

# Familienpsychologische Gutachten

Salzgeber

7., vollständig überarbeitete Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-73986-6  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](http://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## D. Die am familiengerichtlichen Verfahren beteiligten Personen

### I. Sachverständiger und Personen, die von der Begutachtung betroffen sind

Der Personenkreis, der in die Begutachtung einbezogen wird, orientiert sich an der Fragestellung. Bei Trennung und Scheidung sind dies die Eltern, das Kind und möglicherweise weitere enge Betreuungspersonen. Bei Kindeswohlgefährdung kann der Kreis im Hinblick auf Pflegefamilien oder Bezugsbetreuerinnen in Institutionen erweitert sein. Bei diesen Personen handelt es sich nicht immer um Verfahrensbeteiligte im juristischen Sinne (→ Rn. 60). Die Befassung mit diesen Personen unterscheidet sich von der Befragung von Personen, die aus ihrer fachlichen oder persönlichen Sicht Hinweise für die Beantwortung der gerichtlichen Fragestellung geben können. 309

#### 1. Stellung des Sachverständigen zu den Eltern

Neben psychologischen Implikationen für eine günstige Beziehungsgestaltung zwischen Sachverständigem und Betroffenen sind durch gesetzliche Vorgaben und ethische Anforderungen auch Maßstäbe für die Gestaltung der Beziehung gesetzt. Aus dem besonderen Verhältnis und den vorgegebenen juristischen Rahmenbedingungen ergeben sich verschiedene Anforderungen an den Sachverständigen bzw. an den Prozess der Begutachtung wie Transparenz, Freiwilligkeit, Verhältnismäßigkeit der Begutachtung, die unbedingt zu beachten sind.

##### a) Arbeitsverhältnis Sachverständiger – Eltern

Für die Begutachtung besteht seitens des Sachverständigen mit der betroffenen Familie kein Vertragsverhältnis. Die Beziehung zwischen Sachverständigem und Betroffenen ist nicht ganz freiwilliger Natur, sondern in der Regel vom Familiengericht vorgegeben, eine Auswahlmöglichkeit besteht für beide Seiten nicht (→ Rn. 126). Manchmal besteht die Erwartung zumindest von einem Elternteil darin, mit Hilfe des Sachverständigen den eigenen Standpunkt bestätigt zu bekommen. 310

##### b) Kein Schaden

Die Begutachtung soll den Familienmitgliedern möglichst keine unnötigen Belastungen oder gar zusätzlichen Schaden zufügen.<sup>1</sup> Damit ist nicht gemeint, dass zB bei einer gerichtlich erfolgten Platzierungsregelung eines Kindes auf der Grundlage eines Gutachtens ein Elternteil zu Unterhaltszahlung herangezogen werden kann, auch nicht, dass eine sachverständige Empfehlung zu Enttäuschung oder Wut führt. Der Sachverständige hat aber darauf zu achten, die Belastungen für alle Beteiligten möglichst gering zu halten. Dazu gehört zB auch die Beschränkung seines Vorgehens auf die notwendigen diagnostischen Tätigkeiten.

##### c) Beziehungsgefälle

Der Sachverständige bestimmt sein sachverständiges Tun eigenverantwortlich. Er kann daher Anregungen oder gar Forderungen der Eltern, wie er sein sachverständiges Vorgehen zu gestalten habe, zurückweisen. Keinesfalls darf er seine Begutachtung an den Vorgaben der von der Begutachtung betroffenen Personen richten, sondern ist seiner Fachwissenschaft verpflichtet.<sup>2</sup> Vgl. → Rn. 172. 311

Das Gutachtenvotum, dem das Gericht meist – wenn es korrekt erstellt wurde – folgt, wird durch die Stellung des Sachverständigen im Verfahren gerechtfertigt (→ Rn. 248), ohne dass der Sachverständige für das Kindeswohl in letzter Konsequenz die Verantwortung übernimmt (→ Rn. 266). Der Sachverständige wird durch seine gerichtliche Beauftragung als Repräsentant der Rechtspflege gesehen, was bei den von der Begutachtung Betroffenen zu Verunsicherung, Widerstand, sozial erwünschtem Verhalten, aber auch zu vorgespülter Selbstsicherheit führen kann.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Schuler, Ethische Probleme psychologischer Forschung, 1980, 57; Melton et al., Psychological Evaluations for the Courts, 2007.

<sup>2</sup> Siehe BGH FamRZ 2016, 2086.

<sup>3</sup> Wegener, Einführung in die forensische Psychologie, 1981, 7; Salzgeber/Bublath, Soll und kann der familienrechtspsychologische Sachverständige die Fragestellung des Gerichts beantworten?, FamRZ 2019, 1753.

Die Betroffenen stehen einem Experten gegenüber, der autonom die Daten, im besten Falle fachlich korrekt, erhebt und sammelt, diese aber auch intuitiv mit seinen Erfahrungen und seinem Fachwissen verarbeitet und hierüber schließlich zu einer, meist nicht alternativlosen, Empfehlung gelangt. Der Sachverständige könnte – bei Nichtbeachtung der Verpflichtung, nach bestem Wissen und Gewissen zu handeln – Willkür üben bei der Auswahl der Verfahren, Datenerhebung und -auswertung, Darstellung der Ergebnisse und seiner sachverständigen Empfehlung.

Die Betroffenen selbst stehen gegenüber einem solchen sachverständigen Vorgehen in einem Dilemma: Einerseits geben sie ihre Selbstverantwortung auf, wenn sie gegen ihre Überzeugung völlig dem Vorgehen oder der Empfehlung des Sachverständigen folgen; sofern sie dieser nicht folgen, geben sie andererseits dem Sachverständigen recht, wenn die Entwicklung dann so eintritt, wie dieser sie empfohlen hat (und der das Gericht dann folgt).<sup>4</sup> In jeder dieser skizzierten Situationen behält der Sachverständige auf Kosten der Selbstverantwortung der Betroffenen Recht, wenn der Sachverständige sich nicht bemüht, auf Einvernehmen hinzuwirken.

