
Datum: 02.09.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 4 WF 111/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0902.4WF111.10.00

Vorinstanz: Amtsgericht Siegen, 15 F 1944/08
Schlagworte: Zu den Voraussetzungen der Ablehnung eines Sachverständigen in einem Sorgerechtsverfahren
Normen: §§ 406, 42 ZPO

Tenor:

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Siegen vom 22.04.2010 abgeändert.

Die Ablehnung des Sachverständigen Prof. Dr. K ist begründet.

Das Beschwerdeverfahren ist gerichtskostenfrei. Außergerichtliche Kosten des Beschwerdeverfahrens werden nicht erstattet.

Der Beschwerdewert beträgt 1.500,00 €.

Gründe:

- I. 2
- Die Antragstellerin und der Antragsgegner sind rechtskräftig geschiedene Eheleute. Sie streiten seit Jahren um die elterliche Sorge für ihren am 08.05.2000 geborenen Sohn K1, die ihnen ursprünglich gemeinsam zustand. 3
- Nach der Trennung der Eltern im Jahr 2004 lebte K1 zunächst mit seinem älteren Halbbruder K2, der aus einer früheren Beziehung der Antragstellerin stammt, bei seiner Mutter. Im Mai 4

2005 wurde K1 Halbschwester F geboren, die aus der neuen – inzwischen ebenfalls gescheiterten – Ehe der Antragstellerin mit Herrn I stammt.

Kurz nach F Geburt begann die Antragstellerin, dem Antragsgegner den Umgang mit K1 aus streitigen Gründen zu verweigern. Das veranlasste den Antragsgegner dazu, ein Umgangsrechtsverfahren anzustrengen (318 F 181/05 AG Siegburg), das am 21.02.2006 mit einem Vergleich endete. Darin einigten sich die Kindeseltern darauf, dass der Antragsgegner K1 regelmäßig 14tägig samstags sehen könne. Trotz der Einigung verliefen auch in der Folgezeit die Umgangskontakte aus streitigen Gründen nicht problemfrei, so dass der Antragsgegner am 28.04.2006 einen Antrag auf Übertragung des Sorgerechts für K1 stellte (Beiakte 15 F 914/06 AG Siegen), den er mit mangelnder Kooperationsfähigkeit und –willigkeit der Antragstellerin sowie deren fehlender Erziehungseignung begründete. Das Amtsgericht bestellte für K1 eine Verfahrenspflegerin, nach deren Einschätzung die Antragstellerin in ihrer Erziehungsfähigkeit stark eingeschränkt war (Bl. 59 f BA). Sie begründete ihre Auffassung insbesondere damit, dass die Antragstellerin nicht zwischen ihren und den Bedürfnissen der Kinder unterscheide und die Kinder in altersunangemessener Weise in ihre Paarkonflikte und in die Gerichtsverfahren einbeziehe. Bei K1, der hinsichtlich seiner Sprachentwicklung sowie der Fein- und Grobmotorik Defizite aufwies, beobachtete die Verfahrenspflegerin eine blinde Übernahme der mütterlichen Meinung (Bl. 60 BA).

5

Vor dem Amtsgericht einigten die Parteien sich vorläufig am 10.07.2006 (Bl. 74 f BA) auf eine Ausdehnung der Umgangskontakte zwischen K1 und seinem Vater und darauf, dass die Regelung und Ausübung des Umgangsrechts bei gleichzeitiger Entziehung des Sorgerechts insoweit einer Ergänzungspflegerin – der vormaligen Verfahrenspflegerin, Frau S – übertragen werden sollte. Zeitgleich ordnete das Amtsgericht mit Beschluss vom 11.07.2006 (Bl. 80 BA) die Einholung eines Gutachtens zur Erziehungsfähigkeit beider Eltern an; zum Gutachter wurde der Sachverständige C bestellt.

