

# ORIGINALBEITRÄGE

*Matthias Bergmann*

## Zur Qualität familiengerichtlicher Gutachten: Die Pflicht des Sachverständigen zur Überprüfung des richterlichen Beweisbeschlusses im familiengerichtlichen Verfahren

### *Zusammenfassung*

Die Qualität familiengerichtlicher Gutachten ist in den letzten Jahren kontrovers diskutiert worden. Nachdem die Kritik an der Praxis familiengerichtlicher Begutachtungen nicht nur in der Presse<sup>1</sup> und der Fachwelt<sup>2</sup>, sondern auch in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung<sup>3</sup> immer deutlicher wurde, liegen mittlerweile einige Grundlagen für die Festlegung fachlicher Mindeststandards bei der familiengerichtlichen Begutachtung vor<sup>4</sup>. Wenig beachtet wird jedoch, dass eine Praxis, welche mit so erheblichen Problemen kämpft, letztlich nur möglich ist, wenn die gerichtliche Aufgabe der Leitung des Verfahrens (§ 30 I FamFG iVm. § 404a ZPO) versagt<sup>5</sup>. Der entscheidende Fehler liegt hier sehr oft in der unzulässigen und ungenauen Beauftragung der Gutach-

- 1 <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-131147787.html>; <http://www.ardmediathek.de/tv/Panorama-3/Familiengericht-Mangelhafte-Gutachten/NDR-Fernsehen/Video?documentId=22910488&bcastId=14049184>; <https://www.youtube.com/watch?v=dLbcmLm-ULA>; <http://daserset.e.ndr.de/panorama/archiv/2014/Familiengerichte-Jedes-zweite-Gutachten-mangelhaftgutachten132.html>.
- 2 Salewski/Stürmer, Qualitätsmerkmale in der Familienrechtspychologischen Begutachtung, [http://www.fernuni-hagen.de/psychologie/qpfg/pdf/Untersuchungsbericht1\\_FRPGutachten\\_1.pdf](http://www.fernuni-hagen.de/psychologie/qpfg/pdf/Untersuchungsbericht1_FRPGutachten_1.pdf); Korn-Bergmann/Puschke, FamRB 2013, 302ff; 338ff; 2014, 25ff; Hartmann-Hilter, NZFam 2015, 600.
- 3 BVerfG FamRZ 2016, 439; BVerfG NJW 2015, 223 Rn. 27 = FamRZ 2015, 112 = NZFam 2015, 86; NJOZ 2006, 3851 Rn. 26 = FamRZ 2006, 1593.
- 4 OLG Celle (2015); Arbeitsgruppe Familienrechtliche Gutachten (2015).
- 5 Bergmann, Der Beweisbeschluss im Kindschaftsverfahren, FamRB 2016, 364 ff.

DOI: 10.5771/2365-1083-2018-3-320

terin im Beweisbeschluss<sup>6</sup>. Hier kommt der psychologischen Gutachterin<sup>7</sup> die Aufgabe zu, den Beweisbeschluss und Gutachtenauftrag des Gerichtes zum einen wie auch das restliche Verfahren nach § 407 a I u. III S. 1 ZPO kritisch zu überprüfen und ggf. im richterliche Klarstellung zu bitten.

Schlüsselworte: Familiengerichtliche Gutachten, Beweisbeschluss Kontrollaufgaben der Gutachterin, Richtervorbehalt, Befangenheit, Verwertbarkeit von Gutachten

### *Abstract*

For more than twenty years the quality of psychological expert opinions in German family courts has been discussed not only in the respective legal and psychological circles but also in the general public. The German constitutional court has weighted in on the matter and over the last years an expert code of conduct has been established. The enormous issues regarding the quality of expert opinions in the courts can only be explained by a lack of judicial control through the judges. The judges often fail to exercise their constitutionally mandated leadership in the process of introducing experts into the process, thus transferring strictly judicial tasks to experts without judicial experience or education. As the psychological experts are usually not lawyers, the common practice of many courts to transfer legal questions of the case to the psychological expert is unconstitutional. The courts cannot delegate answering legal questions to nonjudicial experts.

