

# Chancen und Risiken der Familienmediation am Beispiel des neuen Kindschaftsrechts

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde der  
Juristischen Fakultät  
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von  
Paul-Titus Hammerbacher  
Rechtsanwalt aus Böblingen  
2000

Dekan: Prof. Dr. Dr. Kristian Kühl  
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fritjof Haft  
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Dezember 1999

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1998 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Angeregt und betreut wurde diese Arbeit von meinem akademischen Lehrer, Prof. Dr. Fritjof Haft, dem ich zu großem Dank verpflichtet bin. Seinem Weitblick und Sachverstand verdanke ich es, ein Thema bearbeitet zu haben, das meine Sicht der Konfliktregelung tief geprägt hat und gerade bei der Tätigkeit als Rechtsanwalt im Rahmen der außergewöhnlichen Konfliktvermittlung sehr hilfreich ist.

Ebenso bedanke ich mich bei Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner, der in sehr kurzer Zeit das Zweitgutachten erstellt hat.

Diese Arbeit wäre nicht möglich gewesen ohne die Unterstützung meiner Mutter, meiner Schwester, Frau Rechtsanwältin Simone Eberle sowie Frau Dipl.-oec. Heike Martetschläger. Allen danke ich herzlich.

Stuttgart, Juni 2000

Paul-Titus Hammerbacher

## Inhaltsübersicht

<b>Inhaltsverzeichnis.....</b>	<b>IV</b>
<b>1. Kapitel: Einleitung und Definition .....</b>	<b>1</b>
<b>§ 1 Einführung .....</b>	<b>1</b>
I. Mediation als Möglichkeit der Konfliktbeilegung .....	1
II. Begriffsdefinition .....	4
<b>§ 2 Historische Entwicklung der Mediation .....</b>	<b>13</b>
I. Entwicklung in den USA.....	16
II. Entwicklung in Deutschland .....	18
III. Juristenausbildung in der Bundesrepublik Deutschland .....	32
<b>§ 3 Die Scheidung als besonders geeigneter Anwendungsbereich der         Mediation .....</b>	<b>39</b>
I. Kerngedanke der Familienmediation .....	39
II. Konfliktbehandlung durch den Mediator .....	43
<b>2. Kapitel: Konfliktbehandlung in der Familienmediation .....</b>	<b>45</b>
<b>§ 4 Die Familie in der Trennungs- und Scheidungssituation .....</b>	<b>45</b>
I. Trauer und Zukunftsängste.....	45
II. Fortsetzung der bestehenden Kräfteverhältnisse .....	46
<b>§ 5 Gesetzlich vorgegebener Verfahrensablauf .....</b>	<b>48</b>
I. Struktur des gerichtlichen Verfahrens.....	48
II. Chancen und Risiken des gerichtlichen Verfahrens .....	55
<b>§ 6 Grundlagen der Familienmediation als Konfliktbehandlungsmethode..</b>	<b>64</b>
I. Definition der Familienmediation.....	64
II. Anwendungsbereich der Familienmediation .....	71
III. Private Familienmediation.....	77
IV. Öffentliche Familienmediation .....	83
<b>§ 7 Abgrenzung der Mediation von der Therapie und der Trennungsberatung         .....</b>	<b>92</b>
I. Psychoanalytische Familientherapie.....	92
II. Trennungs- und Scheidungsberatung.....	95
<b>3. Kapitel: Möglichkeiten und Grenzen der Beratung in der Trennung und Scheidung.....</b>	<b>97</b>

<b>§ 8 Ansatzpunkte für die Familienmediation .....</b>	<b>97</b>
I. Motivation der Konfliktparteien.....	97
II. Verhandlungsfähigkeit der Konfliktparteien .....	99
III. Feststellung der Mediationsfähigkeit.....	99
<b>§ 9 Aufgaben, Pflichten und Möglichkeiten des Mediators .....</b>	<b>100</b>
I. Verhandlungsmacht.....	100
II. Risiken in der Familienmediation .....	102
III. Modelle der Mediation.....	109
IV. Eingriffsmöglichkeiten.....	111
<b>§ 10 Anwaltliches Berufsrecht und rechtliches Tätigkeitsfeld.....</b>	<b>112</b>
I. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt .....	113
II. Gebührenberechnung.....	119
<b>§ 11 Mediationsverfahren .....</b>	<b>120</b>
I. Verhandlungsphasen.....	121
II. Familienmediation und Verhandeln .....	125
<b>4. Kapitel: Familienmediation als Methode zum Umgang mit Familienkonflikten .....</b>	<b>127</b>
<b>§ 12 Reorganisation der Familie .....</b>	<b>127</b>
I. Auflösung des ehelichen Mikrokosmos.....	127
II. Gestaltung der Zukunft .....	132
<b>§ 13 Eltern-Kind-Beziehung.....</b>	<b>133</b>
I. Sorgerecht .....	136
II. Umgangsrecht.....	165
III. Anwendungsergebnisse aus der Praxis.....	169
<b>§ 14 Mediation und Recht .....</b>	<b>180</b>
I. Die Verhandlung im Lichte des Rechts.....	181
II. Das Recht als Ausgangspunkt für Verhandlungen .....	185
<b>5. Kapitel: Bewertung der Familienmediation .....</b>	<b>187</b>
<b>§ 15 Familienmediation als Reaktion auf die Unangemessenheit des     gerichtlichen Scheidungsverfahrens .....</b>	<b>187</b>
I. Bewertungsmaßstab von Familienmediation .....	187
II. Fazit.....	198
<b>6. Kapitel: Zusammenfassung und Aussicht.....</b>	<b>203</b>
<b>§ 16 Das neue Kindschaftsrecht in der anwaltlichen Praxis .....</b>	<b>203</b>

I. Ausrichtung des neuen Kindschaftsrechts.....	203
II. Schlichtung als anwaltliche Aufgabe.....	204

<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>IX</b>
----------------------------------	-----------

## Inhaltsverzeichnis

<b>1. Kapitel: Einleitung und Definition .....</b>	<b>1</b>
<b>§ 1 Einführung .....</b>	<b>1</b>
I. Mediation als Möglichkeit der Konfliktbeilegung .....	1
1. Streit als Konfliktaustragungsmodus.....	1
2. Kooperation als Konfliktbehandlungsmodus.....	2
II. Begriffsdefinition .....	4
<b>§ 2 Historische Entwicklung der Mediation .....</b>	<b>13</b>
I. Entwicklung in den USA.....	16
II. Entwicklung in Deutschland .....	18
1. Mediation und verwandte Konfliktbehandlungsansätze .....	18
a. Sühneverfahren der Civilprozeßordnung des Deutschen Reichs .....	18
aa. Das Sühneverfahren nach § 471 C.-P.-O.....	19
bb. Das obligatorische Sühneverfahren nach §§ 570 ff C.-P.-O. ....	20
cc. Der Sühneversuch nach § 268 C.-P.-O .....	22
b. Die Sühneverfahren während der Weltkriege.....	23
c. Die Sühne- und Güteverfahren nach dem Jahre 1945 .....	25
2. Familienmediation.....	29
III. Juristenausbildung in der Bundesrepublik Deutschland .....	32
1. Die Ausrichtung der universitären Ausbildung am Richtermodell .....	32
2. Reformüberlegungen zur Neugestaltung des juristischen Vorbereitungsdienstes .....	35
<b>§ 3 Die Scheidung als besonders geeigneter Anwendungsbereich der         Mediation .....</b>	<b>39</b>
I. Kerngedanke der Familienmediation .....	39
II. Konfliktbehandlung durch den Mediator .....	43
<b>2. Kapitel: Konfliktbehandlung in der Familienmediation .....</b>	<b>45</b>
<b>§ 4 Die Familie in der Trennungs- und Scheidungssituation .....</b>	<b>45</b>
I. Trauer und Zukunftsängste.....	45
II. Fortsetzung der bestehenden Kräfteverhältnisse .....	46
1. Ungleichgewicht der Ausgangssituationen .....	46
2. Prinzip der Eigenverantwortlichkeit .....	47
<b>§ 5 Gesetzlich vorgegebener Verfahrensablauf .....</b>	<b>48</b>
I. Struktur des gerichtlichen Verfahrens.....	48
1. FGG-Familiensachen.....	50
a. Sorge und Umgangsrecht.....	50
b. Versorgungsausgleich, Ehewohnung und Kindesherausgabe .....	52

2. ZPO-Familienachen .....	53
a. Kindesunterhalt.....	53
b. Ehegattenunterhalt und eheliches Güterrecht .....	54
II. Chancen und Risiken des gerichtlichen Verfahrens .....	55
1. Die einverständliche Scheidung.....	55
2. Die streitige Scheidung .....	55
a. Der Umgang mit Komplexität.....	55
b. Gefahren für die schwächere Konfliktpartei.....	62
c. Die Unzulänglichkeit des gerichtlichen Verfahrensmodus .....	63

## **§ 6 Grundlagen der Familienmediation als Konfliktbehandlungsmethode.. 64**

I. Definition der Familienmediation.....	64
1. Das traditionelle Desorganisationsmodell .....	64
2. Das Reorganisationsmodell .....	65
a. Neuorganisation des binuklearen Systems .....	65
b. Gestaltung der Zukunft .....	68
II. Anwendungsbereich der Familienmediation .....	71
1. Informationsobliegenheit.....	71
a. Verhandlungsmodelle.....	71
b. Vertrauensschutz als Basis der Kooperation.....	74
2. Verhandlungsgrundlagen - Verhandlungsführung .....	76
III. Private Familienmediation.....	77
1. Der Rechtsanwalt als Mediator .....	77
2. Psychosoziale Mediatoren .....	82
3. Interdisziplinäre Kooperation .....	82
IV. Öffentliche Familienmediation .....	83
1. Richterliche Familienmediation .....	83
2. Jugendamt und Familienmediation .....	84
a. Doppelfunktion des Jugendamts .....	85
b. Trennung des mediativen vom justiziablen Verfahren.....	87

## **§ 7 Abgrenzung der Mediation von der Therapie und der Trennungsberatung .....**

I. Psychoanalytische Familientherapie.....	92
II. Trennungs- und Scheidungsberatung.....	95

## **3. Kapitel: Möglichkeiten und Grenzen der Beratung in der Trennung und Scheidung .....**

### **§ 8 Ansatzpunkte für die Familienmediation .....**

I. Motivation der Konfliktparteien.....	97
1. Kooperation statt Konfrontation .....	97
2. Motivationssperren.....	98
II. Verhandlungsfähigkeit der Konfliktparteien .....	99
III. Feststellung der Mediationsfähigkeit.....	99

<b>§ 9 Aufgaben, Pflichten und Möglichkeiten des Mediators .....</b>	<b>100</b>
I. Verhandlungsmacht.....	100
1. Direkte Konfliktaustragung oder Einschaltung eines Parteivertreters..	100
2. Konzeptionelle Gestaltung .....	101
II. Risiken in der Familienmediation .....	102
1. Rollenverständnis des Mediators.....	102
a. Katalysatorfunktion .....	102
b. Verhandlungsführer .....	102
2. Risiken im Mediationsverfahren.....	103
a. Sachgerechte Auswahl mediierbarer Fälle .....	104
b. Autonomiekompetenz.....	105
c. Überschätzung der Mediationsmöglichkeiten .....	107
d. Verlust an Unparteilichkeit.....	107
e. Begrenzung der Privatautonomie .....	108
III. Modelle der Mediation.....	109
1. Der Mediator mit Zusatzqualifikation.....	109
2. Der umfassend ausgebildete Mediator .....	109
3. Indikative professionelle Co-Mediation .....	110
4. Psychologische Mediation mit externer juristischer Beratung .....	110
5. Professionelle gemischtgeschlechtliche Co-Mediation .....	110
IV. Eingriffsmöglichkeiten .....	111
1. Autorität statt Zwangsmittel.....	111
2. Laufende Kontrolle des Verfahrens .....	112
<b>§ 10 Anwaltliches Berufsrecht und rechtliches Tätigkeitsfeld.....</b>	<b>112</b>
I. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt .....	113
1. Berufsrechtliche Einordnung der anwaltlichen Mediation .....	113
a. Unparteiische Vermittlungsposition .....	113
b. Weitere neutrale Tätigkeitsbereiche .....	115
c. Anwaltliche Mediation und standesrechtliche Pflichten .....	115
2. Interdisziplinäre Kooperation .....	116
a. Kooperation im Rahmen des Rechtsberatungsgesetzes.....	116
b. Kooperation im Rahmen des rechtsanwaltlichen Berufsrechts .....	117
c. Zulässigkeit von Werbung .....	118
II. Gebührenberechnung.....	119
1. Anwendbare Gebührentatbestände .....	119
2. Notwendigkeit von Honorarvereinbarungen.....	119
<b>§ 11 Mediationsverfahren .....</b>	<b>120</b>
I. Verhandlungsphasen.....	121
II. Familienmediation und Verhandeln .....	125
1. Gemeinsame Zielsetzung .....	125
2. Unterschiedlicher Verfahrenscharakter.....	125

<b>4. Kapitel: Familienmediation als Methode zum Umgang mit Familienkonflikten.....</b>	<b>127</b>
<b>§ 12 Reorganisation der Familie .....</b>	<b>127</b>
I. Auflösung des ehelichen Mikrokosmos.....	127
1. Bewältigung von Trauer .....	128
2. Bedürfnis nach Schutz.....	129
3. Folgen für das elterliche Verhalten .....	131
II. Gestaltung der Zukunft .....	132
<b>§ 13 Eltern-Kind-Beziehung.....</b>	<b>133</b>
I. Sorgerecht .....	136
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	136
2. Das Schrifttum bis zur Neuregelung des Kindschaftsrechts .....	139
3. Stellungnahme .....	141
a. Der endgültiger Wegfall des Desorganisationsmodells .....	141
b. Die Förderungswürdigkeit des Restfamilie .....	144
4. Fazit.....	148
a. Staatliche Eingriffe auf ein Mindestmaß reduzieren .....	149
b. Beide Elternteile als notwendige Bezugspersonen.....	153
c. Das Umgangsrecht versus das vertraute Bezugsverhältnis.....	156
d. Das gemeinsame Sorgerecht in der ehemaligen DDR .....	157
e. Das gemeinsame Sorgerecht im europäischen Vergleich .....	158
aa. Frankreich .....	159
bb. England .....	160
cc. Norwegen, Schweden und Dänemark .....	161
f. Gestaltungsspielraum vor der Neuregelung des Kindschaftsrechts .	162
II. Umgangsrecht.....	165
1. Kontinuität in der elterlichen Erziehung .....	165
2. Beratungs- und Unterstützungsleistungen .....	167
3. Ansatz der Mediation .....	168
III. Anwendungsergebnisse aus der Praxis.....	169
1. Primat der elterlichen Erziehung.....	169
a. Ganzheitliche Betreuung und Beratung.....	171
b. Vater und Mutter als elementare Bezugspersonen .....	172
c. Das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall.....	172
d. Ansatz für eine neue Streitkultur.....	174
2. Mediation durch Beratungs- und Unterstützungsleistungen .....	177
a. Gerichtliche Kontrolle der Verhandlungsergebnisse.....	177
b. Hinwirken auf das Einvernehmen der Beteiligten .....	177
c. Anpassung der Vereinbarungen an aktuelle Veränderungen .....	178
3. Durchführung des gemeinsamen Sorgerechts .....	179
<b>§ 14 Mediation und Recht .....</b>	<b>180</b>
I. Die Verhandlung im Lichte des Rechts.....	181
1. Begrenzung von Verhandlungsmacht.....	181
2. Kenntnis der gesetzlichen Rahmenbedingungen .....	184

3. Koexistenz von Mediation und gerichtlichem Verfahren .....	184
4. Fazit .....	185
II. Das Recht als Ausgangspunkt für Verhandlungen .....	185
<b>5. Kapitel: Bewertung der Familienmediation .....</b>	<b>187</b>
<b>§ 15 Familienmediation als Reaktion auf die Unangemessenheit des gerichtlichen Scheidungsverfahrens .....</b>	<b>187</b>
I. Bewertungsmaßstab von Familienmediation .....	187
1. Entlastung der Justiz.....	187
2. Finanzielle und zeitliche Ersparnis.....	189
3. Vereinbarungserfolge in der Familienmediation .....	189
a. Größerer finanzieller Verhandlungsspielraum .....	190
b. Höheres Maß an Verantwortungsbereitschaft .....	190
c. Höhere Bindungsqualität.....	191
4. Allgemeine Akzeptanz der Familienmediation .....	192
5. Verwirklichung des objektiven Rechts.....	194
6. Zufriedenheit der Konfliktparteien.....	194
7. Verwirklichung der Interessen der Konfliktparteien.....	196
8. Vermeidung von geschlechtsspezifischen Benachteiligungen.....	197
II. Fazit .....	198
1. Förderung der Einigungsbereitschaft.....	198
2. Förderung der Wertschöpfung statt Wertverteilung.....	199
3. Flexibilität und Ausbaufähigkeit .....	201
<b>6. Kapitel: Zusammenfassung und Aussicht.....</b>	<b>203</b>
<b>§ 16 Das neue Kindschaftsrecht in der anwaltlichen Praxis .....</b>	<b>203</b>
I. Ausrichtung des neuen Kindschaftsrechts.....	203
II. Schlichtung als anwaltliche Aufgabe.....	204
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>IX</b>

# 1. Kapitel: Einleitung und Definition

## § 1 Einführung

### I. Mediation als Möglichkeit der Konfliktbeilegung

Das Streben der Menschen, laufend ihre wirtschaftliche und gesellschaftliche Situation zu verbessern, führt sie in Konflikte und Interessengegensätze zu anderen. Aufgrund der ständigen Begrenztheit ihrer eigenen Möglichkeiten treten die anderen Menschen ständig als Konkurrenten auf und es bilden sich Konfliktsituationen. Diese Entwicklung führt oft zu offenen Auseinandersetzungen, insbesondere wenn es sich um zuge-spitzte Forderungen handelt, die zu Machtkämpfen ausarten können. Dabei ist es nicht vorhersehbar, ob man auf einen schwierigen Menschen trifft oder ob allein die gegenwärtige Situation für die Problemstellung ausschlaggebend ist.

Konflikte besitzen jedoch die bemerkenswerte Eigenart, die Parteien zu trennen und zugleich zu verbinden<sup>1</sup>. Während die verschieden gelagerten Interessengegensätze die Parteien sich eher als Gegner erscheinen lassen, so können sie ohne das Zutun des jeweils anderen nicht auseinandergehen, ohne daß das Problem auf die eine oder andere Weise beigelegt wurde. Den Parteien stehen hierzu zwei prinzipiell unterschiedliche Konfliktbehandlungsansätze zur Verfügung.

### 1. Streit als Konfliktaustragungsmodus

Wählen sie den „Streit<sup>2</sup>“ als Austragungsmodus, so bekämpfen sich die Parteien und versuchen ausschließlich ihre persönlichen Ansprüche durchzusetzen. Die Verfolgung von „Rechtsansprüchen“ beruht bis heute auf dem Gedanken des römischen Rechts, Forderungen zwischen Konfliktparteien grundsätzlich auf einen Anspruch und diesen wiederum auf

---

<sup>1</sup>Haft, Verhandeln, die Alternative zum Rechtsstreit, S. 1.

<sup>2</sup>Unter diesem Begriff kann - so Haft a.a.O. - auch die streitig geführte *Verhandlung* subsumiert werden, soweit die Parteien nicht miteinander arbeiten, feste Positionen einnehmen und nur scheinbar an einer kooperativen Konfliktlösung im gemeinsamen Interesse interessiert sind.

eine Anspruchsgrundlage zurückzuführen<sup>3</sup>. Grundlage dieser Konfliktbehandlungsmethode ist die Mangelideologie, die auf dem Gedanken beruht, daß die Ressourcen und Güter beschränkt sind und nur eine einseitige Güterverteilung in Betracht kommt. Dabei wird der Lebenssachverhalt auf die für die Streitentscheidung notwendigen juristischen Kriterien reduziert und von Unnötigem getrennt. Das Ergebnis dieses Streits kann demnach nur für eine Partei mit einem befriedigenden Ergebnis ausgehen. Es entsteht eine „Sieg- oder Niederlagesituation“, bei der die Streit

entscheidung nach Abbruch der bilateralen Verhandlungen an ein Gericht delegiert werden muß.

## **2. Kooperation als Konfliktbehandlungsmodus**

Soweit sich die Parteien jedoch dazu entscheiden sollten, die kooperative Zusammenarbeit als Konfliktbehandlungsmodus zu wählen, steht ihnen der Weg zu einer kreativen Regelung offen, bei der beiden Verhandlungspartnern größtmögliche Vorteile unter weitgehender Vermeidung von Nachteilen eröffnet werden.

Den Parteien steht nun der Weg offen, nach der Durchführung der fehlgeschlagenen streitigen Verhandlungen die Entscheidung durch ein streitentscheidendes Gericht zu suchen oder unter Einschaltung eines streng neutralen Dritten ohne Entscheidungskompetenz eine ganz individuelle Konfliktbehandlung oder sogar -beendigung zu erarbeiten.

An dieser Stelle besitzt die Mediation ihre besondere Einsatzmöglichkeit bei der umfassenden Behandlung des Konfliktstoffes. Gegenstand dieser Untersuchung ist die Übernahme der in Deutschland seit Anfang der achtziger Jahre aufkommenden Mediation auf das Verhalten der Rechtsanwälte bei Konfliktbeilegung im familienrechtlichen Tätigkeitsfeld. Dabei wird besonders untersucht, inwieweit die Familienmediation aktiv praktiziert wird und welche Erfahrungen Rechtsanwälte bei der Anwendung der Familienmediation gemacht haben.

---

<sup>3</sup>Vgl. Mähler/Mähler, ARGE-Mitteilung 1/96, S. 3 ff.

Vor allem in familienrechtlichen Streitigkeiten kann die Mediation in den letzten Jahren auf eine zunehmende Akzeptanz im Bereich der vermittelnden Streitbehandlung zurückblicken. Der Gesetzgeber hat durch die Schaffung des § 17 Abs. 2 KJHG<sup>4</sup> der Einigung als Grundlage der richterlichen Sorgerechtszuweisung eine neue Dimension der streitvermeidenden Konfliktbehandlung zugewiesen. Im Zuge der Neuregelung des Kindschaftsrechts<sup>5</sup> wurde durch die Fortsetzung der gemeinsamen elterlichen Sorge gemäß § 1671 Abs. 1 BGB nF in Verbindung mit § 52 Abs. 1 FGG nF die Basis für die Entwicklung einer neuen Streitkultur gelegt. Richterliches Handeln ist demnach darauf ausgerichtet, bei Streitigkeiten so früh wie möglich und in jeder Lage des Verfahrens eine einvernehmliche Konfliktbeilegung zu erzielen. Dabei darf das Familiengericht die Konfliktparteien an Beratungsstellen und -dienste verweisen.

In diesem Zusammenhang ist auch die Stärkung der außergerichtlichen Streitbeilegung durch den sogenannten „vollstreckbaren Anwaltsvergleich“ gemäß § 1044 b ZPO zu nennen<sup>6</sup>. Anwaltliche Vermittlungsfähigkeit soll dazu dienen, die Rechtspflege zu entlasten, um eine schnellere und kostengünstigere Streitbeilegung zu erzielen.

Auch wenn das gerichtliche Verfahren über § 279 ZPO die Möglichkeit aufweist, eine streitige Entscheidung zu vermeiden und eine einvernehmliche Regelung der Parteien zu ermöglichen, besitzt die Mediation aufgrund der Fortsetzung der am Ziel eines fairen Ergebnisses orientierten Konfliktbeilegung einen selbständigen Anwendungsbereich. Sie gewährleistet die Möglichkeit einer an den Parteiinteressen orientierten Konsensvereinbarung, ohne zu einer Verrechtlichung führen zu müssen.

Während in kaum einem Bereich des menschlichen Lebens die Konfliktbehandlung derart mit Emotionen belastet ist wie im Familienrecht, sind die hierfür entwickelten Konfliktbehandlungsansätze der Mediation be-

---

<sup>4</sup>§17 KJHG weist den Jugendämtern eine neue zusätzliche Beratungshilfe bei der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der Sorgerechtsregelung nach der Trennung der Eltern zu.

<sup>5</sup>BGBI I, S. 2942 vom 16.12.1997, das am 01.07.1998 in Kraft getreten ist.

<sup>6</sup>BGBI I, S. 2847, Rechtspflegevereinfachungsgesetz vom 17.12.1990.

sonders geeignet, in andere Regelungsbereiche übertragen zu werden. Soweit Mediation bereits im Bereich der Konfliktlösung im Öffentlichen Recht (Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren<sup>7</sup>) oder im Strafrecht (Täter-Opfer-Ausgleich<sup>8</sup>) etabliert wurde, gehört dies nicht zum Gegenstand dieser Untersuchung. Es soll vielmehr untersucht und dargelegt werden, wie die Konfliktparteien in der Vergangenheit mit den familien- und kindschaftsrechtlichen Streitigkeiten umgegangen sind, wie diese bisher geregelt wurden und welche Möglichkeiten sich aufgrund der Neuregelung des Kindschaftsrechts<sup>9</sup> für die zukünftige Gestaltung ergeben.

Dabei wird darlegt werden, welche Chancen und Risiken dieses Reformgesetz beinhaltet und welche Ursachen für das bisherige Verhalten der Anwaltschaft in der Vergangenheit bei der Behandlung von Konflikten maßgeblich waren. Daneben wird untersucht werden, inwieweit familienrechtliche Streitigkeiten unter Umgehung langwieriger gerichtlicher Auseinandersetzungen unter Ausschluß der Öffentlichkeit geregelt werden können und welche Ressourcen hierfür in Zukunft noch vorhanden sind.

## **II. Begriffsdefinition**

Mediation leitet sich aus der Entwicklung der Alternative Dispute Resolution in den USA her. Eine Vielzahl von Begriffen entstammen deshalb dem englischen Wortschatz. Der Ursprung der Mediation ist jedoch im lateinischen zu finden. „Mediatio“ wird bereits als Vermittlung oder vermittelndes Dazwischentreten übersetzt und leitet sich aus dem Begriff „medius“, „in der Mitte stehend“ her<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup>Fietkau/Weidner, Aus Politik und Zeitgeschichte, S. 24 f; Ramsauer, in: Breidenbach/Henssler S. 161 ff. Eine umfangreiche Darlegung der Verhandlungslösungen im internationalen Umweltschutz hat Weidner in: Schriftenreihe der Abteilung „Norm-bildung und Umwelt“, 1989, dargestellt.

<sup>8</sup>Walter/Hassemer/Netzig/Petzold, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, S. 201 ff.

<sup>9</sup>Siehe FN. 5.

<sup>10</sup>Knaurs, Herkunftswörterbuch, S. 312.

Weitgehend besteht Einigkeit über die Begriffsbedeutung der Mediation. Korrespondierend zum Wort *Heiratsvermittlung* könnte man von *Scheidungsvermittlung* sprechen<sup>11</sup>. Mittlerweile wurde der Begriff der Mediation in den deutschen Wortschatz übernommen und mit Vermittlung gleichgesetzt<sup>12</sup>.

Nach Breidenbach<sup>13</sup> ist Mediation die Einschaltung eines (meist) neutralen und unparteiischen Dritten im Konflikt, der die Parteien bei ihren Verhandlungs- und Lösungsversuchen unterstützt, jedoch über keine eigene (Konflikt-) Entscheidungskompetenz verfügt. Die Vermittler verfolgen hierbei kein eigenes Ziel, sondern unterstützen die Konfliktparteien über seine Allparteilichkeit bei deren Interessenfindung und anschließend bei der Formulierung der angestrebten Konsensvereinbarung<sup>14</sup>.

Vanderkooi und Pearson beschreiben die Mediation als einen Prozeß der Kooperation im Hinblick auf die Lösung eines Konflikts, in welchem von den Konfliktparteien ein unparteiischer Dritter angerufen wird, damit er ihnen helfe, eine gütliche und befriedigende Regelung zu finden<sup>15</sup>. Zilleßen/Barbian unterscheiden vier verschiedene Formen der Alternative Dispute Resolution, von der sie nur eine der Mediation zuordnen. Maßgebliche Kriterien für die Mediation sind, daß die Verhandlungen von einem Vermittler geleitet werden, der verfahrens- und ergebnisorientiert in die Gespräche eingreift und sich folglich für das vereinbarte Ergebnis (mit) verantwortlich fühlt<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup>Dietz/Krabbe, in: Krabbe (Hrsg.), *Scheidung ohne Richter*, S. 109.

<sup>12</sup>Büntig, *Deutsches Wörterbuch*, S. 747; zustimmend Dietz/Krabbe a.a.O., maßgeblich ist jedoch was „mediert“ wird.

<sup>13</sup>Breidenbach, *Mediation*, S. 4.

<sup>14</sup>Besemer, *Mediation in der Praxis, Erfahrungen aus den USA*, S. 11.

<sup>15</sup>Dargestellt von Bastard, Cardia-Vonèche, *Familiendynamik 1992*, S. 320 m.w.N.

<sup>16</sup>Zilleßen/Barbian, *Aus Politik und Zeitgeschichte 1992*, S. 14, 16. Daneben existieren drei weitere Erscheinungsformen der ADR-Verfahren: „Negotiation“ Verhandlungen ohne Unterstützung eines unparteiischen Dritten, „Facilitation“ Verhandlungen mit Unterstützung eines neutralen Moderators und „Nonbinding Arbitration“ Verhandlungen unter Leitung eines neutralen Schiedsrichters, dessen Urteil die Konfliktparteien ohne Bindungswirkung übernehmen können.

Das Verfahren soll nach Proksch<sup>17</sup> den Beteiligten im Wege der „Hilfe zur Selbsthilfe“ eine Perspektive für ihre zukünftige Kommunikation und Kooperation eröffnen. Vermittlung ist nicht richten, schlichten oder therapieren, sondern eine Hilfestellung für die Parteien, ihren Konflikt eigenverantwortlich und einvernehmlich beizulegen. Da die Mediation die Parteien keiner Fremdbestimmung unterwirft, weist sie von den im folgenden beschriebenen Konfliktbeilegungsansätzen die geringste Eingriffsqualität auf.