6

Ausweislich des von diesem erstellten Gutachtens vom 26.01.2007 lag bei dem Antragsgegner uneingeschränkte Erziehungsfähigkeit vor, während diese bei der Antragstellerin als nur eingeschränkt vorhanden angesehen wurde. Der Sachverständige bezog letzteres u.a. auf Überreaktionen der Antragstellerin im Alltag sowie fehlende Impulskontrolle und schilderte aggressives Einwirken der Mutter nach kindlichem (Fehl-)verhalten, z.B. "Vom-Stuhl-Schubsen" bei Hausaufgabenproblemen, (einmaliges) Eintauchen des Kindes mit dem Kopf in den Gartenteich nach Ungehorsam (S. 15/16 des Gutachtens). Außerdem stellte er fest, dass die Antragstellerin die Bedürfnisse der Kinder, die eine enge Bindung zueinander hätten, teilweise nicht zu erfüllen bereit oder in der Lage war und diese mit dem Anspruch, die Kinder sollten frei und offen ihre Meinung zu allem äußern, überfordere. Unterstützung in Form von Therapie lehne die Antragstellerin ab. Auf Seiten von K1 stellte der Sachverständige wie die Ergänzungspflegerin deutliche Beeinflussungsmerkmale durch die Mutter fest, erlebte K1 als mit der Konfliktsituation der Eltern vertraut und Sichtweise und Einstellungen der Mutter – auch gegenüber der neuen Partnerin des Antragsgegners, die er nur bedingt mochte – übernehmend.

7

Trotz der nur eingeschränkten Erziehungsfähigkeit der Antragstellerin schlug der Sachverständige vor, dass K1 weiter bei der Mutter leben sollte, weil das Kind das aus- und nachdrücklich so wolle und sich außerdem seiner Schwester F sehr verbunden fühle.

8

Das Amtsgericht übertrug entgegen der schriftlichen Empfehlung des Sachverständigen mit Beschluss vom 27.07.2007 (Bl. 154 BA) die elterliche Sorge – mit Ausnahme des Rechts auf Gestaltung und Ausübung des Umgangsrechts, das bei der Ergänzungspflegerin verblieb – auf den Antragsgegner. Zur Begründung führte es aus, dass die Übertragung des

9

Sorgerechts auf den Antragsgegner dem Wohle K1 in Anbetracht der eingeschränkten Erziehungseignung der Kindesmutter, die K1 nicht angemessen fördern könne, besser diene, auch wenn dies möglicherweise dem Willen des Jungen nicht entspreche.

Auf das gegen den Beschluss eingelegte Rechtsmittel der Antragstellerin erklärten die Eltern sich vor dem Oberlandesgericht Hamm (13 UF 201/07) am 19.10.2007 damit einverstanden, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht und das Recht zur Gesundheitsfürsorge auf den Antragsgegner übertragen werde und es im Übrigen – unter Aufrechterhaltung der Sorgerechtsübertragung auf die Ergänzungspflegerin betreffend das Umgangsrecht – bei der gemeinsamen elterlichen Sorge verbleiben solle; der 13. Familiensenat erließ einen der Vereinbarung entsprechenden Beschluss (Bl. 215 BA). 10

Mit Schriftsatz vom 29.09.2008 meldete sich die frühere Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin beim Amtsgericht und zeigte an, dass K1 sie gebeten habe, für ihn den Antrag zu stellen, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht von seinem Vater auf die Mutter (zurück)übertragen werde (Bl. 1 GA). Nach entsprechendem Hinweis des Amtsgerichts beantragte nunmehr die Antragstellerin am 10.03.2009 die (Rück)Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und des Rechts der Gesundheitsfürsorge auf sich und begründete das damit, dass K1 zur Mutter zurückwolle und bei einem Nichtbefolgen seines Willens mit erheblichen Problemen zur rechnen sei (Bl. 17 GA). 11

Der Antragsgegner wandte sich gegen den Antrag und begründete dies damit, dass triftige Gründe für eine Abänderung der getroffenen Entscheidung im Sinne von § 1696 BGB nicht gegeben seien. 12