The key element of the transition between judicial and psycholigical tasks is the „Beweisbeschluss“, which includes the experts authorization and mission in regard to the courts process. Psychological experts experts are obligated to check that document thoroughly (§ 407 a I u. III S. 1 ZPO), and go back to the court with any questions that may arise, in particular in cases, when legal questions and judicial tasks implicitly or explicitly are included in the courts questions and as such elements of the “Beweisbeschluss”.

Keywords: psychological expert opinions in family court cases; evidentiary decision

### *1. Einleitung – Die Rolle des Sachverständigen im Verfahren*

Psychologische Sachverständige sind, auch im familiengerichtlichen Verfahren, in erster Linie Gehilfen des Gerichtes. Ihre Aufgabe besteht darin, dem Gericht entscheidungsrelevantes nichtjuristisches Fachwissen verfügbar zu machen, welches den Richtern selbst, mangels entsprechender Fachqualifikation, oft nicht hinreichend zur Verfügung steht. Das Familiengericht kann und darf jedoch die Aufgabe der rechtlichen

6 Ernst, Psychologische Sachverständigengutachten im Kindschaftsverfahren, FamRB 2016, 361 ff. Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, S. 170.

7 Im Folgenden steht auf Wunsch des Autors die weibliche Form als genereller Terminus für alle Gutachter/innen, gleich welchen Geschlechts. Diese und die folgenden Aussagen gelten somit selbstverständlich auch für männliche Gutachter.

Wertung genauso wenig delegieren wie die ihm obliegende Aufgabe der Verfahrensleitung.

Dies ergibt sich aus den entsprechenden Verfassungsnormen, insb. Art. 92 Halbs. 1 GG, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, sowie dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gebot des fairen Verfahrens. Alles, was ein Richter selbst aus eigener Kompetenz beurteilen kann, muss er auch selbst beurteilen.

Ein Gutachten als Strengbeweismittel folgt gem. § 30 I FamFG iVm. §§ 402 ff ZPO den entsprechenden Regeln des Strengbeweises. Daher darf ein Gutachten auch nur auf die Feststellung von Tatsachen gerichtet sein (vgl. § 359 Nr. 1 ZPO: streitige Tatsachen). Daraus folgt weiter, dass die Beantwortung von Rechtsfragen (z.B. Fragen nach einer Sorgerechts- oder Umgangsrechtsregelung) einer Gutachterin nicht übertragen werden darf.

Eine Gutachterin darf auch nur in engen Grenzen selbst ermitteln, da die Ermittlung streitiger Tatsachen grundsätzlich dem Gericht übertragen ist. Eigene Tatsachenfeststellungen darf eine Gutachterin nur durchführen, wenn diese Tatsachen nur durch ihre fachliche Expertise feststellbar sind (z.B.: psychiatrische Diagnose, medizinische Diagnose, psychologische und/oder pädagogische Feststellungen zur Erziehungskompetenz der Eltern, Resilienz des Kindes, Hochkonflikthaftigkeit der Eltern, Ressourcen der Eltern, etc.).

Eine Gutachterin kann auch nur zur Bewertung von vorliegenden Tatsachen herangezogen werden, soweit diese Tatsachen unstreitig sind<sup>8</sup>. Sie darf nicht in eigener Ermittlungstätigkeit und eigener Beweiswertung beurteilen, welche streitigen Tatsachen sie als wahr unterstellt und welche nicht. Soweit zum Beispiel zwischen den Beteiligten streitig ist, ob ein Kind bei den Übergaben immer schreit und weint, darf die Gutachterin nicht selbst entscheiden, welcher dieser Darstellungen sie glaubt. Das gilt explizit auch und gerade dann, wenn Dritte das streitige Geschehen bestätigen. Denn die Bewertung von Zeugenaussagen, hier von dritter Seite, und die daraus entstehenden Rückschlüsse auf den als wahr zu unterstellenden Sachverhalt fallen unter die allgemeine Beweiswürdigung und sind nicht delegierbare Kernaufgabe des Gerichtes. Die Gutachterin muss vielmehr das Gericht auffordern, den Sachverhalt zu klären. Beurteilen darf sie dann aber, welche psychologische Bedeutung es hat, wenn das Kind bei den Übergaben tatsächlich immer schreit oder die Eltern sich in Unvereinbarkeiten verstricken.