Auch bei der **Schlichtung** kommt es zu einer vergleichsweisen Beilegung der Streitigkeit. Unter Schlichtung versteht man das Beilegen, Glätten, Ausbalancieren oder Aussöhnen von Meinungsverschiedenheiten durch einen unparteiischen Dritten<sup>18</sup>. Auch wenn in diesem Zusammenhang häufig der Begriff des „Vermittelns“ erwähnt wird, unterscheidet sich der Verhandlungsverlauf, sowie das Ergebnis, in hohem Maße von dem der Mediation. Dem Schlichter können bei der Behandlung des Konfliktstoffes eine Vielzahl von Aufgaben übertragen werden. Als Ergebnis seiner Tätigkeit legt der Schlichter einen unverbindlichen eigenen Vorschlag vor, den die Parteien jedoch inhaltlich abwandeln oder auch überhaupt ablehnen können. Weil das Schlichtungsverfahren keine mit dem Zivilprozeß vergleichbare Einrichtung ist, sind auch der Aufklärung des Sachverhalts Grenzen gesetzt. Insbesondere ist es nicht möglich, nach Art eines Zivilprozesses eine Beweisaufnahme mit Zeugenvernehmung durchzuführen<sup>19</sup>.

Damit wird deutlich, daß, auch wenn die Parteien weder bei dem zu schlichtenden Sachverhalt noch bei der Verfahrensgestaltung, verbindlichen Vorgaben unterliegen, es sich nicht um eine Neben- oder Ersatzgerichtsbarkeit handelt. Dem Verfahrensausgang kommt auch keine präjudizielle Wirkung für einen späteren Rechtsstreit zu. Wesentliches Kriteri-

---

<sup>17</sup>Proksch, in: Mediation für die Praxis, S. 65 ff.

<sup>18</sup>Görener/Kempcke, Synonymwörterbuch, S. 119, 473; Büntig, Deutsches Wörterbuch, S. 1004.

<sup>19</sup>Parsch, WM 1997, S. 1228 f.

um der Schlichtung ist die fehlende *Streitentscheidungskompetenz*<sup>20</sup>. Die Tätigkeit des Schlichters beschränkt sich damit auf die Formulierung eines Vorschlags, der nach seiner Vorstellung von der Streitbeilegung von beiden Seiten akzeptiert werden kann, ohne die Konfliktparteien an dieses Ergebnis letztlich zu binden. Beispielsweise hat der Bundesverband deutscher Banken ein für den Bankkunden kostenfreies Schlichtungsverfahren zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den privaten Banken und deren Kunden eingerichtet<sup>21</sup>.

Daneben nehmen eine Vielzahl von öffentlich-rechtlichen Kammern (Ärztchenkammern, Handwerks- und Handelskammern u. a.) diese Aufgabe ebenfalls wahr. Es gibt auch gesetzliche Regelungen, die ein Schlichtungsverfahren vorsehen. § 111 Abs. 2 ArbGG sieht beispielsweise für Streitigkeiten zwischen ausbildenden Betrieben und Auszubildenden die Möglichkeit eines Schlichterspruchs vor, bei dessen übereinstimmender Annahme auch die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Wegen der universellen Anwendbarkeit eignet sich die Schlichtung grundsätzlich für Streitigkeiten jeder Art.

Streben die Konfliktparteien eine Streitentscheidung an, kommt für sie ein Schiedsgutachten oder ein schiedsgerichtliches Verfahren in Betracht. Wesen des **Schiedsgutachtenvertrags** im Sinne der §§ 315 ff BGB kann die Bestimmung von Leistungsmodalitäten sein, um einen Vertrag rechtsgestaltend zu ergänzen oder den Inhalt für beide Vertragspartner festzustellen. Dem Schiedsgutachter kann beispielsweise die Ausfüllung einer Vertragslücke oder die Anpassung von Dauer-schuldverhältnissen an die sich nach Vertragsschluß geänderten Umstände übertragen werden<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup>Vgl. Wagner, BB 1997, S. 53 ff mit einem Konzept zur notariellen Schlichtung, die bei der vertraglichen Inhaltskontrolle beginnt und die Parteien bis zur endgültigen Vertragserfüllung begleitet.

<sup>21</sup>Parsch, WM 1997, S. 1228 f. verweist auf die positive Bilanz des am 01.07.1992 eingeführten Schlichtungsverfahrens zwischen Banken und deren Kunden.

<sup>22</sup>Palandt/Heinrichs, § 317 RN. 3, 5.

Den Hauptanwendungsbereich des Schiedsgutachtenvertrags stellt die verbindliche Feststellung von Tatsachen oder Tatbestandsmerkmalen im Rahmen von Wert-, Preis- oder Schadensfeststellungen dar<sup>23</sup>. Da eine individuelle Parteivereinbarung nicht erforderlich ist, finden sich Schiedsgutachtenklauseln in vielen Allgemeinen Versicherungsbedingungen<sup>24</sup>. In beiden Fallgruppen kann dem Schiedsgutachter auch die Beurteilung von streitentscheidenden rechtlichen Vorfragen übertragen werden<sup>25</sup>. Das Staatsgericht ist dann an die vom Schiedsgutachter festgestellte Vorfrage insofern inhaltlich gebunden, als diese nicht nochmals selbst oder in anderer Weise festgestellt oder überprüft werden kann. Die Nachprüfbarkeit der verbindlichen Feststellungen ist auf deren offensichtliche Unrichtigkeit beschränkt<sup>26</sup>. Durch die verbindliche Feststellung von wesentlichen Elementen des Streits kann das Schiedsgutachten manchen Rechtsstreit vor einem staatlichen oder einem Schiedsgericht verhindern.

Im Unterschied zu der am 01.01.1998 in Kraft getretenen Neufassung des **Schiedsverfahrensrechts**<sup>27</sup> (§§ 1025 ff ZPO nF), nach der eine Streitigkeit von einem vorher vereinbarten unparteiischen Dritten letztlich auch entschieden wird, steht bei der Mediation die eigenverantwortliche und einvernehmliche Lösung der Parteiinteressen im Vordergrund. Gerade die Möglichkeit, bei widerstreitenden Interessen schnellstmöglich, unter Umgehung der staatlichen Gerichte, zu einem vollstreckbaren Titel (sogenannter Schiedsspruch) zu kommen, ist Anlaß, eine Schiedsgerichtsklausel zu vereinbaren. Das Schiedsgericht tritt somit als privates Gericht in Konkurrenz zum Staatsgericht, ohne daß den Parteien die Möglichkeit eines Rückgriffs auf den ordentlichen Instanzenzug offensteht. Der Schiedsspruch bedarf deshalb, anders als der Schlichter-

---

<sup>23</sup>Zimmermann, ZPO, Vorbemerkung zu § 1025 ZPO RN. 3 verweist beispielsweise die Überbehandlung durch die Schiedsstelle der kassenärztlichen Vereinigung, die ärztliche Fehlbehandlung durch die Schiedsstellen bei den Landesärztekammern oder die Feststellung von Reparaturmängeln durch die Kfz-Schiedsstellen, LG Nürnberg NJW 1975, 972.

<sup>24</sup>So § 14 AKB, § 15 AFB, § 13 AUB, § 18 ARB.

<sup>25</sup>BGH 6, 335, 338; 9 144 ff; 48, 27ff; Kurth, NJW 1990, S. 2039 ff.

<sup>26</sup>BGH NJW 1984, S. 43 ff.

<sup>27</sup>Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz (SchiedsVfG) vom 22.12.1997, BGBl I 3224 .

spruch, nicht mehr der Annahme durch die Parteien. Er ist verbindlich, da die Parteien dies vertraglich vereinbart haben.

Dementsprechend hat der Schiedsspruch gemäß § 1055 ZPO nF zwischen den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils. Eine Aufhebung des Schiedsspruch kann durch das zuständige Oberlandesgericht nur auf einen der in § 1059 Abs. 2 ZPO nF erschöpfend aufgeführten Aufhebungsgründe gestützt werden. Wegen der Bindungswirkung an die tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Beurteilungen ist eine Aufhebung durch die staatlichen Gerichte wegen sachlicher Unrichtigkeit ausgeschlossen<sup>28</sup>. Die formelle Rechtskraft tritt mit Erfüllung der Förmlichkeiten des § 1054 ZPO nF ein. Während des Verfahrens sind die Konfliktparteien nicht daran gehindert sich dennoch zu vergleichen, um eine Streitentscheidung zu verhindern. Auf Antrag hält das Schiedsgericht gemäß § 1053 Abs. 1 ZPO nF den Vergleich - soweit der Inhalt nicht gegen den *ordre public* verstößt - in Form eines Schiedsspruchs mit dem vereinbarten Wortlaut fest.

Durch die regelmäßig mit der Durchsetzung der jeweils eigenen Interessen beauftragten Parteivertreter tritt die Kommunikation, wie im staatsgerichtlichen Verfahren, zwischen den Konfliktparteien in den Hintergrund und erschwert die autonome Konfliktbehandlung durch die Parteien. Zudem unterwerfen sich die Konfliktparteien dem Votum eines Dritten, der ihnen zunächst einen Einigungsvorschlag unterbreiten wird und dann den Streit entscheiden wird, wie er aus seiner Perspektive eine Konfliktbehandlung für richtig erachtet.

Der Grund dafür, daß sich die Parteien nicht für ein staatliches Gericht entscheiden, liegt regelmäßig darin, daß die von ihnen benannten Schiedsrichter eine besondere Fachkunde aufweisen, die eine besondere Qualität der Streitentscheidung erwarten läßt. Da auch die Sprache vor dem Schiedsgericht frei gewählt werden kann, bietet sich dieses Verfahren auch für Konflikte mit Auslandsberührung an. Die Freiheit der

---

<sup>28</sup>Vgl. Labes/Lörcher, MDR 1997, S. 420, 423.

Parteien ist demnach nicht ergebnis-, sondern ausschließlich verfahrenorientiert. Mit der Festlegung und Besetzung des Schlichtungsgremiums tritt die Parteiautonomie, wie bei gerichtlichen Verfahren, in den Hintergrund.

Mediation unterscheidet sich in ihrer Zielrichtung von der bilateralen **Verhandlung**, die ohne einen vermittelnden Dritten durchgeführt wird. Beiden Verfahren ist gemeinsam, daß sie ergebnisorientierte Konfliktbehandlungsansätze darstellen. Bei der mediativen Verhandlung wird jedoch ein Ergebnis angestrebt, das die übereinstimmenden Interessen der Konfliktparteien kooperativ verbindet, während die bilaterale Verhandlung grundsätzlich darauf gerichtet ist, das jeweils eigene Interesse als vorrangig zu befriedigenden Aspekt in den Mittelpunkt zu stellen. Werden bei den bilateralen Verhandlungen Vertreter eingesetzt, so handelt es sich hierbei um weisungsgebundene Parteivertreter, die entweder beratend oder aktiv an den Gesprächen teilnehmen, ohne daß hierdurch ein interessengerechter Ausgleich angestrebt wird<sup>29</sup>.

Bei der Mediation stehen folgende Kriterien im Vordergrund, die durch den Mediator während der gesamten Dauer der Verhandlungen berücksichtigt werden müssen:

1. Die Verhandlungspartner verhandeln freiwillig und eigenverantwortlich.
2. Der Mediator klärt den dem Konflikt zu Grunde liegenden Sachverhalt auf und stellt den Verhandlungspartnern sein fachliches Wissen zur Verfügung.
3. Bei seiner Verfahrensführung orientiert sich der Mediator ausschließlich an den Interessen der Verhandlungspartner. Die rechtliche Würdigung des Sachverhalts wird in Kenntnis der aktuellen Rechtsprechung dargelegt, ohne daß dieser eine ausschlaggebende Rolle zukommt.

---

<sup>29</sup>Proksch, in: Krabbe, Scheidung ohne Richter, S. 171 f m.w.N.

Ein wesentliches Kriterium der Mediation stellt somit die interessenorientierte Konfliktbeilegung („dispute resolution“) dar, bei der es nicht zu einer vollständigen Konfliktbeilegung kommen muß, sondern vielmehr eine zeitnahe und befriedigende Behandlung angestrebt wird, bei der keine der Parteien ihr Gesicht verliert. Ziel dieser Maßnahme ist es, den bisherigen sozialen und wirtschaftlichen Kontakt der Verhandlungspartner, auf den beide Parteien angewiesen sind, für die Zukunft zu gewährleisten. Mediation versucht dabei, zwischen den Konfliktparteien zu vermitteln, um die Streitigkeit durch Kommunikation und Kooperation beizulegen. Auch wenn sich nicht alle Aspekte in dem gemeinsam erarbeiteten Ergebnis wiedergefunden haben, ist ein Verständnis für die jeweils andere Sichtweise des Konflikts entstanden.

In diesem Zusammenhang findet das **Reframing** seine Anwendung. Der Begriff Reframing stammt von Paul Watzlawick<sup>30</sup>, der damit die Möglichkeit der Umdeutung beschrieben hat. Beide Konfliktparteien betrachten die Wirklichkeit jeweils aus ihrer eigenen Perspektive. Dadurch ist die Realität für die Parteien nicht etwas Feststehendes, sondern etwas subjektiv Veränderliches. Jede Partei besitzt somit ihre eigene Wirklichkeit und leitet daraus verschiedene Rechte, Pflichten und Positionen ab. Gelingt es dem Mediator, beiden Konfliktparteien Zugang zu derselben Perspektive zu verschaffen, ihren Blickwinkel zu erweitern, ist die Grundlage einer einvernehmlichen Verständigungsmöglichkeit gesetzt.

Mediation strebt zwar auch eine einvernehmliche Konfliktbehandlung an, stellt jedoch darüber hinaus ein Konfliktmanagement dar, um Streitigkeiten so zu steuern, daß ein gerichtliches Verfahren verhindert werden kann. Die Verwirklichung des Rechts muß hierbei hinter den Interessen der Verhandlungspartner im beiderseitigen Interesse zurücktreten, da es einseitig die Polarisierung der Parteien fördert. Gerade das Aufbrechen der verhärteten Fronten und das Erzielen einer gütlichen Einigung ist jedoch die Aufgabe der Mediation.

---

<sup>30</sup>Paul Watzlawick, Zur Theorie und Praxis menschlichen Wandels, S. 116: von to reframe = umdeuten.

Unterschiedliche Meinungen werden dazu vertreten, ob ein Konflikt durch die Mediation *gelöst* wird oder lediglich einer *Konfliktbehandlung* zugeführt wird. Da es sich bei der Mediation um ein ergebnisorientiertes Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten handelt, wird von der überwiegenden Meinung<sup>31</sup> von einem Konflikt*lösungs*modell ausgegangen. Breidenbach<sup>32</sup> bezeichnet die Mediation wegen der fehlenden Möglichkeit der Lösung eines Konfliktes und der lediglich interessengerechten Verhandlung und Vereinbarung eines Ergebnisses als Konflikt*behandlungs*methode. Seiner Ansicht nach werden Konflikte nicht gelöst, sondern höchstens beigelegt. Eine Konstruktion zur Beseitigung von Konflikten, nach der sich Bedingungen schaffen lassen, unter denen Zwiespälte gewissermaßen überflüssig werden, und nach der Harmonie begründet werden kann, ist in der Realität nicht umsetzbar.

Die Mediation erstrebt unabhängig davon, ob man von Konfliktlösung oder Konfliktbeilegung spricht, das Herbeiführen eines Ergebnisses, das beide Konfliktparteien als interessengerecht empfinden und mit dem beide in Zukunft „leben können“. Versteht man unter einer Konfliktlösung<sup>33</sup>: etwas Problematisches dem Verständnis erschließen, beziehungsweise einer Klärung zuführen, um somit das Problem aufzulösen, zu entwirren und zu entspannen, oder die Art und Weise, ein Problem oder eine Aufgabe zu bewältigen<sup>34</sup>, so würde sich auch der allgemein gebrauchte Begriff der Konfliktlösung vertreten lassen.

Die Vermittlung wird häufig darüber hinaus unter dem Gesichtspunkt der aussöhnenden und bereinigenden Streitbeilegung gesehen. Der Vermittler ist dabei bestrebt, zwischen den Konfliktparteien einen Ausgleich beziehungsweise eine Einigung herbeizuführen<sup>35</sup>. Dieser angestrebte

---

<sup>31</sup>Dietz/Krabbe, in: Krabbe (Hrsg.), Scheidung ohne Richter, S. 109 f.

<sup>32</sup>Breidenbach, Mediation, S. 6.

<sup>33</sup>Vgl. Görner/Kempcke, Synonymwörterbuch, S.379; Siehe auch Schischkoff, Philosophisches Wörterbuch, S.390.

<sup>34</sup>Büntig, Deutsches Wörterbuch, S. 725, 747, 1257.

<sup>35</sup>Büntig, Deutsches Wörterbuch, S. 1004 unter Bezugnahme auf Tarifaueinandersetzungen.

Kompromiß versucht demnach gerade die Harmoniesituation zu begründen, die nach Breidenbach nicht erreicht werden kann.

Im folgenden wird der differenzierenderen Auffassung Breidenbachs gefolgt. Ein Konflikt kann nicht gelöst und beseitigt, sondern nur einer ergebnisorientierten Behandlung zugeführt werden. Ein einmal entstandener Konflikt kann damit für die Zukunft beigelegt werden, ohne daß damit die davor bestandene Harmonie wieder herbeigeführt werden kann oder soll. Die zu behandelnde destruktive Konfliktsituation soll vielmehr für eine kooperative Zukunftsgestaltung geöffnet werden. Der Bereich der psychosozialen Leidensminderung ist nicht Gegenstand der Mediation, auch wenn sich eine dauerhafte Versöhnung als Nebenzweck der Mediation teilweise erreichen läßt.

## **§ 2 Historische Entwicklung der Mediation**

Die Rechtsentwicklung im Privatrecht sowie die damit verbundenen Konfliktbeilegungsansätze waren mit der des kanonischen Rechts eng verbunden. Diese wechselseitige Beeinflussung hat auch in den Normen des BGB ihren Niederschlag gefunden (z. B. Wucherverbot, Auflassung, Vorkaufsrecht, Klagerecht aus einem formlosen Vertragsschluß u. a.). Die Basis der gemeinsamen Entwicklung stellte das auf das frühe Mittelalter zurückgehende Staatskirchentum dar. Das kanonische Recht prägte bis zur frühen Neuzeit mit seinen präzisen Regelungen das mittelalterliche Privat-, Straf- und das Prozeßrecht. Auch das Reichskammergericht von 1495 wendete in zivilrechtlichen Fragen neben dem römischen Recht das universal anwendbare römisch-kanonische Recht weiter an.

Es verwundert folglich nicht, daß die Kirche die neutestamentarischen Konfliktbehandlungsansätze zur Beilegung von privatrechtlichen Streitigkeiten weitervermittelte. Bereits im Neuen Testament finden sich Ansätze von Vermittlung, um die Nachteile des kontradiktorischen Verfahrens zu umgehen. Die jakobeische Theologie geht bei der Konfliktbehandlung

von der Eigenverantwortung des Menschen für sein Verhalten aus<sup>36</sup>. Jakobus greift in der Form prophetischer Anklage Streit und Krieg an, die als Verhaltensweisen auf einem Anspruchsdenken beruhen, das das Zusammenleben unmöglich macht und den Menschen gerade als den skrupellosen Egoisten aufdeckt<sup>37</sup>. Jakobus dringt darauf, nicht übereinander zu klagen. Er verweist auf die göttliche Reaktion am kommenden Gerichtstag, stellt somit die allgemeine Kompetenz Gottes zum Richten in den Vordergrund. Damit wird dem Einzelnen wie auch der Gemeinde die Möglichkeit hierzu abgesprochen. Wie nach Aufdeckung dieser menschlichen Defizite eine Verhaltensänderung für das tägliche Leben aber ermöglicht werden soll, bleibt offen. Die eschatologische Perspektive führt hier zu einer Ermahnung zur Geduld und der Warnung vor Rivalisierung.

In dem Brief an die Epheser<sup>38</sup> wird die Einigkeit und die Geduld als Grundlage der zwischenmenschlichen Gemeinschaft eingefordert. Bereits die Durchführung von „Rechtssachen unter Christen“ soll nach dem ersten Paulusbrief an die Korinther<sup>39</sup> eine Schande für die Betroffenen selber darstellen. Der Streit zwischen Bruder und Bruder spiegelt demnach den persönlichen Mangel der Streitenden wider.

Die Ablehnung des streitigen Verfahrens wird damit begründet, daß sich die Parteien als Gegner gegenüberstehen. Kommt es auf Antrag einer Partei tatsächlich zu einer streitigen Entscheidung, wird das weitere Zusammenleben nicht nur mit dem Risiko einer Fehlentscheidung belastet, sondern darüber hinaus mit den negativen Folgen des fortdauernden Sieger-Verlierer-Verhältnisses. Deshalb wird häufig der Rat erteilt, lieber Unrecht und Übervorteilung zu ertragen, als den Streit auszutragen. Zu richten sei ausschließlich Aufgabe der Heiligen<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Jakobus 2. Kapitel, Vers 1 bis 10.

<sup>37</sup> Hobbe, Stuttgarter Kl. Kommentar Neues Testament 15, Jakobusbriefe, VII. Ziff. 2.

<sup>38</sup> Epheser 4. Kapitel, Vers 2,3.

<sup>39</sup> Korinther 6. Kapitel, Vers 1 bis 8.

<sup>40</sup> Korinther a.a.O.

Für den Fall der Ehescheidung wird zunächst auf die Möglichkeit der Versöhnung der Eheleute verwiesen. Ist eine Trennung jedoch endgültig vollzogen und die Ehe gescheitert - ohne daß es auf ein Verschulden ankommt - , soll dennoch eine Befriedung der Verhältnisse erreicht werden, ohne daß Zwang auf eine Partei ausgeübt werden soll<sup>41</sup>. Für den Fall des Tötens droht nach Gottes Willen das Gericht. Dem positive Sinn dieses Gebots nach, vergeht man sich nicht nur im Falle des Tötens am Leben eines anderen, sondern bereits wenn man ihn seinen Zorn spüren läßt, ihn beschimpft oder bloßstellt. Einen Ausweg aus diesem Konflikt soll auch hier die Versöhnung darstellen. In den Konkretionen<sup>42</sup> heißt es deswegen: „**Richtet nicht**, auf daß ihr nicht gerichtet werdet. Denn mit welcherlei Gericht ihr richtet, werdet ihr gerichtet werden; und mit welchem Maß ihr messet, wird euch gemessen werden...“

Wer demnach nicht auf jede Art des Richtens verzichtet, der wird von Matthäus wiederum an das eigene letzte Gericht erinnert. Es fehlt zwar noch die Hinzuziehung eines unparteiischen Dritten, dennoch wird deutlich, daß die „Überantwortung an den Richter“<sup>43</sup> oder das Richten als solches nicht Gegenstand einer Konfliktbeilegung sein soll. Die christliche Religion mit ihrer Jenseitsbezogenheit steht demnach einer kontradiktorischen Auseinandersetzung grundsätzlich ablehnend gegenüber.

Auch im chinesischen und japanischen Recht hat sich eine Tradition von Vermittlung und Versöhnung entwickelt. Die harmonische Konfliktbeilegung stellt einen wesentlichen Aspekt der konfuzianischen Lehre dar. Die Ethik des Konfuzius geht davon aus, daß der Mensch von Natur aus gut ist und alles Böse einer mangelnden Einsicht entstammt. Das Erlernen und die Anwendung von Menschlichkeit (Jen) ist deshalb die Grundlage der menschlichen Ordnung<sup>44</sup>. Dabei basiert diese möglichst um Vermittlung bemühte Lehre auf der Humanisierung des menschlichen Zusammenlebens. So hat etwa die kriegerische Tugend der Tap-

---

<sup>41</sup>Korinther 7. Kapitel, Vers 10 bis 15.

<sup>42</sup>Matthäus 7. Kapitel, Vers 1,2.

<sup>43</sup>Matthäus 5. Kapitel, Vers 25.

ferkeit im Rahmen eines qualifizierten Ausbalancierens hinter der Menschlichkeit zurückzustehen, ohne daß auf sie verzichtet werden könnte<sup>45</sup>.

Die Verfolgung dieser Werteordnung beruht auf dem Programm der „Selbstkultivierung“. Demnach ist die Erziehung zur Wahrheitsliebe, Güte und Großzügigkeit und die Verpflichtung zu höflichen Umgangsformen das Ziel des Konfuzianismus. Diese Verpflichtung zur Gegenseitigkeit im Umgang sowie die Tugenden der Mäßigkeit, des Gleichgewichts und der Rechtlichkeit steht in diametralem Gegensatz zur Austragung von Konflikten. Die lange Tradition der Ablehnung gegenüber gegnerschaftlichen Verfahren hat die Aspekte der selbstbestimmten Konfliktbeilegung in der Bevölkerung herangebildet, was auch dazu geführt hat, daß die Rechtsanwaltsdichte in Japan im Vergleich zu westlichen Kulturen deutlich geringer ist<sup>46</sup>.

## I. Entwicklung in den USA

Die Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen für die Mediationsverfahren waren in den USA aufgrund der Besonderheiten der amerikanischen Rechtskultur besonders günstig. Sie beruhen auf einer hochentwickelten subjektiven Bereitschaft individuelle Rechte als unantastbar anzusehen und besonders gegen staatliche oder behördliche Eingriffe gerichtlich vorzugehen. Diese Überbetonung der individuellen Rechte führte häufig zu erheblichen Verzögerungen und blockierte nicht nur die gerichtliche Abwicklung, sondern auch die Politik und Verwaltung<sup>47</sup>.

Während sich in den USA die Alternative Dispute Resolution (ADR<sup>48</sup>) bereits seit Ende der Sechziger Jahre als Bewegung etabliert hat, wird in

---

<sup>44</sup>Brunner-Traut, Die Stifter der großen Religionen, S. 173 ff. unter Bezugnahme auf Lunyu 3.3.

<sup>45</sup>Roetz, Konfuzius, S. 59. verweist auf Konfuzius, Lunyu 2.24, 14.28: Es wäre Feigheit, in einer Situation, in der es um Gerechtigkeit geht, nicht einzugreifen. Die Tapferkeit zählt neben der Moralität (Menschlichkeit) und der Intellektualität (dem Wissen bzw. der Klugheit) weiter zu den drei Grundorientierungen eines „Edlen“.

<sup>46</sup>Proksch, in: Krabbe, Scheidung ohne Richter, S. 171, 174, m.w.N.

<sup>47</sup>Zilleßen/Barbian, Aus Politik und Zeitgeschichte 1992, S. 14, 22: dies gilt besonders für die Komplexitätsbewältigung im Umweltbereich.

<sup>48</sup>Als Ergänzung zu den traditionellen Entscheidungsabläufen, neue Form von Entscheidungsverfahren, sog. ADR-Verfahren (Außergerichtliche Konfliktbeilegung).

jedem Bundesstaat mindestens ein „dispute resolution program“ angeboten<sup>49</sup>. Die Gesamtzahl der Alternativen zum gerichtlichen Verfahren ist auf ca. 1200 solcher Programme angestiegen<sup>50</sup>. Es verwundert deshalb nicht, daß bereits im Jahr 1979 das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung zur Aufrechterhaltung des Kontakts zu beiden Eltern zugelassen wurde<sup>51</sup>. Hierdurch hat sich ein engmaschiges Netz von Mediatoren gebildet, das hauptsächlich von Rechtsanwälten, ehemaligen Richtern, Psychologen und Sozialwissenschaftlern repräsentiert wird. Anwaltskanzleien unterstützen diese Entwicklung durch Gründung spezieller Abteilungen (Negotiation-Dispute Resolution Departement) und entsprechende Schulungen einzelner Anwälte zu Spezialisten für ADR-Lösungen.

Nahezu alle US-amerikanischen Bundesstaaten haben die Vermittlung in Kindschaftssachen als Pflicht- oder freiwillige Leistung eingeführt. In Kalifornien erfolgte die Einführung der Pflicht-Vermittlung als Konfliktbehandlungsmethode bereits am 27. März 1980<sup>52</sup>. In den Vermittlungsverfahren vor den Conciliation Courts wurde in 55 bis 85 Prozent der familiengerichtlichen Konflikte eine einvernehmliche Vereinbarung erzielt. Durchschnittlich läßt sich eine Einigungsrate von ca. 60 - 80 Prozent verzeichnen. Dagegen liegt die Erfolgsquote in Fällen obligatorischer Mediation beim sogenannten „Multi-Door Dispute Resolution“ unterdurchschnittlich bei ca. 50 Prozent<sup>53</sup>.

Während in der Ausbildung in den meisten Law Schools zur modernen Form des „Gentlemen's Agreement“ bereits entsprechende Ausbil-

---

<sup>49</sup>Weidner, Blick durch die Wirtschaft, 1992, Nr. 225; Weidner, Schriftenreihe der Abteilung „Normbildung und Umwelt“, 1989, S. 4: besonderes Aufsehen hat die Mediation im Jahre 1973 bei der Regelung der umstrittenen Flutsicherungsmaßnahmen am Snoqualmie River im Staate Washington hervorgerufen. Wegen des auf Initiative des Wissenschaftlers Gerald W. Cormick eingeleiteten Pionierverfahrens wird in den USA im Bereich der Umweltkonflikte von einem „Mediationsboom“ gesprochen.

<sup>50</sup>Breidenbach, Mediation, S. 12 m.w.N.

<sup>51</sup>Maccoby/Mnookin, FamRZ 1995, S. 1. Ziel war es, geschlechtsspezifische Differenzierungen oder Präferenzen bei der Sorgerechtsregelung vollkommen zu eliminieren (create greater gender equity). Ein weiterer Aspekt dieses Gesetzes war die Aufrechterhaltung des Kontakts zu beiden Eltern (frequent and continuing contact with both parents).

<sup>52</sup>Senate Bill 961; Mclsaac 1981, S. 75.

<sup>53</sup>Besemer, Mediation in der Praxis, Erfahrungen aus den USA, S. 17.

dungsprogramme im Fachbereich Mediation angeboten werden, besitzt die Mediation auch einen festen Platz in Forschung und Lehre. Nahezu 6/7 aller Law Schools bieten Lehrveranstaltungen an und erweitern die Entwicklungs- und Anwendungsmöglichkeiten von ADR als „growth industry“<sup>54</sup>.

Zwei große Organisationen bieten bundesweit Mediation und andere Formen der Konfliktbehandlung an: die American Arbitration Association (AAA) als private gemeinnützige Organisation, deren Gründung bereits im Jahr 1926 erfolgt ist, und der Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS), der als unabhängige staatliche Agentur im Jahr 1947 eingerichtet wurde<sup>55</sup>. Die Mediationsausbildung ist in den USA auf verschiedenen Ausbildungslevels möglich. Angefangen von 20- bis 40-Stunden-Trainings der lokalen Mediationszentren über spezielle Ausbildungsangebote privater Einrichtungen bis hin zu mehrjährigen Studiengängen, zum Beispiel das „Graduate Program on Dispute Resolution“ an der University of Massachusetts in Boston<sup>56</sup>. Auch in Kanada läßt sich eine Entwicklung in der universitären Ausbildung zur alternativen Konfliktbehandlung beobachten<sup>57</sup>.