Wenn sich der Sachverständige völlig auf seine Expertenrolle zurückzieht, ist die aktive Mitgestaltung auf Seiten der Betroffenen mehr oder weniger ausgeschaltet mit Ausnahme der Möglichkeit, die Begutachtung oder Teile davon zu verweigern oder die Ergebnisse zu verfälschen. Eine Verweigerung der Mitwirkung an der Begutachtung kann zudem vom Sachverständigen (unzulässig)<sup>5</sup> oder der Familienrichterin negativ gewertet werden. Nur selten kommt es daher in der Praxis vor, dass der/die Betroffene sich dem Vorgehen widersetzt (→ Rn. 1342).

Ein Elternteil kann auch nur Anregungen bezüglich der Auswahl des Sachverständigen vorbringen, die Auswahl obliegt dem Gericht. Die verfahrensrechtliche Möglichkeit, Unzulänglichkeiten oder gar Fahrlässigkeiten seitens des Sachverständigen nachzuweisen, kann von den Eltern oder den Anwälten nur schwer in Anspruch genommen werden, da ihnen hierzu oftmals das fachpsychologische Wissen fehlt (→ Rn. 238, → Rn. 266).

Um das Verhältnis zwischen Sachverständigen und Beteiligten nicht völlig einseitig erscheinen zu lassen, sollte der Sachverständige sich verpflichtet sehen, die Eltern über seine Rolle und ihre Rechte aufzuklären und seine Begutachtung transparent durchzuführen.

#### d) Mitwirkung der Eltern

312 § 27 FamFG schreibt fest, dass die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken sollen, nach § 27 Abs. 2 FamFG besteht Wahrheitspflicht, der aber im familienrechtlichen Verfahren bei Fragen zum Kindeswohl nicht durch Ordnungsmittel nachgeholfen werden kann (Bestrafung uneidlicher Falschaussage). Die erfolgte Einwilligung eines Betroffenen in die Begutachtung verpflichtet diesen aber nicht zur aktiven Mitarbeit und zur Mitteilung der objektiven Tatsachen. Der Betroffene hat das Recht, alle Gründe zur Entschuldigung seines Verhaltens anzuführen, er kann sich so darstellen, wie er meint, dass es ihm am meisten nützt.<sup>6</sup>

**aa) Sozial erwünschtes Verhalten.** Es wäre naiv zu glauben, dass Eltern sich bei der gerichtlich beauftragten Begutachtung nicht auch mehr oder weniger bewusst taktisch verhalten und manchmal gute Gründe haben, Informationen zu verschweigen oder falsch darzustellen, negative Aspekte beschönigen und positive Aspekte besonders betonen;<sup>7</sup> oftmals sind sie informiert<sup>8</sup> oder wurden von ihren Anwälten oder Interessenverbänden dahin gehend beraten,<sup>9</sup> wie sie das Wohlwollen des Sachverständigen erhalten oder gar Kontrolle über sein Vorgehen gewinnen könnten. Die zu Begutachtenden haben auch die Möglichkeit, zu lügen oder das Recht, die Ergebnisse zu verfälschen.<sup>10</sup> Während es den Betroffenen früher hilfreich erschien, den jeweils anderen Elternteil persönlich herabzusetzen, um im Sorgerechts-

<sup>4</sup> Lang, Diagnostik und Autonomie der Person, in Pulver et al., 1978, 25; *Rexilius*, Psychologische Begutachtung kritisch-psychoologisch gesehen, *Psychologie und Gesellschaftskritik*, 2015, 149.

<sup>5</sup> *Salzgeber*, Der Sachverständige als Hersteller des Einvernehmens, endlich der Garant für das Kindeswohl?, *FamRZ* 2008, 656.

<sup>6</sup> *Haubl*, Praxeologische und epistemologische Aspekte psychologischer Begutachtung, in *Hartmann/Haubl*, 1984, 62.

<sup>7</sup> *Budd et al.*, Assessment in a Child Protection Context, in *Weiner*, 2013, 149.

<sup>8</sup> *Hellinger/Wischnewski*, Verrat am Kindeswohl, 2003; *Weiden*, Scheidungsrecht für Frauen, 1999; in den USA gibt es eine Reihe von Beratungsbüchern, zB: *Hunter*, *Winning Custody*, 2001; *Stewart*, *The Child Custody Book*, 2000; *Watnik*, *Child Custody made simple*, 2001; *Ross/Corcoran*, *Joint Custody with a Jerk*, 1996.

<sup>9</sup> Siehe homepage: [www.pappa.com](http://www.pappa.com); hierzu: *Kaltenborn*, Aufwachsen mit familialen Übergängen. Expertenwissen und kindliche agency in posttraditionalem Gesellschaften, in *Behnken/Zinnecker*, 2001, 502.

<sup>10</sup> Nicht zulässig kann sein, um diese Effekte zu verhindern, den Probanden zu täuschen, wie dies mit „bogus-pipeline“-Anordnungen möglich wäre, zB durch fiktiven Anschluss an einen Lügendetektor.

streit zu obsiegen, ist heute die Bekundung von Kooperation und von Bereitschaft, Hilfen anzunehmen, wohl strategisch günstiger.<sup>11</sup>

**bb) Verfälschungstendenzen.** Neben der intendierten Verfälschung im Sinne von Simulation oder Verheimlichung ist auch an unbeabsichtigte Verfälschungen zu denken wie Aggravation (Übertreibungen) oder Diminution (Verharmlosung), bei Gewalterfahrungen an Dissoziationen.<sup>12</sup>

**cc) Kontrolle über die Tätigkeit des Sachverständigen.** Manche Betroffene wollen die Gespräche aufgezeichnet haben, andere wollen Zeugen bei den Gesprächen dabei haben, andere Eltern wollen über jeden Schritt des Sachverständigen aufgeklärt oder informiert werden. Der Sachverständige wird versuchen, der Transparenz gerecht zu werden und, soweit das Vorbringen der Betroffenen die Begutachtung bzw. den Erhalt entscheidungserheblicher Daten nicht behindert, nachkommen.