Auch subjektive Beurteilungen, allgemeine Einschätzungen auf Grund von Berufserfahrungen und die Feststellung allgemeiner, der Feststellung durch den Richter selbst zugänglicher Tatsachen, sind nicht Auftrag einer Gutachterin. Insbesondere ist es nicht Aufgabe einer Gutachterin, dem Gericht Empfehlungen zu geben, wie dieses entscheiden solle. Die Gutachterin hat allein die Aufgabe, die Tatsachen festzustellen, welche sich nur auf der Grundlage ihrer Expertise feststellen lassen, und ggfs. deren psychologische Bedeutung darzulegen.

<sup>8</sup> Salzgeber (2016), Familienpsychologische Gutachten, Rn. 126.

## 2. Bedeutung des Beweisbeschlusses

Der Beweisbeschluss ist insofern für die im familiengerichtlichen Verfahren tätigen psychologischen Sachverständigen ein zentrales Schlüsseldokument des Verfahrens. Durch ihn erfolgt der Auftrag des Gerichtes, in ihm werden die Inhalte des Auftrages genauso definiert wie dessen Grenzen.

Die rechtliche und inhaltliche Gestaltung dieses Beschlusses, des Auftrages zur Begutachtung im Beweisbeschluss, ist Aufgabe des Gerichtes, welches damit seiner Verpflichtung zur Verfahrensleitung (§ 30 I FamFG iVm. § 404a ZPO) nachkommt.

Die Gutachterin ist an diesen Auftrag gebunden; die Überschreitung dieses Auftrages führt zur Zulässigkeit der Ablehnung wegen Befangenheit. Das gilt auch dann, wenn die Überschreitung des Auftrages nach Ansicht die Gutachterin zum Wohle des Kindes geschieht<sup>9</sup>.

Dasselbe dürfte auch gelten, wenn der Auftrag massiv unterschritten wird, zum Beispiel, wenn einem Auftrag, auf Einvernehmen hinzuwirken, in keiner Form nachgekommen wird. Denn hier wird der Eindruck erweckt, dass die Gutachterin von vornherein davon ausgeht, dass dies nicht zum Ziele führt. Dies ist dann aber nur dadurch zu erklären, dass sie – ohne bisher in das Verfahren eingebunden gewesen zu sein und ohne Kenntnis der Sachlage – eine eigene Ansicht zu den Gegebenheiten des Verfahrens hat.

Die familiengerichtliche Gutachterin ist auch hier verpflichtet, diesen Beweisbeschluss und Auftrag des Gerichts ihrerseits und aus ihrer fachlichen Sicht auf Fehler und Unstimmigkeiten zu überprüfen. Diese Prüfung sollte die Gutachterin schon aus Eigeninteresse sorgfältig vornehmen. Denn die Gutachterin verliert ihren Vergütungsanspruch gem. § 8a II JVEG, wenn ihr Gutachten unverwertbar ist. Zwar trifft die Letztverantwortung für diese Prüfung allein das Gericht<sup>10</sup>; gem. § 407a I ZPO muss die Gutachterin nach Erhalt des Auftrages aber prüfen, ob der Auftrag in ihr Fachgebiet als Sachverständige fällt. Sowohl aus Gründen der Qualitätssicherung einer am Wohl des Kindes orientierten Vorgehensweise als auch aus Eigeninteresse ist die Gutachterin daher gehalten, von sich aus die Grenzen richterlicher Aufgabenübertragung im Beweisbeschluss sorgsam zu prüfen.

Der Gutachterin ist es unbenommen, eine inhaltliche Klarstellung und Präzisierung eines Auftrages bei Gericht zu erfragen bzw. anzuregen, um so eventuellen rechtlichen oder fachlichen Kritiken bezüglich des Ausgangspunktes eines Gutachtens von vornherein zu begegnen.

## 3. Prüfung des formalen Rahmens

Zunächst sollte jede Gutachterin den formellen Rahmen des Beweisbeschlusses prüfen. Dazu gehört die Frage, ob sich der Auftrag tatsächlich an die Gutachterin selbst richtet.

9 OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2016, 710.

10 Bergmann, FamRB 2016, 364 ff.

tet. Unzulässig ist nämlich die Beauftragung einer Institution. Ein Gutachtenauftrag muss persönlich einer bestimmten Person übergeben werden. Diese Person muss das Gutachten im Kern<sup>11</sup> dann auch selbst durchführen.