## **II. Entwicklung in Deutschland**

### **1. Mediation und verwandte Konfliktbehandlungsansätze**

#### **a. Sühneverfahren der Civilprozeßordnung des Deutschen Reichs**

Der Gedanke der gütlichen Beilegung einer Streitigkeit prägte bereits die deutsche Zivilprozeßordnung von 1877 (C.-P.-O.<sup>58</sup>). Ziel dieses Verfahrens war der Versuch, einen Rechtsstreit durch einen außerhalb des Klageverfahrens durchzuführenden Vermittlungsversuch zu verhindern und die Angelegenheit einer einvernehmlichen Regelung zuzuführen.

---

<sup>54</sup>Breidenbach, a.a.O., S. 28, 32.

<sup>55</sup>Besemer, a.a.O., S. 20.

<sup>56</sup>Besemer, a.a.O., S. 25.

<sup>57</sup>Otto, FamRZ 1998, S. 76 ff. unter Bezugnahme auf eine Studie von Oberloskamp aus dem Jahr 1995/96 zum kanadischen Modell der Doppelqualifikation zum Juristen und Sozialarbeiter.

<sup>58</sup>Civilprozeßordnung vom 30.01.1877 (RGBl I Nr. 6, S. 83 ff).

aa. Das Sühneverfahren nach § 471 C.-P.-O.

Dem Kläger wurde in § 471 Abs. 1 C.-P.-O. die Möglichkeit eröffnet, in allen Verfahren, in denen er beabsichtigte - ohne daß es darauf ankam, ob dann tatsächlich demnächst vor dem Amts- oder Landgericht geklagt wurde - ein Streitiges Verfahren einzuleiten, zunächst einen sogenannten fakultativen *Sühneversuch* vor dem Amtsgericht zu veranlassen. Der inhaltliche Ablauf dieses Verfahrens wurde nicht geregelt. Die im Parteibetrieb durchzuführende Ladung zum Sühnetermin hatte noch nicht die Wirkung einer Klageerhebung. Wenn sich aber eine Verhandlung im Fortgang dieses Termins ergab, trat mit dem Klagevortrag die Rechtshängigkeit des Anspruchs ein<sup>59</sup>.

Damit das Verfahren nicht durch einen eigens nur dazu bestimmten Termin unnötig verlängert wird, bemühte man sich, diesen Sühneversuch mit dem weiteren Verfahren möglichst zu verbinden. Kam ein Vergleich nicht zustande, dann wurde nur auf gemeinsamen Antrag beider Parteien sofort streitig weiterverhandelt, soweit die Sache nicht etwa zur ausschließlichen sachlichen Zuständigkeit des Landgerichts gehörte<sup>60</sup>. Dem Nichterschienenen wurden lediglich die Terminiakosten auferlegt, die jedoch erst im Kostenantrag des Folgeprozesses geltend gemacht werden konnten<sup>61</sup>. Waren sich beide Parteien nicht über die sofortige Verhandlung einig, so blieb es dem Kläger überlassen, seine Klage in der gewöhnlichen Weise nach §§ 457 ff. C.-P.-O. beim zuständigen Gericht einzureichen<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup>Seuffert, Civilprozeßordnung für das deutsche Reich, 1879, § 471, Ziff. 3 C.P.O.

<sup>60</sup>Struckmann/Koch, Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1880, § 471 Ziff. 3 C.P.O.: Sogar für den Fall einer ausschließlichen Gerichtszuständigkeit war davon auszugehen, daß in jedem Fall der allgemeine Gerichtsstand gemäß §§ 12 ff C.-P.-O. maßgeblich gewesen sein soll.

<sup>61</sup>A.A. Struckmann/Koch, Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1880, § 471 Ziff. 6 C.P.O.: Eine Kostenfolge für den Gegner kam in keinem Fall in Betracht, da ansonsten mittelbarer Zwang zum Erscheinen ausgeübt werden konnte, was dem Charakter der Freiwilligkeit dieses Verfahrens widersprochen hätte.

<sup>62</sup>Endemann, Der deutsche Civilprozeß, 1879, Band 2, § 471 Ziff. 1 ff.

Mit der Verordnung vom 13.02.1924<sup>63</sup> war durch die Einfügung der §§ 495 a ff C.-P.-O. vor Erhebung einer zivilrechtlichen Klage grundsätzlich ein obligatorisches *Güteverfahren* durchzuführen, wenn keiner der dort beschriebenen Ausnahmefälle vorlag. Es wird bei dieser Änderung deutlich, daß eine Verfahrensbeschleunigung angestrebt wurde und die Freiwilligkeit der Konfliktbeilegung in den Hintergrund getreten ist. Die Ladung zum persönlichen Erscheinen erfolgte nicht bloß zur Durchführung des Güteversuchs, sondern auch zur Aufklärung des Sachverhalts. Erschien der Beklagte nicht zum Gütetermin, konnte gemäß § 499 ff C.-P.-O. nicht nur eine Ordnungsstrafe erfolgen, sondern sogleich durch Versäumnisurteil entschieden werden. Während der Güteverhandlung war die Angelegenheit selbst noch nicht rechtshängig. War das Güteverfahren erfolglos (hierzu reichte es, wenn der Kläger erschien), konnte unmittelbar in die streitige Verhandlung übergeleitet werden, mit der Folge, daß die Rechtshängigkeit bereits nach § 499 Abs. 1 S. 2 C.-P.-O. mit der Zustellung des Güteantrags als eingetreten galt<sup>64</sup>.

bb. Das obligatorische Sühneverfahren nach §§ 570 ff C.-P.-O.

Vor dem Jahr 1924 war ausschließlich in Ehesachen ein obligatorisches *Sühneverfahren* vor dem Amtsgericht des allgemeinen Gerichtsstands des Ehemanns nach §§ 570 ff C.-P.-O. durchzuführen. Hierbei handelte es sich um eine Prozeßvoraussetzung, ohne die das ansonsten gemäß § 568 Abs. 1 C.-P.-O. für Ehesachen zuständige Landgericht nicht gemäß § 193 Abs. 2 C.-P.-O. zur mündlichen Verhandlung terminieren durfte. Damit dem öffentlichen Interesse daran, daß eine Ehe nur aus den gesetzlichen Gründen aufgehoben wurde, entsprochen werden konnte, war die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft nach § 569 C.-P.-O. im Scheidungsverfahren zulässig<sup>65</sup>. Erforderlich war eine - wie auch im Klageverfahren - im Parteibetrieb durchzuführende Ladung durch den

---

<sup>63</sup>RGBl. I 135, das am 01.06.1924 in Kraft getreten ist.

<sup>64</sup>Vgl. Sydow/Busch/Krantz, Civilprozeßordnung, 1930, § 496, Ziff. 9 C.P.O.

<sup>65</sup>Wegen der territorial unterschiedlich ausgestalteten materiellen Ehescheidungs-voraussetzungen bestand das Bedürfnis z. B. in den Fällen, in denen eine Ehescheidung aufgrund gegenseitiger Einwilligung gestattet war (vgl. ALR II 1 § 716), nach einer Kontrolle, um Mißbräuchen entgegen zu wirken. Da ein einheitliches Ehescheidungsrecht nicht vorhanden war, wurde in § 569 C.-P.-O. die fakultative Mitwirkungsbefugnis der Staatsanwaltschaft eingeführt, vgl. Seuffert, Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Einf. Verf. In Ehesachen, 6. Buch, erster Abschnitt, Ziff. 3.

Antragsteller, die dem Amtsgericht durch eine Zustellungsurkunde nachgewiesen werden mußte. Obwohl die Zustellung der Ladung noch keine Rechtshängigkeit der Ehesache nach § 192 Abs. 2 C.-P.-O bewirkte, wurde hierdurch die Verjährung unterbrochen.

Den Parteien stand es frei, zum Sühnetermin einen Seelsorger hinzuzuziehen. Da ein Grund für die beabsichtigte Klage in der Terminladung nicht anzugeben war, wurde zunächst auf den Verlauf der mündlichen Verhandlung abgestellt. Sobald das Amtsgericht genügend Informationen erhalten hatte, versuchte es die Ehescheidung abzuwenden oder in Richtung auf eine Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu vermitteln. Obwohl grundsätzlich nur ein Sühnetermin vorgesehen war, war das Gericht nicht daran gehindert, gemäß § 268 C.-P.-O. weitere anzusetzen, wenn es dies für erforderlich hielt.

Um die Freiwilligkeit der Sühneverhandlung für den Beklagten zu unterstreichen, wurde auf Zwangsmittel zum persönlichen Erscheinen vollständig verzichtet. Beistände (auch Rechtsanwälte) konnten gemäß § 572 Abs. 1 2. HS C.-P.-O. zurückgewiesen werden. Ein Rechtsnachteil war mit dem Nichterscheinen somit nicht verbunden. Dem anwesenden Kläger wurde jedoch das Mißlingen des Sühnetermins für das streitige Verfahren bescheinigt. Bei den Praktikern war dieses Verfahren wenig beliebt, da die Erfolgsquote sehr gering war. Wegen der Arbeitsüberlastung waren die Amtsgerichte nicht in der Lage, sich in die persönlichen Beziehungen der Parteien durch lange Vermittlungsgespräche einzufinden. Der Sühneversuch wurde zu einer leeren Formalität<sup>66</sup>. Bereits mit Inkrafttreten des BGB am 1. Januar 1900 wurde das Sühneverfahren in § 1571 Abs. 3 BGB eingegliedert und dem Klageverfahren vor dem Landgericht vorgeschaltet<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup>Wilmomski/Levy, Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, § 570, Ziff. 2 C.P.O.

<sup>67</sup>Die mit dem BGB am 01.01.1900 in Kraft getretene C.-P.-O.-Novelle (RGBl S. 410) bestimmte in § 609 Abs. 2 C.-P.-O (§ 571 a. F.) die entsprechende Anwendung der amtsgerichtlichen Regeln über das Sühneverfahren für das Landgericht.

Daß es sich bei den Regelungen der §§ 471, 570 ff C.-P.-O. um ein außerprozessuales Verfahren gehandelt hat, erkennt man an der fehlenden Rechtshängigkeit des Streitgegenstands. Mit dem Sühneversuch wurde versucht, in einem offenen Gespräch - ohne die Möglichkeit der Anwendung von Zwangsmitteln - unter Anleitung eines Richters eine vergleichsweise Beilegung des Konflikts zu erzielen. Die Freiwilligkeit des Verfahrens zeigt sich auch darin, daß die Überleitung in das kontradiktorische Verfahren nur mit Einwilligung beider Parteien möglich war.

#### cc. Der Sühneversuch nach § 268 C.-P.-O

Die C.-P.-O. ermöglicht in § 268 C.-P.-O. dem Prozeßgericht die diskretionäre Befugnis von Amtswegen oder auf Veranlassung einer Partei, über den ganzen Prozeß oder einzelne Punkte selber oder durch den beauftragten oder ersuchten Richter, Vergleichsverhandlungen vorzunehmen oder einen *Sühneversuch* durchzuführen. Das Nichterscheinen zu diesem Sühneversuch vor dem Prozeßgericht, der regelmäßig einem sich anschließenden Rechtsstreit vorgeschaltet war, war nicht mit einem Rechtsnachteil verbunden. Ein Recht zu Maßregeln, um das Erscheinen zu erzwingen, war dem Gericht nicht gegeben. Wenn eine Partei nicht erschien, war der Sühneversuch lediglich mißlungen. Ein obligatorisches oder mit rechtlichem Zwang ausgerüstetes Sühneverfahren, sei es vor Gericht oder einer anderen Stelle, wird somit weder durch die C.-P.-O., noch durch ein Partikularrecht vorgeschrieben<sup>68</sup>.

Inhaltlich findet sich diese Regelung noch heute in § 279 ZPO wieder, allerdings wird hier von einem „Güteversuch“ gesprochen. Die Unverbindlichkeit dieses Güteversuchs hat sich bis in die aktuelle Rechtsprechung fortgesetzt, nachdem das persönliche Erscheinen zwar angeordnet, jedoch nicht erzwungen werden kann. Auch das Ausbleiben einer Partei ist folgenlos<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup>Endemann, Der deutsche Civilprozeß, Band 2, § 268 C.P.O.; Seuffert, Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, § 268 C.-P.-O.

<sup>69</sup>Thomas/Putzo, ZPO, § 279 Ziff. 2 ZPO; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 279 RN. 8.

## **b. Die Sühneverfahren während der Weltkriege**

Während um 1870 noch zwei Drittel der deutschen Bevölkerung auf dem Lande lebte, führte die zunehmende Industrialisierung und der kräftige Bevölkerungszuwachs dazu, daß kurz vor dem 1. Weltkrieg schon rund drei Fünftel der Reichsdeutschen in der Stadt wohnten. Die zunehmende Bevölkerungsdichte führte auch zu einem starken Ansteigen der gerichtlichen und außergerichtlichen Streitigkeiten.

Die Motivation des Staates für das Eingreifen in das zivilgerichtliche Verfahren beruhte jedoch nicht auf der Vorstellung, ein sozialeres Recht zu schaffen, sondern auf den innenpolitischen Bedürfnissen der Reichsverteidigung<sup>70</sup>. Um die kriegsbedingte Not für die nicht wehrpflichtige Bevölkerung in Grenzen zu halten und um die Staatskasse und die Gerichte zu entlasten, wurde der Weg zu einem obligatorischen Sühneverfahren geebnet. Parallel hierzu bildete sich auch in der Bevölkerung die allgemeine Meinung heraus, nach der das alte deutsche Güteverfahren wieder zu beleben sei<sup>71</sup>.

Auch im Mietrecht gab es diese Tendenz. Am 15. Dezember 1914 wurde die „Bekanntmachung, betreffend Einigungsämter“ erlassen<sup>72</sup>. Auf kommunaler Ebene wurden daraufhin Mieteinigungsämter<sup>73</sup> geschaffen, deren Aufgabe es zunächst war, in jeder Art von Mietstreitigkeiten zwischen Vermieter und Mieter einerseits und Hausbesitzern und Hypothekengläubigern andererseits gebührenfrei zu vermitteln<sup>74</sup>. Bereits im Jahre 1915 wurde von den Handwerks- und Gewerbekammern<sup>75</sup> darauf hingewiesen, daß ein Güteverfahren außerhalb der offiziellen Justiz, im Rahmen der gemeindlichen Verwaltung, in der Regel unter Vorsitz eines Juristen und unter Hinzuziehung von Beisitzern aus den verschiedenen Berufs- und Lebenskreisen durchzuführen sei. Das Sühneverfahren

---

<sup>70</sup>Petersen, Die Vorgeschichte und die Entstehung des MSG von 1923, S.29.

<sup>71</sup>Schuster, a.a.O., S. 190.

<sup>72</sup>RGBl. I S. 511.

<sup>73</sup>RGBl. I S.712, bis zum Jahr 1942 gab es Mieteinigungsämter.

<sup>74</sup>Petersen, a.a.O., S. 26.

sollte den staatlichen Gerichten entzogen werden, da deren Anrufen bereits ein „Zeichen des Kampfes“ sei, was zu einem Vertrauensverlust für das unter Umständen anschließend durchzuführende streitige Verfahren führen würde.

Die Einrichtung eines dauerhaften Güteverfahrens während des Krieges scheiterte daran, daß die kriegszwangswirtschaftlichen Regelungen (nur) als Notrecht nur für eine kurze Übergangszeit gedacht waren. Die Forderung nach einer dauerhaften Änderung der Verfahrensmaxime blieb jedoch bestehen. Es muß demnach nicht verwundern, wenn die Möglichkeit eines Sühneversuches nach §§ 495 a, 499 a ff ZPO durch die Verordnung über das Verfahren vom 13.02.1924 für alle Verfahren vor den Amtsgerichten zwangsweise eingeführt wurde<sup>76</sup>. An dieser Entwicklung hat sich auch das 1926 geschaffene Arbeitsgerichtsgesetz (§ 54 ArbGG) orientiert, als auch hier ein obligatorisch vorgeschaltetes Güteverfahren verankert wurde. Neben der Anwaltschaft, die, anstatt der drei Gebühren im streitigen Verfahren, im Güteverfahren nur eine Gebühr erhielten, welche auf die Prozeßgebühr im streitigen Verfahren anzurechnen war, hat sich eine Vielzahl von Amtsrichtern gegen das obligatorische Güteverfahren ausgesprochen<sup>77</sup>.

Dies ist besonders unter dem Aspekt zu sehen, daß gegen Ende 1923 nahezu 50 Prozent aller anberaumten Gerichtstermine bereits deshalb vertagt werden mußten, da entweder niemand erschien oder wegen des Ausbleibens des Gegners auf Antrag einer Partei vertagt werden mußte<sup>78</sup>. Der Sturm der allgemeinen Entrüstung läßt sich somit leicht nach

---

<sup>75</sup>DJZ 1915, S. 692 ff besprochen von Schneider, DJZ 1916, S. 279 f, der ausschließlich den Amtsrichter mit der Durchführung der Güteverfahren betrauen wollte, da ansonsten die Gefahr der Verschleppung überhand nehme.

<sup>76</sup>RGBl. I S. 135, sogenannte Entlastungsverordnung, bis zu einem Streitwert von RM 100 = Preußisches Archiv 1924 I, S. 141 ff; § 494 a C.P.O.: Der Erhebung der Klage muß ein Güteverfahren vorangehen.

<sup>77</sup>Dispeker, JW 1925, 690 ff; Heinsheimer, JW 1925, S. 695; Lehmann, JW 1925, S. 698, 700 f, spricht von der materiellen Schädigung des Anwalts durch die Gesetzesnovelle. Dabei ist hervorzuheben, daß die Amtsrichter einerseits über ihre terminliche Überlastung klagen, andererseits feststellen, daß die Parteien der Güteverhandlungen nach einer erfolgten Aussprache bereitwilliger auf Vergleichsversuche eingehen als früher.

<sup>78</sup>Heinsheimer, a.a.O., S. 698.

vollziehen, der auftrat, als mit dem obligatorischen Güteverfahren gemäß §§ 495 a ff C.-P.-O. im Jahre 1924<sup>79</sup> den zahlungsunfreudigen Schuld-  
nern ein weiterer Weg der Prozeßverschleppung an die Hand gegeben  
wurde.

Gegenstand der Kritik von Richtern und Anwaltschaft an den obligatori-  
schen Güteverfahren waren hauptsächlich folgende Punkte:

1. Unnötige Bevormundung des Gläubigers,
2. Unübersichtlichkeit des Verfahrensgangs,
3. Verzögerungs- und Verschleppungsmöglichkeiten,
4. Zunahme der Arbeitslast für Anwälte und Gerichte,

ohne dabei bessere Vorbedingungen für eine gütliche Einigung erzielen  
zu können. Trotz dieser Nachteile konnte festgestellt werden, daß die  
Zahl der durch Vergleich im Rahmen der Güteverhandlung beendeten  
Prozesse im Zeitraum von 1925 bis 1929 sich um nahezu 100 Prozent  
erhöht hat<sup>80</sup>.

Nachdem durch die am 15.10.1944 in Kraft getretene zweite Kriegsmaß-  
nahmenverordnung<sup>81</sup> das obligatorische Güteverfahren endgültig aus der  
ZPO gestrichen wurde, ist es bis heute als selbständiger Verfahrensab-  
schnitt nicht mehr eingeführt worden.

### **c. Die Sühne- und Güteverfahren nach dem Jahre 1945**

Man ging in der Nachkriegszeit davon aus, daß es grundsätzlich eines  
obligatorischen Sühne- oder Güteverfahrens nicht mehr bedürfe, da der  
Gütegedanke dem Recht immanent anhaften würde und ein Zwang zur  
gütlichen Beilegung des Konfliktes nicht notwendig sei<sup>82</sup>. Bis zum heuti-

---

<sup>79</sup>RGBl. I 135, das am 01.06.1924 in Kraft getreten ist.

<sup>80</sup>Vgl. Auszug aus der preußischen Justizstatistik, in Entwurf einer Zivilprozeßordnung,  
veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium Berlin 1931, S. 284 f; Nach Lehmann,  
a.a.O. S. 701, hat sich in machen Gerichten die Vergleichshäufigkeit durch das obli-  
gatorische Güteverfahren bis auf das Dreifache erhöht.

<sup>81</sup>Verordnung über außerordentliche Maßnahmen auf dem Gebiet des bürgerlichen  
Rechts, der bürgerlichen Rechtspflege und des Kostenrechts aus Anlaß des totalen  
Krieges RGBl. I S.229, vom 27.09.1944.

<sup>82</sup>Gerner, NJW 1950, S. 722; Pohle, MDR 1950, S. 642, 645; § 495 Abs. 2 ZPO regelte  
jedoch weiterhin als Sollvorschrift die Pflicht des Amtsrichters, in jeder Lage des Ver-

gen Tage kann das Gericht gemäß § 279 Abs. 1 S. 1 ZPO eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits versuchen, ohne ein formalisiertes Vergleichsverfahren durchführen zu müssen<sup>83</sup>. Das Gericht kann die Parteien auch gemäß § 279 Abs. 1 S. 2 ZPO auf einen formlosen Güteversuch (ohne Anwaltszwang) vor dem beauftragten oder ersuchten Richter verweisen.

Lediglich im Bereich der Privatklage nach § 380 Abs. 1 StPO existiert in Baden-Württemberg<sup>84</sup>, Bayern<sup>85</sup>, Bremen<sup>86</sup> und Hamburg<sup>87</sup> der Sühneversuch als Klagevoraussetzung weiter fort. Die Durchführung des aussergerichtlichen Sühneversuchs wurde in Baden-Württemberg und Bayern den Gemeinden als Pflichtaufgabe nach Weisung übertragen. In den übrigen Bundesländern nehmen Schiedsstellen diese Tätigkeit wahr. In den Sühnevergleich kann neben dem Verzicht auf die Klageerhebung der Ersatz des durch die Straftat entstandenen Schadens mit aufgenommen werden. In den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes der Güteversuch weiterhin fort<sup>88</sup>. Dies gilt ebenso für eine Vielzahl von spezialgesetzlichen Regelungen<sup>89</sup>.

---

fahrens auf eine gütliche Regelung hinzuwirken. Für die Landgerichte galt die Erzielung einer gütlichen Regelung gemäß § 296 ZPO als Kann-Vorschrift weiter.

<sup>83</sup>Nach Pohle, MDR 1950, S. 642 f, besteht bei zwangsweise angeordneten Vergleichsgesprächen leicht die Gefahr, daß die Entscheidungsfreudigkeit des Gerichts beeinträchtigt wird und damit eines „unwürdigen Vergleicheschindens“.

<sup>84</sup>Baden-Württemberg: §§ 37 ff AGGVG, Verordnung über das Sühneverfahren in Privatklagensachen vom 23.10.1971 (GBl. S. 422).

<sup>85</sup>Bayern: Art. 49 I BayAGGVG, Verordnung über den Sühneversuch in Privatklagensachen vom 13.12.1956 (BayBS I S. 611).

<sup>86</sup>Bremen: § 2 AGStPO, Verordnung über das Sühneverfahren in Privatklagensachen vom 30.12.1958 (GBl. S. 103), zuletzt geändert am 26.04.1983 (GBl. S. 276).

<sup>87</sup>Hamburg: § 1 Verordnung über die öffentliche Rechtsauskunfts- und Vergleichsstelle vom 04.02.1946 (GVObI. S. 13), Geschäftsordnung vom 15.11.1946 (AmtlAnz. 1947, S. 10), zuletzt geändert durch die VO vom 08.12.1974 (GVBl. S. 381).

<sup>88</sup>§§ 53 a Abs. 1, 86 Abs. 1 FGG, 13 Abs. 2 HausratsVO, 44 Abs. 2 WEG, usw.

<sup>89</sup>Einigungsämter als Schiedsstellen: §§ 27 a UWG, 2 ZugabeG, 13 RabattG, 54, 57 Abs. 2, 111 Abs. 2 ArbGG; Daneben gibt es eine Vielzahl von spezialgesetzlich geregelten Schiedsstellen: Zum Beispiel § 16 Seemannsgesetz vom 26.05.1957 (BGBl. II S. 713), Seemannsamtverordnung vom 21.10.1981 (BGBl. I S. 1146) oder die Schiedsstelle beim Verkehrsopfersfonds, Verordnung über den Entschädigungsfonds für Schäden aus Kfz-Unfällen vom 14.12.1965 (BGBl. I S. 2093), usw.

Auf Empfehlung der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit<sup>90</sup> wurden die §§ 608 ff ZPO, die für Scheidungsklagen und Klagen auf Herstellung des ehelichen Lebens die Durchführung eines Sühneversuches festlegten, durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe und Familienrechts (1. EheRG) vom 14.06.1976<sup>91</sup> gestrichen. Aufgrund der Vereinfachungsnovelle vom 03.12.1976<sup>92</sup> wurden die § 495 Abs. 2 und § 296 ZPO durch den bis heute geltenden § 279 ZPO ersetzt.

Diese Weichenstellung gab in der Vergangenheit die Richtung für die Rolle des Konfliktmittlers vor, die nahezu ausschließlich dem Prozeßrichters die alternative Form der Streitbehandlung zuschrieb. Neben der Konfliktlösung durch Urteil stellt der gerichtliche Vergleich die häufigste Lösungsalternative dar. Dies ist deshalb bemerkenswert, da die Zivilprozeßordnung, bis auf den bereits benannten § 279 ZPO, die Erzielung von Vergleichen nur an wenigen Stellen erwähnt<sup>93</sup>.

Rogowski<sup>94</sup> geht in seiner Beurteilung des Zivilverfahrens sogar davon aus, daß dieses durch eine inquisitorische Maxime gekennzeichnet sei, die es dem Richter über die richterliche Aufklärungspflicht des § 139 ZPO ermöglicht, die Tatsachenerhebung und die Verhandlungsführung festzulegen. Die Möglichkeiten des Richters, den Prozeßverlauf zu steuern, verleihen diesem eine situative und strategische Dominanz. In Verbindung mit der Möglichkeit der freien richterlichen Beweiswürdigung der vorgebrachten Tatsachenbehauptungen nach § 286 ZPO wird die zentrale Position des Richters vervollständigt.

---

<sup>90</sup>Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, 1961, S. 189 ff.

<sup>91</sup>BGBI. I S. 1421, erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts, das am 30.06.1976 in Kraft getreten ist.

<sup>92</sup>BGBI. I 3281, Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren vom 03.12. 1976.

<sup>93</sup>Der Vergleich wird genannt im Vollstreckungsrecht als Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, bei der Prozeßvollmacht (§§ 81, 83, 141 III), den Kosten (§ 98) und der Protokollierung (§§ 118 a III, 160 III Nr. 1).

<sup>94</sup>Rogowski, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel, S. 171 f.

Als Ergänzung zu den Staatsgerichten entwickelte sich eine „neue Streitkultur“ durch außergerichtlichen Schlichtung und Vermittlung<sup>95</sup>. Das Rechtspflegevereinfachungsgesetz<sup>96</sup> aus dem Jahr 1990, das am 01.04.1991 in Kraft getreten ist, hat in § 1044 b Abs. 1 ZPO den sogenannten „vollstreckbare Anwaltsvergleich“ aufgenommen. Den Rechtsanwälten wurde hierdurch die Möglichkeit gegeben, die außergerichtliche Streitbeilegung zu verbessern, um die gerichtliche Rechtspflege zu entlasten. Auch wenn in der Praxis hiervon nicht häufig Gebrauch gemacht wurde, stellt dieses Gesetz einen weiteren Schritt des Gesetzgebers dar, die streitbeilegende vermittelnde Tätigkeit der Rechtsanwälte zu fördern<sup>97</sup>.

Hierbei ist auch das Schiedsamtsgesetz (SchAG)<sup>98</sup> für das Land Nordrhein-Westfalen vom 18.12.1992 zu erwähnen. Die gemeindlichen Schiedsämter werden mit von der Gemeindeversammlung gewählten, ehrenamtlichen Laien besetzt. Diese arbeiten weisungsfrei unter der Aufsicht der Justizverwaltung. Das Schlichtungsverfahren kann durch formlosen Antrag gemäß §§ 13 ff SchAG NW für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sowie einen Sühneversuch nach § 380 Abs. 1 StPO, mit der Ausnahme von familien- und arbeitsrechtlichen Verfahren, angeufen werden. Kommt ein Vergleich zustande, wird er vom Schiedsgericht zum Zwecke der Zwangsvollstreckung protokolliert.

Ein ganz anderer Weg wird mit dem Gesetzesentwurf des Bundesrats zu einem obligatorischen Schlichtungsverfahren vom 04.12.1996 verfolgt. Der neu einzufügende § 15 a ZPO steht noch im Raum und wurde bis

---

<sup>95</sup>Wassermann, NJW 1998, S. 1685 f, unterscheidet hierbei den Begriff der „neuen Streitkultur“, wie er in den 60er- und 70er Jahren im sogenannten Reformfrühling der deutschen Justiz gebraucht wurde, von dem der 80er- und 90er Jahre. Während bei der Erstgenannten die Aufgabe der Kommunikationsoptimierung durch offenen Verhandlungsstil im Vordergrund stand, wird nun versucht, den Rechtsfrieden über außergerichtliche Vermittlung zu erzielen.

<sup>96</sup>Rechtspflegevereinfachungsgesetz vom 17.12.1990, BGBl. I, 2847.

<sup>97</sup>Koeble, in: Beck'sches Rechtsanwalts Handbuch, A I RN. 114, S. 22. Ausführlich zu den Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung mittels Anwaltsvergleichs, siehe auch Nerlich, MDR 1977, S. 416 ff.