**dd) Haltung des Sachverständigen.** In der Haltung, sich gegenüber dem Sachverständigen möglichst günstig darzustellen, besteht ein Unterschied zwischen forensischem Kontext und therapeutischem Setting: Während in letzterem Offenheit als eine Bedingung für Therapieerfolg anzusehen ist, kann im forensischen Kontext eine positive Selbstdarstellung durchaus auch von einer gewissen sozialen Kompetenz zeugen; auf keinen Fall kann sie per se negativ im Sinne der Erziehungseignung bewertet werden. Der Sachverständige wird also nicht naiv alle dargebotenen Informationen der Beteiligten ungefragt als Tatsachen übernehmen.

Selbst wenn das Vorgehen eines oder der Betroffenen als stark kontrollierend erlebt wird oder gar querulatorischen Eindruck hinterlässt, sollte der Sachverständige dies bis zu einem bestimmten Maße nicht negativ oder sogar mit einer Diagnose werten, da die Betroffenen das Recht haben, sachverständiges Vorgehen zu kontrollieren und auf Transparenz zu bestehen. Der Sachverständige hat nur die Möglichkeit (falls notwendig, da das Verhalten sich meist nicht nur gegenüber den Sachverständigen zeigt), die Vorgänge sachlich zu beschreiben.

Bei seiner Tätigkeit sollte der Sachverständige immer die häufig bei Betroffenen vorhandene ängstliche, skeptische Grundeinstellung<sup>13</sup> oder mitunter auch die Aggression<sup>14</sup> gegenüber dem Sachverständigen in Betracht ziehen und versuchen, diese Gefühle abzubauen, um eine Kindeswohlregelung erarbeiten zu können, die den tatsächlichen familiären Verhältnissen entspricht.

## e) Freiwilligkeit

§ 27 FamFG schreibt fest, dass die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken sollen, daraus folgt jedoch keine Verpflichtung. Die Durchführung der Begutachtung bedarf trotz der Anordnung des Gutachtens durch das Gericht in jedem Falle der Einwilligung der zu begutachtenden Personen.<sup>15</sup> Allein die Verweigerung, an der Begutachtung mitzuwirken, kann keine sorgerechtlige Relevanz haben, vielmehr ist dann das Gericht verpflichtet, andere Erkenntnisquellen auszuschöpfen.<sup>16</sup>

Es besteht keine erzwingbare Verpflichtung außerhalb des Gerichts, vor einem Sachverständigen zu erscheinen,<sup>17</sup> da der Sachverständige nur Gehilfe des Gerichts ist.<sup>18</sup>

Auch die Mitwirkung an körperlichen, psychiatrischen oder psychologischen Untersuchungen, Blutabnahme (Ausnahme: Abstammungsgutachten) oder Haarentfernung<sup>19</sup> zum Drogenscreening/Alkoholmissbrauch,<sup>20</sup> die Beantwortung von Fragen<sup>21</sup> oder die Teilnahme an einem Test, schriftliche Aussagen oder ein Hausbesuch können im FamFG-Verfahren nicht durch Ordnungsgeld erzwungen werden,<sup>22</sup> da Zwang die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bedingen würde. Dies trifft sowohl auf Tei-

<sup>11</sup> Auf diese veränderte Streitstrategie und deren Implikation für den Sachverständigen weist *Rohman PdR* 1998, 222 hin.

<sup>12</sup> *Lynch*, Unmasking the Abuse: Psychological Defenses in Child Custody Disputes, *JCC* 2015, 307.

<sup>13</sup> Vgl. *Berk*, Der psychologische Sachverständige in Familienrechtssachen, 1985, 89.

<sup>14</sup> Vgl. *Wégener/Steller*, Psychologische Diagnostik vor Gericht, *ZJDDP* 1986, 103.

<sup>15</sup> Palandt, 77. Aufl. 2018, BGB § 1626 Rn. 1 ff.; *Kunkel/Röchling*, Eltern – Kind, 2004, 31.

<sup>16</sup> OLG Frankfurt NZFam 2017, 1162.

<sup>17</sup> BayObLG FamRZ 1972, 528; OLG Hamm FamRZ 1982, 94; OLG Frankfurt FamRZ 2001, 638; OLG München FamRZ 1991, 1343: hier verweigerte die Mutter jegliche Mitarbeit.

<sup>18</sup> So BayObLG FamRZ 1979, 348 und 737.

<sup>19</sup> OLG Nürnberg FamRZ 2014, 677; OLG Frankfurt FamRZ 2015, 1521: Haaranalyse.

<sup>20</sup> OLG Oldenburg FamRZ 2007, 1574.

<sup>21</sup> Vgl. BayObLG FamRZ 1979, 348 und 737.