Zu prüfen ist auch, ob eine Frist nach § 411 I ZPO gesetzt wurde und diese eingehalten werden kann. Dabei sollte beachtet werden, dass im Rahmen einer schriftlichen Begutachtung eine Frist grundsätzlich durch das Gericht verhängt werden muss. Soweit eine Fristsetzung vom Gericht versäumt wurde, sollte daher in Absprache mit dem Gericht ein realistischer Zeitraum zur Bearbeitung gesetzt werden, ganz besonders vor dem Hintergrund, dass nach neuem Recht ein Ordnungsgeld gegen die Gutachterin möglich ist.

Zum Teil der formellen Prüfung gehört auch die Prüfung, ob es von vornherein Befangenheitsgründe gegen die Gutachterin gibt (§ 407a ZPO).

#### 4. Inhaltliche Prüfung des Beweisbeschlusses

Der Beweisbeschluss sollte aber auch inhaltlich geprüft werden. Denn häufig werden Beweisbeschlüsse so gefasst, dass sie die Gutachterin – soweit sie diesen Auftrag bearbeitet – auf jeden Fall dem Risiko eines Antrags auf Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit aussetzen<sup>12</sup>.

In solchen Fällen hat die Gutachterin bei Gericht auf eine entsprechende Klärung oder Abänderung des Auftrages hin zu wirken oder aber die Begutachtung abzulehnen.

#### 5. Unzulässige Beweisaufträge

Leider ist es in der Praxis ausgesprochen üblich und häufig, dass die Gerichte unzulässige Beweisbeschlüsse aussprechen. So werden im Gutachtenbeschluss oft Beweisfragen formuliert, die im Rahmen der Qualifikation einer Gutachterin nicht beantwortet werden können oder die eine Beweiswürdigung verlangen, vor allem aber auch solche, die Fragen einer rechtlichen Prüfung und Bewertung beinhalten. Liegen solche rechtlich problematischen Beweisbeschlüsse und Aufträge vor, sollte eine Gutachterin stets eine Klärung mit dem Gericht anstreben, um spätere Befangenheitsanträge und/oder Feststellungen der Unverwertbarkeit zu vermeiden.

##### 5.1 Grenzen der Aufgaben der Sachverständigen

Immer wieder begegnet man in der Praxis Beweisbeschlüssen, welche die gegebenen Qualifikationen der beauftragten Gutachterin unzureichend berücksichtigen. So ist zu

11 Hilfspersonen können genutzt werden, die zentralen Elemente der Begutachtung müssen aber durch die Beauftragte durchgeführt werden.

12 Bergmann, Der Beweisbeschluss im Kindschaftsverfahren, FamRB 2016, 364 ff.

beachten, dass eine psychiatrische Begutachtung durch einen Psychologen genauso unzulässig ist, wie der umgekehrte Fall. Soweit sich im Rahmen eines Gutachtens eine Frage ergibt, welche die Qualifikation der Gutachterin verlässt, so hat diese auch von sich aus das Gericht zu informieren und eine entsprechende Zusatzbegutachtung zu durch das Gericht zu veranlassen.

Für die Gutachterin sollte immer klar sein, dass ein Gerichtsverfahren einen streng formalen Rahmen einer Sachverhaltsklärung bedeutet, bei der die Beteiligten ein Recht haben, dass die strengen Vorgaben dieses Rechtsrahmens auch eingehalten werden. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Gutachterin mit wohlmeinenden Intentionen vorgeht. Sie darf die Grenzen ihrer Aufgabe im Verfahren nicht verletzen. Daher ist auch die Beratung eines Beteiligten genauso unzulässig wie die Veranlassung von Maßnahmen des Jugendamtes ohne Einschaltung des Gerichtes. Auftrag der Gutachterin ist insoweit auch nicht der Schutz des Wohles des Kindes, sondern die Beantwortung der richterlich gestellten Fragen. Soweit eine Gutachterin zu dem Schluss kommt, dass eine Kindeswohlgefähr droht, hat sie das Gericht zu informieren, eigene Maßnahmen sind unzulässig<sup>13</sup>. Nur in extremen Ausnahmefällen, in denen die erhebliche Wahrscheinlichkeit eines massiven Schadens für das Kind besteht und dieser Schaden sofort einzutreten droht, kann – sofern das Gericht auch über das Notfalltelefon nicht erreichbar ist – mit Hilfe des Jugendamtes eine Maßnahme gem. § 8a SGB VIII (z. B.: Inobhutnahme) eingeleitet werden. Allerdings dürfte es dann angezeigt sein, mit dem Gericht über die Auswechslung der Gutachterin zu sprechen. Sollte sich die Gefahr im Nachhinein als nicht real darstellen, wird zu Recht eine erfolgreiche Ablehnung wegen Befangenheit erfolgen, bzw. der Gutachterin wäre zu raten, von sich aus ihre eigene Befangenheit zu erklären.