<sup>98</sup>Gesetz über das Schiedsamt in den Gemeinden des Landes Nordrhein-Westfalen vom 18.12.1992 (GV 1993 S.32). Vergleichbare Gütestellen gibt es auch in anderen Bundesländern, z. B. Saarländische Schiedsordnung vom 06.09.1989 (Abl. S.793) und Schleswig-Holstein vom 31.07.1974 (GVObI. 271) usw. Siehe auch Kleinknecht/Meyer, StPO, § 380 RN. 3 m.w.N.

heute noch nicht verabschiedet<sup>99</sup>. § 15 a ZPO erlaubt es dem Landesgesetzgeber, die obligatorische Schlichtung in dafür besonders geeigneten Bereichen einzuführen. Hierbei handelt es sich um eine Prozeßvoraussetzung. Ohne eine von einer Gütestelle ausgestellten Bescheinigung wäre eine spätere Klage nach § 15 a Abs. 1 S. 2 ZPO unzulässig. Der Deutsche Anwaltsverein hat sich teilweise gegen eine solche Bevormundung der rechtsuchenden Bürger gewandt und vielmehr auf den Einsatz intensiver Öffentlichkeitsarbeit zur Verbreitung der Vermittlung hingewiesen<sup>100</sup>.

## 2. Familienmediation

Familienmediation kann in Deutschland bisher auf keine lange Tradition zurückblicken. Aufgrund der bisher nicht erfolgreichen Ansätze der Vermittlung in Rechtsstreitigkeiten und der hiervon losgelösten Entwicklung der Mediation in den USA verwundert es somit nicht, daß in der Bundesrepublik Deutschland erst in den 80er Jahren Ansätze der Mediation festzustellen sind. Die wesentlichen Erkenntnisquellen der Familienmediation finden sich im europäischen Umfeld, aber vor allem in den USA. Die sich seit dem Jahr 1988 in vielen deutschen Städten (z. B. Berlin, Bonn, Frankfurt, Heidelberg, München u.a.) bildenden interprofessionellen Arbeitskreise aus Vertretern der Juristen und der psychosozialen Berufe konnten auf erfahrene amerikanische Mediatoren (u. a. Roger Fisher, Gary Freedman, Jack Himmelstein, John Haynes, Florence Kaslow, Frank Sander, Stanley Cohen und William Ury) zurückgreifen. Die neue Materie mußte nicht nur sachgebietsbezogen erforscht und dargestellt werden, sondern auch für die praxisorientierte Anwendung in der Trennungs- und Scheidungsauseinandersetzung nutzbar gemacht werden.

---

<sup>99</sup>Dt BT-Dr 13/6398, S. 8,17 ff, vom 04.12.1996, 35 f, 48. Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die konkrete Ausgestaltung soll dem jeweiligen Landesrecht vorbehalten bleiben. Zur aktuellen Diskussion siehe auch Böttcher, NJW 1998, 24 ff.

<sup>100</sup>Busse (DAV), AnwBl. 10/97, S. 522, 523: Freiwilligkeit kann nicht durch Zwang ersetzt werden. A.A. Schwackenberg, AnwBl. 10/97, S. 525, 526. Auch in der Presse findet das Modell der obligatorischen Schlichtung reges Interesse, vgl. Focus 36/1998, S. 54.

Der weitere Weg der Entwicklung und Verbreitung erfolgte zunächst auf der Ebene der Familiengerichtstage, bevor die breite Öffentlichkeit mit der Vermittlung in Berührung kam<sup>101</sup>.

Eine bundesweiter Zusammenschluß der bisher selbständigen Arbeitskreise (Familiennotruf München, Deutsches Familienrechtsforum, TRIALOG u. a.) erfolgte im Jahr 1992 zur konstituierenden Sitzung der „Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation“ (BAFM) in der Evangelischen Akademie Bad Boll. In diesem Zusammenhang wurden die Richtlinien für Mediation in Familienkonflikten, die Satzung und die Ausbildungsordnung der Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation verabschiedet.

Unterstützt durch die rasante Zunahme der Scheidungszahlen und die häufig geäußerte Unzufriedenheit mit dem kontradiktorischen Verfahren, konnte sich die Familienmediation als Rechtsinstitut etablieren. Dabei wurde diese Entwicklung auch durch die Änderung des gesetzlichen Handlungsrahmens ergänzt. Hervorzuheben ist hier besonders das Kinder- und Jugendhilfegesetz<sup>102</sup> aus dem Jahr 1991. Darin wurde nicht nur die mit einem Regelrechtsanspruch auf Förderung ausgestattete präventiv familienunterstützende Jugendhilfe (vgl. § 16 i. V. m. § 3 Abs. 2 S. 2 SGB VIII [KJHG]), sondern gerade das Beratungsangebot in Angelegenheiten der Partnerschaft, Trennung und Scheidung (vgl. § 17 Abs. 2 SGB VIII KJHG) als fester Bestandteil der staatlichen Familienunterstützung normiert. Die Fortführung der bisherigen Lebensgemeinschaft sowie die Gestaltung der trennungs- und scheidungsbedingten Neuorientierung wird unter besonderer Berücksichtigung des Wohles der gemeinsamen Kinder beratend unterstützt<sup>103</sup>. Die Beratung umfaßt psychosoziale und rechtliche Fragen. Dabei steht nicht die Beratung zur Rechtsdurchsetzung im Vordergrund, sondern vielmehr die autonome Zukunftsgestaltung.

---

<sup>101</sup>Mähler/Mähler, in: Mediation für Juristen, S. 121; vgl. auch Mahler, in: Info-Mappe BAFM, 10/1996, S. 3 ff.

<sup>102</sup>BGBI. I S. 1163, SGB VIII [KJHG], vom 26.06.1990.

<sup>103</sup>MünchKomm/Hinz, § 17 SGB VIII KJHG RN. 2.

Bereits mit der Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979, das am 1. Januar 1980 in Kraft<sup>104</sup> getreten ist, wurde die Stärkung der elterlichen Verantwortung verfolgt. Der Ausschluß der gemeinsamen elterlichen Sorge wurde in § 1671 Abs. 4 BGB aF normiert, um den bisherigen Bindungen des gemeinsamen Kindes besser entsprechen zu können<sup>105</sup>. Diese Regelung wurde jedoch durch das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 1982 für verfassungswidrig erklärt, da sie keine Ausnahmemöglichkeiten vorsah<sup>106</sup>. Ein erster Einblick in die praktische Durchführung von Vermittlung wurde durch ein vom Jugendamt Erlangen im Zeitraum zwischen 01.12.1990 und 31.10.1991 durchgeführtes Pilotprojekt „Praxiserprobung und Bewertung von Vermittlung (Mediation) in streitigen Familiensachen“ gewonnen<sup>107</sup>.

Durch die am 1. Juli 1998 in Kraft getretene umfassende Neuregelung des Kindschaftsrechts<sup>108</sup> (Kindschaftsreformgesetz) wird der Beratungs- und Unterstützungsleistung im Rahmen der Konfliktvermittlung eine stärkere Funktion zugewiesen. Die Fortdauer der gemeinsamen elterlichen Sorge (statt bisher: „Vater und Mutter“) wird eingeführt. Die Vermittlung in jeder Lage des Konfliktes wird vor einer Streitentscheidung beispielsweise durch § 51 Abs. 1 FGG nF vorrangig verfolgt. Als Reformziel wurde ein Bewußtseinswandel bei den Eltern angestrebt, der eine Signalwirkung für den Beginn einer neuen Streitkultur enthält<sup>109</sup>: „Vorschaltung gerichtlicher Vermittlungsverfahren auf dem Weg zu einer einverständlichen Konfliktlösung“.

---

<sup>104</sup>BGBI I S. 1061.

<sup>105</sup>Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, Dt Bt-Dr 8/2788.

<sup>106</sup>BVerfGE 61, S. 358 = FamRZ 1982, S. 1179.

<sup>107</sup>Proksch, Familiendynamik 1992, S. 395, 403 f.

<sup>108</sup>BGBI I S. 2942, sogenanntes Kindschaftsreformgesetz (KindRG).

<sup>109</sup>Vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, Dt BT-Dr 13/8511, S. 68; Ziele des Gesetzgebers, Dt BT-Dr 13/4889, S. 29.

Das Kindschaftsreformgesetz entspricht damit erstmals auch den internationalen Anforderungen<sup>110</sup>. Die Veränderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen wird von der Öffentlichkeit mit viel Interesse verfolgt. Eine Vielzahl von Beiträgen beschäftigt sich mit dem Mediationsverfahren und trägt damit zur Begründung einer neuen Streitkultur bei<sup>111</sup>.

### III. Juristenausbildung in der Bundesrepublik Deutschland

#### 1. Die Ausrichtung der universitären Ausbildung am Richtermodell

Mediation findet als Form außergerichtlicher Konfliktbeilegung in der juristischen Ausbildung in der Bundesrepublik Deutschland keine entsprechende Eingliederung bei der Vermittlung des Lehrstoffes. Folglich beruht die praktische Tätigkeit der Juristen in der Konfliktbehandlung auf der während ihrer Ausbildung erlangten Sichtweise des Streitstoffes. Die dynamische Expansion des Rechtsstoffes, der Rechtsliteratur und der Judikatur ist eng verbunden mit der fortlaufenden Weiterentwicklung des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens. Während die judizielle und literarische Ausdifferenzierung der Rechtsordnung an die Studenten und Referendare während ihrer Ausbildung eine immer größere Anforderungen an die Differenzierung und Spezialisierung stellt<sup>112</sup>, steht der omnipräsente Universaljurist<sup>113</sup> weiterhin im Vordergrund der deutschen Prüfungsordnungen.

Beispielsweise wurde versäumt, den Inhalt der baden-württembergischen JAPrO dem Tätigkeitsfeld der Vermittlung entsprechend anzupassen. Es wurde zwar in der Neufassung der Verordnung über die Ausbildung und Prüfung der Juristen vom 7. Mai 1993 der Prü-

---

<sup>110</sup>UN Kinderrechtskonvention (KRK), BGBl. II 1992, S. 990; Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), BGBl. II 1952, S. 686; Haager Minderjährigenschutzübereinkommen (MSÜ), BGBl. II 1971, S. 217, 1150; In der Bundesrepublik Deutschland bisher nicht in Kraft: Europäisches Nichtehelichenübereinkommen vom 15. Oktober 1975; Übersicht über die Reformübereinkommen, IPRax 1997, S. 10 ff.

<sup>111</sup>Klar, Mediatorin aus Leipzig in der Fernsehsendung: Ein Fall für Escher im Sender mdr am 12.06.1998; Hemming, Mediation - Scheidung ohne Verlierer, in: Stuttgarter Stadtanzeiger, 30/1998, S. 11; Hollweg, Recht ohne Richter, Focus 36/1998, S. 54.

<sup>112</sup>Böckenförde, JZ 1997, S. 317 f: Während die aktuellen Vorgerücktenarbeiten zur Zeit 4 Wochen vorlesungsfreie Zeit in Anspruch nehmen, konnten diese Arbeiten Anfang der 50er Jahre als - nicht leichte - 6-Wochen-Examensarbeit ausgegeben werden.

<sup>113</sup>VGH Baden-Württemberg NJW 1991, S. 3109, 3111.

fungsstoff teilweise reduziert<sup>114</sup>, wodurch sich die Möglichkeit der Absolvierung der ersten juristischen Staatsprüfung nach 8 Semestern (sog. Freischuß) wesentlich verbessert hat, jedoch wurde eine Orientierung am Berufsbild des Rechtsanwaltes weiterhin abgelehnt. Während das Klausurenexamen darauf ausgerichtet ist, die drillhaft in Klausurenkursen und Repetitorium erlernte Klausurentchnik anzuwenden, geht hierbei die über den Anwendungsbereich der Justiz hinausgehende Orientierung an weiteren Funktionen und Aufgabenbereichen der Juristen verloren. Ein wesentlicher Teil der Juristenausbildung ist bis zum ersten juristischen Staatsexamen dennoch durch ein akademisches Übergewicht geprägt<sup>115</sup>..

Jegliche Orientierung an alternativen Konfliktbehandlungssystemen ist der Juristenausbildung in der Bundesrepublik bisher fremd gewesen. Aber auch die Vermittlung praxisorientierter anwaltlicher Denk- und Arbeitsweisen wird in der universitären Lehre nicht berücksichtigt. Wichtige Elemente bei der Durchsetzung von Parteiinteressen, wie Psychologie, Rhetorik und Verhandlungsführung werden als Pflichtveranstaltung überhaupt nicht bzw. freiwillig für einen kleinen Teilnehmerkreis angeboten<sup>116</sup>..

---

<sup>114</sup>Baden-württembergische (JAPrO) vom 7. Mai 1993, GBl. v. 30.06.93, S. 314 ff; Böckenförde a.a.O., S. 319: Wonach die Beschränkung auf Überblicksgebiete und Grundzügefächer eigentlich einen Betrug an den Studenten darstellt, da diese Prüfungselemente gerade an vertieften Rechtskenntnissen anknüpfen und die Frage auftaucht, ob dies wirklich ein Weniger gegenüber den Vollfächern darstellt.

<sup>115</sup>Böckenförde a.a.O., S. 324: Die Justiz ist es, die das Examen maßgeblich lenkt und bestimmt; Goll, AnwBl. 5/97, S. 259 f stellt das Leitbild der an der Richtertätigkeit orientierten Ausbildung in Frage, da von ca. 1200 Absolventen zunächst alle als Beamte auf Widerruf ernannt werden, jedoch nur ca. 80 hinterher Beamte werden. Aus diesem Grund wurde § 5 JAG geändert durch GBl. BW S. 250, 1998. Eine Verbeamtung erfolgt nun im Rahmen des öffentlichen Ausbildungsverhältnisses nicht mehr.

<sup>116</sup>§ 8 Abs. 2 lit. c JAPrO 93 ermöglicht zwar unter anderem Lehrveranstaltungen aus dem Bereich der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, jedoch kann dies, angesichts der begrenzten Teilnehmerzahlen, keine ausreichende Ausbildungsmöglichkeit darstellen; Deshalb verwundert es nicht, wenn Hölzenbein zu dem Ergebnis kommt, daß die erforderliche kommunikative Kompetenz nicht durch ein Hochschulstudium erworben werden kann, MDR 1997, S. 415. Vgl. auch Vortmann, WM 1998, S. 1481.

Ab dem Sommersemester 1999 wird erstmals vom Fachbereich Rechtswissenschaft der FernUniversität Hagen für Rechtsanwälte, Notare und Juristen mit erstem Staatsexamen das „Weiterbildende Studium Mediation“ angeboten. Ziel des Studiums ist es, die Teilnehmenden zu Mediatoren auszubilden<sup>117</sup>.

Die Juristen werden zum Richteramt bzw. zum Gerichtsanwalt ausgebildet, um festzustellen, wie die Rechtslage ist und welche Ansprüche (Positionen) den Parteien gegeneinander zustehen<sup>118</sup>. Diese Justizlastigkeit steht in keinem gesunden Verhältnis zum späteren Tätigkeitsbereich der Absolventen. Mittlerweile finden weniger als 5 Prozent der Assessoren eine Anstellung in der Justiz, während 75 bis 85 Prozent den Rechtsanwaltsberuf ergreifen<sup>119</sup>. Diese Art der Ausbildung beruht auf dem Ansatz, daß es möglich sei, die absolute Wahrheit zu erkennen und die Verwirklichung dieses Ziels nur von den damit verbundenen Anstrengungen abhänge. Darauf beruht auch die vorrangige Zielvorstellung eines „gerechten Urteils“<sup>120</sup>.

Das gerichtszentrierte Ausbildungsprogramm ist nicht darauf ausgerichtet, eine außergerichtliche Konfliktbeilegung zu fördern<sup>121</sup>. Unser methodisches Denken orientiert sich damit am Richtermodell<sup>122</sup> und fördert die gerichtliche Streitentscheidung<sup>123</sup>. Die juristische Methodenlehre prägt hierbei die rechtswissenschaftliche Ausbildung, die der forensischen Tätigkeit zugrunde liegt und auf Streitentscheidung eingestellt ist<sup>124</sup>.

---

<sup>117</sup>Presseinformation der FernUniversität Hagen, in: BRAK-Mitt. 6/98, S. 280 f.

<sup>118</sup>Siehe auch Ponschab, AnwBl. 3/97, S. 145 f.

<sup>119</sup>Hoffmann-Riem/Willand, JuS 1998, S. 106 f.

<sup>120</sup>Hendel, AnwBl. 10/97, S. 509 f.

<sup>121</sup>Busse, AnwBl. 10/97, S. 522 f verweist auf die PROGNOSE-Studie aus dem Jahre 1986. Unter Bezugnahme auf einen Artikel aus: Die Zeit vom 07.03.1997 legt er das in der Öffentlichkeit vorherrschende Bild vom Prozeßanwalt dar: „...Doch gut nähren kann sich nur, wer mit besonderem Geschick seine Mitbürger vor den Kadi zerrt, möglichst durch alle Instanzen. Streit anzetteln heißt Geldverdienen - und sei der Anlaß noch so nichtig... Je mehr Rechtsanwälte es gibt, desto mehr rechtliche Probleme treten auf“.

<sup>122</sup>Langenfeld, Vertragsgestaltung, S.1 ff.

<sup>123</sup>Wassermann, NJW 1988, S. 1685 f unter Bezugnahme auf Behrens, Recht und Politik 1997, S. 73 ff.

<sup>124</sup>Steckler, AnwBl. 5/97, S. 245 f.

Die Frage, welche Art der Juristenausbildung die Richtige sei und wie die Juristen in die Rechtswirklichkeit am besten eingeführt werden sollten, ist indes nicht neu und wurde schon im 19. Jahrhundert ebenso streitig behandelt wie heute<sup>125</sup>.

Unabhängig vom tatsächlichen Tätigkeitsfeld der Rechtsanwälte und Wirtschaftsjuristen wird vielfach der Ruf nach einer stärkeren wissenschaftlichen Ausprägung des methodisch geschulten Juristen laut<sup>126</sup>. Aufgrund der Begrenzung des klausurrelevanten Prüfungsstoffes und der Förderung der eigenen juristischen Urteilskraft, um neue Fragestellungen aufgrund dogmatischer Grundstrukturen behandeln zu können, soll eine Befähigung zur juristischen Praxis erzielt werden. Das erklärte Ziel soll über einen Abbau der Quantität zugunsten der Qualität erreicht werden. Damit verbunden soll dann die Referendarausbildung dem Nachwuchs für Justiz und gegebenenfalls Verwaltung vorbehalten werden, während andere Ausbildungsgänge, etwa für Anwaltsjuristen und Wirtschaftsjuristen, zu schaffen wären<sup>127</sup>.

## **2. Reformüberlegungen zur Neugestaltung des juristischen Vorbereitungsdienstes**

Einigkeit besteht darüber, daß die Juristenausbildung (soweit sie den Anwaltsberuf betrifft) dem tatsächlichen Bedarf angepaßt werden muß<sup>128</sup>. Der juristische Vorbereitungsdienst soll berufsfeldspezifisch auseinander geschaltet werden. In Baden-Württemberg gehen die Überlegungen in Richtung auf vier Varianten des Vorbereitungsdienstes. Dabei wird zwischen der Ausbildung für die Justiz, die Verwaltung und die Anwaltschaft getrennt werden. Lediglich beim vierten Bereich „Wirtschaft“ bestehen noch keine klaren Vorstellungen.

---

<sup>125</sup>Böttcher, NJW 1998, S. 24 verweist auf den seit mehr als 125 Jahren bestehenden Diskussions- und Reformbedarf in der 138-jährigen Geschichte des Deutschen Juristentages. Bereits 1873 und 1878 war die Juristenausbildung ein zentrales Thema der DJT; vgl. Vortmann, WM 1998, S. 1481; Michaelis, JuS 1991, S. 798, m.w.N.

<sup>126</sup>Böckenförde, a.a.O., S. 323 f.

<sup>127</sup>Vgl. Cäsar, WM 1998, S. 967 fordert eine stärkere Spezialisierung im Rahmen der Juristenausbildung.

<sup>128</sup>Siehe auch Peters, Brak-Mitt. 6/1997 S. 233; zum Stand der aktuellen Diskussion vgl. Böttcher, a.a.O., S. 24 ff; siehe auch Ströbel, RAK Stuttgart, S. 1.

Die nach Fachbereichen getrennt zu absolvierenden Examen werden jedoch als grundsätzlich gleichwertig gewertet, um „so viel vom Einheitsjuristen wie nur irgend möglich zu retten“<sup>129</sup>.

Die Anwaltsorganisationen - Bundesrechtsanwaltskammer und Anwaltsverein - fordern deshalb seit langem eine stärkere Orientierung der Ausrichtung der Juristenausbildung auf die von der überwiegenden Zahl der Absolventen des juristischen Studiums tatsächlich ausgeübte Anwaltstätigkeit<sup>130</sup>. Dabei wird immer wieder darauf hingewiesen, daß neben dem Erlernen der klassischen juristischen Methodenlehre mehr Schwergewicht auf die juristische Fähigkeit und Anwendung in der Rechts- und Unternehmenspraxis gelegt werden müßte. Dazu müßten die juristischen Fächer aufgabenbezogen und rechtsgestaltend zu integrativen Lösungen verarbeitet werden<sup>131</sup>. In der Praxis kann sich allzuviel Rechtswissenschaft als Störfaktor erweisen, weil berufspraktische Fertigkeiten darunter leiden<sup>132</sup>.

Es fehlt die Orientierung der juristischen Fähigkeiten an einer interessengerechten und kreativen Lösung von Sachverhalten, deren Ursachen zwar in der Vergangenheit liegen, deren rechtliche Problematik zwischen den Konfliktparteien jedoch für die Zukunft beigelegt werden muß. Die interdisziplinäre und integrative Arbeitsweise bei der streitvermeidenden Vertragsgestaltung wird hierbei ebenso gefordert wie die interessenausgleichende Schlichtung bei sich überschneidenden Rechtsgebieten.

---

<sup>129</sup>Goll, a.a.O., S. 259 ff; so auch die Würzburger Thesen des Deutsche Juristen-Fakultätentags 1995, nach deren Aussage die Vermittlung von Grundlagen- und Methodenwissen im Vordergrund der Juristenausbildung steht, während ergänzend europäische und wirtschaftswissenschaftliche Bezüge hergestellt werden sollen; NJW 1995, S. 2612; Caesar, WM 1998, S. 976, befürwortet den Einheitsjuristen mit einem zweiten juristischen Staatsexamen als Grundausbildung und fachspezifischer Weiterbildung in den Berufssparten Richter bzw. Staatsanwalt, höherer Verwaltungsdienst oder Rechtsanwalt. Vgl. Reformvorschläge bei Köhler, JR 1991, S. 48 ff.

<sup>130</sup>Stobbe, Die Kompetenz der Anwaltschaft, AnwBl. 1991, S. 430 ff.; Pressemitteilung des DAV zur: Reform der Juristenausbildung vom 16.12.1996, AnwBl. 2/97, S. 102 f.

<sup>131</sup>Steckler, AnwBl. 1997, S. 245 f.

<sup>132</sup>Braun, ZRP 1998, S. 41 f.

Für das Erzielen von pragmatischen Ergebnissen, mit denen beide Konfliktparteien leben und auch in Zukunft unbelastet kooperieren können, genügt die sich ausschließlich auf Wissensvermittlung ausgerichtete universitäre Juristenausbildung nicht. Juristen haben als „Bedenkenträger“ deshalb im Bereich der Industrie (des Personal-, Finanz- und Steuerwesens) erheblich an Gewicht verloren<sup>133</sup>. Planende, gestaltende und schlichtende Arbeitsmethoden werden jedoch in der juristischen Beratungspraxis zunehmend gefordert, während die forensische und verwaltende Kompetenz kontinuierlich in den Hintergrund gedrängt wird und dessen Denk- und Arbeitsweise den wirtschaftlichen Mandanteninteressen nicht mehr gerecht wird. Durch das frühzeitige Überleiten der Verhandlungen in auf Streitentscheidung ausgerichtete Verfahren werden die geschäftlichen Beziehungen unnötig belastet. Die Verrechtlichung des Sachverhaltes führt zur Einnahme von Positionen, die dann als „mein Recht“ bezeichnet werden und scheinbar absolute Gültigkeit haben<sup>134</sup>.

Bereits in diesem Zeitpunkt ist aus dem sozialen Konflikt ein rechtlicher Streit entstanden. Bei der Würdigung des Streitstoffes beginnt anschließend der streitende Anwalt seine Tätigkeit, die sich aus der Sicht der wirklichen Parteiinteressen meist als un- oder kontraproduktiv erweist<sup>135</sup>. Unter diesem Gesichtspunkt ist es dennoch erstaunlich, daß etwa 75 Prozent aller aufkommenden Streitigkeiten außergerichtlich durch die Anwaltschaft beigelegt werden können<sup>136</sup>. Richtigerweise ist dieses Ergebnis nicht auf das streitvermittelnde und -vermeidende Verhalten zurückzuführen, sondern trotz des kompetitiven Verhandlungsstils zustande gekommen.

---

<sup>133</sup>Steckler, a.a.O., S. 247.

<sup>134</sup>Hendel, AnwBl. 10/97, S. 509, 512.

<sup>135</sup>Hendel, a.a.O.: Eine Vielzahl von Junganwälten gebärden sich gleich zu Beginn der mündlichen Verhandlung als „Wadenbeißer“, um so die Stellung eines „Alpha-Rüden“ einnehmen zu können.

<sup>136</sup>Wasilewski, Streitverhütung durch Rechtsanwälte, Empirische Untersuchung von Umfang, Struktur und Bedingungen außergerichtlicher Beilegung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch Rechtsanwälte (1990), S. 92; dazu Prütting, AnwBl. 1990, S. 346;

Aus der Sicht des Mandanten stellt sich aber nicht die Frage, wie ein Rechtsstreit gewonnen werden kann, sondern wie seinen Interessen bereits in den vorprozessualen Verhandlungen umfassend entsprochen werden kann. Um die Sach- und Rechtslage, insbesondere die Chancen und Risiken einer gerichtlichen Auseinandersetzung richtig beurteilen zu können, kann in der Juristenausbildung nicht auf die universitäre Vermittlung von Grundlagenwissen und die Methodenlehre verzichtet werden. Der umfassend juristisch ausgebildete Jurist muß zur Anwendung seiner Kenntnisse jedoch die Interessen seiner Partei in Überschneidungsbereichen zu anderen Aspekten erforschen. Soweit hierfür Spezialkenntnisse erforderlich sind, kann dies interdisziplinär zum Beispiel unter Einbeziehung eines Wirtschaftswissenschaftlers oder eines Psychologen erfolgen. Diese Just-in-time-Kooperation<sup>137</sup> ermöglicht eine umfassende interessengerechte Betreuung des Mandanten, für die der Jurist in der Bundesrepublik Deutschland jedoch bisher nicht ausgebildet wurde.

---

<sup>137</sup>Streckler, a.a.O., S. 249, spricht von einer Just-in-time-Belieferung im Rahmen einer interdisziplinären Organisationskooperation

### **§ 3 Die Scheidung als besonders geeigneter Anwendungsbereich der Mediation**

Wird eine Ehe „notleidend“ und ist eine Fortsetzung der bisherigen Beziehungsstruktur nicht mehr zu erwarten, so bemühen sich die Betroffenen als erstes um eine umfassende Klärung der Rechtslage. Die Parteien werden Rechtsauskünfte sowie Vorschläge über konkrete Verhaltens- und Vorgehensweisen einholen. Kann bilateral keine einvernehmliche Regelung erzielt werden, werden Rechtsanwälte mit der Geltendmachung, beziehungsweise der Abwehr der gegenseitigen Ansprüche beauftragt. An dieser Stelle setzt die Mediation als außergerichtliche Konfliktbeilegungsmöglichkeit ein.

#### **I. Kerngedanke der Familienmediation**

In der Bundesrepublik Deutschland<sup>138</sup> wird jede dritte Ehe geschieden. In den 30 Jahren von 1960 bis 1990 ist die Zahl der Ehescheidungen von jährlich 48.878 auf 125.308 um nahezu 260 Prozent gestiegen. Im Jahr 1995 sind 169.425 und im Jahr 1996 sind 175.550 Ehen geschieden worden. Dies stellt eine Steigerung um 3,6 Prozent dar. Große Bedeutung kommt hierbei der sogenannten Scheidungsanfälligkeit einer Ehe zu. Nach einer Analyse des Statistischen Bundesamts zu den Ehescheidungen aus dem Jahr 1996 scheitern die Ehen in den alten Bundesländern und Berlin meist nach einer Ehedauer von 6 Jahren und in den neuen Ländern nach 7 Jahren. Die Dauer der durchschnittlichen Ehe beträgt ca. 12 Jahre. In den Jahren von 1970 bis 1994 hat sich in den alten Bundesländern die Scheidungsquote von 17 auf 35 Prozent mehr als verdoppelt; in den neuen Bundesländern ist ein Anstieg von 21 auf 37 Prozent erfolgt<sup>139</sup>. Damit entfallen auf 427.297 gesamtdeutsche Eheschließungen im Jahr 1996 175.550 Scheidungen<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup>Bericht des Statistischen Bundesamts 1996, WiSta 12/1997, S. 826.

<sup>139</sup>Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, RN. 15.

<sup>140</sup>Bericht des Statistischen Bundesamts 1996, WiSta 12/1997, S. 826, FS 1, R 1.

In den neuen Ländern waren seit 1993 in mehr als 70 Prozent, in den alten Bundesländern in mehr als 50 Prozent der Ehescheidungen Kinder vorhanden. Insgesamt waren im Jahr 1996 in Deutschland 148.800 Kinder von der Scheidung ihrer Eltern betroffen, 125.200 im Westen und 23.600 im Osten (gegenüber 119.300 bzw. 22.900 im Vorjahr). Es ist davon auszugehen, daß die Anzahl der von den elterlichen Konflikten betroffenen Kinder weiter ansteigen wird. Bei Ein-Kind-Familien ist die Scheidungsrate doppelt so hoch wie bei Zwei-Kind-Familien. Im zweiten Fall fehlt den Kindern zudem die Unterstützung durch die Geschwister<sup>141</sup>.

In der Mehrzahl der Fälle werden die Scheidungsanträge von Frauen eingereicht. In den alten Bundesländern beantragten im Jahr 1996 in 60 Prozent und in den neuen Bundesländern in 72 Prozent der Fälle die Frauen die Ehescheidung. Dem Scheidungsantrag wurde in der Mehrzahl der Fälle zugestimmt, wobei die Quote in den neuen Bundesländern mit 77 Prozent geringer ausfiel als im früheren Bundesgebiet mit 83 Prozent. Mehr als die Hälfte der Kinder sind im Zeitpunkt der Trennungs- und Scheidungsauseinandersetzung nicht älter als 12 Jahre. Ein Drittel ist nicht älter als sechs Jahre.