Das Amtsgericht hörte die Beteiligten sowie K1 an. Im Anschluss ordnete es die Einholung eines Gutachtens zu der Frage an, ob triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe vorlägen, die es angezeigt erscheinen ließen, dass K1 entsprechend seinem derzeitigen Wunsch in den Haushalt der Antragstellerin wechsele und dieser die elterliche Sorge teilweise übertragen werde (Bl. 60 GA). Mit der Begutachtung wurde der Sachverständige Prof. Dr. K beauftragt. 13

Der Sachverständige suchte zunächst die Antragstellerin auf und danach am 28.10.2009 gemeinsam mit seiner Assistentin auch den Antragsgegner. In dessen Haushalt befragte er auch K1. Über das Gespräch wurde ein Protokoll gefertigt, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 87 GA). Unmittelbar nach dem Gespräch mit K1 fand ein "Nachgespräch" mit dem Antragsgegner und dessen jetziger Ehefrau statt, in dessen Verlauf der Sachverständige unter anderem äußerte (Gesprächsprotokoll Bl. 104 GA) 14

- der Kindesvater müsse sich schämen 15
- er – der Sachverständige – werde sich mit aller Kraft dafür einsetzen, dass dieses Kind zu seiner Mutter wechseln könne
- er könne nur an den Kindesvater appellieren, den Wechsel zu unterstützen
- seine Empfehlung an den Kindesvater sei, das ganze Verfahren für erledigt zu erklären und den Antrag zurückzunehmen – dann sei Gerichtsruhe – und zu sagen: ... "Herr K, helfen Sie mir, mit meiner Exfrau und Mutter unseres Kindes einen gütlichen Weg zu finden"

Unter anderem diese – und weitere – Äußerungen hat der Antragsgegner zum Anlass genommen, mit Schriftsatz vom 05.11.2009 (Bl. 66 GA) den Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Der Sachverständige habe ihn über Gebühr unter Druck gesetzt, um das Einverständnis zu erlangen, mit allen außerhalb des 16

Gerichtsverfahrens zusammenarbeiten zu können und habe undifferenziert Angaben von K1 übernommen. Er halte ihn für voreingenommen.

Darüber hinaus beantragte er mit weiterem Schriftsatz vom 09.12.2009 (Bl. 72 GA), ihm das Sorgerecht für K1 insgesamt zu übertragen, nachdem die Antragstellerin bei einem Krankenhausaufenthalt von K1 am 04.12.09 – um dessen Herausgabe zur Durchsetzung ihres Umgangswochenendes zu bewirken – gegenüber den Ärzten behauptet habe, ihr stehe das Sorgerecht ebenfalls zu und die bisherige Sorgerechtsregelung sei in ein paar Wochen ohnehin ausgestanden, das Kind werde ohnehin wieder zu ihr kommen (Bl. 75 GA). 17

Der Sachverständige erklärte in seiner Stellungnahme vom 04.12.2009 (Bl. 79 GA), dass er sich nicht für befangen halte; die zitierten Äußerungen seien teilweise aus dem Kontext gerissen und im Übrigen durch seinen lösungsorientierten Ansatz bedingt gefallen. Mit der Exploration von K1 sei die Befunderhebung abgeschlossen gewesen. Seine Empfehlung für das Gericht habe praktisch festgestanden, und er handhabe es üblicherweise so, den Eltern vorab mitzuteilen, was er zu empfehlen gedenke. 18

Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 22.04.2010 (Bl. 132 a GA) das Befangenheitsgesuch zurückgewiesen und dies damit begründet, dass zwar darüber gestritten werden könne, ob der Sachverständige den richtigen Ton getroffen habe, ihn das aber nicht befangen mache. Dass der als lösungsorientierter Gutachter arbeitende Sachverständige nach Befragung des Kindes bereits gewusst habe, was er empfehlen werde und zudem versucht habe, eine außergerichtliche Einigung der Eltern zu bewirken, begründe keine Voreingenommenheit. 19

Gegen den Beschluss wendet sich der Antragsgegner mit seiner sofortigen Beschwerde, mit der er sein erstinstanzliches Vorbringen vertieft (Bl. 144 GA). 20

Das Amtsgericht hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache mit Beschluss vom 06.08.2010 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. 21