Die Gutachterin sollte also stets klären, ob sie die gestellte Frage innerhalb ihrer eigenen Qualifikation beantworten kann. Rechtsfragen könnte sie kompetent nur beantworten, wenn sie selbst als Juristin qualifiziert ist. Aber selbst dann, wenn eine juristische Qualifikation vorliegen sollte, wäre die Gutachterin nicht berechtigt, ihr in der Rolle als psychologische Gutachterin gestellte Rechtsfragen zu beantworten. Diese sind vielmehr alleine durch das Gericht zu beantworten, die Delegation der sich dem Gericht stellenden Rechtsfragen an einen anderen Juristen ist unzulässig, da sie einen Verstoß gegen Art. 101 I Satz 2 GG, das Recht auf den gesetzlichen Richter darstellt.

## 5.2 Rechtsfragen als Beweisthema

Eine gerichtliche Klärung sollte eine Gutachterin immer dann durchführen, wenn ihr im Beweisbeschluss die Beantwortung von Rechtsfragen übertragen wird.

Das kommt in der Praxis nach wie vor sehr häufig vor. Das Problem stellt sich besonders dann, wenn der Gutachterin im Beweisbeschluss ein Beweisthema übertragen wird, welches identisch mit dem Gesetzesstext ist. Solche Formulierungen führen nach

13 OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2016, 710.

Ansicht des Verfassers per se zur zwingenden Unverwertbarkeit des aus ihnen resultierenden Gutachtens.

Wird z.B. in einem Verfahren nach § 1671 Abs. 1 Nr. 2 BGB bei der Beauftragung einer Gutachterin im Beweisbeschluss die Frage gestellt: „*Welche Sorgerechtsregelung entspricht dem Wohl des Kindes am besten?*“, so wird einer Gutachterin damit die Beantwortung gleich mehrerer Rechtsfragen übertragen.

### 5.3 „Welche Regelung“ ...

Jeder Beweisbeschluss, der die Formulierung „*Welche Sorgerechtsregelung ...*“ oder „*... welche Umgangsregelung ...*“ enthält, verlangt der Gutachterin ab, in eigener Bewertung zu beurteilen, welche Regelungen überhaupt juristisch möglich sind. Nur wenn die Gutachterin die Grenzen des juristisch Möglichen abschließend beurteilen dürfte, hätte sie die Berechtigung, die so gestellte Frage zu beantworten. Die Feststellung des juristisch Durchführbaren ist aber eine genuin gerichtliche Aufgabe, die eben nicht übertragbar ist und deren Übertragung einen unzulässigen Verstoß gegen den Richter vorbehalt (Art. 92 Abs. 1 GG) beinhaltet. Normative Fragen dürfen einer Gutachterin insoweit generell nicht übertragen werden<sup>14</sup>.

Daneben muss auch beachtet werden, dass diese Art der Beauftragung ganz praktische, den Ausgang des Verfahrens massiv beeinflussende und prädeterminierende Folgen hat. So sind die Grenzen des juristisch Möglichen auch unter Juristen umstritten. Darüber hinaus sind diese Grenzen davon abhängig, an welchem Punkt juristische Regelungen welchen Einfluss auf das Kind haben. Spätestens hier wird neben der verfassungsrechtlichen auch die faktische Problematik eines Beweisthemas deutlich, das der Gutachterin die Aufgabe überträgt, den Rahmen der Gestaltung von sorge- oder umgangsrechtlichen Regelungen und zugleich die positiven und negativen Einfluss dieser Regelungen auf das Kind als psychologische Sachverständige abzustecken. Die Gutachterin befindet sich nicht nur außerhalb ihrer Fachexpertise, sie sieht sich auch einem nahezu unlösbaren Zirkelschluss gegenüber. Denn der Rahmen des sorge- oder umgangsrechtlich Möglichen definiert den Rahmen der positiven und negativen Einflüsse auf das Kind; diese beeinflussen ihrerseits allerdings den Rahmen des sorge- oder umgangsrechtlich Möglichen, der wiederum die Einflüsse auf das Kindeswohl beeinflusst.