<sup>22</sup> OLG Brandenburg FamRZ 1997, 1019; OLG Stuttgart FamRZ 1975, 167; LG Hannover StV 1989, 198; OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 56; OLG Naumburg FamRZ 2006, 282; anders AG Dachau, das die Vorführung der Mutter zum Sachverständigen durch den Gerichtsvollzieher anordnete, Az. 001 F 00384/99, da Zwangsgelder nicht vollstreckbar waren.

le, zB die Durchführung von Umgangskontakten im Beisein eines Sachverständigen,<sup>23</sup> als auch auf die gesamte Begutachtung zu.<sup>24</sup>

### f) Aufklärungs- und Belehrungspflicht

**314 aa) Rechtliche Vorgaben.** Das FamFG-Verfahren kennt keine Belehrungspflicht, da niemand zur Begutachtung gezwungen werden kann.<sup>25</sup> Zudem besteht zwischen dem Sachverständigen und den zu begutachtenden Personen kein Vertragsverhältnis, daher ist eine Aufklärungspflicht für den Sachverständigen auch rechtlich nicht ableitbar.<sup>26</sup>

**bb) Ethische Verpflichtung zur Aufklärung.** Auch wenn eine allgemeine Aufklärungspflicht gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, so ergibt sich aus der speziellen Situation der familienrechtlichen Begutachtung und des Datenschutzes aber doch eine besondere Verantwortung zur Aufklärung. Hier stehen die zu untersuchenden Personen in der Regel in einem verwandtschaftlichen Verhältnis zueinander. Dies berechtigt alle Beteiligten, von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 Abs. 1 Nr. 2 und 3 ZPO) Gebrauch zu machen. Der Sachverständige kann sich auch nicht unbedingt darauf verlassen, dass die Richter im Rahmen einer mündlichen Verhandlung, falls überhaupt eingeschaltet, die Anwälte oder Beistände ihre Mandanten über ihre Rechte bei der Begutachtung informiert haben. Auch gemäß DSGVO muss der Betroffene auf den Zweck der Erhebung und Verarbeitung der Daten hingewiesen werden (→ Rn. 200).

**cc) Form der Aufklärung.** Die Aufklärung ist an keine bestimmte Form gebunden; vom Sachverständigen erarbeitete oder übernommene Informationsblätter, die dem Anschreiben beigelegt oder zu Beginn der Begutachtung ausgehändigt werden, können dem Sachverständigen Rechtssicherheit geben, können aber das Gespräch, sollten die Betroffenen noch zusätzliche Fragen haben, nicht völlig ersetzen.<sup>27</sup> Viele Formblätter verunsichern die Betroffenen. Eine mündliche Belehrung kann auch zu Dokumentationszwecken digital aufgezeichnet und damit dokumentiert werden. Belehrung und Aufklärung können auch im Laufe der Begutachtung erfolgen, wenn zB spezielle Fragen zum Ablauf oder zu den angelegten Kriterien entstehen. Der Sachverständige sollte den Betroffenen anbieten, etwaige Fragen zu seinem Vorgehen zu beantworten.<sup>28</sup>

**dd) Umfang und Inhalt der Aufklärung.** Manchmal ist die Belehrung vom Familiengericht bereits vorgenommen worden, redlicherweise sollte diese aber vom Sachverständigen<sup>29</sup> wiederholt werden, da nur der Psychologe eine gründliche Aufklärung, speziell über den Begutachtungsprozess, leisten kann.

Da niemand zur Begutachtung gezwungen werden kann, sollte der Einzelne vom Sachverständigen informiert werden, dass er seine Mitwirkung auch verweigern kann.<sup>30</sup> In unserer gutachterlichen Praxis hat der Hinweis auf die Freiwilligkeit bisher allenfalls in Einzelfällen eine Weigerung, bei der Begutachtung mitzuwirken, nach sich gezogen. Andererseits verhindert diese Aufklärung spätere Konflikte, wenn ein Elternteil angibt, er habe nicht gewusst, dass eine Begutachtung freiwillig sei oder er sei nicht bei jedem gutachtlichen Vorgehen gefragt worden, ob er diesem zustimme.<sup>31</sup>

Der Sachverständige sollte den Betroffenen mitteilen, dass er alle Informationen dem Gericht mitteilen muss, dass also eine Offenbarungspflicht gegenüber dem Gericht besteht (→ Rn. 203). Darüber hinaus, wenn dies nicht bereits mit einem Formular geschieht, kann der Sachverständige Aspekte der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) ansprechen (→ Rn. 200).

<sup>23</sup> BVerfG FamRZ 2004, 523.

<sup>24</sup> So ist die Erstellung eines graphologischen Gutachtens ohne Einwilligung daher eine schuldhaft Verletzung des Persönlichkeitsrechtes, da die Grenze der Privatsphäre überschritten wird. Eine Einwilligung kann auch nicht angenommen werden, wenn sich in den Akten handschriftliche Unterlagen befinden (für das arbeitsgerichtliche Verfahren: LAG Baden Württemberg NJW 1976, 310; ebenso: ArbG München NJW 1975, 1908). Gleiches gilt für die Erstellung von astrologischen Gutachten.

<sup>25</sup> *Rakete-Dombek*, Familienrecht und Strafrecht – Unterschiede und Zusammenhänge am Beispiel des Missbrauchsverdachts, FPR 1997, 218, was dann zu einer erneuten Begutachtung führen würde.

<sup>26</sup> So *Maydel von*, Die Mitwirkungspflicht des Betroffenen sowie Aufklärungspflicht und Haftung des Sachverständigen, DS 1987, 392.

<sup>27</sup> So *Harrer Forensia* 1988, 63.

<sup>28</sup> *Horney S* 1987, 374; *Schmid*, Die rechtliche Zulässigkeit psychologischer Testverfahren im Personalbereich, NJW 1971, 1863.

<sup>29</sup> Dem üblichen Auftragsschreiben an den Sachverständigen ist in der Regel ein „Merkblatt B für Hinweise durch den Sachverständigen“ beigelegt. Dieses weist den Sachverständigen ausdrücklich darauf hin, die Personen, die bei der Vorbereitung des Gutachtens mitzuwirken haben, über die gesetzlichen Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht und auf das Recht zur Verweigerung der Untersuchung zu belehren.

<sup>30</sup> *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981.

<sup>31</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 2017, 915.

Es spricht aber nichts dagegen, dass der Sachverständige den Betroffenen Fragen zu seiner Person, seiner Ausbildung und seinen rechtlichen Voreinstellungen (zB welche Ansicht er über das Wechselmodell hat) beantwortet. Es empfiehlt sich auch die Fragestellung des Gerichts anzusprechen, um dadurch den Umfang der Begutachtung näher vorstellen, und die juristische Fragestellung in eine allgemein verständliche übersetzen zu können.