II. 22

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners, auf die – ebenso wie auf das Ablehnungsgesuch – nach Art. 111 FGG-RG die bis zum 01.09.2009 geltenden Vorschriften Anwendung finden, ist gemäß §§ 406 Abs. 5 ZPO, 15 FGG zulässig und begründet. Aus der Sicht des Antragsgegners ist angesichts des Gesprächs vom 28.10.2009 die Besorgnis gerechtfertigt, dass der Sachverständige im weiteren voreingenommen verfahren und gutachterlich Stellung nehmen wird, so dass der angefochtene Beschluss abzuändern und dem Befangenheitsantrag stattzugeben war. 23

1. 24

Das Ablehnungsrecht des Antragsgegners ist vorliegend nicht wegen Versäumens der Frist des § 406 Abs. 2 Satz 1 ZPO ausgeschlossen. Die vom Antragsgegner herangezogenen Anhaltspunkte für eine Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen haben sich unstreitig erst in dem Termin vom 28.10.2009 ergeben und konnten deshalb – ohne dass das vom Antragsgegner zu verantworten wäre, § 406 Abs. 2 Satz 2 ZPO – nicht früher vorgetragen werden. 25

2. 26

Die Besorgnis der Befangenheit eines Sachverständigen ist gemäß §§ 406 Abs. 1, 42 ZPO dann anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit 27

aufkommen lassen.

Nicht erforderlich ist, dass der Sachverständige tatsächlich befangen ist, und ebenso unerheblich ist, ob er sich für befangen hält (BVerfG, Beschluss vom 02.12.1992, 2 BvF 2/90). Es kommt auch nicht darauf an, ob das Gericht Zweifel an der Unparteilichkeit hat (OLG Saarbrücken in MDR 2007,1279). 28

Geeignet, Misstrauen gegen eine unparteiliche Ausübung der Sachverständigentätigkeit zu rechtfertigen, sind Gründe, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Sachverständige stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber. In Abgrenzung dazu scheiden rein subjektive, unvernünftige Vorstellungen und Gedankengänge des Antragstellers als Ablehnungsgrund aus (BGH in NJW-RR 2003,1220). 29

3. 30

Unter Anlegung dieses Maßstabs besteht die Besorgnis der Befangenheit. 31

a) 32

Vom Standpunkt des Antragsgegners aus begründet die Art und Weise, insbesondere die Wortwahl des Sachverständigen in dem von diesem so bezeichneten "Nachgespräch" mit dem Antragsgegner und seiner Ehefrau am 28.10.2009 die Besorgnis, dass der Sachverständige nicht unvoreingenommen ist. 33

Diesen Eindruck konnte der Antragsgegner bereits aus dem ersten Satz des Sachverständigen in dem "Nachgespräch" gewinnen. Darin hielt er dem Kindesvater mit Nachdruck – durch Wiederholung verstärkt – vor, er müsse sich "schämen". 34

Im Folgesatz steigert sich der Sachverständige noch, wenn er dem Antragsgegner gleichsam einen Verstoß gegen die Menschenwürde seines Kindes unterstellt und insistiert: "Und ich kann nur appellieren an Sie: Unterstützen Sie das *[den vom Sachverständigen favorisierten Wechsel des Kindes zur Mutter]* mit all Ihrer Kraft! Weil – das hat mit Menschen, mit Achtung und Würde ja überhaupt nichts mehr zu tun...". 35

In die gleiche Richtung geht neben anderem auch der abschließende Vorwurf des Sachverständigen: "Sie haben eine Menge angerichtet, Böses angerichtet in der kleinen Kinderseele. Das kriegen Sie ausgeglichen, weil Sie positiv besetzt sind – trotzdem." 36

Unabhängig davon, ob der Antragsgegner die Äußerungen des Sachverständigen in seinem Befangenheitsgesuch wörtlich korrekt wiedergegeben hat, stehen sie nach dem Transkript des Sachverständigen fest. 37