Den Gutachten liegt in solchen Fällen fast immer ein undefiniertes und unreflektiertes laienhaftes Verständnis der Gutachterin über die Grenzen und Gestaltungsmöglichkeiten des rechtlich Möglichen zugrunde. Dies kann nur negative Konsequenzen für die Qualität der Feststellungen haben.

14 Vgl. auch Salzgeber, Familienpsychologische Gutachten, 2016, Rn. 132.

## 5.4 Subjektiv-wertende Beurteilung

Unzulässig sind im Beweisbeschluss auch alle Fragen, die auf eine Bewertung abzielen, die nicht anhand objektivierbarer und wissenschaftlich anerkannter Methoden oder Erfahrungssätze vorgenommen werden kann. Die Beurteilung des für das Kindeswohl "Besten" zum Beispiel kann nicht einer Gutachterin übertragen werden. Diese Frage ist als subjektiv wertende und einzelfallbezogene normative Beurteilung nicht delegierbare Aufgabe des Richters.

Der Richtervorbehalt des Art. 92 GG bedeutet eine verfassungsrechtliche Garantie, dass solche subjektiv-wertenden Entscheidungen eines Streits von dem zuständigen Richter vorgenommen werden. Die wertende Abwägung verschiedener Argumente und die aus dem Inhalt des Verfahrensstoffs gewonnene Überzeugungsfindung sind nicht übertragbare Kernaufgaben des Gerichts. Übertragbar sind nur Aufgaben bezüglich der Feststellung von Tatsachen, die einer eigenen Tatsachenfeststellung durch das Gericht mangels eigener Sachkunde entzogen sind.

Hier stellt sich schon die Frage, ob das "Beste" überhaupt eine Tatsache ist. Jedenfalls aber bliebe diese spezifische Tatsachenfeststellung der subjektiven Wertung des Richters vorbehalten. Nur soweit mittels verlässlicher wissenschaftlicher Methoden oder anerkannter Erfahrungssätze anhand objektivierbarer Kriterien eine fachwissenschaftlich verlässliche Aussage über einen Sachverhalt getroffen werden kann, handelt es sich überhaupt noch um fachkundige Tatsachenfeststellung. Soweit der Bereich des wissenschaftlich Überprüfbaren verlassen wird, kommt es zu einer nicht mehr objektiv absicherbaren, subjektiven Wertung des Beurteilenden.

Hier sind psychologische Sachverständige gehalten, sich dem Wunsch vieler Gerichte nach klar definierten Handlungsempfehlungen zu versperren. Nur wenn sich eine fachlich eindeutige Festlegung unstrittig klar festlegen lässt, darf auch eine spezifische Handlungsempfehlung ausgesprochen werden („Wenn x nicht in psychiatrische Behandlung kommt, ist mit einem Suizid zu rechnen“). Soweit eine solch klare Festlegung nicht möglich ist, sollte dem Gericht nur die Bandbreite der aus fachwissenschaftlicher Sicht erkennbaren möglichen Lösungen und ihrer Implikationen dargelegt werden.

Beispielsweise wird in Umgangsverfahren oft von Gutachterinnen erwartet, dass diese spezifische Umgangsregelungen empfehlen<sup>15</sup>. Es gibt aber keine wissenschaftliche Methode, mit der sich beantworten ließe, ob es für das Kindeswohl besser ist, wenn ein Umgang am Freitag um 14 Uhr oder am Samstag um 10 Uhr beginnt. Der Versuch der Gerichte, diese Problematik subjektiver Bewertungen über die Einschaltung einer Gutachterin zu lösen, ist unzulässig und sollte durch die Gutachterin auch zurückgewiesen werden.