Die Betroffenen haben das Recht zu wissen, welche Personen voraussichtlich in die Begutachtung einbezogen werden, so dass der Sachverständige die Betroffenen darauf hinweisen sollte, dass dritte Personen nur mit ihrem und des Gerichts Wissen und Genehmigung interviewt oder Unterlagen von Dritten (zB Klinikberichte) angefordert werden. Der Sachverständige sollte darauf hinweisen, dass einige dieser Personen eine Schweigepflichtsentscheidung benötigen.

Weiter sollte der Sachverständige erläutern, dass Sorgerechtsinhaber die Genehmigung zur Einbeziehung des Kindes in die Begutachtung geben müssen.

Der Sachverständige sollte aber keine oftmals sehr ausführlichen oder auch provokanten Fragen, die dem Sachverständigen von einem Elternteil vor dem ersten Termin zugeleitet werden, beantworten. Der Sachverständige handelt nicht unter Anleitung der Betroffenen, sondern des Gerichts. Daher bietet es sich an, die Fragen dem Gericht zuzuleiten mit der Bemerkung, dass der Sachverständige diese gerne im Gespräch mit dem Betroffenen klärt oder auch schriftlich, wenn dies vom Gericht gewünscht wird. Damit bleibt das Gericht Herr des Verfahrens und zugleich ist damit abgesichert, dass die Beantwortung der Fragen, die im Einzelfall sehr zeitintensiv sein kann, als Bestandteil der Begutachtung entschädigt wird.

**ee) Beim Hinwirken auf Einvernehmen.** Hinwirken auf Einvernehmen kann nur dann gelingen, wenn der Sachverständige sein Vorgehen, seine Funktion und Möglichkeiten (gemeinsame Gespräche, Probehandeln) offenlegt. Erwartungen der Betroffenen (vor allem bei Trennung und Scheidung) an den Sachverständigen, dass dieser zB die Beziehung wiederherstellen kann, sicher ein Einvernehmen erreichen oder nach relativ kurzer Diagnostik, auf der Basis der bestehenden konflikthaften Familienbeziehung, die für das Kindeswohl beste Lösung finden wird, sind zu relativieren (→ Rn. 1345).

Es ist auf der anderen Seite, je nach Fragestellung, auf den ggfs. eingeschränkten Aussagewert und die reduzierte prognostische Gültigkeit einer ausschließlich auf Diagnostik beruhenden Begutachtung hinzuweisen, aber auch auf die Möglichkeiten, die das Hinwirken auf Einvernehmen bietet, mit den Eltern zusammen eine Regelung zu erarbeiten. Gegebenenfalls muss das Gericht um Erweiterung der Beauftragung angefragt werden (→ Rn. 101).

**ff) Grenzen der Aufklärung.** Es kann von den Eltern nicht verlangt werden, dass sie sich unkritisch jedem Testverfahren eines Sachverständigen unterwerfen.<sup>32</sup> Die Aufklärung geht aber nicht so weit, dass diagnostische Verfahren inhaltlich besprochen werden, da sie sonst in vielen Fällen wirkungslos werden würden; über den Sinn und Zweck der eingesetzten Verfahren müssen die Personen jedoch aufgeklärt werden.<sup>33</sup> In den „Standards for educational and psychological testing“ heißt es dazu ua: „Es sollte ein vernünftiger Aufwand getrieben werden um, die Integrität von Testergebnissen sicherzustellen, indem man Möglichkeiten eliminiert, mit denen die Probanden das Ergebnis durch betrügerische Mittel beeinflussen.“<sup>34</sup>

**gg) Keine Belehrungspflicht über Ablehnungsmöglichkeit.** Nicht aufklären muss der Sachverständige hingegen über die Möglichkeit, ihn nach § 406 Abs. 2 ZPO ablehnen zu können.<sup>35</sup>

**hh) Mitteilung über Gutachtentermine des jeweils anderen Elternteils mit dem Kind.** Vorausgesetzt, der Sachverständige hat beiden Eltern den Ablauf der Begutachtung im Wesentlichen geschildert und über den Begutachtungsprozess aufgeklärt: Der Sachverständige ist nicht verpflichtet (aber auch nicht gehindert), einen Elternteil über Begutachtungstermine beim anderen Elternteil, mit oder ohne Anwesenheit des Kindes (zB zur Interaktionsbeobachtung), vorab zu informieren,<sup>36</sup> da der aktuell nicht beteiligte Elternteil nicht das Recht hat, bei dem Termin mit anwesend zu sein. Es ist ausreichend, wenn diese Informationen dem schriftlichen Gutachten zu entnehmen sind.<sup>37</sup> Weiter kann durch ein solches Vorgehen das Risiko einer Einflussnahme auf das Kind vor dem Termin beim anderen Elternteil in der Regel verringert werden.

<sup>32</sup> KG BeckRS 2012, 07253, Besprechung *Kloster-Harz*.

<sup>33</sup> Vgl. Böhm, Rechtliche Probleme der Anordnung, Erstellung und Verwertung von Sachverständigengutachten im Rahmen familiengerichtlicher Entscheidungen in Sorgerechtsachen, DAVorm 1985, 731; Klein, Die Rechtmäßigkeit psychologischer Tests im Personalbereich, 1982, 80.

<sup>34</sup> <http://www.aera.net/Newsroom/AERAHighlightsE-newsletter/AERAHighlightsJuly2014/NewEditionofStandardforEducationalandPsychologicalTestingToBeReleasedThisMonth/tabid/15565/Default.aspx>.

<sup>35</sup> BSG Medizin im Sozialrecht 1986, 402.

<sup>36</sup> OLG Thüringen FamRZ 2018, 1677.

