

Bett verrichten und befinde sich in der Gefahr von Kreislaufproblemen, Blutstau, »Platzangst« und Panikattacken. Dies gelte für die 7-Punkt-Fixierung erst recht, die generell nicht lege artis sei.« Insoweit ist die Forderung nach einer »Eins zu Eins«-Betreuung nachvollziehbar. Das OLG weist darauf hin, dass die in Bezug genommene Entscheidung des BVerfG zu öffentlich-rechtlichen Unterbringungen ergangen ist und sich nicht unmittelbar auf die zivilrechtliche Unterbringung im Rahmen elterlicher Sorge übertragen lasse, weil die gerichtliche Genehmigungsentscheidung nach § 1631b BGB keinen unmittelbaren staatlichen Eingriff in die Freiheitsrechte der Betroffenen beinhaltet, sondern die Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge die Entscheidung über die Freiheitsentziehung treffen müssen. Es entspreche dem Kindeswohl, dass das Schutzniveau im Rahmen der beschriebenen Fixierungen gleich hoch ist. Damit wird auch ein Gleichlauf mit der Anordnung durch einen Vormund/Ergänzungspfleger erreicht, für die die Regelung des § 1631b BGB gem. §§ 1800, 1915 BGB gilt. Das Schutzbedürfnis des Kindes sei bei allen gesetzlichen Vertretern dasselbe.⁸⁵ Es drohen den Betroffenen bei den Fixierungen die gleichen – in den Erwägungen der Entscheidung des BVerfG beschrieben – gesundheitlichen

Risiken, denen grundsätzlich mit einer Eins-zu-eins-Betreuung entgegenzuwirken sei. Mit dieser Auslegung werde weiter die Zielsetzung des Gesetzgebers⁸⁶ verwirklicht, einen Gleichlauf zwischen Kinderschutz und Erwachsenenschutz herbeizuführen.

In dem entschiedenen Fall rechtfertigten jedenfalls das (aufgrund des Alters der Betroffenen) schwächer werdende Elternrecht und die staatliche Schutzpflicht eine Auslegung des § 1631b Abs. 2 BGB dahingehend, dass – wie bei öffentlich-rechtlichen Unterbringungen – bei einer bis zu 11-Punkt-Fixierung grundsätzlich eine »Eins-zu-Eins«-Betreuung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal erforderlich ist.

Aus dem Beschlusstenor der Genehmigungsentscheidung müsse sich zudem ergeben, dass die einzelne **Anordnung** der Fixierung **nur durch einen Arzt** erfolgen darf.

(Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe der FuR fortgesetzt)

⁸⁵ Vgl. BT-Drucks. 18/11278 S. 17.

⁸⁶ Vgl. BT-Drucks. 18/11278 S. 10.

§ 144 Abs. 1 ZPO n.F.: »Hinzuziehung« von Sachverständigen im familienrechtlichen Verfahren durch die Verfahrensbevollmächtigten und die Gerichte

von Dr. Renate Perleberg-Kölbl, Fachanwältin für Familien-, Steuer- und Insolvenzrecht, Mediatorin/Wirtschaftsmediatorin, Hannover und

Bernd Kuckenburg, Fachanwalt für Familien- und Steuerrecht, Mediator, vereidigter Buchprüfer, Hannover

I. Neue Gesetzeslage ab 2020

Die Änderung des § 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO¹ zum 01.01.2020 wird unter den Familienrechtlern bislang zu wenig beachtet, obwohl § 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO, § 113 Abs. 2 FamFG die Möglichkeit bieten, auch familienrechtliche Verfahren schneller und zielgerichteter zu führen und zum Abschluss zu bringen.