15 Vgl. Bergmann, FamRB 2016, 364 ff.

## 5.5 Unbestimmte Rechtsbegriffe

Einer Gutachterin darf auch die Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffs nicht übertragen werden. Denn zur Beantwortung von Rechtsfragen gehört eben auch die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe. Die Gliederung unbestimmter Rechtsbegriffe in konkrete, greifbare tatsächliche Kategorien gehört zum Inhalt der juristischen Tätigkeit der Gerichte. Die „*Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe* (ist) *grundsätzlich Sache der Gerichte*“<sup>16</sup>. Dabei sind den Gerichten bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe durch die Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips, insbesondere durch die Grundsätze der Bestimmtheit und der Rechtssicherheit, klare Grenzen gesetzt<sup>17</sup>.

Diese Grundsätze stammen zwar aus dem Verwaltungsrecht, sind aber – als Ausfluss verfassungsrechtlicher Grundsätze – auch im kinderschaftsrechtlichen Verfahren anwendbar.

Der im Kindschaftsrecht zentrale Begriff des „Kindeswohls“ ist ein solcher unbestimmter Rechtsbegriff<sup>18</sup>. Damit kann ein Gericht die Beurteilung, was das Kindeswohl ist und nach welchen Kriterien es beurteilt wird, nicht einem anderen zur eigenen Beurteilung überlassen und sich darauf beschränken, sich diese Beurteilung zu eigen zu machen. Vielmehr muss das Gericht selber festlegen, welche Tatsachen es zur Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffes des Kindeswohls feststellen muss, welche tatsächlichen (auch prognostischen) Aspekte für die Bewertung dieses Rechtsbegriffes „Kindeswohl“ im Einzelfall relevant sind und welche eben nicht. Das gilt auch für die Frage nach der Kindeswohlgefährdung gem. § 1666 BGB. Auch hier hat das Gericht auszuführen, was mit diesem Rechtsbegriff gemeint ist und welche Anknüpfungstatsachen die Gutachterin zu überprüfen bzw. welche Befundtatsachen sie zu erheben hat.

Ausreichend kann dabei nicht ein pauschaler Verweis auf einen fachwissenschaftlichen (z.B. psychologischen) Begriff des Kindeswohls sein. Denn zunächst gibt es keine fachwissenschaftlich allgemein anerkannte Definition dieses Begriffes<sup>19</sup>. Und im Übrigen wäre konkret zu überprüfen, ob ein solcher fachwissenschaftlicher Begriff die im Rahmen der Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffes „Kindeswohl“ zu setzenden rechtlichen Grenzen und Voraussetzungen auch beinhaltet. Dafür wäre dann aber eben zuvor die rechtliche Eingrenzung und Ausfüllung des Begriffes nötig, andernfalls ist eine juristische Überprüfung des Begriffes denklogisch nicht möglich.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG ist es eine genuin richterliche Aufgabe, die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln selbst mit schöpferischer Tätigkeit vorzunehmen.<sup>20</sup> Das Gericht darf diese ihm als ureigene Aufgabe übertragene Entscheidung zur Sache auch hier nicht im Wege der Delegation aus der Hand geben.<sup>21</sup> Insoweit als Gegenstand eventueller sachverständiger Feststellung

16 BVerfG, Beschluss vom 8.12.2011 – 1 BvR 1932/08.

17 BVerfG, Beschluss vom 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09.

18 BeckOK, BGB, Bamberger/Roth, 2017, 39. Edition, § 1671 Rn. 46.

19 Salzgeber, Familienpsychologische Gutachten, 2016, Rn. 109.

20 BVerfGE 3, 225, BVerfG Beschluss vom 10.10.1961 – 2BvL 1/59.

21 Ernst, Der Sachverständige in Kindschaftssachen nach neuem Recht; FuR 2009, 345.

also ein unbestimmter Rechtsbegriff („Kindeswohl“) betroffen ist, hat das Gericht im Rahmen des Beweisbeschlusses die entsprechenden Anknüpfungstatsachen und ggf. die Grenzen der tatsächlich relevanten Gegebenheiten dieses Begriffes selbst zu definieren und in der Auftragserteilung zu formulieren, welche Tatsachen von sachverständiger Seite zur richterlichen Beantwortung der hier aufgeworfenen Rechtsfragen benötigt werden.