Anhand dieser Zahlen wird deutlich, welche immensen Chancen und Aufgaben der Familienmediation heute und in Zukunft zukommen werden. Denn Ehen können geschieden werden, die Beziehungen der Eltern zu ihren Kindern nicht. Unterhaltsansprüche und Sorgerechtsregelungen waren häufig Streitgegenstand der gerichtlichen Auseinandersetzungen. Je länger und intensiver der Konflikt geführt wurde, desto verhärteter waren häufig die Fronten zwischen den Eltern. Die Bereitschaft zur Wahrnehmung der gemeinsamen elterlichen Verantwortung als echte Verpflichtung zum Wohl des Kindes wurde aufgrund der fehlenden Kommunikation und der Vielschichtigkeit der zu beachtenden Aspekte weiter belastet.

---

<sup>141</sup>Reich, in: Krabbe, Scheidung ohne den Richter, S. 59

Diese Multi-Dimensionalität weist mehrere verschiedene Ebenen auf, mit deren Behandlung die sich trennenden Eltern konfrontiert sehen<sup>142</sup>:

1. Persönlich-psychische Ebene
2. Finanzielle Ebene
3. Juristische Ebene
4. Beziehungsebene (Partner und Kinder)

Die Annäherung an den Streitbehandlungsgegenstand ist den emotional aufgeladenen Konfliktparteien aus eigener Kraft kaum möglich, betrachtet doch die eine Partei die andere häufig argwöhnisch und in ständiger Angst, bei der Konfliktbehandlung übervorteilt zu werden. Der „Kampf ums Kind“ wird dabei weiterhin mit den Mitteln des kontradiktorischen Verfahrens vor den Familiengerichten ausgetragen. Die Erarbeitung eines gemeinsamen und eigenverantwortlichen Lösungswegs durch einen vermittelnden Dritten stellt hierbei einen Ausweg aus der Krisensituation dar. Hierdurch soll der Weg vom Streitgegenstandsbegriff zum Konfliktgegenstandsbegriff ermöglicht werden<sup>143</sup>.

Einen deutliches Signal in Richtung auf die außergerichtliche Konfliktbeilegung unter Verweis auf Vermittlungsmöglichkeiten hat der Gesetzgeber durch die am 1. Juli 1998 in Kraft getretene Reform des Kindschaftsrechts<sup>144</sup> (Kindschaftsreformgesetz-KindRG) gesetzt. Die Fortdauer der gemeinsamen elterlichen Sorge - unabhängig vom Statusunterschied zwischen ehelicher und nichtehelicher Geburt - wurde in § 1671 Abs. 1 BGB nF als Grundlage der Nachscheidungserziehung festgelegt. Die elterliche Sorge stellt damit kein obligatorisches Thema des Scheidungsverfahrens mehr dar<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup>Breidenbach, Mediation, S. 259.

<sup>143</sup>Ortloff, in: Breidenbach/Henssler, 117 FN.10 f.; Spangenberg, FamRZ 1997, S. 1263 ff.

<sup>144</sup>Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Kindschaftsreformgesetz-KindRG, Dt BT-Dr 13/4899, BGBl. I, Nr. 84, S. 2942.

<sup>145</sup>Schwab, FamRZ 1988, 457 f. verweist auf die gedankliche Fortführung der Deregulierung in Richtung auf eine aktuelle Diskussion, die Scheidungsverfahren - ganz oder teilweise - auf die Standesämter oder die Notariate zu verlagern.

Daneben ist im Laufe des Jahres 1998 eine Vielzahl von Familienrechtsreformgesetzen in Kraft getreten<sup>146</sup>. Damit wurde das bisher geltende Regel-Ausnahme-Verhältnis von der alleinigen elterlichen Sorge eines Elternteils nach Durchführung der Scheidung aufgehoben und die Fortdauer der gemeinsamen Sorge beider Elternteile eingeführt. Lediglich die Alleinentscheidungsbefugnis für Angelegenheiten des täglichen Lebens soll einem Elternteil auf Antrag übertragen werden. In Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung nach § 1687 Abs. 1 S.1 BGB nF (Aufenthaltsbestimmungsrecht, Wahl der Schulart, Ausbildungs- und Berufswahl u. a.<sup>147</sup>) wird gegenseitiges Einverständnis der Eltern erforderlich.

Durch die Auflösung des Zwangs-Verbundverfahrens nach § 623 Abs. 3 S. 1 ZPO aF wurde das Ziel verfolgt, in Sorge- und Umgangsverfahren die eigenverantwortliche Konfliktbehandlung durch die Eltern zu fördern. Vermittlung und Beratung durch das Familiengericht und die Jugendhilfe soll so früh wie möglich und in jeder Lage des Verfahrens auf das Einvernehmen der Beteiligten hinwirken<sup>148</sup>. Hierdurch wurde ein streitvermeidendes Verhältnis zwischen den Eltern geschaffen, dessen konkrete Ausgestaltung unter Vermittlung eines Mediators eine beiden Konfliktparteien entsprechende, interessengerechte Konfliktbehandlung ermöglichen kann.

---

<sup>146</sup>Am 01.07.1998 ist auch das Beistandschaftsgesetz vom 04.12.1997 (BeistandsG, BGBl I 2846), das Kindesunterhaltsgesetz vom 06.04.1998 (BGBl I 666), das Eheschließungsrechtsgesetz vom 04.05.1998 (BGBl I 833), Erbrechtsgleichstellungsgesetz vom 16.12.1997(ErbGleichG BGBl I 2968). Hierzu wurden die entsprechenden Nebengesetze ebenfalls angepaßt. Wegen einer Übersicht über die Reformvorhaben siehe auch Palandt/Diederichsen, BGB, Vorb. § 1297 RN. 5. Sämtlichen Reformgesetzen ist die Aufhebung der unterschiedlichen Rechtslage bei ehelichen und nichtehelichen Kindern gemein.

<sup>147</sup>Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, RN. 249 f.

<sup>148</sup>Büttner, FamRZ 1998, S. 585, 588 unter Verweis auf Schwab, FamRZ 1998, S. 457 ff.

## II. Konfliktbehandlung durch den Mediator

Sozialministerin Brigitte Unger-Soyka<sup>149</sup> beschreibt das Ziel der Familien-Mediation wie folgt: „Scheidung im Einvernehmen statt im Streit, bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Eltern-Kind-Beziehung.“ Die Konfliktparteien stehen durch Trennung und Scheidung vor einer Veränderung ihres bisher gewohnten Beziehungsgeflechts. Hinz gliedert die von den Betroffenen zu durchlaufenden Prozesse wie folgt<sup>150</sup> : (1) Destabilisierungsphase, (2) Bewältigungsphase und (3) Restabilisierungsphase

Während die Konfliktparteien und mit ihnen das gesamte Familiensystem sich in einer Situation befinden, in der ihnen keine normativen Handlungsmuster zur Verfügung stehen, ist eine konfliktbehandelnde Einflußnahme von außen leichter durchzuführen<sup>151</sup>. Hiervon können die psychosoziale und die Rechtsberatung zu gleichen Teilen profitieren und die Grundlage für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Berater begründen. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn kein Schuldiger gesucht wird oder über Rechte der Konfliktparteien gegeneinander aufgeklärt wird, sondern Lösungsmodelle aufgezeigt werden, die die autonome Gestaltung der Verhältnisse nach Trennung und Scheidung ermöglichen. Dieses Vorgehen eröffnet die Chance, nicht nur die akute Krisensituation zu bewältigen, sondern eine Basis für das nacheheliche Verhalten zu schaffen, in der zwar die ehelichen, nicht jedoch die elterlichen Beziehungen beendet sind.

Die Familienmediation geht dabei von dem Ansatz aus, daß eine Vereinbarung dann für eine längere Dauer geeignet ist, wenn beide Konfliktparteien zu der Überzeugung gelangt sind, daß die autonom ausgehandelte Regelung für beide Konfliktparteien eine positive Konfliktbeilegung darstellt. Soweit eine Seite ihre Interessen auf Kosten der anderen durchsetzt, besteht die erhebliche Gefahr, daß sich der „Verlierer“ oder die „Verliererin“ nicht dauerhaft an die Regelung hält. Dies führt zu einer

---

<sup>149</sup>Sozialministerin des Landes Baden-Württemberg in: Familien-Mediation in Baden-Württemberg, S. 1.

<sup>150</sup>MünchKomm/Hinz, § 17 KJHG, RN. 3.

<sup>151</sup>MünchKomm/Hinz, a.a.O.

Dauerbelastung der Beziehung, da laufend mit einem erneuten Konflikt zu rechnen ist<sup>152</sup>.

Breidenbach<sup>153</sup> betont hierbei die Entwicklungsstufen, die der Konflikt von seiner Wahrnehmung als Problemstellung bis zur seiner Einordnung als sozialer oder rechtlicher zu behandelnder Konflikt durchläuft. Der Konflikt stellt hierbei keinen unveränderbaren Sachverhalt dar, sondern unterliegt in seiner Entwicklungsphase laufenden Veränderungen aufgrund der sich wandelnden Perspektiven und Akzentuierungen. Die Entwicklungsstufen des Konfliktes hängen somit unmittelbar mit der konkreten Definition des Konfliktgegenstandes durch die Konfliktparteien ab. Die Entscheidung für eine Verrechtlichung oder Entrechtlichung der Konfliktbeilegung orientiert sich an der Definition des Konfliktgegenstandes.

Soweit eine Definition (Beziehungsproblem oder Rechtsproblem) gefunden wurde, ist die weitere Vorgehensweise (Beratungsstelle oder Rechtsberatung) der Konfliktparteien vorgegeben. Bevor eine Verfestigung der Parteipositionen entstanden ist, kann an gerade dieser zentralen Weichenstellung eine Einflußnahme durch den Mediator erfolgen. Hierdurch kann verhindert werden, daß die Konfliktparteien zu früh die eigenständige Konfliktlösung aus der Hand geben und diese an Dritte delegieren. Diese Verfestigung des rechtlichen Behandlungsaspekts führt zu einer Barriere, die den Weg zu autonomen Konfliktlösungen versperrt.

---

<sup>152</sup>Bastine/Weinmann-Lutz, Familienmediation in Baden-Württemberg, S. 10.

<sup>153</sup>Breidenbach, Mediation, S. 46.

## **2. Kapitel: Konfliktbehandlung in der Familienmediation**

### **§ 4 Die Familie in der Trennungs- und Scheidungssituation**

#### **I. Trauer und Zukunftsängste**

Die krisenbedingte psychische Anspannung, unter der die Konfliktparteien stehen, fördert den Aufbau und die Verstärkung von Hemmschwellen und Blockadepositionen. Die Konfliktparteien sehen sich einer vollkommen neu zu gestaltenden Zukunft gegenüber, ohne zu wissen, welche Hilfeleistungen sie in Anspruch nehmen können und welche Belastungen finanzieller, psychischer und physischer Art auf sie zukommen werden. Sie stehen vor einem „Scherbenhaufen“, der für sie nahezu unüberschaubar ist. Hinzu kommen die Berichte, die sie von Bekannten, Freunden und den Medien über den Verlauf des kontradiktorischen Verfahrens erhalten haben. Häufig werden die Konfliktparteien durch ihr soziales Umfeld nicht in ausreichendem Maße bei der Bewältigung dieser Lebenskrise unterstützt.

Fehlende Zielbestimmung und Existenzangst beruhen somit auf vorhandenen Informationsdefiziten. Zu diesem Zeitpunkt ist eine von den Konfliktparteien ohne Unterstützung Dritter zu erarbeitende einvernehmliche Lösung für die Neuregelung der nahehelichen Beziehungen nicht darstellbar. Der Eltern-Eltern-Konflikt wirkt sich regelmäßig auch auf die interaktiven Eltern-Kind-Beziehungen aus. Es ist mit der Trennung und Scheidung eine Situation eingetreten, die nicht als Lösungsansatz für die Probleme und Konflikte angesehen wird, sondern als etwas, was neue zusätzliche und scheinbar kaum zu bewältigende Probleme mit sich bringt.

## II. Fortsetzung der bestehenden Kräfteverhältnisse

### 1. Ungleichgewicht der Ausgangssituationen

In Trennungs- und Scheidungsauseinandersetzungen besteht von der gesetzlichen Ausgestaltung kein geschlechtsspezifisches Ungleichgewicht zu Lasten einer der Konfliktparteien. Das vorhandene tatsächliche Ungleichgewicht beruht vielmehr darauf, daß in den meisten Fällen nicht der Ehemann, sondern die Ehefrau, aufgrund ihrer Position in der ehelichen Gemeinschaft, ihre Erwerbsfähigkeit weniger fortentwickeln kann. In der überwiegenden Zahl der Paare mit zwei oder drei minderjährigen Kindern sind die Frauen nicht erwerbstätig oder erzielen nur ein sehr geringes monatliches Einkommen unter DM 1.000<sup>154</sup>. Deshalb ist das Durchschnittseinkommen der Frauen während und nach der Ehe deutlich geringer.

Die während der Ehe bestehenden Ungleichgewichte treten in deren Liquidation besonders auffällig in den Vordergrund<sup>155</sup>. Hierbei wird von der häufig auftretenden Situation ausgegangen, in der die Ehefrau, im Vertrauen auf die Fortführung der Ehe, entweder aufgrund der übernommenen Kindererziehung ihre Erwerbstätigkeit vollständig eingestellt hat oder diese auf einen Nebenverdienst beschränkt hat. Aus dieser Position der Ehefrau entwickelt sich häufig eine Dominanzstruktur und damit eine von den Ehegatten akzeptierte Lebensausrichtung, die im Rahmen der Scheidungsverhandlungen deutlich hervortritt. Wurden die Positionen unter den Eheleuten im Rahmen der ehelichen Lebensverhältnisse vertauscht, besteht selbstverständlich eine ähnlich negative Ausgangsposition für den Ehemann.

---

<sup>154</sup>Bastine, Kli PT-News 1998, S. 10 f zu einer Untersuchung zur Evaluation der Familienmediation in Baden-Württemberg.

<sup>155</sup>Bastard/Cardia-Vonèche, Familiendynamik 1992, S. 338 m.w.N.

## 2. Prinzip der Eigenverantwortlichkeit

Nach §§ 1569, 1570 ff BGB wird einem Ehegatten nach der Scheidung nur dann Unterhalt geschuldet, wenn dieser nicht selbst für seinen Unterhalt sorgen kann. Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit beruht einerseits auf den verbesserten Bildungschancen für Frauen, steht jedoch im Widerspruch zu der tatsächlich praktizierten Benachteiligung von Frauen in der Arbeitsrealität. Abgebrochene Berufsbiographien stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausübung der Mutterschaft und Hausfrauentätigkeit. Die Frau muß sich bei der Geburt eines Kindes darüber Gedanken machen, ob sie einer Doppelbelastung in Beruf und Erziehung ausgesetzt werden will, oder ob sie sich in die Isolation der gesellschaftlich nicht anerkannten Hausarbeit einfügen will.

Die Diskrepanz zwischen formaler Gleichberechtigung und tatsächlicher Realisierungsmöglichkeit beruht folglich auf der geschlechtlichen Verschiedenheit zwischen Mann und Frau. Befinden sich die Kinder im Zeitpunkt der Trennung bereits im Alter der 3. oder 4. Grundschulklasse, wird von der Ehefrau die Wiederaufnahme einer Teilerwerbstätigkeit verlangt, wenn sie sich nicht der fiktiven Anrechnung von Einkommen aussetzen will.

Aber auch soweit keine Kinder vorhanden sind, führt die formale Gleichstellung der Ehepartner in ihrer Erwerbsobliegenheit häufig zu einer Überforderung einer jahrelang nicht berufstätigen Ehefrau. Die Obliegenheit zur Eingliederung in das unter Umständen vor Jahrzehnten verlassene Berufsleben mit seinen laufenden technischen und gesellschaftlichen Modifikationen, stellt mit der Anforderung zur Aufnahme einer ihr angemessenen Tätigkeit eine nahezu nicht mehr zu bewältigende Aufgabe dar. Ein möglicher zukünftiger Arbeitgeber wird diese Gesichtspunkte und auch die Motivation zur Aufnahme einer angemessenen Erwerbstätigkeit bei seinen Überlegungen berücksichtigen, besonders, wenn aufgrund der hohen Arbeitslosigkeit eine Vielzahl von anderen, unter Umständen jüngeren Stellenbewerberinnen vorhanden sind.

Festzustellen ist somit, daß die von Kindererziehung oder im wesentlichen von Haushaltstätigkeit geprägte Ehe in der Trennungs- und Scheidungssituation häufig eine für die Ehefrau ungleich schwierigere Ausgangsposition darstellt als für den laufend erwerbstätigen Ehemann. Auch wenn der Trend in die Richtung der kinderlosen oder Ein-Kind-Ehe geht und den Ehefrauen dadurch eine bessere Anbindung an das Berufsleben ermöglicht wird, ist eine ausgeglichene Ausgangssituation nicht in Aussicht.

## **§ 5 Gesetzlich vorgegebener Verfahrensablauf**

### **I. Struktur des gerichtlichen Verfahrens**

Nach der Familienrechtsreform<sup>156</sup> aus dem Jahre 1976 obliegt es nicht mehr dem Richter festzustellen, welchem der Ehepartner ein Verschulden an dem Scheitern der Ehe nachgewiesen werden kann. Vielmehr wird vom Richter überprüft, ob die Ehe gemäß § 1565 BGB zerrüttet ist und damit die wesentliche Voraussetzung für eine Scheidung gegeben ist<sup>157</sup>.

Die Zivilprozeßordnung unterscheidet im Bereich der Familiensachen zwischen Ehesachen (§ 606 ZPO) und anderen Familiensachen (§ 621 ZPO). Ehesachen und die Familiensachen (ZPO-Folgesachen) des § 621 Abs. 1 Nr. 5, 8 ZPO werden dem Bereich der ZPO zugeordnet. Dies gilt unabhängig von der Ehelichkeit auch für die Unterhaltspflicht gegenüber dem gemeinschaftlichen Kinde nach § 621 Abs. 1 Nr. 4 in Verbindung mit Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO nF. Die Familiensachen (FGG-Familiensachen) des § 621 I Nr. 1-3, 6, 7, 9 und 10 ZPO nF werden der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dem Verfahrensrecht des FGG und der HausratsVO zugeordnet, soweit das GVG und die ZPO keine Sonderregelungen enthalten (§ 621 a Abs. 1 S. 1 ZPO nF).

---

<sup>156</sup>BGBI. I, S. 1421, Gesetz zur Reform des Ehe und Familienrechts (1 EheRG) vom 14.06.1976.

<sup>157</sup>Hierfür wird im wesentlichen auf die Zerrüttungsvermutung des § 1566 BGB zurückgegriffen, soweit ein Ehegatte die Ehe in Zukunft nicht fortsetzen will.

Die Entscheidungskonzentration des sogenannten Verbundverfahrens<sup>158</sup> nach § 623 ZPO aF ermöglichte dem Familienrichter eine einheitliche Entscheidung über alle rechtzeitig beantragten Ansprüche für den Fall der Scheidung. Die Abtrennung der Familiensache aus dem Verbund erfolgt, soweit ein Dritter am Verfahren beteiligt wird (§ 623 I S.2 ZPO nF) oder dem Scheidungsurteil vor der Folgesachenentscheidung stattgegeben wird (§ 628 ZPO nF). Diese Entscheidungskonzentration wurde bei der Neuregelung grundsätzlich beibehalten. Nach § 623 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO nF bedarf es zur Regelung des Sorge- und Umgangsrechts sowie der Herausgabe eines Kindes im Verbundverfahren jedoch eines rechtzeitigen Antrages. Von Amts wegen wird für den Fall der Scheidung hierüber keine Entscheidung mehr getroffen.

Während die Ehesache (Scheidung) ausschließlich dem Familienrichter zur Entscheidung zugeordnet ist, besteht im Bereich der FGG-Familien-sachen (elterliche Sorge, Umgangsrecht, Herausgabe des Kindes, Versorgungsausgleich und Ehewohnung) und der ZPO-Familien-sachen (Unterhalt für das eheliche Kind und den Ehepartner sowie das eheliche Güterrecht) ein weiter Gestaltungsspielraum für die Konfliktparteien<sup>159</sup>. Von Amts wegen erfolgt eine richterliche Entscheidung nur im Rahmen des Zwangsverbundes nach § 623 Abs. 1 S. 3 ZPO<sup>160</sup> nF für den Versorgungsausgleich.

---

<sup>158</sup>Thomas/Putzo, ZPO, § 623 RN. 1, 2. Das Verbundverfahren umfaßte die materiell-rechtlich zwingende Zusammenfassung der Ehesache (Scheidung) mit der Folgesache in demselben Verfahren.

<sup>159</sup>Vgl. Mähler/Mähler, Familiendynamik 1992, S. 349.

<sup>160</sup>Bis zur Änderung durch das Kindschaftsreformgesetz, BGBl I, Nr. 84 S. 2942 ff, das am 01.07.1998 in Kraft trat, wurde über das Sorgerecht und den Versorgungsausgleich nach § 1587 d BGB gemäß § 623 Abs. 3 S.1 aF ZPO von Amts wegen entschieden.

## 1. FGG-Familiensachen

### a. Sorge und Umgangsrecht

Durch das Kindschaftsreformgesetz<sup>161</sup> vom 19.12.1997, das am 01.07.1998 in Kraft getreten ist, wird von Amts wegen nicht mehr über das Sorgerecht entschieden, es verbleibt vielmehr bei der Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts. Erst wenn einer der Ehegatten einen Antrag auf einseitige Übertragung der elterlichen Sorge, der Gestaltung des Umgangsrechts oder der Herausgabe des Kindes nach § 623 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 ZPO nF stellt, befaßt sich das Familiengericht mit dessen Übertragung. Sind minderjährige Kinder vorhanden, wird vom Familiengericht nach § 17 Abs. 3 SGB VIII (KJHG) nF Name und Anschrift der Parteien dem Jugendamt mitgeteilt. Das Jugendamt hat dann die Aufgabe, den Eltern das Leistungsangebot der Jugendhilfe nach § 17 Abs. 2 SGB VIII anzubieten. Das Familiengericht hört die Eltern nach § 613 Abs. 1 S. 2 ZPO nF zur elterlichen Sorge an und weist auf die Möglichkeit der Beratung und Unterstützung durch die Jugendhilfe hin.

Wird ein entsprechender Antrag von einem Elternteil gestellt, hängt die Durchführung eines gerichtlichen Vermittlungsverfahrens weiter davon ab, daß ein Elternteil einen weiteren Antrag nach § 52 a Abs.1 S.1 FGG nF stellt. Zur Erarbeitung eines Sorgerechtskonzepts anhand eines gerichtlichen Vermittlungsverfahrens wird das Familiengericht in § 52 FGG Abs. 1 FGG nF verpflichtet, in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten unter Beteiligung der Jugendhilfe hinzuwirken<sup>162</sup>. Hierdurch sollen die emotional belastenden Durchsetzungs- und Abänderungsverfahren vermieden werden<sup>163</sup>. Das Jugendamt wirkt im Rahmen des §§ 49, 49a FGG nF und § 50 KJHG bei der richterlichen Entscheidungsfindung mit und erstellt hierzu einen Sozialbericht. Wurde ein gerichtliches Vermittlungsverfahren nicht beantragt oder war es erfolglos, wird das weitere Verhältnis zwischen den Eltern und dem gemeinsamen minderjährigen Kind wesentlich davon geprägt, zu welchem Ergebnis der

---

<sup>161</sup>Kindschaftsreformgesetz (KindRG) , BGBl I, Nr. 84 S. 2942 ff

<sup>162</sup>Wegen des gerichtlichen Vermittlungsverfahrens, siehe § 52 a FGG.

<sup>163</sup>Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, RN. 489.

Richter gelangt. Angestrebt wird eine dem Kindeswohl entsprechende Konsensregelung.

Nachdem der Grundsatz der Unteilbarkeit der Personensorge durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 03.11.1982<sup>164</sup> für nichtig erklärt wurde, war es erstmals möglich, das gemeinsame Sorgerecht beiden Elternteilen zu übertragen. Soweit ein einvernehmlicher Vorschlag der Eheleute erfolgte, war das Familiengericht nach § 1671 Abs. 3 aF BGB daran grundsätzlich gebunden. Der einvernehmliche Elternvorschlag begrenzte den gerichtlichen Entscheidungsspielraum. Es oblag dem Familiengericht zu überprüfen, ob die 3 Voraussetzungen<sup>165</sup>:

1. Gemeinsame Erziehungsbereitschaft beider Eltern
2. Fähigkeit zur gemeinsamen Kindererziehung
3. Fehlen wesentlicher Gründe, die einer Belassung des gemeinsamen Sorgerechts im Interesse des Kindeswohls entgegenstehen

für die Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts nach seiner Überzeugung vorhanden waren. Vom elterlichen Vorschlag durfte das Familiengericht nur abweichen, wenn dies für das Kindeswohl erforderlich war, d. h. das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe vorlagen, deren Außerachtlassung die Entwicklung des Kindes ungünstig beeinflussen würde<sup>166</sup>. Wurde kein übereinstimmender Vorschlag der Eheleute vorgelegt, orientierte sich das Familiengericht ausschließlich an den von ihm festgestellten Kriterien des Kindeswohls. Bei der Regelung des Sorgerechts kam eine wesentliche Aufgabe dem Förderungs- und Kontinuitätsprinzip zu.

---

<sup>164</sup>BVerfG FamRZ 1982, S. 1179 ff = NJW 1983, S. 101 ff: § 1671 Abs. IV S.1 BGB ist mit dem Grundrecht beider Eltern auf gemeinsame Pflege und Erziehung der gemeinsamen Kinder aus Art. 6 Abs. 2 S.1 GG nicht vereinbar.

<sup>165</sup>BVerfGE 61, S. 358 = NJW 1983, S. 101 = JZ 1983, S. 298; der angeblichen vierten Voraussetzung: Überzeugung von der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Erziehung, wird bereits durch das Familiengericht bei der Überprüfung der 3 zuerst genannten Punkte entsprochen, da es sich von selbst versteht, daß die Konfliktparteien ihren elterlichen Pflichten auch tatsächlich nachkommen können müssen.

<sup>166</sup>Vgl. Palandt/Diederichsen, § 1671 BGB RN. 24, ohne daß eine formale Bindung an den Antrag der Eltern gegeben war.

Auch bis zur Neuregelung des Kindschaftsrechts war das Familiengericht bestrebt, von sich aus eine einvernehmliche Regelung für die elterliche Sorge mit den Ehegatten zu erzielen. Das Kindeswohl sollte möglichst durch eine einvernehmliche Regelung unter Anleitung des Familiengerichts und damit ein frühzeitiges Ausscheiden der Kinder aus dem gerichtlichen Verfahren gewährleistet werden<sup>167</sup>.

Durch diese Änderung des Kindschaftsrechtes wurde die defizitäre Gesetzeslage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den tatsächlichen Änderungen in der Gesellschaft bei der Kindererziehung sowie dem Bedürfnis nach Vereinheitlichung aufgrund der deutschen Einheit, angepaßt. Damit wurde das staatliche Wächteramt für das Wohl des Kindes im Bereich der elterlichen Sorge zurückgedrängt und auf das Antragsverfahren beschränkt.

#### **b. Versorgungsausgleich, Ehewohnung und Kindesherausgabe**

Während der Versorgungsausgleich nach einer versicherungsmathematischen Methode weder vom Familiengericht noch von den Parteien aufgrund des Bewertungs- und Berechnungsautomatismus inhaltlich<sup>168</sup> ausgestaltet werden kann, ist die Zuweisung der Ehewohnung mit einer Vielzahl von häufig streitigen Einzelpositionen verbunden. Hierzu gehört unter anderem die Alleinentscheidungsbefugnis<sup>169</sup> in Angelegenheiten des täglichen Lebens des Elternteils, bei dem sich das gemeinsame Kind überwiegend aufhält, und der damit verbundene Unterhalt wegen Kindesbetreuung (vgl. § 1570 BGB). Die Herausgabe eines Kindes, für das die elterliche Sorge gemäß § 1632 BGB nF besteht (eheliche und nicht eheliche Kinder), wird auch dem FGG-Verfahren zugeordnet.

---

<sup>167</sup>Eschweiler, Familiendynamik 1992, S. 374.

<sup>168</sup>Eine inhaltliche Verhandlung findet nicht über die Art der Berechnung und die damit verbundene Höhe des Versorgungsausgleichs statt, sondern vielmehr über den Anspruch dem Grunde nach.

<sup>169</sup>Bis zur Einführung des neuen KindRG war hierfür die Übertragung des Sorgerechts für das gemeinsame Kind maßgeblich.

## 2. ZPO-Familiensachen

Während die Verfahren in FGG-Familiensachen nach den Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG und HausratsVO) behandelt werden, wird bei ZPO-Familiensachen und Ehesachen uneingeschränkt die ZPO angewandt. Hierdurch ist die Möglichkeit der Einflußnahme der Konfliktparteien auf den konkreten Verfahrensverlauf deutlich höher als in FGG-Familiensachen, in denen dem Familiengericht nur Anregungen oder Vorschläge unterbreitet werden können. Die Konfliktparteien können den Verhandlungsrahmen zur Vereinbarung einer kooperativen Konfliktbehandlung vollständig nach ihren Wünschen ausgestalten. Durch das Kindschaftsreformgesetz wurde der Komplex Kindessachen (elterliche Sorge, Umgang und Kindesherausgabe) zur ausschließlichen Entscheidung dem Familiengericht zugewiesen. Hierdurch wurde der Zuständigkeitskatalog des Familiengerichts zugunsten einer umfassenden Entscheidungskonzentration erheblich erweitert.

### a. Kindesunterhalt

Die durch Verwandtschaft begründete gesetzliche Unterhaltspflicht nach § 621 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 Nr. 4 ZPO nF umfaßt den Kindesunterhalt (eheliche und nichteheliche Kinder) nach §§ 1601 ff BGB. Nach § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB nF wird das Alleinvertretungsrecht in Unterhaltssachen dem Elternteil eingeräumt, in dessen Obhut sich das gemeinsame Kind befindet<sup>170</sup>.

Für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen wurde die gesetzliche Prozeßstandschaft nach § 1629 Abs. 3 S. 1 BGB nF beibehalten. Durch das Kindschaftsreformgesetz wurde dem Familiengericht die Möglichkeit durch § 50 FGG eingeräumt, dem minderjährigen Kind unter bestimmten Voraussetzungen (z. B. Interessengegensatz mit dem gesetzlichen Vertreter nach § 50 Abs. 2 Nr. 1 FGG) einen Pfleger zur Wahrnehmung seiner Interessen beizuordnen. Zur Zeit steht auch eine Neuregelung des gesamten Unterhaltsrechts für Kinder an, das eine

---

<sup>170</sup>OLG Karlsruhe FamRZ 1998, S. 563: Allein diese Rechtsanwendung ermöglicht eine prozeßökonomische und unkomplizierte Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen.