<sup>37</sup> So: AG Neu-Ulm Verfügung v. 29. 10. 2014 – 2 F 101/11.

Auch wenn beide Eltern die elterliche Sorge gemeinsam innehaben, besteht aus sorgerechtlicher Sicht keine Mitteilungspflicht, da die Zuführung des Kindes zum Sachverständigen keine Entscheidung von erheblicher Bedeutung ist (gilt nicht für die Einwilligung zur Teilnahme des Kindes an der Begutachtung). Anders verhält es sich, wenn ein Elternteil die alleinige Sorge innehat, dann ist die Zuführung zum Gutachter durch den anderen Elternteil, auch wenn die Frage letztendlich juristisch noch nicht völlig geklärt ist, wohl durch den Sorgeberechtigten zustimmungspflichtig.

**ii) Folgen bei unterbliebener Aufklärung.** Sind die Personen nicht über ihre Rechte belehrt worden, so hat dies dennoch keine Auswirkungen auf die Begutachtung. Die Informationen, die dem Sachverständigen mitgeteilt werden, kann er für sein Gutachten verwenden.

### g) Einwilligung

**aa) Begriff.** Unter Einwilligung oder Zustimmung wird eine Erklärung verstanden, mit der der Einwilligende kundtut, dass er eine Beeinträchtigung seines Rechtsgutes durch einen anderen hinnehmen wird (§ 182 BGB).<sup>38</sup> Dies gilt auch im Hinblick auf die Anforderungen der DSGVO.<sup>39</sup> Vgl. → Rn. 200. Im Unterschied zur „Genehmigung“ (nachträgliche Zustimmung; § 184 BGB) wird die Einwilligung *vor* der Beeinträchtigung des Rechtsgutes (vorherige Zustimmung; § 183 BGB) gegeben. Einwilligungen können auch jederzeit frei widerrufen werden.

Für die Einwilligung ist ein „innerer“ Wille nicht ausreichend, sondern nur ein nach § 133 BGB „erklärter“ Wille der Beteiligten. Die Einwilligung darf nicht durch Zwang oder Überredung zustande gekommen sein.

**bb) Erklärung.** Zur Einwilligung verlangt der Gesetzgeber keine wörtliche Erklärung, sie kann auch durch schlüssiges Verhalten oder eindeutig bestätigende Handlungen abgegeben werden. Einwilligung zur Begutachtung kann etwa dann angenommen werden, wenn der Betroffene nach Erhalt der Information über das Verfahren (die er eigentlich von der RichterIn/Anwalt bekommen haben müsste) zum Gespräch kommt, als Sorgerechtsinhaber die Befragung des Kindes zulässt, an den Testverfahren teilnimmt<sup>40</sup> oder den Sachverständigen zum angekündigten Hausbesuch in sein Haus lässt und es genehmigt, dass der Sachverständige zB mit der anwesenden Großmutter oder dem neuem Partner spricht. Generell ist die Bereitschaft, sich der Begutachtung zu stellen, schon konkludent als Zustimmung und Einwilligung zu werten.<sup>41</sup> Wenn davon auszugehen ist, dass die Eltern der Begutachtung bereits zugestimmt haben, muss der Sachverständige nicht jeden weiteren Schritt mit den Eltern abklären und abprechen.<sup>42</sup>

**cc) Einsatz von digitalen Aufzeichnungen durch den Sachverständigen.** Für Ton- und/oder Videoaufzeichnungen zB der Gespräche und Interaktionsbeobachtungen (→ Rn. 228, → Rn. 1387) benötigt der Sachverständige zwingend die Einwilligung der Betroffenen – auch des einwilligungsfähigen Kindes –; dies gilt auch, wenn diese Technik allein beim Kind zur Anwendung kommen soll.<sup>43</sup> Vgl. → Rn. 344.

**dd) Zutritt zur Wohnung.** Sollte ein Elternteil Hausbesuche ablehnen, so hat dies der Sachverständige nicht zu werten, sondern nur darauf hinzuweisen, dass er dies dem Gericht mitteilen werde. Art. 13 GG garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung. Eingriffe und Beschränkungen sind nach Absatz 2 und 3 möglich. Der Begriff „Wohnung“ umfasst auch Arbeits-, Betriebs- oder Geschäftsräume sowie sonstiges befriedetes Besitztum.<sup>44</sup> Dieses Recht ist verletzt, wenn der Sachverständige ohne Einwilligung der Berechtigten die Wohnung oder auch im Rahmen des Hausbesuches nur einzelne Räume in der Wohnung betritt oder Schränke öffnet (→ Rn. 2190, → Rn. 1303).

**ee) Einwilligung zur Einbeziehung und Befragung des Kindes.** Haben beide Eltern das Sorgerecht inne, genügt es nicht, wenn nur ein Elternteil die Einwilligung erteilt.<sup>45</sup> Ein Elternteil ist allein nicht

<sup>38</sup> Siehe: *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981.

<sup>39</sup> *Hoffmann*, Ausgewählte Fragestellungen zum Datenschutz in familiengerichtlichen Kinderschutzverfahren, ZKJ 2020, 45.

<sup>40</sup> Vgl. *Klein*, Die Rechtmäßigkeit psychologischer Tests im Personalbereich, 1982, 50; *Peters*, Die prozessrechtliche Stellung des psychologischen Sachverständigen, 1967, 678.

<sup>41</sup> *Scholz*, Schweigepflicht der Berufspsychologen und Mitbestimmung des Betriebsrates bei psychologischen Einstellungsuntersuchungen, NJW 1981, 1987.

<sup>42</sup> OLG Thüringen FamRZ 2018, 1677.

<sup>43</sup> Siehe auch DJuF-Rechtsgutachten für den Einsatz dieser Technik beim Jugendamt, JAmt 2008, 20.

<sup>44</sup> Vgl. *Rohlf*, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, 1980, 153.