Aufgrund solcher, polemischer Äußerungen darf der Antragsgegner den Eindruck haben, der Sachverständige habe den Boden der Sachlichkeit und Unvoreingenommenheit verlassen. Die darin enthaltenen Wertungen sind insbesondere aufgrund der gewählten Ausdrucksweise für jeden Kindesvater in hohem Maße verletzend. Sie drücken ein nach Meinung des Sachverständigen schwerstes und das Wohl des Kindes nicht ansatzweise im Blick habendes Fehlverhalten des Antragsgegners aus. Die Verletzung wiegt besonders schwer, weil dem Antragsgegner im Gutachten des Vorverfahrens uneingeschränkte Erziehungsfähigkeit bescheinigt worden war und der jetzige Sachverständige zu seiner so vorgetragenen, offenbar festen gegenteiligen Meinung aufgrund eines nur relativ kurzen Gesprächs mit K1 gekommen war und für seine Meinung dem Antragsgegner keine sachlichen und fachlichen 38

Grundlagen mitgeteilt hat. Die Äußerungen des Sachverständigen halten sich nicht mehr im Bereich sachlicher Erarbeitung eines Gutachtens, sondern überschreiten die Grenze zu einer persönlichen Herabsetzung des Kindesvaters und sind damit schon für sich genommen geeignet, aus Sicht des betroffenen Vaters die Besorgnis der Befangenheit zu begründen (vgl. hierzu auch OLG Oldenburg in NJW-RR 2000,1166; OLG Zweibrücken VersR 1998, 1438, OLG Saarbrücken in MDR 2005,648).

b) 39

Auch daraus, dass der Sachverständige sich unmittelbar nach dem relativ kurzen Gespräch mit K1 so eindeutig zum Ergebnis seines Gutachtens geäußert hat und dabei auch keinerlei fachliche Grundlagen oder Begründungen für seine Meinung mitgeteilt hat, dürfte bei dem Antragsgegner den Eindruck der Voreingenommenheit erzeugen. 40

In dem "Nachgespräch" findet sich kein Anhalt dafür, dass die aktuellen Äußerungen des Kindes mit früheren Angaben K1 gegenüber dem Sachverständigen C, der Verfahrenspflegerin oder dem Amtsgericht im Vorverfahren verglichen worden wären. Irgendein Hinterfragen oder eine Bewertung von sich ergebenden Widersprüchen durch den Sachverständigen wurde nicht erkennbar, obwohl dem Sachverständigen die Akten des Vorverfahrens vorlagen (Bl. 64/65 GA). Immerhin hatten sowohl die Verfahrenspflegerin als auch der Sachverständige C im Vorverfahren herausgestellt, dass K1 – jedenfalls damals – Meinungen und Sichtweisen der Antragstellerin übernommen hat und von dieser beeinflusst sowie über den Stand des Gerichtsverfahrens informiert worden war. Argumente dafür, warum der Sachverständige Prof. Dr. K jetzt eine mögliche Beeinflussung des Kindes nicht in Erwägung zieht (" ich habe an der Ehrlichkeit Ihres Sohnes nicht den geringsten Zweifel"), werden dem Antragsgegner nicht mitgeteilt. 41

Auch spielt im "Nachgespräch" und bei der in Aussicht genommenen Empfehlung des Sachverständigen die vom früheren Sachverständigen C und der früheren Verfahrens- und heutigen Ergänzungspflegerin S festgestellte Einschränkung der Erziehungsfähigkeit der Antragstellerin überhaupt keine Rolle. Dass jedenfalls damals eine Diskrepanz zwischen Kindeswille – K1 wollte auch im Vorverfahren eigentlich lieber bei der Mutter leben – und Kindeswohl im Raume stand, findet in den Ausführungen des Sachverständigen keine Erwähnung. 42

Er konzentriert sich im "Nachgespräch" sehr pauschal auf seiner Meinung nach auf Seiten des Antragsgegners und seiner jetzigen Ehefrau vorhandene Defizite und deren – nach seiner Darstellung – kindeswohlgefährdende Auswirkungen auf K1. Warum allerdings die Bemühungen des Antragsgegners und seiner Ehefrau, K1 die im Haushalt seiner Mutter nicht vorhandene Struktur zu geben und gegenüber ihm mit einer gemeinsamen Meinung aufzutreten, so – nach Meinung des Sachverständigen – verheerende Wirkungen auf K1 gehabt haben sollen, wird ihnen in keiner Weise mitgeteilt. 43