Gleichstellung aller Kinder anstrebt<sup>171</sup>. Kindschaftssachen (Abstammungs-klärung) nach § 621 Abs. 1 Nr. 10 ZPO nF sowie die gesetzliche Unterhaltspflicht nach § 621 I Nr. 4 ZPO nF gegenüber dem ehelichen und dem nichtehelichen Kind werden ausschließlich dem Familiengericht zugewiesen. Dadurch wird die Zuständigkeit der allgemeinen Prozeßabteilung des Amtsgerichts sowie die des Vormundschaftsgerichts reduziert und der Zuständigkeitskatalog des Familiengerichts entsprechend erweitert.

#### **b. Ehegattenunterhalt und eheliches Güterrecht**

Die durch die Ehe begründete Unterhaltspflicht gemäß §§ 1360 - 1361 BGB sowie die nacheheliche Unterhaltspflicht nach §§ 1569 - 1586 b BGB wird durch die Neuregelung des Kindschaftsrechts nicht berührt. Ebenso verhält es sich nach dem unveränderten § 621 Abs. 1 Nr. 8 ZPO für das eheliche Güterrecht. Die zivilprozessualen Streitigkeiten über den Zugewinnausgleich gemäß §§ 1363-1561 BGB und die damit notwendig verbundenen Nebenansprüche sowie deren Stundung werden weiterhin nach § 621 Abs. 1 Nr. 9 ZPO nF den ZPO-Folgesachen zugeordnet. Änderungen haben sich bei den Regelungen der §§ 1615 a ff BGB nF für den Betreuungsunterhalt ergeben<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup>Regierungsentwurf Dt Bt-Dr 13/7338, sogenanntes. Kindesunterhaltsgesetz (KindUG); Zum Entwurf siehe Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, RN. 43, 44 sowie auch dort Fußnote Nr. 92 m.w.N.

<sup>172</sup>Vgl. Greßmann, a.a.O., RN. 137 ff.

## II. Chancen und Risiken des gerichtlichen Verfahrens

### 1. Die einverständliche Scheidung

In § 630 ZPO nF<sup>173</sup> ist der Fall geregelt, daß die Ehegatten eine einverständliche sogenannte (offene) Konventionalscheidung beabsichtigen. Hierzu bedarf es einer konkreten Darstellung über die in § 630 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO nF aufgeführten materiellrechtlichen Einigungstatbestände. In § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nF wird jedoch wegen der Fortdauer der elterlichen Sorge eine Erklärung zur Nichtstellung von Anträgen beziehungsweise die Zustimmung des anderen Ehegatten zur beantragten elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht notwendig. Das Familiengericht soll sich darüber vergewissern, daß die Eltern sich in den grundsätzlichen Fragen inhaltlich einig sind.

### 2. Die streitige Scheidung

Das gerichtliche Verfahren ist von seiner Konzeption darauf gerichtet, daß der Richter - soweit gerichtliche Vermittlungsversuche nicht beantragt wurden oder bereits fehlschlagen sind - den durch den Streitgegenstand bestimmten Fall entscheidet. Sind die Parteien durch die emotionale Belastung der mit der Scheidung verbundenen Folgen in ihrer Kommunikation untereinander derart eingeschränkt, daß Verhandlungen nur noch über die sie vertretenden Anwälte erfolgen, so entsteht häufig eine Situation, in der sich beide Parteien auf ihre Rechtspositionen zurückziehen und die richterliche Entscheidung abwarten.

#### a. Der Umgang mit Komplexität

Die Komplexität des zu behandelnden Sachverhalts führt zu einer Überforderung der Konfliktparteien. Haft<sup>174</sup> beschreibt den Umgang von Menschen mit Komplexität wie folgt: Die Überforderung der Menschen durch Komplexität wird dadurch hervorgerufen, daß der Verhandlungsgegenstand durch eine Mehrzahl von Aspekten gekennzeichnet ist, die ihrerseits jeweils Unterasspekte mit weiteren Unterasspekten zu einer Hierar-

---

<sup>173</sup>Geändert wurde lediglich § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

<sup>174</sup>Haft, Verhandeln, S. 54 ff, beschreibt die Überforderung durch Komplexität am Beispiel eines Computerfalles anhand von Verhandlungen zwischen dem Hersteller und seinen Kunden.

chie von Aspekten bilden. Die von den Parteien zu behandelnden Aspekte untergliedern sich nicht nur in Ja-Nein-Aspekte, sondern auch in abstufbare Mehr-oder-Minder-Aspekte.

Hinzu kommt, daß die Problemlösung in einer Situation stattfindet, die typischerweise *intransparent* und *eigendynamisch* ist. Häufig steht für jedes Teilproblem auch eine Vielzahl von Lösungen zur Verfügung, von denen den Konfliktparteien nur ein begrenzter Teil bekannt ist. Die Teillösungen sind oftmals unverträglich, was soweit führen kann, daß sie diametral entgegengesetzte Lösungen beinhalten.

### **1. Fallbeispiel:**

Ausgehend von einer Einverdiener-Familie mit zwei Kindern im Vorschulalter, stellen sich den Konfliktparteien bei der Entscheidung, wie eine Trennung und Scheidung durchzuführen ist, eine Vielzahl von Fragen. Die Ehefrau überlegt sich zum Beispiel, ob sie Unterhaltsansprüche geltend machen und/oder vielleicht besser eine Erwerbstätigkeit aufnehmen soll. Sie würde gerne in der fremdfinanzierten Eigentumswohnung mit beiden Kindern bleiben und mit ihrem Gehalt zur Rückführung der Darlehen beitragen. Wenn sie sich jedoch darauf festlegen würde, wegen der beiden Kinder keine Erwerbstätigkeit aufnehmen zu können, müßte die gemeinsame Ehwohnung veräußert werden.

Auf der anderen Seite wäre der zeitliche Erziehungsrahmen für die Kinder durch eine Vollzeittätigkeit stark eingeschränkt. Wenn sie eine Zusatzausbildung absolvieren könnte und der Ehemann für diesen Zeitraum eine überobligatorische Unterhaltsleistung erbringen würde, wäre sie in der Lage, das notwendige Gehalt bereits durch eine Halbzeit-Stelle erzielen zu können. Diese Zeitersparnis könnte sie dann in die Kindererziehung investieren. Zum jetzigen Zeitpunkt weiß die Ehefrau jedoch weder wie ihr Ehemann auf diese Planungsmöglichkeiten reagiert, noch welche Variante sich tatsächlich realisieren lassen wird.

## 2. Fallbeispiel:

In einem Geschäftshaus werden Räume an verschiedene gewerbliche Mieter zu einem besonders günstigen Preis vermietet. Eine Partei hat teure und aufwendige Maschinen und Computer in die angemieteten Räume installiert. In einer Winternacht kommt es zu einem Wasserrohrbruch, der dazu führt, daß an einem Teil der technischen Geräte erheblicher Sachschaden entstanden ist, diese jedoch nicht zerstört wurden, sondern weiterhin zu weniger qualifizierten Tätigkeiten verwandt werden können. Der Mieter steht nun vor der Frage, ob er das bisher harmonische Verhältnis zu seinem Vermieter durch eine Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen belasten soll.

Die angemieteten Räume liegen für ihn und seine Kunden besonders verkehrsgünstig. Obwohl die Maschinen und Computer zum Teil durch den Wasserschaden beschädigt wurden, entsprechen sie gerade den technischen Anforderungen, die er zur Zeit benötigt. Er überlegt sich auch, ob er wieder derart günstige Räume finden würde. Vielleicht wäre der Vermieter bei einem Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bereit, das demnächst auslaufende Mietverhältnis zu denselben Konditionen zu verlängern?

Die Hierarchie der Aspekte bildet ein vernetztes System, das nicht nur aufeinander aufbaut, sich gegenseitig bedingt, sondern sich gegenseitig ausschließen kann. Haft weist dabei auf die Informationsdefizite der Parteien hin, die vor und während der Verhandlungen zu einer *Intransparenz* der Situation führen können<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup>Haft, a.a.O., S. 57.

Die *Eigendynamik* des Falles besteht darin, daß die Parteien vor der Wahl stehen, in den gesetzlichen Verfahrensablauf einzugreifen, um ein einvernehmliches Verhandlungsergebnis erzielen zu können, oder sich mit dem vom Richter bestimmten Ergebnis zufrieden zu geben. Die Passivität der Parteien läßt jedoch die Möglichkeit, eine kreative, bisher verborgen gebliebene Verhandlungslösung aufzudecken oder gemeinsam zu entwickeln, ungenutzt.

### **Zu Fallbeispiel Nr. 1:**

Könnten sich die Konfliktparteien im genannten Fallbeispiel darauf einigen, einen vom Ehemann ererbten zuteilungsreifen Bausparvertrag<sup>176</sup> entweder zur Finanzierung der Ausbildung der Ehefrau zu verwenden, damit sie die angestrebte Halbzeit-Stelle finanzieren kann, oder zur vorzeitigen Darlehensrückführung der finanzierten Immobilie zu verwenden, wäre eine zukunftsorientierte Konfliktbehandlung möglich. Die Konfliktparteien könnten als Ausgleich für den ererbten Bausparvertrag eine höhere Darlehenstilgung durch die Ehefrau vereinbaren, nachdem sie eine überobligatorische Vollzeitstelle aufgenommen hat, wenn die Kinder in der 3. oder 4. Grundschulklasse sind. Diese Wechselseitigkeit der gegenseitig nicht gesetzlich geschuldeten Leistungen kann jedoch nur im Rahmen von Verhandlungen erreicht werden. Beschränken sich die Konfliktparteien auf die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens, so würde die Gefahr eines Mangelfalles entstehen, bei dem beide Konfliktparteien nicht nur die fremdfinanzierte Wohnung verlieren würden, sondern auch die Kinder mit dem Umzug belasten würden. Beide Konfliktparteien wären mit erheblichen finanziellen Problemen belastet, die weit über die Beendigung des Scheidungsverfahrens hinaus ihr Leben beeinträchtigen würden.

---

<sup>176</sup>Möglich wäre hier jeder Vermögensbestandteil, der nicht Gegenstand des Zugewinnausgleichsverfahrens ist und dem Ehemann somit alleine verbleibt.

Die Unfähigkeit der Parteien, mit Intransparenz und Eigendynamik umzugehen, beruht auf der Denkweise in Wirkungsketten statt in Wirkungsnetzen<sup>177</sup>. Das aktuell gedanklich erfaßte Motiv wird übergewichtet und versperrt den Blick auf das nur durch Vernetzung zu lösende Gesamtproblem. Im Ergebnis ziehen sich die Parteien auf ein **Statuts-Quo-Denken** zurück und beziehen damit eine Position, die ausschließlich ihre persönliche Wirklichkeit des Falles widerspiegelt, ohne die Perspektive des Verhandlungspartners zu berücksichtigen<sup>178</sup>. Die Parteien kommunizieren nicht mehr untereinander, sondern führen Monologe, ohne die Argumente und den Tatsachenvortrag der Gegenseite überhaupt zur Kenntnis zu nehmen oder beim Vortrag ihrer Position zu berücksichtigen.

Würde sich im genannten Fallbeispiel Nr. 1 die Ehefrau darauf versteifen, den Ehemann im Rahmen einer Wohnungszuweisungsklage aus der bisher gemeinsamen Ehwohnung zu drängen, wäre dessen Verhandlungsbereitschaft, in Bezug auf den ererbten Bausparvertrag oder ihre Zusatzausbildung, selbstverständlich erheblich eingeschränkt. Dies würde auch für den Fall gelten, daß sie eine Unterhaltsklage einreichen würde, ohne mit ihrem Ehemann die Behandlung des gemeinsamen Problems kooperativ unter Anleitung eines Dritten zu verhandeln. Auch im Fallbeispiel Nr. 2 wäre der Vermieter wahrscheinlich nicht bereit, das alsbald auslaufende Mietverhältnis (zu denselben Konditionen) zu verlängern, wenn der Mieter seinen Schadensersatzanspruch mit dem Mietzins verrechnen würde. Vielmehr geht der Mieter das Risiko ein, daß das Mietverhältnis überhaupt nicht verlängert wird. Zudem steht der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen das Prozeßrisiko entgegen, daß der Mieter oder seine Angestellten unter Umständen es versehentlich unterlassen haben, die Räume ausreichend zu beheizen.

---

<sup>177</sup>Dörner, Kreuzig, Reither, Stäudel (Hrsg.): Lohhausen, Vom Umgang mit Unbestimmtheit und Komplexität, S. 23 f.

<sup>178</sup>So auch Fischer u. a., Das Harvard-Konzept, S. 22 ff, 68 ff.

Haft beschreibt dieses Modell der Vorgehensweise als einen ***Geschichte-Argumentation-Positionen-Verlauf***<sup>179</sup>. Die Parteien erzählen sich gegenseitig Geschichten, wie das aktuell zu behandelnde Problem aus ihrer Perspektive entstanden ist. Dabei wird ausschließlich wiedergegeben, welche Entwicklungsstadien das Problem bis zum aktuellen Zustand, nach der eigenen Wirklichkeit, durchlaufen hat. Diese einseitig fiktive Geschichte wird dann versucht, durch Argumente zu untermauern. Am Ende nehmen die Parteien Positionen ein, die die ausschließlich einseitig gewünschte Rechtsfolge wiedergeben.

Die Parteien halten in den bilateralen Verhandlungen oder im anschließend durchzuführenden gerichtlichen Verfahren einsame Monologe. Der Vortrag wird eigentlich nicht der anderen Partei gehalten, die diesen bereits kennt, sondern um sich selbst von der Richtigkeit der eingenommenen Position zu vergewissern. Bei der Untersuchung der Argumente fällt nach Haft<sup>180</sup> auf, daß die von den Parteien gezogenen Folgerungen auf einer Argumentation anhand eines anderen Falles beruhen, die zwar für dessen konkrete Konfliktbehandlung richtig erscheint und deshalb auf den hier zu entscheidenden Fall zu übertragen ist. Aus diesem Grund ist die dort gefundene Lösung auf den aktuell zu entscheidenden Fall zu übertragen und genauso (oder gerade anders) zu entscheiden.

Die angewandten Fallvarianten werden jedoch nicht analysiert und deren Grundstruktur erarbeitet, sondern nur intuitiv angewandt. Die vorgetragenen *Geschichten-Argumente-Positionen* werden nicht verhandelt, um die Lösung des Falles voranzubringen. Durch diese Art des Verhandeln wird die Erzielung von gemeinsam erarbeiteten und interessengerechten Zwischenergebnissen verhindert.

Jede Abweichung von der vorgetragenen Position wird als persönliche Niederlage und als Beeinträchtigung des Selbstwertgefühls eingestuft werden. Die Parteien haben sich in ihrer eigenen Argumentation derart

---

<sup>179</sup>Haft, a.a.O., S.62.

<sup>180</sup>Haft, a.a.O., S 63 f.

verstrickt, daß sie nur noch unter Gesichtsverlust auf die Position der anderen Partei eingehen können. Ohne daß die Kreativität der Konfliktparteien genutzt wird, entwickelt sich die Verhandlung in Richtung auf eine Entweder-Oder-Entscheidung. Wenn es auch in derart streitigen Verhandlungen zu Vergleichen kommt, dann weil eine Partei ihre Position abmildert oder aufgibt. Gründe hierfür können in den eingesetzten Machtmitteln (Verhandlungsmacht) oder der emotionalen oder finanziellen Überforderung der nachgebenden Partei gesehen werden<sup>181</sup>. Die unterlegene Partei ist mit dem eingegangenen Vergleich im höchsten Maße unzufrieden und wird in der Zukunft, bei der Vergleichserfüllung oder weiteren Vertragsbeziehungen zur obsiegenden Partei, ihren Verpflichtungen nur schleppend nachkommen.

Haft beschreibt diese Situation des Machtkampfs mit dem Duell zweier sich gegenüberstehender Schlachtschiffe<sup>182</sup>: „So kann man es denn in Verhandlungen beobachten, daß Argumente eher wie Kanonenkugeln benutzt werden. Man feuert sie ab, wartet bis der Pulverdampf sich verzogen hat und lugt nach drüben, ob das feindliche Schlachtschiff ein Leck zeigt und womöglich zu sinken beginnt. Aber die Antwort wird eine Salve von Gegenargumenten sein und dann wird die feindliche Mannschaft ihrerseits erwartungsvoll Ausschau halten.,,

Es muß bei dieser Vorgehensweise festgestellt werden, daß eine einvernehmliche Lösung, die vom gemeinsamen Parteiwillen getragen wird, gar nicht erzielt werden kann. Überträgt man diese Prinzipien auf das familiengerichtliche Verfahren, fällt auf, daß besonders die eigentlich nicht unmittelbar betroffenen Kinder von derart geführten Scheidungsverhandlungen negativ betroffen sind, da die Ausübung des Verantwor-

---

<sup>181</sup>Breidenbach, Mediation, S. 44.

<sup>182</sup>Siehe auch Fischer u. a., Das Harvard-Konzept, III Ziffer 2, S. 156 ff: Die Stärke der eigenen Reaktion hängt davon ab, wie stark die Gegenseite zugeschlagen hat. Es werden persönliche Angriffe ausgetragen und das Verfahren auf Nebengleise gelenkt. Dadurch entsteht ein Teufelskreis von Angriff und Verteidigung, der eine Menge Zeit und Energie für nutzlose Kämpfe verschwendet. Ury, Schwierige Verhandlungen, S. 19 f: Auf einen Angriff folgt eine Verteidigungshandlung, die die Konfrontation vertieft. Aus der Reaktion auf den Angriff nimmt der Angreifer seine Rechtfertigung für weitere Angriffe. Er sieht darin die Rechtfertigung für sein anfangs aggressives Verhalten und fühlt sich bestätigt, daß Verhandlungen keine Verfahrensalternative darstellen.

tungsgefühls der Eltern leidet und sich negativ auf die Entwicklung der Kinder überträgt. Die damit notwendig verbundenen Loyalitätskonflikte führen zu einer dauerhaften Belastung der familiären Beziehungen. Nur für den hypothetischen Ausnahmefall der vollständigen und dauerhaften Kräfteparität ist das Risiko einer unangemessenen Benachteiligung ausgeschlossen. Geht jedoch eine der Konfliktparteien mit einer schwächeren Ausgangssituation in eine solche Auseinandersetzung, dann besteht ein erhebliches Risiko für die Verwirklichung der anfänglichen Unterlegenheit.

#### **b. Gefahren für die schwächere Konfliktpartei**

Das streitige gerichtliche Verfahren zeichnet sich dadurch aus, daß die Konfliktparteien nicht gemeinsam eine Konfliktbeilegungsmöglichkeit erarbeiten, sondern miteinander streiten. Angestrebt wird das vollständige antragsgemäße Unterliegen einer Konfliktpartei. Bei diesem Kampf um das Recht tritt die finanzielle oder emotionale Unterlegenheit einer Konfliktpartei besonders hervor und wirkt sich dementsprechend auf das Ergebnis aus. Das Gericht ist hierbei an den Sachvortrag und den Antrag der Parteien gebunden. Es bestehen zwar die Möglichkeit, einer Konfliktpartei Prozeßkostenhilfe gemäß § 114 ff ZPO oder Prozeßkostenvorschuß nach § 127 a ZPO zu gewähren, der Kampf als solcher muß jedoch von der Konfliktpartei selbst ausgetragen und durchgehalten werden.

In einer Vielzahl von Scheidungsfällen verzichten deshalb Ehepartner auf die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen, weil sie den Dauerzustand der Prozeßsituation, die Feindseligkeit und die Wiederholung von Schuldzuweisungen nicht ertragen können und wollen. Die Aggressivität und Destruktivität hat häufig negative Folgen für die minderjährigen Kinder, wenn zum Beispiel die Mutter einer Erwerbstätigkeit nachgeht und deshalb die Kindesbetreuung auf der Strecke bleibt. Entscheidet sie sich dagegen für die gerichtliche Geltendmachung der streitigen Ansprüche, so wird die Entwicklung der gemeinsamen Kinder durch das zunehmend schlechtere Verhältnis der Eltern belastet und setzt sich dort fort. In beiden Fällen führt die Ehekrise zu einer Familienkrise und damit

in eine Sackgasse. Es entsteht eine Trennungs- und Scheidungskrise, die den Paarkonflikt in den Mittelpunkt stellt und die Aufmerksamkeit der Eltern von ihrer Verantwortung für die gemeinsamen Kinder ablenkt. Steht ein Elternteil vor der Wahl, ob er einen Anspruch vor dem Familiengericht geltend machen soll, besteht folglich latent die Gefahr des Rechtsverzichts, die dem gerichtlichen Verfahren immanent, ist und fördert damit die Position der „stärkeren“ Partei.

### **c. Die Unzulänglichkeit des gerichtlichen Verfahrensmodus**

Im Zentrum der Rechtsprechung steht die endgültige Streitentscheidung. Zu Beginn des streitigen Verfahrens sind beide Konfliktparteien von der Richtigkeit ihrer eingenommenen Position überzeugt und erwarten, daß diese sich im Laufe des Verfahrens als die einzig richtige feststellen lassen wird. Oft werden prozessuale Aspekte, wie die Beweisbarkeit des vorgetragenen Sachverhalts, nicht vor Verfahrensbeginn ausreichend überprüft oder in Kenntnis der Beweissituation aus vielerlei Gründen dennoch vernachlässigt. Deshalb wird häufig diejenige Partei im Fall einer Entscheidung unterliegen, die beweisfällig geblieben ist. Für den Richter bietet sich deshalb im Vorfeld einer Beweisaufnahme die Möglichkeit, unter Hinweis auf die beiderseitigen Prozeßrisiken, eine vergleichsweise Regelung durchzusetzen. Betrachtet man die möglichen Prozeßrisiken auch unter dem weiteren Aspekt der Unzulänglichkeit des Rechts (4. Kapitel § 14 I), so verwundert der Drang zum Streitgericht<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup>RegE, BT-Dr 11/5948, S. 58; Daß die gerichtliche Entscheidung regelmäßig nicht geeignet ist, befriedend zu wirken hatte bereits Proksch in Amthor/ Proksch/ Sievering in Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, S. 9 festgestellt; vgl auch. Wassermann, NJW 1998, S. 1685 f. unter Bezugnahme auf Behrens, Recht und Politik 1997, S. 73 ff.

## § 6 Grundlagen der Familienmediation als Konfliktbehandlungsmethode

### I. Definition der Familienmediation

#### 1. Das traditionelle Desorganisationsmodell

Während nach dem in der soziologischen Scheidungs-Forschung traditionellen *Desorganisationsmodell* im Fall der Scheidung von einer Beendigung der familialen Beziehungen ausgegangen wurde, geht das *Reorganisationsmodell* von einer für den Familienzyklus alltagskonformen Erscheinungsform aus<sup>184</sup>. Die Grundannahme des Desorganisationsmodells beruht darauf, daß jegliche familiäre Bindung durch die Scheidung aufgehoben wird und letztlich im Zeitpunkt des Scheidungsausspruchs beendet ist. Die Ehe wird als lebenslange Verbindung angesehen, die das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt und die Erziehung der Kinder beinhaltet. Diese herkömmliche Betrachtungsweise verbindet somit eheliche und elterliche Beziehungen zu einer untrennbaren Einheit. Die Trennung und Scheidung der Eheleute muß von diesem Ansatz her somit nicht nur zu einer Auflösung der Familie, sondern auch zu einer Aufhebung der elterlichen Beziehungen führen.

Die vollständige Beendigung des Familiensystems zwischen den Eltern wirkte sich über den vom Bundesverfassungsgericht im Jahre 1982 für nichtig erklärten § 1671 Abs. 4 BGB aF auch für den nichtsorgeberechtigten Elternteil als eine Entrechtung von der elterlichen Verantwortung für die gemeinsamen Kinder aus.

Fthenakis/Kunze weisen darauf hin, daß die Rechtsprechung im wesentlichen in ihren Entscheidungen den Grundprinzipien des Desorganisationsmodells gefolgt ist<sup>185</sup>. Selbst wenn in der Praxis teilweise argumentativ dem Substitutionsansatz als auch dem Kontinuitätsgrundsatz Elemente entnommen werden, stellt dieses Ausbalancieren keine wirkli-

---

<sup>184</sup>Vgl. Faltermeyer/Fuchs, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 9; Fthenakis/ Kunze, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 39, beschreiben das Desorganisationsmodell als einen Abbruch des Familienzyklus.

<sup>185</sup>Fthenakis/Kunze, a.a.O., S. 40.

che Synthese der beiden Systeme dar. Die Betonung einer stabilen Beziehung zu einer Primärperson, die in der Regel durch die Mutter repräsentiert wird, soll als Restfamilie eine Stabilität der weiteren Lebensbedingungen gewährleisten, während der nichtsorgeberechtigte Elternteil bis zum Inkrafttreten der Änderung des Kindschaftsrechtes<sup>186</sup> am 01.07.1998 auf sein Umgangsrecht nach § 1634 BGB verwiesen wurde<sup>187</sup>. Es wurde demnach eine Interventionsstrategie mit dem Ziel verfolgt, das familiäre System rückstandsfrei aufzulösen, verbunden mit der Ausgrenzung dysfunktional wirkender Familienmitglieder.

## 2. Das Reorganisationsmodell

Auf der anderen Seite hat sich das *Reorganisationsmodell* mit der Reform des Kindschaftsrechts als ein bei der Behandlung der schwerwiegenden Trennungs- und Scheidungsprobleme praktikabler Interventionsansatz durchgesetzt. Der Gesetzgeber hat sich mit der trennungs- und scheidungsüberdauernden Fortsetzung des gemeinsamen Sorgerechtes nach § 1671 Abs. 1 BGB nF klar für die Fortdauer der elterlichen Beziehungsstruktur ausgesprochen. Durch diese Änderung wurde eine heftig umstrittene Frage in der Reformdiskussion zugunsten des Reorganisationsmodells entschieden. Die konkrete Ausgestaltung der für die Durchführung des gemeinsamen Sorgerechtes notwendigen Beratungs- und Vermittlungsangebote obliegt nun den Beratungsstellen der Jugendhilfe (vgl. § 17 Abs. 2 KJHG nF), den Rechtsanwälten und den Vertretern der psychosozialen Berufe.

### a. Neuorganisation des binuklearen Systems

Die Scheidung wird nicht mehr nur unter dem Aspekt der Störung oder Ausnahmeerscheinung des traditionellen Familienmodells und der Auflösung der *Kernfamilie* definiert, sondern als Ausdruck einer veränderten Einstellung zur Institution Familie<sup>188</sup>. Die Scheidung wird somit nicht mehr als Endzustand einer familialen Beziehungsstruktur, sondern als Übergangsphase zu einer neu zu gestaltenden Organisationsform ange-

<sup>186</sup>KindRG, BGBl I, Nr. 84, S. 2942 ff, Kindschaftsreformgesetz vom 19.12.1997.

<sup>187</sup>A.A.OLG Frankfurt/M FamRZ 1990, S. 550: Die biologische Mutterschaft stellt für sich gesehen jedenfalls kein Kriterium für die Beurteilung des Kindeswohls dar.

sehen. Diese Reorganisation umfaßt die gesamte familiäre Interaktion, die Beziehungen der einzelnen Familienmitglieder untereinander sowie die Familienvernetzung.

Die Scheidung stellt demnach eine Übergangsphase dar, in der sich die Familie in zwei Haushalten, in einem binuklearen System, neu organisiert. Psycho-emotionale Beziehungen werden demnach nicht beendet, sondern in einer neuen Organisationsform fortgesetzt. Scheidet ein Ehepartner aus der Familie aus, so entsteht eine binukleare Zweikernfamilie, ohne daß damit die Rollenposition eines Elternteils verloren gehen muß<sup>189</sup>. Gerade die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Verantwortung kann eine über die Scheidung hinausgehende Zielsetzung darstellen. Wenn sich die Eltern auf eine - wenn auch nur in Teilbereichen - fortgesetzte Zielsetzung einigen können, kann die Durchführung der Trennung und Scheidung mit einer abgemilderten Belastung für alle Familienmitglieder erfolgen.

Ob hierzu eine Neudefinition der Familie notwendig ist oder ob eine neue Entwicklungsform der Familie vorliegt, an deren Zukunftsgestaltung die Familienmediation vermittelnd tätig werden kann, ist nur von rudimentärer Bedeutung<sup>190</sup>. Maßgeblich ist, daß die Ehescheidung nicht mehr in eine Familienscheidung übergehen soll, sondern die Familie als System, wenn auch in veränderter Form, als Nachscheidungsfamilie fortgeführt werden kann.

---

<sup>188</sup>Napp-Peters, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 14.

<sup>189</sup>Nave-Herz, Kontinuität und Wandel in der Bedeutung, in der Struktur und Stabilität von Ehe und Familie in der Bundesrepublik Deutschland, S. 88 ff.

<sup>190</sup>Fthenakis/Kunze, a.a.O., S. 49, sehen in der Scheidung eine der möglichen Entwicklungsformen einer Familie, die nicht notwendig zu einer Auflösung des ursprünglichen Familiensystems führen muß, sondern vielmehr diese - mehr oder weniger tiefgreifend - verändert.

Die im 1. Kapitel in § 1 unter Ziffer II. dargestellte allgemeine Definition der Mediation muß deshalb von ihrer inhaltlichen Zielrichtung an die Reorganisation angepaßt und modifiziert werden<sup>191</sup>. Folgende Kriterien stehen dabei im Vordergrund:

1. Der Dialog zwischen den emotional stark belasteten Konfliktparteien soll durch den Mediator wieder in Gang gebracht bzw. erleichtert werden.
2. Probleme und Perspektiven der Reorganisation der Familie müssen gemeinsam definiert und erarbeitet werden, um „wieder“ ein Vertrauen zwischen den Konfliktparteien aufbauen zu können, ohne das eine interessengerechte und kooperative Zusammenarbeit nicht möglich ist.
3. Durch umfassende Beratung und Aufklärung sollen die Konfliktparteien die Herrschaft über die Entscheidungen, welche anläßlich der Trennung zu treffen sind, selber ausüben und autonom entscheiden (Hilfe zur Selbsthilfe).