<sup>45</sup> So AG Düsseldorf FamRZ 1995, 498, auch nicht bei Verdacht auf sexuellen Missbrauch.

befugt, das Kind medizinisch und/oder psychologisch untersuchen zu lassen.<sup>46</sup> Ein Sorgeberechtigter hat grundsätzlich das Recht, die Begutachtung des Kindes abzulehnen.<sup>47</sup> Steht einem Elternteil das Aufenthaltsbestimmungsrecht oder das Recht für die medizinischen Belange alleine zu, so umfasst dies nicht die Einwilligung zur Begutachtung (→ Rn. 399). Eine Einwilligung zur Befragung des Kindes kann konkludent angenommen werden, wenn keine explizite Unterlassungserklärung (Widerruf) zur Befragung durch den Sachverständigen erfolgt. Die Einwilligung kann auch konkludent als gegeben angenommen werden, wenn der Sorgerechtsinhaber das Kind zur Begutachtung bringt oder den Sachverständigen anlässlich des Hausbesuchs zum Zwecke der Begutachtung mit dem Kind in einem Raum allein lässt, sofern er vorab über die Absicht des Sachverständigen, das Kind zu befragen, informiert worden ist.

Durch den Beweisbeschluss sind die Eltern informiert, dass das Kind in die Begutachtung einbezogen wird. Sie hätten also die Möglichkeit, die Einbeziehung des Kindes zu verweigern. Der Sachverständige tut aber gut daran, die Eltern, sei es schriftlich oder mündlich, über die Begutachtung und damit auch über die Einbeziehung des Kindes zu informieren und ihre Zustimmung einzuholen.<sup>48</sup>

Hat ein Elternteil die alleinige Sorge inne, sich aber noch nicht beim Sachverständigen gemeldet, so sollte der Sachverständige das Kind noch nicht einbeziehen, wenn es sich zB beim umgangsberechtigten Elternteil aufhält, da er nicht davon ausgehen kann, dass der sorgeberechtigte Elternteil seine Einwilligung erteilt hat. Er kann unabhängig davon ein Gespräch mit dem umgangsberechtigten Elternteil führen und auch das Kind zum Thema machen.

**ff) Ergänzungspflegschaft.** Besteht Ergänzungspflegschaft, sollte der Sachverständige in diesem Fall sowohl vom Vormund/Ergänzungspfleger als auch vom Sorgerechtsinhaber die Einwilligung zur Befragung des Kindes einholen. Die Teilnahme an der Begutachtung fällt nicht zwingend zB unter den medizinischen oder aufenthaltsrechtlichen Teilbereich des Sorgerechts, sollte dieser auf einen Ergänzungspfleger übertragen worden sein. Oftmals kann nur über den Vormund oder Ergänzungspfleger die Adresse des Kindes erfahren werden (→ Rn. 359). 316

Hat ein Vormund die Einwilligung zur Befragung des Kindes gegeben und wurde mittlerweile einem Elternteil die elterliche Sorge übertragen, muss nicht erneut dieser um Einwilligung gebeten werden. Der Elternteil hätte aber nun von sich aus die Möglichkeit, der Einbeziehung des Kindes zu widersprechen.<sup>49</sup>

Es bietet sich an, wenn das Kind fremd untergebracht ist, die Einwilligung zur Befragung des Kindes bei den Eltern einzuholen, wenn Teile des Sorgerechts noch bei den Eltern liegen, ehe der Sachverständige das Kind in der Pflegefamilie oder im Heim aufsucht, damit die Eltern keine Bedenken bezüglich der Neutralität des Sachverständigen entwickeln.<sup>50</sup> Wenn keine Vormundschaft vorliegt, sondern nur Ergänzungspflegschaft (häufig sind nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht und andere Teilbereiche auf einen Ergänzungspfleger übertragen worden, nicht aber die Einwilligung zur Begutachtung, die somit noch bei den Eltern liegt), sollte die Einwilligung des sorgeberechtigten Elternteils oder der Eltern eingeholt werden.

Aber auch hier gilt, ist dem Elternteil bekannt, dass der Sachverständige das Kind in der Pflegefamilie oder im Heim aufsuchen wird und dieser erhebt keine Einwände, dann ist die Einwilligung erteilt.

**gg) Einwilligung zur Befragung Dritter.** Die zu begutachtenden Personen haben das Recht mitzubestimmen, welche dritten Personen der Sachverständige bezüglich des gerichtlichen Auftrags befragen kann; dies gilt insbesondere für neue Lebenspartner oder das Kind betreuende Personen, aber auch Nachbarn, Ärzte, Lehrer, usw. Hier ist für jeden Einzelfall die Einwilligung der Betroffenen (bzw. Sorgeberechtigten, wenn es sich um Informationen über das Kind handelt) einzuholen (→ Rn. 383). 317

Wurde ein Teilbereich der elterlichen Sorge auf einen Elternteil übertragen, so bestimmt dieser, ob der Sachverständige diese Fachpersonen, die den Teilbereich betreffen (zB Schule, wenn die elterliche Sorge den schulischen Bereich umfasst, oder Ärzte, die das Kind behandeln, wenn die Gesundheitsfürsorge auf einen Elternteil übertragen wurde), in die Begutachtung einbeziehen darf, um Informationen über das Kind zu erhalten. Dies gilt nicht, wenn nur die Entscheidungskompetenz gemäß § 1628 BGB für eine Einzelfallentscheidung auf einen Elternteil übertragen worden ist (→ Rn. 403), da damit grundsätzlich die gemeinsame elterliche Sorge verbleibt.

<sup>46</sup> AG Düsseldorf DAVorm 1995, 1005; FamRZ 1995, 498.

<sup>47</sup> BayObLG FamRZ 1979, 348 und 737.

<sup>48</sup> Siehe OLG Thüringen FamRZ 2018, 1677.

<sup>49</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 2017, 915.

<sup>50</sup> OLG Stuttgart FamRZ 2018, 455.