§ 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO regelt, dass das Gericht von Amts wegen die »Hinzuziehung eines Sachverständigen« (statt wie bisher die »Begutachtung durch Sachverständige«) anordnen kann. Damit soll keine inhaltliche Änderung verbunden sein, sondern lediglich die bisherige »Zurückhaltung« überwunden werden, einen Sachverständigen »als fachlichen Berater heranzuziehen, um sich auf diesem Wege die erforderliche Sachkunde zum richtigen Verständnis des Parteivorbringens und zur Erfassung des Sachverhalts zu verschaffen.«²

II. Problematiken

Auch in familienrechtlichen Verfahren muss sich der Anwalt beispielhaft mit folgenden Themen befassen:

- Gewinne werden »klein« gerechnet oder gar »verschoben«.
- Ungünstige Steuerwahlrechte werden ausgeübt.
- Wie wirken sich umwandlungssteuerrechtliche Maßnahmen auf die Leistungsfähigkeit aus?
- Welchen Wert hat das Unternehmen im Zugewinnausgleich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des

XII. Zivilsenats des BGH nach Abzug der latenten Steuerlast?

- Werden Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung beachtet?
- Sind thesaurierte Gewinne vorhanden und zu berücksichtigen?
- Hat ein Einsatz des Vermögens wegen stiller Reserven zu erfolgen?

Die Befassung mit den Thematiken setzt profunde Kenntnisse des Steuerrechts, des Bilanzsteuerrechts, des wirtschaftlichen Prüfungswesens, des Wissenschaftsgebiets der Betriebswirtschaftslehre und, last but not least, auch des Familienrechts voraus.

Hinzu kommt, dass die Unternehmerseite mit Erläuterungen aufwartet, die aus der Gedankenwelt der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer kommen und eine eigenständige Diktion aufweisen (beispielhafte Aufzählung: stille Reserven, Aktivierung und Passivierung, jeweils ausgestattet mit Ausweisungspflicht)

¹ Gesetz zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften, BGBl. I 2019, 2633.

² S. die Begründung, BT-Drucks. 19/13828, S. 16.

ten und Wahlrechten, Sonderabschreibungen, verbundene Unternehmen, Thesaurierung, Gesellschafterkapitalkonten, Sonder- und Ergänzungsbilanzen, erfolgswirksame und nicht erfolgswirksame Geschäftsvorfälle mit ordnungsgemäßer Dokumentation, IDW Standards, Rentenbarwertformeln, CAPM, tax amortisation benefit, EBIT usw.).

Nicht jeder Praktiker im Familienrecht wird Sinn und Zweck der genannten Institute erläutern können. Wenn theoretische wie praktische Kenntnisse fehlen, kann sich kein Problembewusstsein entwickeln.

Die Verfasser haben bereits in einem Beitrag³ nachdrücklich darauf verwiesen, wie wichtig es ist, eine ordnungsgemäße Bewertung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit oder -im Zugewinnausgleichsverfahren – den Wert eines Unternehmens unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des BGH mit sachverständiger Hilfe vorzunehmen. Es wurde insbesondere auf die Haftungsrisiken der Verfahrensbevollmächtigten hingewiesen, wenn diese sich auf die Angaben der Steuerberatung verlassen, der aber eine Durchdringung der familienrechtlichen Rechtsfragen fehlt.

Es gilt insoweit eine gewisse Sorglosigkeit festzustellen: *»Gefährlich sind nicht die Fälle, die einen um 4:00 Uhr morgens nicht schlafen lassen und an den PC treiben, sondern die, die einen schlafen lassen.«*

III. Anwendung der Regelung in familienrechtlichen Verfahren

Die o.g. Problemkreise kommen auch vollinhaltlich beim Familiengericht an. Der Gesetzgeber erkennt dieses und hat mit Neufassung des § 144 Abs. 1 ZPO n.F. Abhilfe geschaffen, auf den § 113 Abs. 2 FamFG für Familienstreitsachen rechtsverweist⁴

Dies ermöglicht eine frühzeitige Hinzuziehung eines Sachverständigen, der nach den Gesetzesmaterialien Berater des Gerichts werden soll.⁵ Dies geschieht unabhängig von einer möglichen Beweisaufnahme und damit auch schon in einem frühen Verfahrensstadium. Infolgedessen ist der Sachverständige dieser Funktion nach nicht Beweismittel, sondern ausschließlich Berater des Gerichts.⁶ Zweck der Neuregelung ist, dem Gericht die erforderliche Sachkunde zum richtigen Verständnis des Parteivorbringens und zur Erfassung des Sachverhalts zu verschaffen.⁷ Das Beratungsergebnis dient nicht der Beweisführung, sondern der Erkenntnisverschaffung des Gerichts, in dem ihm der Sachverstand des Sachverständigen schon im Vorfeld der Beweisaufnahme zur Verfügung steht.⁸ Dabei gilt es aber, die Fortgeltung des Beibringungsgrundsatzes zu beachten, damit die Beratung nicht dazu führt, dass der von den Parteien vorgegebene Tatsachenrahmen als Prozessstoff erweitert wird.⁹