Gerade im Bereich der emotionsbelasteten Familienmediation (oder US-amerikanisch: Divorce Mediation) ist der Dialog unter den Konfliktparteien ein wesentliches Element der Mediation. Der Mediator hat als neutraler und nicht vorbelasteter Dritter die Aufgabe, das Gespräch zwischen den Konfliktparteien wieder zu ermöglichen, damit die Grundlage, nämlich die Aufdeckung der beiderseitigen Interessen, in eine strukturierte und ergebnisorientierte Verhandlung einfließen kann. Der Informationsaustausch wird im Rahmen einer später noch zu beschreibenden Struktur ermöglicht und verhindert eine dem gerichtlichen Verfahren angenäherte Radikalisierung der Gegensätze<sup>192</sup>. Nur wenn eine umfassende Behandlung des Konfliktes ermöglicht wird, kann die dem gerichtlichen Verfahren eigentümliche spektrale Beschränkung auf den rechtlichen Bereich verhindert werden. Mediation versucht die Konfliktparteien wieder an einen Tisch zurückzubringen, an dem sie sich unter Anleitung des Mediators Gedanken über eine umfassende Behandlung des gemeinsamen Konfliktes machen können.

---

<sup>191</sup>Die umfassendste Begriffsbestimmung wird von Parkinson, Conciliation in Separation and Divorce, S. 70 vertreten: Mediation ist die Praktizierung jeder Art von Versöhnungskonzepten im Rahmen von Trennung und Scheidung; siehe auch Bastard, Cardia-Vonèche, Familiendynamik 1992, S. 320.

<sup>192</sup>Bastard/Cardia-Vonèche, a.a.O., S. 322.

## b. Gestaltung der Zukunft

Das Verhältnis der Konfliktparteien zu ihrem Konflikt bestimmt die Einordnung als rechtlich zu behandelndes oder als soziales Problem. Dabei hat der Mediator im Rahmen der Konfliktbehandlung festzustellen, ob der vorliegende Sachverhalt von den Konfliktparteien adäquat erfaßt wurde und die tatsächlichen Hauptaspekte Gegenstand der bisherigen Verhandlungen waren<sup>193</sup>. Eine interessengerechte Regelung ist nur dann zu finden, wenn nicht zu früh eine inadäquate Problembehandlung durch die Konfliktparteien eingeschlagen wurde und die über die Rechtsanwendung hinausgehenden Aspekte mit berücksichtigt wurden<sup>194</sup>.

Die Diskussion wird hierbei nicht auf die Ursachen der Auseinandersetzung gelenkt, um vergangenheitsorientiert festzustellen, wer die zu behandelnde Situation verursacht hat, sondern es wird die Gestaltung der Gegenwart und der Zukunft behandelt<sup>195</sup>. Die Konfliktparteien werden angeleitet, ihre Kreativität bei der Behandlung der konkreten Probleme der Reorganisation der Familie nach der Scheidung einzubringen. Soweit verletzte Gefühle der Konfliktparteien hierbei ebenfalls adäquat behandelt und mit vorteilhafter Wirkung für die Zukunft geregelt werden können, ist dies ausschließlich ein positiver Nebeneffekt, der jedoch nicht zu den angestrebten Zielen zu rechnen ist.

Ziel des Einsatzes von Mediation ist somit der konkrete Versuch, eine richterliche Entscheidung des Konflikts zu vermeiden. Den Konfliktparteien ist nicht damit gedient, wenn ihr Rechtsanwalt sich auf die Bearbeitung des juristischen Bereiches beschränkt, da die Probleme der

---

<sup>193</sup>Vgl. Breidenbach, Mediation, S. 53.

<sup>194</sup>Nach Breidenbach, a.a.O., S. 53, ist eine *Verrechtlichung* oder *Entrechtlichung* als Problembehandlungstendenz gerechtfertigt, wenn damit eine Konzentration auf das Wesentliche erfolgt und die möglichen weiteren Aspekte bei einer interessengerechten Lösung mit berücksichtigt werden können. Eine Verselbständigung der Konfliktdefinition kann dazu führen, daß ein inadäquater Problemlösungsansatz zu einem adäquaten Weg der Konfliktbehandlung werden kann, wenn die ursprünglich im Vordergrund stehenden Aspekte im Laufe der Auseinandersetzung verlorengegangen sind und aufgrund der verfestigten Rechtspositionen nur noch eine streitige gerichtliche Entscheidung zu einer Lösung des Konflikts führen kann.

<sup>195</sup>§ 1565 BGB knüpft als Voraussetzung der Scheidung auch nicht mehr am Verschulden, sondern am Scheitern der Ehe an. Auch der Entzug der elterlichen Sorge und das Umgangsrecht orientiert sich nicht am Verschulden bei der Trennung, sondern ausschließlich am Kindeswohl.

Konfliktparteien hierdurch nicht interessengerecht behandelt beziehungsweise beigelegt werden können. Die fragmentarische Betrachtung des Konfliktes beinhaltet keine Aussprache der Konfliktparteien über ihre tatsächlichen Interessen und lässt die ursprüngliche Krisensituation in anderen Formen laufend wieder aufs neue entstehen. Auch wenn es nicht zum Aufgabenbereich der Familienmediation gehört, die emotionalen Verletzungen und Enttäuschungen der Vergangenheit aufzuarbeiten, bedarf es für die streitvermeidende Zukunftsgestaltung mehr als die bloße juristische Behandlung der Konflikte. Die Kommunikation stellt hier die Grundlage für die autonome Vereinbarung einer auf die jeweilige Situation ausgerichteten interessengerechten Konfliktbehandlung dar.

Die Familie soll in den Zustand versetzt werden, die materiellen und immateriellen Aspekte der Trennung im Rahmen einer autonomen Regelung zu begründen, um die Fortsetzung der Familie unter einem neu zu schaffenden Bezugsverhältnis zu ermöglichen. Angestrebt wird eine ergebnisbezogene, verbindliche Lösung, die von den Konfliktparteien persönlich erarbeitet wird. Den Konfliktparteien wird die Möglichkeit gegeben, eine Vereinbarung zu erarbeiten, die auf ihre spezifischen Probleme, Wünsche und Vorstellungen konkret zugeschnitten ist<sup>196</sup>. Grundlage der Scheidungsfolgenvermittlung ist dabei eine Aktivierung der Selbstheilungskräfte zur Erarbeitung einer gemeinsam akzeptablen Konfliktbehandlung<sup>197</sup>. Besonders die Fortsetzung der die Trennung und Scheidung überdauernden elterlichen Verantwortung für die gemeinsamen Kinder bedarf hierzu einer geeigneten Beziehungskonstruktion.

Mediation strebt für das aktuelle Problem eine autonome Einigung der Konfliktparteien an. Daneben wird versucht, über ein weites Spektrum der Ziele und Forderungen der Konfliktparteien die Möglichkeit zu verschaffen, diese bereits jetzt in die Konfliktvermittlung einzugliedern und in der Zukunft selbständig zu koordinieren<sup>198</sup>. Bei dieser Entscheidungs-

---

<sup>196</sup>Mähler/Mähler, a.a.O., S. 347 f.

<sup>197</sup>Proksch, a.a.O., S. 109, 112.

<sup>198</sup>Bastard/Cardia-Vonèche, a.a.O., S. 322.

findung steht der Dialog im Mittelpunkt der Mediationsverhandlung zwischen den Konfliktparteien.

Mähler/Mähler<sup>199</sup> beschreiben die Abkehr von dem oft erbittert geführten „Kampf ums Recht“ oder dem persönliche Selbstwertgefühl hin zu einer durch die Parteien autonom und in eigener Verantwortung begründeten kooperativen und interessengerechten Konfliktbehandlung wie folgt: „Statt einer Entweder-/Oder-Entscheidung wird nach Und-Lösungen gesucht, statt Sieg oder Niederlage wird doppelter Gewinn oder zumindest ein fairer Ausgleich angestrebt. Die Unterschiede werden nicht eliminiert, die Sichtweise der Parteien, ihre persönliche Wahrheit, ist Grundlage ihrer Interessen, die nach Möglichkeit in vollem Umfang zu wahren sind. Die Fragmentierungen werden nicht zementiert, sondern weitgehend aufgehoben, insbesondere können die Folgesachen ganzheitlich einer Lösung zugeführt werden.“

Das persönliche Wachstum der Parteien, das der Mediator zu fördern versucht, stellt dabei eine zentrale Position dar. Nur wenn den gegenseitigen Interessen wenigstens Verständnis entgegengebracht wird und Kommunikationsbarrieren aufgehoben werden, besteht die Möglichkeit, eine den beiderseitigen Interessen umfassend gerecht werdende Lösung zu erzielen.

Im weiteren wird dargelegt werden, daß Mediation als alternatives Konfliktbehandlungsverfahren in der konkreten Ausgestaltung vom Rollenverständnis des Mediators und der Anwendung der konkreten Eingriffsmöglichkeiten bestimmt wird. Verhandlungen erfordern zunächst Aufklärung und Feststellung des inhaltlichen Sachstands.

---

<sup>199</sup>Mähler/Mähler, a.a.O., S. 352.

## II. Anwendungsbereich der Familienmediation

### 1. Informationsobliegenheit

Damit die Konfliktparteien ein einvernehmliches Ergebnis anstreben können, ist es notwendig, daß beide Parteien vollständig über die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse informiert sind. Diese Verhandlungsgrundlage kann jedoch nur durch Offenheit unter den Konfliktparteien und Aufklärung des rechtlichen Umfeldes durch Dritte erzielt werden<sup>200</sup>. Ob Offenheit zwischen den Verhandlungsparteien anzutreffen ist, hängt von deren angewandten Verhandlungsmodellen ab.

#### a. Verhandlungsmodelle

Haft<sup>201</sup> unterscheidet zwischen dem *intuitiven* und dem *rationalen* Verhandlungsmodell. Das Streitverhalten unterscheidet sich darin, ob die Parteien zusammenarbeiten oder streiten wollen.

**aa.** Als Beispiel für das *intuitive Verhandlungsmodell* führt Haft die typische Basarverhandlung<sup>202</sup> an. Durch die Überforderung der Parteien mit der Komplexität des zu bearbeitenden Sachverhalts entsteht eine Situation, in der unfaire Einflußnahmen durch Manipulationstechniken geradezu herausgefordert werden<sup>203</sup>. Werden die Parteien nicht durch einen unparteiischen Dritten oder einen sachorientierten Verhandlungsführer gelenkt, so bezieht jede Partei eine willkürlich festgesetzte Extremposition, von der sie nur wechselseitig schrittweise abgeht. Dieses Vorgehen wird auch als „Negotiation Dance“ bezeichnet<sup>204</sup>. Die Konfliktparteien streiten hierbei über ihre willkürlich eingenommenen Positionen, ohne Klarheit über ihre Interessen geschaffen zu haben. Die Interessen werden somit nicht genannt und darüber auch nicht verhandelt.

---

<sup>200</sup>Umfang der rechtlichen Aufklärung für eine autonome Entscheidungsfindung, siehe dort 4. Kapitel § 14 I.

<sup>201</sup>Haft, Verhandeln, Die Alternative zum Rechtsstreit, S. 2.

<sup>202</sup>Siehe auch Fisher u. a., Das Harvard-Konzept, S.156 ff.

<sup>203</sup>Sogenannter „Machiavellismus“.

<sup>204</sup>Raiffa, The Art and Science of Negotiation, S. 35 ff.

Die Positionenkämpfer manipulieren sich gegenseitig durch die Aktivierung von Verhaltensprogrammen. Die wesentlichen Interessen und Beweggründe werden der anderen Partei nicht mitgeteilt. Vielmehr wird versucht, hiervon durch Manipulationstechniken abzulenken, um keine Angriffsfläche zu bieten. Die Parteien gewähren sich im Laufe der Verhandlungen wechselseitig Scheingeschenke, wenn sie von ihren willkürlich eingenommenen Positionen Zugeständnisse machen. Sie mißtrauen sich, ohne ihre Interessen offenzulegen. Den Parteien bleiben somit auch Gemeinsamkeiten, die Grundlage einer Kooperation sein könnten, verschlossen. Darüber hinaus setzen die Verhandlungspartner aufgrund ihrer Rigidität Verhandeln mit der Preisgabe von Grundprinzipien gleich. Angesichts dieses Grundgefühls sehen sie in jeder Verhandlung einen Überlebenskampf und fühlen sich im Recht, wenn sie jede Taktik benutzen, um sich zu verteidigen oder zu rächen<sup>205</sup>. Diese Verhandlungsweise wird in allen Kulturkreisen praktiziert, und jedem ist der Verfahrensablauf bekannt. Dieses Verhandlungsmodell ist jedoch gerade für die Behandlung von mehrdimensionalen Situationen nicht geeignet. Gerade in Trennungs- und Scheidungsauseinandersetzungen sind nicht nur eine Vielzahl von materiellen, sondern auch emotionale Gesichtspunkte zu beachten, wenn die Neuorganisation der Familie durchzuführen ist. Diese Art der Verhandlungsführung führt häufig zu einer einseitigen Verteilung des Verhandlungserfolges und teilt die Verhandlungspartner in Verlierer und Gewinner ein. Der ursprünglich zu behandelnde Konflikt wird hierdurch nicht beigelegt, sondern tritt schärfer als vorher zu Tage.

Es erscheint deshalb verständlich, daß ein derart auf Konfrontation ausgelegtes Verhandlungsmodell, in dem sich die Parteien als Gegner gegenüberstehen und folglich mehr streiten als verhandeln, eher zu einer Verschärfung als zu einer zukunftsorientierten Vereinbarung beitragen kann. Die Gründe, warum Menschen nicht verhandeln wollen, sind vielschichtig und überschneiden sich daher häufig.

---

<sup>205</sup>Ury, Schwierige Verhandlungen, 17 f.

Ury nennt beispielhaft folgende Motivationen<sup>206</sup>: (1) Furcht und andere Emotionen, (2) Gewohnheit, mit Konflikten immer auf dieselbe Art umzugehen, (3) Skepsis gegenüber dem Gegenspieler und (4) Konkurrenzhaltung bei der Frage von Gewinnen oder Verlieren.

Auf dieser Grundlage kann der Verhandlungspartner zwischen drei Kategorien von Taktiken wählen. Er kann einen Standpunkt nennen, von dem er auf keinem Fall abweichen möchte. Das sogenannte *Mauern* verhindert somit bereits den Beginn von Verhandlungen. Die Konfliktpartei gibt damit zu erkennen, daß jeder Versuch in diese Richtung sinnlos ist. Werden Forderungen geltend gemacht, werden diese häufig gleich zu Beginn der ersten Kontaktaufnahme mit fatalen Folgen angedroht. Durch diesen *Angriff* wird versucht, die andere Partei unter Druck zu setzen, um der eigenen Position zu einem schnellen Durchbruch zu verhelfen. Als letzte Taktik ist der Einsatz von unfairen *Tricks* zu nennen. Hierzu gehört beispielsweise das „Draufsatteln“. Am Ende einer scheinbar erfolgreichen Verhandlung stellt eine Konfliktpartei neue Forderungen in den Raum, ohne deren vollständige Erfüllung die bisher erfolgreich verlaufenen Verhandlungen für gegenstandslos erklärt werden müssen.

**bb.** Das *rationale Verhandlungsmodell* baut dagegen auf einer weitgehenden Ehrlichkeit und Offenheit auf. Kooperatives Verhandeln setzt voraus, daß der zu behandelnde Sachverhalt aufgeklärt wird, um die Grundlage für die spätere *Argumentations-* und *Entscheidungsphase*<sup>207</sup> zu schaffen. Nur wenn beiden Verhandlungspartner alle wesentlichen Informationen offen zugänglich sind, besteht eine faire Chance für beide Parteien, ihre Interessen wahrnehmen und die Interessen des Verhandlungspartners wenigstens verstehen zu können. Es ist jedoch erforderlich, daß die Parteien das dem intuitiven Verhandlungsmodell zugrundeliegende Mißtrauen gegen den von der anderen Konfliktpartei vorgetragenen Sachverhalt ablegen. Die beiderseitigen Interessen der Parteien

---

<sup>206</sup>Ury, a.a.O., 17 f.

<sup>207</sup>Haft, Verhandeln, S. 134, kommt deshalb zu dem Ergebnis, daß die Anwendung des rationalen Verhandlungsmodells erst erlernt werden muß.

liegen entgegen ihrer eigenen Bekundung nicht in den intuitiv eingenommenen Positionen. Um im Rahmen der Verhandlungen die Voraussetzungen für eine Dauerbeziehung schaffen zu können, bedarf es der beidseitigen Akzeptanz der objektiv festgestellten Kriterien<sup>208</sup>.

#### **b. Vertrauensschutz als Basis der Kooperation**

Die Offenlegung aller wesentlichen Sachverhaltspositionen ist jedoch nur möglich, wenn auch ein entsprechender Vertrauensschutz gewährleistet ist<sup>209</sup>. Im Falle eines Abbruchs der Mediation muß daher sichergestellt sein, daß die im Rahmen der Mediation erlangten Sachverhaltsinformationen im anschließenden gerichtlichen Verfahren keine uneingeschränkte Anwendung finden. Nur unter dieser Zusicherung kann das Mißtrauen unter den Konfliktparteien, zur Darlegung aller wesentlichen Tatsachen, überhaupt überwunden werden. Ansonsten wäre einer Partei, die das Mediationsverfahren nur als Trick zur Informationserlangung für das eigentlich angestrebte gerichtliche Verfahren durchführt, Tür und Tor geöffnet.

Entgegen der Ansicht von Mähler/Mähler kann diese Grundregel der Vertraulichkeit vertraglich vereinbart werden<sup>210</sup>. Die Konfliktparteien können im Bereich der Ehe- und ZPO-Familien­sachen vereinbaren, daß die im Vertrauen auf die Vertraulichkeit des Gesagten mitgeteilten Informationen nicht in einem sich unter Umständen anschließenden gerichtlichen Verfahren vorgetragen werden dürfen. Dies könnte durch eine vereinbarte Vertragsstrafe abgesichert werden und über einen vollstreckbaren Anwaltsvergleich nach § 1044 b ZPO im Fall der Zuwiderhandlung sofort vollstreckt werden. Diese Alternative gewährleistet zwar nicht mit hundertprozentiger Sicherheit, daß ein entsprechender Parteivortrag vor Gericht tatsächlich unterbleibt, verpflichtet die vortragende Partei jedoch, die damit verbundene finanzielle Belastung durch die vereinbarte Ver-

---

<sup>208</sup>Fisher u. a., Das Harvard-Konzept, S.156 ff, bezeichnen die Verhandlungsstrategie, die die Parteien vom Feilschen um Positionen auf die sachliche Ebene zurückführt, als *Verhandlungs-Judo*. Dabei wird das Ziel verfolgt, nicht blind „zurückzuschlagen“, sondern den (persönlichen) Angriffen aus dem Weg zu gehen. Die Angriffe der Gegenseite gehen dann ins Leere und ermöglichen eine Konzentration auf die wirklichen Bedürfnisse.

<sup>209</sup>Mähler / Mähler, a.a.O., S. 359.

tragsstrafe zu tragen. Ob der sich vertragswidrig (arglistig) verhaltenden Partei, die Berufung auf unzulässig verwandte Sachverhaltskenntnis über die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) untersagt werden kann, muß bezweifelt werden und kann nicht Basis von offen geführten Verhandlungen sein.

Mit dem bloßen Verweis auf die Statistik, aus der hervorgeht, daß die vertraulich gewonnen Informationen in der Regel nicht mißbraucht werden, kann Offenheit der Konfliktparteien nicht hervorgerufen werden. Beide Parteien befinden sich in einer Krisensituation, die mit einem Vertrauensbruch einhergeht. Es erscheint zuviel verlangt, am Anfang einer Mediationsverhandlung dem Partner wieder nahezu bedingungslos zu vertrauen, nachdem die emotionale Krisensituation in vollem Umfang andauert.

Ein weiterer Ansatz zur Regelung dieser Vertrauenskrise kann jedoch damit erzielt werden, daß die Parteien die verhandlungserheblichen Tatsachen sich nicht gegenseitig offen mitteilen, sondern diese ausschließlich dem Mediator in einem vertraulichen Einzel- oder Vorgespräch (sogenanntes caucussing) mitgeteilt werden<sup>211</sup>. Hierdurch entsteht eine risikofreie Verhandlungsatmosphäre, die es dem Mediator auf direktem Wege ermöglicht, die Parteiinteressen zu ermitteln und festzustellen, ob und wie eine Einigung erzielt werden kann. Aufgrund seiner Neutralität und seiner Verpflichtung zur Verschwiegenheit ist die Verletzbarkeit der Konfliktparteien durch ein sich möglicherweise später in diesem Streitpunkt anschließendes Gerichtsverfahren somit erheblich reduziert. Vielmehr kann der Mediator durch gezieltes Nachfragen dazu anregen, die jeweils eigenen Interessen besser zu erforschen und geäußerte Positionen dahingehend nochmals zu überdenken.

---

<sup>210</sup>Mähler / Mahler, a.a.O., S. 359.

<sup>211</sup>Vgl. Breidenbach, a.a.O., S. 98; Eidmüller, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 52: Aus diesen vertraulichen Einzelgesprächen kann sich im Laufe der weiteren Verhandlungen eine Art „Shuttle-Diplomatie“ ergeben. Der Mediator fungiert dann als Kommunikationskanal und vermittelt Schritt für Schritt zwischen den Parteien.

In den anschließenden Verhandlungen, in Anwesenheit beider Konfliktparteien, kann der Mediator den Verfahrensablauf unter Beachtung der Interessen beider Konfliktparteien lenken, ohne die ihm vertraulich offenbarten Tatsachen preiszugeben.

## **2. Verhandlungsgrundlagen - Verhandlungsführung**

Bilaterale Verhandlungen, auch wenn sie nach dem rationalen Verhandlungsmodell erfolgen, unterscheiden sich wesentlich von den durch einen Mediator geleiteten Verhandlungen<sup>212</sup>. Der Weg, der von den Konfliktparteien zurückgelegt werden muß, ist für beide bei der Mediation transparenter und überschaubarer. Basierend auf dem beiderseitigen Vertrauen zum Mediator sind die Parteien nicht darauf angewiesen, die Verhandlungsführung zu erlangen beziehungsweise sich laufend verteidigen zu müssen, um den vereinbarten Verfahrensablauf kontrollieren zu können. Der Mediator legt mit den Konfliktparteien den Verhandlungsablauf fest und wacht über dessen Einhaltung. Das Überwachen der Gegenseite, den vereinbarten Verhandlungsverlauf einzuhalten, um am Ende der Verhandlungen die erzielten Zwischenergebnisse in ein gemeinsam verbindliches Endergebnis zu übertragen, verlangt bei bilateralen Verhandlungen, laufend die Verhandlungsführung zu beanspruchen. Bei der Mediation können sich die Parteien ausschließlich auf die inhaltliche Arbeit konzentrieren.

Nach Proksch<sup>213</sup> kann eine tatsächliche Befriedung nur erreicht werden, wenn die drei Bereiche: (1) Psychologie, (2) Verfahren und (3) materielle

---

<sup>212</sup>Haft, a.a.O., S. 12, stellt auf eine inhaltliche Führungsposition bei bilateralen Verhandlungen ab, die zur Verfolgung einseitiger Interessen eingesetzt werden kann. Grundlage dieser Führungsposition ist die Strukturierung der Verhandlungsgrundsätze : (1) Das Verfahren ist laufend zu kontrollieren. (2) Die zu behandelnden Probleme sind auf einfache Strukturen, die dann verhandelt werden können, zu reduzieren. (3) Zu Beginn der Verhandlungen sind Verträge über deren Ablauf abzuschließen. Diese gewährleisten die Kooperation und verhindern kompetitives Verhalten. Die Parteien werden dadurch diszipliniert. Zwischenergebnisse können sukzessive erreicht werden und so das Gesamtproblem schichtweise gelöst werden. (4) Zur Behandlung von Inhaltsproblemen müssen abstrakte Regeln und Prämissen festgelegt werden, um Inhaltsprobleme zu behandeln. (5) Über die erzielten Zwischenergebnisse sind Protokolle zu fertigen, um einen späteren Nachweis zu ermöglichen. (6) Die formale Verhandlungsführung sollte angestrebt werden. Aus der formalen Führung kann die inhaltliche Führung bei der Bewertung und Entscheidung abgeleitet werden.

<sup>213</sup>Proksch, a.a.O., S. 109, 112.

Regelung - im Dreiklang gleichermaßen - Berücksichtigung gefunden haben. Den Konfliktparteien steht es frei, zu Beginn der Verhandlung die abzuarbeitenden Themen festzulegen. Es muß hier jedoch darauf hingewiesen werden, daß diese extensive Auslegung der Familienmediation nicht nur durch die Kompetenz des Mediators in den einzelnen Unterbereichen begrenzt wird, sondern auch durch den, in der Familienmediation überhaupt behandelbaren Themenrahmen. Der Bereich der psychoanalytischen Familientherapie sowie die Trennungs- Scheidungsberatung bedürfen zu ihrer erschöpfenden Behandlung eines außerhalb der Familienmediation stehenden Verfahrensablaufs und sind nicht Gegenstand der Familienmediation. Die thematische Konstruktion dieser verschiedenen Verfahren läßt sich in ein ergebnisorientiertes Mediationsverfahren, das auf Erfassung und weitgehende Umsetzung der Parteiinteressen ausgerichtet ist, nicht eingliedern.

Im Bereich der Familienmediation kann sich der Ratsuchende an private und öffentliche Mediatoren wenden. Häufig wird dieser Weg durch ein erstes Aufsuchen eines Rechtsanwaltes oder des Jugendamts eröffnet.

### **III. Private Familienmediation**

#### **1. Der Rechtsanwalt als Mediator<sup>214</sup>**

Der Rechtsanwalt besitzt bei der Gestaltung des Verfahrensverlaufs und der Verfahrensbeendigung eine zentrale Rolle. Der Mandant sucht den Anwalt auf, da er sich durch die aktuelle Trennungs- und Scheidungssituation in seiner materiellen und persönlichen Situation bedroht fühlt. Neben der Feststellung der Anliegen seiner Mandanten, beurteilt er deren rechtliche Durchsetzbarkeit. Dadurch befindet sich der Rechtsanwalt in einer Position, in der er zwar durch Vorgaben seiner Partei in der Sichtweise des Streitgegenstandes begrenzt ist, andererseits kontrolliert und lenkt der Rechtsanwalt auch durch gezielten Rechtsrat den Willen seiner Partei. Er befindet sich in einer für die Förderung der Mediation

---

<sup>214</sup>Der Einfachheit halber wird ohne geschlechtsspezifische Zuordnung und um unnötige Wiederholungen zu vermeiden der hier gewählte Begriff verwendet.

besonders günstigen Situation. Auf der anderen Seite muß sich der Rechtsanwalt rechtspositionsfähig halten, da eine gerichtliche Verhandlung, gerade im Scheidungsrecht, verfahrensnotwendig ist. Die Gestaltung der bisherigen juristischen Ausbildung und die Angst der Mandanten, zu kurz kommen zu können, läßt das im Scheidungsverfahren notwendige gerichtlichen Verfahren häufig zu einer kontradiktorischen Auseinandersetzung eskalieren. Vielfach wird den Anwälten auch die Fähigkeit abgesprochen, auf die psychische Anspannung, die die eigentliche Ursache des Positionendenkens der Partei ist, angemessen reagieren zu können.

Dabei befindet sich die außergerichtliche Konfliktbehandlung, auch wenn sie zu einer vergleichsweisen Beilegung des Konflikts führt, nicht auf derselben Ebene wie die Konfliktbehandlung durch einen unparteiischen Dritten. Eine Vielzahl von Rechtsanwälten versteht die anwaltliche Tätigkeit jedoch als Interessenvertretung, die ausschließlich darauf gerichtet ist, unter Ausnutzung von Verhandlungsmacht und -strategie, das bestmögliche Ergebnis für den jeweils eigenen Mandanten zu erzielen. Bei dieser Sichtweise der Interessenvertretung wird, nur fragmentarisch und wenig weitsichtig, der größtmögliche aktuelle Vorteil der Partei betrachtet. Die Möglichkeit einer zukunftsorientierten Konfliktbehandlung wird dabei übersehen, selbst wenn die eigene Partei lang- oder mittelfristig einen deutlich größeren Nutzen ziehen könnte. Ob die Gegenpartei mit dem erzielten Vergleich zufrieden ist und unter Zugrundelegung autonomer Aspekte dem ausgehandelten Ergebnis zugestimmt hat, spielt gar keine oder nur eine zu vernachlässigende Rolle.

Die kompetitive<sup>215</sup> Grundeinstellung vieler Rechtsanwälte beruht nicht nur auf der Ausgestaltung der juristischen Ausbildung (Feststellen von Rechtsansprüchen und deren Durchsetzungsmöglichkeit), sondern auch auf den gesammelten Eindrücke und Erfahrungen im Rahmen kompetitiv geführter Verhandlungen. Diese Rechtsanwälte verhandeln nicht, um das gemeinsame Problem einer Regelung zuzuführen, sondern *kämpfen*

um den Streitgegenstand<sup>216</sup>. Die Erzielung einer Win-Win-Situation wird genausowenig angestrebt wie eine im beiderseitigen Interesse liegende zukunftsorientierte Lösung. Vielmehr geht eine Vielzahl von Rechtsanwälten mit einer maximalistischen Einstellung an das Problem heran und beansprucht, wie auch in der Basarverhandlung, den größtmöglichen Gewinn für ihre Partei.

Der seine „Verhandlungen“ auf einer kompetitiven Struktur aufbauende Rechtsanwalt beruft sich wegen deren Richtigkeit auf seine langjährigen Streiterfahrungen<sup>217</sup>. Richtig an dieser Ansicht ist, daß eine Ware, ein Recht oder ein Anspruch nur einmal verteilt werden kann. Die Generalisierung dieser Grundaussage wird zu dem Prinzip erhoben, das der Basarverhandlung zugrunde gelegt wird. Es wird eine willkürlich und vollständig überzogene Ausgangsposition eingenommen, von der dann, im Gegenzug zu Erhöhungen der auf die gleiche Weise festgesetzten Gegenposition, sukzessive Abstriche akzeptiert werden. Die kompetitive Grundeinstellung läßt also sachorientierte Argumente nicht zu. An einer inhaltlichen, rational geführten Diskussion besteht bei dieser kompetitiven Ausgangsposition auch kein Bedürfnis, denn die bisherige Erfahrung hat gezeigt, daß das angestrebte Verhandlungsziel auf diese Weise häufig erreicht werden kann. Abstriche von der eigenen Ausgangsposition werden nur dann akzeptiert, wenn, aus während der Verhandlung nicht offenbarten Gründen, eine schnelle Konfliktbeilegung notwendig erreicht werden muß oder sich deren Repräsentant in einer ungünstigen Ausgangsposition befindet.