Dieser Einwilligungsvorbehalt gilt nicht für Pflegeeltern,<sup>51</sup> Vertreter des Jugendamts oder des ASD, Umgangspfleger<sup>52</sup> (→ Rn. 369), immer vorausgesetzt, die Einbeziehung ist für die Fragestellung bedeutsam, da diese Fachpersonen gegenüber dem Gericht bzw. Pflegeeltern dem Jugendamt, Bericht erstatten.

**318 hh) Praktische Hinweise.** Es kann sinnvoll sein, die Eltern aufzufordern, eine Liste von Personen zu erstellen, die sie gerne vom Sachverständigen befragt haben wollen. Ob der Sachverständige diese alle befragt unterliegt seiner Entscheidungskompetenz. Bei Personen, die über das Kind Auskunft geben können, muss der Sachverständige von beiden sorgeberechtigten Eltern die Einwilligung erhalten.

Bei Fachpersonen, die der Schweigepflicht unterliegen, sollten die Eltern diese Personen von der Schweigepflicht entbinden, eine entsprechende Erklärung kann sich auch der Sachverständige für diese Personen von den Eltern ausstellen lassen.

Schlagen Eltern dem Sachverständigen die Einbeziehung weiterer Personen vor und der Sachverständige befragt diese letztendlich nicht, sollte dies begründet werden, da ansonsten die Aussagekraft des Gutachtens infrage gestellt wird oder der Elternteil sich nicht ernst genommen fühlt.<sup>53</sup>

Bei Personen, die über einen Elternteil Informationen geben können, muss nur der Elternteil seine Einwilligung erteilen, über den Auskunft eingeholt werden soll, zB frühere Lebenspartner, Kinder aus früheren Beziehungen, Kindermädchen, neue Partner ua.

Nur wenn der andere Elternteil explizit der Befragung widerspricht, sollte der Sachverständige diese nicht befragen bzw. sollte sich an das Gericht wenden, wenn die Information entscheidungserheblich wäre.

Der Sachverständige sichert sich immer ab, wenn er dem Gericht die einzubeziehenden Bezugspersonen und Informanten vorab mitteilt. In diesem Falle kann das Gericht selbst Einwendungen gegen die Befragung erheben (weil das Gericht bestimmte Personen als nicht vertrauenswürdig einschätzt, da die RichterIn davon ausgeht, dass dies eine Zeugenvernehmung wäre, die den Sachverständigen nicht zusteht, oder auch aus Kostengründen). Durch die Mitteilung an das Gericht kann zudem jede Partei Stellung dazu beziehen, ob Bedenken bezüglich der Einbeziehung der Personen bestehen. Das Gericht kann dann den Sachverständigen bezüglich der zu befragenden Personen Anweisung erteilen (→ Rn. 144). Ein möglicher Befangenheitsantrag aus zB ungleich verteilter Befragung von Bezugspersonen oder Fachpersonen kann damit verhindert werden.

**319 ii) Kein Recht zur Informationsweitergabe durch den Sachverständigen.** Eine entsprechende Einwilligung, Dritte zu befragen, ermächtigt den Sachverständigen noch nicht, selbst gegenüber diesen zu befragenden Personen Informationen preiszugeben, die er im Rahmen der Begutachtung erlangt hat. Es hat sich in der Praxis bewährt, sollte eine Rückmeldung notwendig sein, sich als Sachverständiger eine reziproke Schweigepflichtenbindungserklärung für die zu befragenden Personen geben zu lassen (→ Rn. 198).

**jj) Einwilligung zur Weitergabe von Informationen an Hilfskräfte.** Eine stillschweigende Einwilligung des Betroffenen zur Weitergabe von Informationen kann angenommen werden, wenn der Sachverständige ohne ausdrücklichen weiteren Beschluss als Hilfskraft (→ Rn. 166) einen Kollegen beizieht (der zB in Kinderdiagnostik besonders erfahren ist, um spezielle Bereiche testpsychologisch abzusichern) und der Betroffene nach entsprechender Aufklärung zur Vorgehensweise keine Einwände erhebt.

Eine Weitergabe an einen weiteren, eigenverantwortlichen Sachverständigen ohne Einwilligung des Gerichts ist auch mit Zustimmung der Betroffenen nicht zulässig (→ Rn. 165).

**320 kk) Reichweite der Einwilligung.** Die Einwilligung gegenüber dem Sachverständigen zur Verwertung der Daten gilt allein für die gerichtliche Fragestellung, nicht für weitergehende Begutachtungen oder für andere Gerichtsverfahren.<sup>54</sup> Vgl. → Rn. 197. Tatsachen, die der Sachverständige aufgrund zufälliger Begebenheiten als entscheidungserheblich erfährt, kann er nicht verwerten, wenn dafür die Einwilligung nicht vorliegt (→ Rn. 185). Fehlt die Einwilligung, kann der Sachverständige als sachverständiger Zeuge angehört werden.

## h) Folgen bei Widerruf der Zustimmung

**321 aa) Weitergabe des Gutachtens ans Gericht.** Erklärt einer der Beteiligten oder Befragten vor Weitergabe des Gutachtens an das Gericht, dass er nicht damit einverstanden ist, so ist dies als Widerruf der

<sup>51</sup> Vesting, Die Strafbarkeit der Schweigepflichtverletzung nach § 203 StGB im familiengerichtlichen Verfahren, PdR 2011, 230.

<sup>52</sup> Siehe KG v. 14. 1. 2013 – 19 UF 34/12.

<sup>53</sup> Krebs, Kommentar zu den neuen Mindeststandards aus anwaltlicher Sicht – Was kritisieren Anwälte an familiengerichtlichen Gutachten, PdR 2016, 28.

<sup>54</sup> BGH Beschl. v. 14. 11. 1963 – III ZR 19/63 mit Abwägungen zu anderen Urteilen.