sollte stets unvoreingenommen, unparteilich und neutral sein.<sup>50</sup>

*Korrespondenzadresse:*

Dr. Harald Vogel  
weiterer aufsichtsführender Richter am AmtsG a.D.  
Gütlingstraße 7b  
14167 Berlin

50 BVerfG, NJW 2015, 223, 225.