Tut das Gericht dies nicht, so ist es Aufgabe der Gutachterin durch Nachfrage bei Gericht klarstellen zu lassen, welche Anknüpfungstatsachen das Gericht hier zu Grunde gelegt haben will.

## 6. Schlussbetrachtung

Es dürfte im Interesse aller Betroffenen und Beteiligten sein, wenn in familiengerichtlichen Verfahren sorgfältig die Einhaltung verfahrensrechtlicher und fachlicher Standards gewährleistet wird. Es ist zwar nicht die Aufgabe der psychologischen Sachverständigen, die Einhaltung rechtlicher Standards sicher zu stellen. Diese obliegt als Aufgabe der Verfahrensleitung gem. § 404a ZPO dem Gericht.

Aus Eigeninteresse, angesichts der Überprüfungspflicht der Sachverständigen nach § 407 a I u. III ZPO und um die Qualität der Verfahren im Interesse der betroffenen Kinder hoch zu halten, empfiehlt es sich aber, auf die Einhaltung der Aufgabenverteilung und der rechtlichen Grenzen auch seitens der Sachverständigen zu achten und eine klare und unangreifbare Auftragserteilung, die fachwissenschaftlich bearbeitbar ist, so mit sicher zu stellen.<sup>22</sup> Es ist gerade nicht Aufgabe der psychologischen Sachverständigen dem Gericht die Aufgabe und Verantwortung der rechtlichen Wertung und Entscheidung abzunehmen.

## Literatur

Arbeitsgruppe aus RichterInnen des OLG Celle (2015). Inhaltliche Anforderungen an Gutachten im Kindschaftsverfahren. *Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam)*, 17, 814-817.

Arbeitsgruppe Familienrechtliche Gutachten 2015 (2015). Mindestanforderungen an Gutachten in Kindschaftsverfahren. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 23, 2025-2030.

Balloff, R. (2018). *Kinder vor dem Familiengericht*. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos.

Bamberger/ Roth/ Hau/ Posech (Hrsg.). (2017). *Beck'scher Online-Kommentar BGB*. 45. Edition, C.H. Beck.

Bergmann, M. (2016). Der Beweisbeschluss im Kindschaftsverfahren: Schnittstelle zwischen Recht und Spekulation. *FamilienRechtsberater (FamRB)*, 9, 364-372.

22 Vgl. auch Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, S. 163-188.

Ernst, R. (2016). Psychologische Sachverständigengutachten in Kindschaftssachen: Formulierung und Beantwortung der Beweisfrage(n). *FamilienRechtsberater (FamRB)*, 9, 361-364.

Ernst, R. (2009). Der Sachverständige in Kindschaftssachen nach neuem Recht. *Familie Partnerschaft Recht (FPR)*, 7, 345-348.

Hartmann-Hilter, B. (2015). Die Ohnmacht der Anwälte vor den allmächtigen Sachverständigen. *Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam)*, 13, 600-602.

Korn-Bergmann, M. & Purschke, A. (2013/14). *Gutachterin – "Heimliche Richter" im Kindschaftsverfahren? Überblick und rechtliche Grundlagen*. *FamilienRechtsberater (FamRB)* 2013 (9), 302-306, *FamRB* 2013 (10), 338-343, *FamRB* 2014 (1), 25-29.

Salewski, C. & Stürmer, S. (o.J.) . *Qualitätsmerkmale in der Familiensrechtspychologischen Begutachtung; Untersuchungsbericht 1*, Unter: [https://www.fernuni-hagen.de/psychologie/qpfg/pdf/Untersuchungsbericht1\\_FRPGutachten\\_1.pdf](https://www.fernuni-hagen.de/psychologie/qpfg/pdf/Untersuchungsbericht1_FRPGutachten_1.pdf)

(Aufgerufen 16.5.2018).

Salzgeber, J. (2015). *Familienpsychologische Gutachten*. 6.Auflage. München: C.H.Beck.

#### *Korrespondenzadresse:*

Rechtsanwalt Matthias Bergmann  
Stormsweg 5a  
22085 Hamburg  
mail@anwalt-kindschaftsrecht.de  
www.anwalt-kindschaftsrecht.de

#### ORIGINALBEITRÄGE