Der Vertrag mit den Sachverständigen ist hierbei kein zivilrechtlicher Beratungsvertrag. Vielmehr handelt es sich – wie bei der Gutachterbestellung im Beweisverfahren – um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Das Gesetz regelt nicht, ob die Beratungsleistungen mündlich und/oder schriftlich zu erfolgen haben. Die Beratung ist aber zu dokumentieren. Sie darf sich nicht »im Hinterzimmer des Gerichts abspielen«,

sondern muss für die Parteien erkennbar sein.¹⁰ Es besteht aber kein Zweifel, dass die Hinzuziehung des Sachverständigen durch förmlichen Beschluss zu geschehen hat und zur Wahrung des rechtlichen Gehörs die Parteien über den Inhalt des Beratungsergebnisses zu informieren sind. Dies gilt insb. dann, wenn dadurch die Zuziehung eines Gerichtsgutachters entbehrlich wird.¹¹

Konsequenterweise ist dann von einer Doppelbeteiligung des Sachverständigen als »Hilfeleistenden« und als »Gerichtsgutachter« wegen der Problematik der »inhaltlichen Vorbefassung« als möglichen Befangenheitsgrund grundsätzlich abzuraten.¹² Dies gilt jedoch nicht, wenn sich die Verfahrensbeteiligten nach Anhörung auf den hinzugezogenen Sachverständigen als Gerichtsgutachter einigen und ist bereits aus Kostengründen empfehlenswert.

Dabei ist die Hinzuziehung des Sachverständigen nach § 144 Abs. 1 ZPO zu jedem Zeitpunkt und während des gesamten Verfahrens möglich. Die Hinzuziehung kann zu Hinweisen des Gerichts führen, Parteivortrag zu substantiieren. Dabei kann der Sachverständige auch dem Gericht mit fachlicher Expertise dienen, um den Streitstoff zu durchdringen, abzusichten und zu strukturieren, um wichtiges von weniger wichtigem zu unterscheiden und insbesondere die für die spätere Begutachtung erforderlichen Anknüpfungstatsachen herauszuarbeiten.¹³ Die Anwesenheit des Sachverständigen im Termin zur mündlichen Verhandlung mit eingeräumtem Fragerecht kann eine weitere Möglichkeit sein. Der Sachverständige kann aber auch bei der präzisen Fassung des Beweisbeschlusses hilfreich sein, das Gericht bei der kritischen Würdigung des Gerichtsgutachtens beraten sowie bei Erläuterungen des Gerichtssachverständigen unterstützen.¹⁴

Darüber hinaus kann der Sachverständige Vergleichsverhandlungen unterstützen, indem er den Parteien im Rahmen eines Gütetermins eine vorläufige Einschätzung der Sachlage sowie etwaiger Schwierigkeiten auf dem Weg zu den begehrten Feststellungen ermöglicht.¹⁵

Die Beweiswürdigung selbst bleibt natürlich »hochheilige« Aufgabe des Gerichts.

3 Kuckenburg/Perleberg-Kölbel, Die Crux mit der Bewertung bei der Auskunftserteilung und dem Leistungsantrag im Unterhalts-, Güter- und Erbrecht, FF 2020, 355.

4 Ausführlich zu der Neufassung des § 144 Abs. 1 ZPO: Motzke, Sachverständige als Berater des Gerichts, Der Sachverständige 2022, 19 ff.

5 BR-Drucks. 366/19, 14, 15.

6 BR-Drucks. a.a.O.

7 BR-Drucks. a.a.O.; Motzke, S. 20.

8 Motzke, S. 19.

9 Motzke, S. 31.

10 Motzke, S. 31.

11 So auch Motzke, S. 23.

12 Motzke, S. 26 f.

13 Windau, Die Hinzuziehung von Sachverständigen gem. § 144 ZPO n.F., <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpblog/hinzuziehung-von-sachverstaendigen-144-zpo-beweisbeschluss>.

14 Motzke, S. 27 ff.

15 Windau, Die Hinzuziehung von Sachverständigen gem. § 144 ZPO n.F., a.a.O.