Das muss auf Seiten des Antragsgegners den Anschein erwecken, dass der Sachverständige voreingenommen ist. 44

Dieser Eindruck muss für den Antragsgegner umso bedeutsamer sein, als der Sachverständige zugleich – gewollt oder ungewollt – impliziert hat, das Gericht werde auf jeden Fall seiner Empfehlung folgen. Die Äußerung des Sachverständigen 45

" ...der [lösungsorientierte Gutachter] sieht die beste Lösung nicht darin, dass irgendeiner –46 und sei ich es selbst, der hier eine Entscheidung trifft oder eine Empfehlung ausspricht, was

kann durchaus dahin verstanden werden, dass es besser wäre, wenn es gar nicht erst zu einer gerichtlichen Entscheidung käme, weil in dem Falle das Gericht sowieso seinem Gutachten folgen wird.	47
Auch die Antragstellerin scheint den Gutachter genau so verstanden zu haben, wie ihr Verhalten am 04.12.2009 nahelegt. Nach den unbestrittenen Angaben des Antragsgegners hat sie gegenüber den Ärzten im Krankenhaus ausdrücklich erklärt, der bestehende Sorgerechtsbeschluss werde ohnehin geändert.	48
c)	49
Das Verhalten des Sachverständigen und seine "Empfehlung" durfte beim Antragsgegner auch den Eindruck erwecken, der Sachverständige habe sich nicht wirklich mit der von ihm zu beantwortenden Beweisfrage auseinandergesetzt, sondern verfolge außerhalb seines Auftrages liegende Ziele.	50
Ganz unabhängig davon, ob der Sachverständige einen sogenannten "lösungsorientierten Ansatz" verfolgt – wobei offen gelassen werden kann, ob eine gerichtliche Entscheidung demgegenüber nicht lösungsorientiert wäre – , überschreitet er jedenfalls seine Gutachterkompetenzen, wenn er einem Verfahrensbeteiligten konkrete prozessuale Schritte nahelegt bzw. hier sogar massiv zur Vornahme solcher Schritte unter Druck setzt. Es kommt noch hinzu, dass dem Sachverständigen offenbar – zunächst – entgangen war, dass der Antragsgegner den verfahrenseinleitenden Antrag der Antragstellerin überhaupt nicht zurücknehmen konnte.	51
Die Antragstellerin und der Antragsgegner befinden sich seit Jahren in massiven Auseinandersetzungen um das Sorgerecht und das Umgangsrecht bezüglich K1. Die Kommunikation zwischen ihnen war und ist auch mit Hilfe von außen offenbar sehr schwierig. In dieser Lage hat sich die Kindesmutter mit ihrem Antrag an das Gericht gewandt. Auch wenn eine Verständigung der Eltern ohne Inanspruchnahme der Gerichte im Interesse des Kindes unbedingt wünschenswert ist und das Gesetz die Gerichte anhält, in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Eltern hinzuwirken und das Gericht auch anordnen kann – was hier nicht geschehen ist – , dass der Sachverständige bei der Erstellung des Gutachtens auch auf die Herstellung des Einvernehmens hinwirken soll, ist es nicht Aufgabe eines Sachverständigen, die Eltern oder einen Elternteil unter Druck zu setzen, um ein von ihm gewünschtes Ergebnis auch ohne Gerichtsentscheidung zu erzielen. Die – freie – Entscheidung der Eltern, ob sie ihre Konflikte durch ein Gericht – bis auf weiteres – entscheiden lassen, ob sie sich innerhalb des gerichtlichen Verfahrens einigen oder ob sie sich außergerichtlicher Hilfe zu gemeinsamer Streitbeilegung bedienen, obliegt allein den – gut und sachlich zu beratenden – Eltern.	52
II.	53
Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 131 Abs. 1, Abs. 3, § 30 KostO, 13 a FGG.	54