---

<sup>215</sup> „Kompetitiv“ hat seinen Ursprung im Englischen und bedeutet: sich mitbewerben, konkurrieren.

<sup>216</sup> Ponschab, AnwBl 3/97 S. 145 f, stellt fest, daß weite Teile der Bevölkerung die Anwälte als „Legionäre in Talaren“ ansehen, deren Tätigkeitsbereich auf die streitige und forensische Tätigkeit begrenzt ist. Es ist auch davon auszugehen, daß eine Vielzahl von Anwälten ihre eigene Verfahrensposition ebenso ansehen.

<sup>217</sup> Vgl. Haft, a.a.O., S. 166 ff.

Die dadurch erzielten Einzelerfolge, sei es durch Aufgabe oder erhebliche Reduzierung der Ansprüche der Gegenseite, werden zum Leitbild einer erfolgreichen Verhandlung erhoben. Sie bestätigen die kompetitive Grundeinstellung als den einzig richtigen Weg, Verhandlungen als Sieger beenden zu können. Verhandlungspartner, die ohne Not Verhandlungspositionen aufgeben, obwohl sie diese gewinnbringend hätten einsetzen können, werden als Verlierer abgestempelt. Die ausschließliche Fokussierung auf den rechtlichen Bereich des aktuell zu behandelnden Konfliktes vernachlässigt die psychischen Aspekte des Mandanten. Durch diese ausschließlich fragmentierte Betrachtungsweise des Konfliktes unter den Gesichtspunkten des kontradiktorischen Systems wird dem Mandanten häufig mehr geschadet als genutzt. Dieser Ansatz veranlaßt den Mandanten dazu, sein Recht zu erkämpfen und eine Sieg- oder Niederlagesituation zu erzeugen.

Nicht beachtet wird hierbei die Perspektive der kooperativen gemeinsamen Gestaltung der Zukunft, die besonders in der familienrechtlichen Auseinandersetzung von Bedeutung ist. Die Kreativität der Konfliktparteien wird ungenützt gelassen zugunsten eines weder an den Parteiinteressen noch an der objektiven Rechtslage orientierten Ergebnisses. Die Einzelerfolge führen aufgrund ihrer ungleichen Verteilung nicht zur Zufriedenheit beider Konfliktparteien. Die auf diese Weise erzielten Einigungen werden für die weitere Zukunft keinen Bestand haben, sondern, sobald sich die unterlegene Partei auf ihre Rechtsansprüche besonnen hat, nahezu zwangsweise zu einer weiteren gerichtlichen Behandlung des Streitgegenstandes führen.

Dennoch ist das Tätigkeitsfeld des Rechtsanwalts in unterschiedlicher Weise mit dem Gedanken der Mediation vereinbar. Hierzu bedarf es jedoch einer grundlegenden Neuorientierung des bisher streitig verhandelnden Rechtsanwalts. Eine neue Streitkultur wird in diesem Zusammenhang gefordert, die die außergerichtliche Konfliktbeilegung in weit höherem Maße einsetzt als dies in der Vergangenheit der Fall war. Der Bundesrat hat bereits am 18.10.1996 einen Entwurf einer Gesetzes-

initiative zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung<sup>218</sup> beschlossen, der in § 15 a ZPO eine Öffnungsklausel enthält, die dem Landesgesetzgeber die Einführung der obligatorischen Schlichtung in dafür geeigneten Bereichen ermöglicht. Bis zum heutigen Tag ist dieser Gesetzesentwurf nicht verabschiedet worden.

Soweit behauptet wird, das bisherige Tätigkeitsfeld der Rechtsanwälte sei teilweise an Mediation orientiert gewesen oder sie hätten bereits Mediation ausgeübt, ist dies nicht richtig, wenn man Mediation als Institution begreift. Das ergebnisorientierte duale Verhandeln der Konfliktparteien beziehungsweise deren weisungsgebundenen Rechtsanwälten, auch wenn dabei von beiden Parteien letztendlich getragene Vereinbarungen erzielt werden, geht am Mediationszweck vorbei. Es ist jedoch richtig, daß sich die Anwendung mediativer Elemente, ohne das Verfahren konsequent anzuwenden auch als Konfliktbehandlungsmethode bei jeder Art von Konflikten und Verhandlungen, bei denen ein zukunfts- und interessenorientiertes Ergebnis erzielt werden soll, eignet. Hierbei bieten sich beispielhaft folgende Möglichkeiten an:

- a. Das von den weisungsgebundenen Rechtsanwälten (Negotiation) ausgehandelte Verhandlungsergebnis kann einem Kollegen zur Überprüfung vorgelegt werden. Dessen Aufgabe ist es dann, anhand des Verhandlungsprotokolls festzustellen, ob die erarbeiteten Parteiinteressen in angemessener Weise im Ergebnis Eingang gefunden haben. Kommt er zu dem Ergebnis, daß die festgestellten Parteiinteressen nicht ausreichend berücksichtigt worden sind, kann er Vorschläge zur Abänderung machen oder die nochmalige Durchführung einer Verhandlung anraten<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup>Dt BT-Dr 13/6398 vom 04.12.1996, vgl. 1.Kapitel § 2 I a. E.

<sup>219</sup>Bastard/Cardia-Vonèche, a.a.O., S. 331.

- b. Beide Parteivertreter können unter Aufsicht eines nur verfahrensleitend oder an der objektiven Rechtslage orientiert tätigen Rechtsanwalts (Facilitation) gemeinsam versuchen, ihre jeweiligen Parteiansprüche durchzusetzen. Hierbei entstehen jedoch bereits wesentliche Überschneidungen zur klassische Art der Mediation.
- c. Verhandlungen mit Unterstützung eines neutralen Schiedsrichters, dessen nicht bindender Entscheidungsvorschlag von den Konfliktparteien übernommen werden kann (Nonbinding Arbitration).

## **2. Psychosoziale Mediatoren**

Die Vertreter der psychosozialen Berufe behandeln während des Mediationsverfahrens den psychologischen Konfliktbereich zwischen den Parteien. Bereits Anfang der 80er Jahre wurden die ersten Scheidungsberatungsstellen gegründet. Besonders focussiert war diese Tätigkeit in der Vergangenheit auf die Unterstützung der betroffenen Kinder. Durch die freien Träger der Jugendhilfe als Ergänzung der staatlichen Organisationen wird hierbei eine wichtige Aufgabe wahrgenommen. Im Rahmen dieses Dualismus arbeiten die beiden Träger der Jugendhilfe partnerschaftlich zusammen. Das Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG<sup>220</sup>) richtet sich mit den Leistungsverpflichtungen zwar unmittelbar an die öffentlichen Träger, läßt jedoch in § 3 Abs. 3 S.2 KJHG eine Übertragung an freie Träger der Jugendhilfe zu.

## **3. Interdisziplinäre Kooperation**

Gerade im Familienrecht bedarf es wegen der besonderen emotionalen Belastung der Konfliktparteien einer interdisziplinären Zusammenarbeit<sup>221</sup>. Um eine ganzheitliche Betreuung der Konfliktparteien bei der Durchführung der Mediationsverhandlungen zu ermöglichen, bietet sich über die fachliche Verknüpfung auch eine gemischtgeschlechtliche Co-Mediation an. Mediatorinnen und Mediatoren können so die situativen Bedingungen der Konfliktparteien umfassender berücksichtigen. Auf diese Weise ist es möglich, die auf den emotionalen Spannungen beruhenden

---

<sup>220</sup>Das KJHG ist im Achten Buch des Sozialgesetzbuches (SGB) geregelt.

<sup>221</sup>Siehe unten, 3. Kapitel, § 10 Ziffer I 2.

den Kommunikationssperren zu überwinden und den Konfliktparteien die Möglichkeit zu verschaffen, kreativ ihre Konfliktbehandlung zu gestalten.

#### **IV. Öffentliche Familienmediation**

##### **1. Richterliche Familienmediation**

Auftrag des Richters ist, nach erfolgloser Durchführung eines Güteversuchs, die Durchführung einer autoritativen Streitverhandlung. Wenn der mit der Streitentscheidung beauftragte Richter im Rahmen des § 279 ZPO meditative Elemente zur einvernehmlichen vergleichswisen Konfliktbehandlung einsetzt, so handelt es sich hierbei um eine Dienstleistung, die aufgrund seiner Entscheidungsmacht die selbstbestimmte Interessenlösung der Parteien einengt<sup>222</sup>. Das erfolgsorientierte Verhandeln bestimmt den inhaltlichen Fortgang des Verfahrens, das die Konfliktparteien unter Druck setzt und in einer Vielzahl von Fällen zu einer vergleichswisen Beilegung des Konflikts führt, der von den Interessen der Parteien nicht gedeckt ist. Steht eine vergleichswise, nicht vom Parteiwillen getragene, Regelung erst einmal im Raum, so darf es nicht verwundern, wenn die verpflichtete Partei ihrer Zusage nur schleppend oder gar nicht nachkommt.

Die Perspektive des Richters ist dabei auf den rechtlich relevanten, weil subsumtionsfähigen Teil des komplexen Sachverhalts eingeschränkt. Die soziale Wirklichkeit (persönliche Interessenschwerpunkte, Ängste und Nöte) mit ihren vielschichtigen Problembereichen wird hierbei ausgeblendet. Dieses Strukturprinzip des gerichtlichen Verfahrens führt folglich zu einem Positionendenken der Konfliktparteien. Teilweise wird trotz der richterlichen Entscheidungsbefugnis versucht, gleichwohl mediative Elemente im gerichtlichen Verfahren einzusetzen. Dabei wird auf die Elemente der Gesprächs- und Verhandlungsführung zurückgegriffen, um

---

<sup>222</sup>Vereinbarungen, die unter Zuhilfenahme eines Mediators außergerichtlich geschlossen wurden und durch das Gericht anschließend bestätigt werden, werden nicht vom Begriff der öffentlichen Mediation umfaßt. Es fehlt hierbei an einer entscheidungserheblichen Mitwirkung durch den Richter, wenn er die bereits vollständige Parteivereinbarung übernimmt.

die gestörte Kommunikation der Parteien wieder in Gang zu setzen<sup>223</sup>. Die Kommunikation findet über den Richter statt. Hierdurch soll versucht werden, die Parteiinteressen gemeinsam zu erarbeiten.

In den USA wurde aufgrund der positiven Erfahrungen bereits im Jahre 1980 in einer Vielzahl von Bundesstaaten das obligatorische Vermittlungsverfahren in umstrittenen Sorge- oder Umgangsrechtsverfahren eingeführt<sup>224</sup>. Auch in der Bundesrepublik wird über die Einführung des § 15 a ZPO eine obligatorische Schlichtung angestrebt<sup>225</sup>.

Einen neuen Weg ist der Gesetzgeber mit der Verabschiedung des neuen Kindschaftsrechts gegangen. Gerichtliche Vermittlungsverfahren werden über § 52 FGG nF im emotionsgeladenen Bereich des Umgangsrechts eingeführt. In jeder Lage des Verfahrens soll auf die Erzielung eines Einvernehmens hingewirkt werden. Das Jugendamt berät die Eltern gemäß § 17 Abs. 2 KJHG und erhöht dadurch die Einigungsbereitschaft.

## 2. Jugendamt und Familienmediation

Seit dem 01.01.1991 wurde den Jugendämtern durch die Regelung des § 17 I Ziffer 3 und § 28 KJHG<sup>226</sup> (SGB VIII) eine freiwillig zu erfüllende Aufgabe im Bereich der Beratung der Eltern für eine förderliche Wahrnehmung der Elternverantwortung zugewiesen<sup>227</sup>. Erst seit dem 01.01.1995 werden diese Leistungen als Pflichtaufgaben erfüllt. Die besondere Sachkompetenz des Jugendamts mit seinen psychologisch geschulten Sachverständigen wurde bereits vor der am 01.07.1998 in Kraft getretenen Neuregelung des Kindschaftsrechts in das Verfahren über die elterliche Sorge und das Umgangsrecht nach §§ 1671, 1672 BGB aF in Verbindung mit § 49 a Abs. 1 Nr. 2 FGG aF miteinbezogen. Die neuen

---

<sup>223</sup>De Witt, FamRZ 1988, S. 211 ff. unter Bezugnahme auf §§ 118 Abs. 1 S. 4, 141, 448, 613 ZPO; 12, 50 a, 50 b, 50 c, 53 a, 53 b FGG.

<sup>224</sup>Breidenbach, a.a.O., S. 293.

<sup>225</sup>Siehe 1.Kapitel, I Ziffer 1 a. E.

<sup>226</sup>Das bis zu diesem Zeitpunkt wirksame Jugendwohlfahrtsgesetz (JWG) wurde damit abgelöst. Der Kern des JWG beruht auf einer polizei- und ordnungsrechtliche Sichtweise des damaligen Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes (RJWG) vom 09.07.1922

<sup>227</sup>BGBI I. S.1163, vgl. Übergangsfassung nach Art. 10 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KJHG vom 26.06.1990.

Aufgaben werden in den Leistungsbereich nach § 17 ff. KJHG und die gerichtliche Mitwirkung des Jugendamts als „andere Aufgaben“ nach § 50, 2 Abs. 3 Nr. 6 KJHG unterteilt.

#### **a. Doppelfunktion des Jugendamts**

Durch die Trennung der Aufgabenbereiche in §§ 17 und 50 KJHG nimmt das Jugendamt als staatliche Institution eine Doppelfunktion wahr. Einerseits stellt die in § 50 Abs. 1 KJHG normierte Mitwirkungspflicht des Jugendamtes in jugendhilferechtlichen Fragen eine Tätigkeit einer selbständigen Fachbehörde der Kommunalverwaltung dar. Die Leistungen des Jugendamts in diesem Bereich werden jedoch vom Familiengericht in Anspruch genommen, obwohl diese für die judikative Interpretation von Verwaltungshandeln nicht zuständig sind. Es handelt sich hierbei vielmehr um eine Form der Amtshilfe, bei der sich durch gegenseitige Kooperation die Tätigkeitsbereiche ergänzen sollten<sup>228</sup>. Das Jugendamt nimmt neben dem Familiengericht somit ein eigenes Tätigkeitsfeld wahr, ohne den Weisungen des Familiengerichts unterstellt worden zu sein. Dies verwundert um so mehr, als Mitwirkung als aktive Teilnahme oder Mitarbeit definiert wird<sup>229</sup>, während das Familiengericht an der Mitarbeit des Jugendamtes ein erhebliches Eigeninteresse besitzt. In der bis zum 31.12.1991 maßgeblichen Normierung des § 48 JWG wird dagegen nur von Unterstützungsleistungen des Jugendamtes ausgegangen. Das Familiengericht war lediglich nach § 48 a JWG verpflichtet, das Jugendamt anzuhören.

Auf der anderen Seite wurde dem Jugendamt sowie den privaten Beratungs- und Vermittlungsstellen durch die Verstärkung der Beratungs- und Unterstützungsleistungen gemäß § 613 Abs. 1 S.1 ZPO nF, § 52 Abs.1 nF, 52 a Abs. 1 FGG nF und § 17 Abs. 1 KJHG nF bereits im Vorfeld eine konfliktvermeidende Funktion zugeordnet. Diese präventive Unterstützungsfunktion endet nicht mit der Rechtskraft der Scheidung, sondern läuft bis in die Nachscheidungsphase hinein. Damit wird deutlich, daß ein geschützter Raum zur Verfügung stehen muß, damit eine ent-

---

<sup>228</sup> Proksch, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 109, 121.

<sup>229</sup> Büntig, Deutsches Wörterbuch, S. 768.

sprechende Beratung erfolgen kann. Das Vermittlungskonzept der Jugendhilfe hat somit Vorrang vor gerichtlichen Eingriffen in den elterlichen Verantwortungsbereich.

Kommt es dennoch zu einem streitigen Antrag über die Alleinübertragung der elterlichen Sorge nach § 1671 Abs. 1 BGB nF, entstehen Krisensituationen, bei deren Gestaltung das Jugendamt nach § 50 Abs. 1 KJHG weiterhin verpflichtet ist, das Familiengericht zu unterstützen. Die Fokussierung der Eltern auf die Belange des gemeinsamen Kindes wird hierbei durch Überwindung von Kommunikationsbarrieren angestrebt. Unter Einsatz von Diagnostik wird versucht, den Austausch der konfliktbeladenen Eltern wieder in Gang zu setzen, um eine judikable Regelung im Sinne des Kindeswohles zu finden<sup>230</sup>. Dem Jugendamt wird als Jugendgerichtshilfe damit ein neuer eigenverantwortlicher Aufgabenbereich zugeordnet. Vorrangig hat sich das Jugendamt dafür einzusetzen, mit Eltern und Kindern gemeinsam eine Vereinbarung zu finden. Wegen des in Art. 6 Abs. 2 S.1 GG festgelegten Primats der elterlichen Erziehung besitzt die öffentliche Jugendhilfe im Gegensatz zur Schule<sup>231</sup> keinen eigenständigen Erziehungsauftrag. Vielmehr kommen die Leistungen der Jugendhilfe den Kindern in Trennungs- und Scheidungsverfahren entweder über die Unterstützung der Eltern oder deren eigenen Beratungsanspruch gemäß § 17 Abs. 3 KJHG nF zugute.

Kann eine einvernehmliche Regelung nicht erreicht werden, wird im Gutachten neben der Darlegung des Begutachtungsprozesses eine Begründung des einseitig begünstigenden Ergebnisses abgefaßt. Wie im Mediationsverfahren selbst, wird auch in diesem Verfahrensabschnitt informationelle Offenheit von den Eltern verlangt. Nur bei einer umfassenden Kenntnis der entscheidungserheblichen Gesichtspunkte des Sachverhalts kann das Jugendamt im Gutachten eine Empfehlung im Interesse des Kindeswohls abgeben. Auch hier wird von den Eltern vorausgesetzt,

---

<sup>230</sup>Salzberger/Stadler, Familiendynamik 1992, S. 376.

<sup>231</sup>Art. 7 GG stellt die Ausübung des schulischen Erziehungsauftrags ausdrücklich unter die staatliche Aufsicht.

daß sie sich zu allen, auch den für sie ungünstigen Sachverhaltsfeststellungen äußern und erklären. Das Jugendamt wird somit einerseits vermittelnd für die Eltern und das Kind, andererseits gutachterlich für das Familiengericht tätig. Kommt es in diesem Verfahrensabschnitt nicht zu einer einvernehmlichen Regelung, so ist nicht gewährleistet, daß die in der schriftlichen Begutachtung erhobenen Tatsachen bei einem anschließenden Streit über die sich daraus ergebende Empfehlung unberücksichtigt bleiben. Vielmehr sollen gerade diese gutachterlichen Feststellungen das Familiengericht in die Situation versetzen, dem Kindeswohl entsprechend zu entscheiden.

Wird vom Familiengericht eine Stellungnahme (sog. Sozialbericht) des Jugendamts nach § 50 Abs. 1 KJHG für die beantragte Übertragung der elterlichen Sorge und das Umgangsrecht eingefordert, so ist die Möglichkeit einer vermittelnden Tätigkeit des Jugendamts beschränkt. Soweit das Jugendamt die Parteien im Rahmen dieser Tätigkeit auch zur Erzielung einer einvernehmlichen Regelung berät und nur im Falle des Scheiterns der Verhandlungen ein Gutachten erstattet, muß jedoch festgestellt werden, daß diese beiden Mandate nicht miteinander vereinbar sind. Das den Sozialarbeitern wegen ihrer Neutralität entgegengebrachte Vertrauen wird durch die Aufgabe der Gutachtenerstellung beeinträchtigt. Die Parteien müßten bei der Darlegung ihrer Wünsche und Interessen immer beachten, daß diese im Gutachten einen negativen Niederschlag finden können. Da die Beratungsleistung des Jugendamts nach § 50 KJHG nicht unter den besonderen Vertrauensschutz der §§ 64, 65 KJHG fällt, ist eine Weitergabe der „anvertrauten“ Daten und Informationen an das Familiengericht möglich und sogar gewollt.

#### **b. Trennung des mediativen vom justiziablen Verfahren**

Lösungsansätze werden darin gesehen, daß die Konfliktparteien entweder nach Scheitern der Verhandlungen die Erstattung des Gutachtens durch denselben Sozialarbeiter ablehnen können oder Vermittlung und Gutachten von vornherein auf zwei Sozialarbeiter übertragen werden<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup>Siehe auch Balloff in Amthor/Proksch/Sievering, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, S. 168 m.w.N.

Die Weitergabe der Daten innerhalb des Jugendamts, selbst von einem mit Leistungsaufgaben befaßten Mitarbeiter an seinen Kollegen, der im familiengerichtlichen Verfahren nach §§ 2 Abs. 3 Nr. 6, 50 KJHG mitwirkt, ist gemäß § 35 Abs. 2 SGB I in Verbindung mit § 69 Abs. 1 Nr. 1 SGB X in Verbindung mit § 61 Abs. 1 KJHG bis zu dem Punkt zulässig, in dem keine Gefährdung der Leistung des Jugendamtes im Sinne des § 64 Abs. 2 KJHG eintreten kann. Besteht somit die Gefahr, daß Informationen aus dem Bereich der familiengerichtlichen Jugendhilfe nach § 50 Abs. 1 KJHG eine negative Beeinflussung bei der Scheidungsberatung nach § 17 KJHG mit sich bringen könnten, so ist die Datenübermittlung unzulässig.

Die Weitergabe der Daten in umgekehrter Reihenfolge, also aus der Beratungstätigkeit nach § 17 KJHG für die Stellungnahme der Jugendhilfe im gerichtlichen Verfahren, ist nach Ansicht von Kunkel<sup>233</sup> gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 3 KJHG aber in einem Sonderfall zulässig, nämlich daß der Mitarbeiter des Jugendamts im Beratungsgespräch seinen Arbeitsauftrag (inkl. gutachterlicher Stellungnahme) vollständig offengelegt hat und über den Gutachtauftrag einen anerkannten Rechtfertigungsgrund für die Weitergabe von Daten besitzen würde<sup>234</sup>. Nach überwiegender Ansicht schließen die Datenschutzvorschriften der §§ 61, 64, 65 KJHG eine Weitergabe der vertraulichen Daten aus den beiden Tätigkeitsbereichen aus<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup>Kunkel, FamRZ 1997, S. 193, 196 : anvertraute Informationen nach § 65 KJHG unterfallen nicht der Sperre des § 64 Abs. 2 KJHG. Deren Übermittlung ist nicht nach § 69 SGB X, sondern nach § 65 KJHG unzulässig.

<sup>234</sup>Vgl. Tröndle, StGB, § 203 RN. 29, 32, die gesetzliche Berichtspflicht als Gebot der Weitergabe von Geheimnissen im Wege der Amtshilfe stellt eine *innerbehördliche* Offenbarungsbefugnis dar. Auch die zwischenbehördlichen Mitteilung durch kompetenzgemäße Informationshilfe leitet sich zwar aus der Einheit der Staatsgewalt ab, begründet jedoch keine generelle gesetzliche Befugnis zur Offenbarung des geschützten Geheimnisses. Dieses muß vielmehr grundsätzlich gesetzlich eingeräumt sein. Ablehnend Mörsberger, in: Wiensner/Zarbock, S. 343.

<sup>235</sup>Struck, in: Amthor/Proksch/Sievering, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, S. 61; Proksch, a.a.O., S. 159; Balloff, a.a.O., S. 168 m.w.N.; Mähler, a.a.O., S. 206.

Einen anderen Lösungsweg hat Faltermeyer beschrieben<sup>236</sup>. Werden die Konfliktparteien nach § 17 Abs. 1 Ziffer 3 KJHG nF beraten, so besteht der besondere Vertrauensschutz nach § 65 KJHG. Wird das Jugendamt im Rahmen der Jugendgerichtshilfe tätig, so werden die Konfliktparteien über § 62 Abs. 2 KJHG und die Weitergabemöglichkeit an das Familiengericht aufgeklärt. Die datenschutzrechtliche Diskrepanz zwischen der familienunterstützenden Hilfeleistung nach § 17 KJHG und der Jugendgerichtshilfe nach § 50 Abs. 1 KJHG wird durch die notwendige Kombination beider Tätigkeitsbereiche aufgelöst. Wird das Jugendamt in streitigen Scheidungen nach § 50 Abs. 1 KJHG tätig, so kann es seine Aufgabe nur erfüllen, wenn es den betroffenen Familien auch Hilfe und Unterstützungsleistungen im Rahmen der Beratungs- und Familienarbeit anbietet. Bei dieser Kombination der Tätigkeitsbereiche gelten die engeren datenschutzrechtlichen Bestimmungen des § 65 KJHG auch für den Bereich der Jugendgerichtshilfe. Nur unter diesen Voraussetzungen kann das Jugendamt einen gemeinsamen Konsens im Hinblick auf die Nachscheidungsphase erarbeiten. Das Familiengericht kann den Tätigkeitsbereich des Jugendamtes aufgrund dessen Stellung als selbständige Fachbehörde nicht durch konkrete Weisungen, sondern nur nach § 50 Abs. 1 KJHG einschränken.

Das Jugendamt Kassel hat in einem Pilotprojekt im Zeitraum vom 1. Dezember 1990 bis 31. Oktober 1991 die personelle Trennung von Beratungsarbeit einerseits und Arbeit für das Familiengericht andererseits durchgeführt. Diese Aufspaltung der Kompetenz ist jedoch auch auf Kritik gestoßen. Durch diese personelle Trennung ergibt sich ein neues Profil des Jugendamts. Die Konfliktparteien können alle beratungserheblichen Positionen offenbaren und dadurch umfassend betreut werden, ohne daß die Gefahr der Weitergabe von personenbezogenen Daten droht<sup>237</sup>.

Im Bereich der Trennungs- und Scheidungsberatung nach § 17 Abs. 1 Ziffer 3 KJHG nF ist eine Verwendung der offenbarten Daten in einem

---

<sup>236</sup>Faltermeyer, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 139 f.

gerichtlichen Verfahren jedoch ausgeschlossen. Die Ermächtigung des § 69 SGB X, zulässig erhobene Informationen (nach § 50 KJHG) weiterzugeben, soweit dies zur Erfüllung einer Aufgabe nach diesem Gesetz erforderlich ist, findet in § 64 Abs. 2 KJHG eine Begrenzung. Nach § 64 Abs. 1 KJHG dürfen die dem Jugendamt anvertrauten Informationen nur zu dem Zweck verwendet werden, zu dem sie erhoben wurden. § 64 Abs. 2 KJHG in Verbindung mit § 69 SGB X läßt eine Datenübertragung jedoch nur in dem Ausnahmefall zu, daß die Gefährdung einer gewährten Leistung nicht besteht. Der Vorrang der Beratungsleistung nach § 17 Abs. 1 Ziffer 3 KJHG nF beruht folglich auf der Überordnung der Beratungsleistung der Familie (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 KJHG) vor der gutachterlichen Stellungnahme im familiengerichtlichen Verfahren (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 6)<sup>238</sup>. Eine Weitergabe der Daten an das Familiengericht ist demnach nur mit Zustimmung der Betroffenen nach § 65 Abs. 1 Ziffer 1 KJHG möglich.

Die prinzipielle organisatorische Trennung des mediativen vom justizialen Verfahren ist somit eine verfassungsrechtliche Grundvoraussetzung des fairen Vermittlungsverfahrens. Grund der Datenschutzbestimmungen ist die interne Gewaltenteilung von Leistungs- und Eingriffsverwaltung. Sind beide Aufgabenbereiche in einer Behörde vereint, bedarf es deshalb der organisatorischen Trennung<sup>239</sup>. Solange eine derartige Trennung im Rahmen der Gespräche für die Übertragung der elterlichen Sorge des Jugendamtes nach § 50 Abs. 1 KJHG nicht gewährleistet ist, bestehen erhebliche Bedenken an dessen Tauglichkeit, das Kindeswohl umfassend zu gewährleisten. Die Vertraulichkeit der im Rahmen der Mediation offengelegten Informationen wird durch die Weitergabe im Sozialbericht an das Familiengericht nicht nur nicht gewährleistet, sondern setzt die informationsoffene Konfliktpartei bei der anschließenden streitigen familiengerichtlichen Verhandlung ungerechtfertigt zurück. Durch diese Ausgestaltung des Verfahrens wird vielmehr eine umfassende Beratung und Unterstützung durch das Jugendamt verhindert und bereits

---

<sup>237</sup> Proksch, in: Stempel, Mediation für die Praxis, S. 71.

<sup>238</sup> MünchKomm/Hinz, § 17 KJHG SGB VIII, RN. 5.

<sup>239</sup> Mähler, in Amthor/Proksch/Sievering, S. 201, 206.

zu diesem Zeitpunkt informell das streitige Verfahren begonnen. Die Chance auf eine einvernehmliche Vereinbarung unter Vermittlung des Jugendamtes ist somit deutlich größer, wenn die mitgeteilten Informationen in dem sich anschließenden Sozialbericht und dem familiengerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden dürfen<sup>240</sup>.

Wenn teilweise davon ausgegangen wird, daß das Jugendamt neben dem Familiengericht eine Art Wächtergarant<sup>241</sup> für die Entwicklung der Kinder oder eine Kindeswohlpolizei darstellt, so wird übersehen, welche Ausrichtung sich dem KJHG und auch dem JWG entnehmen läßt. Nicht die Aufrechterhaltung der Öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sondern die Unterstützung der Kindesentwicklung steht im Vordergrund des Tätigkeitsfeldes des Jugendamts. Die Beratung und Leistung „zugunsten junger Menschen und Familien“ wird in § 2 Abs. 1 KJHG genauso vom Leistungsumfang erfaßt wie die in § 2 Abs. 3 Nr. 6 KJHG aufgeführte Mitwirkung in Verfahren vor den Vormundschafts- und Familiengerichten. Daneben wird dem Jugendamt eine weitere wichtige Aufgabe zugeschrieben. Neben der Unterstützung der Kinder in der Trennungs- und Scheidungssituation sollen auch die davon betroffenen Eltern betreut werden, damit diese ihren elterlichen Erziehungspflichten im Kindesinteresse nachkommen können. Die durch das neue Kindschaftsrecht verstärkte mediative Tätigkeit der Jugendhilfe stellt aufgrund der Beratungsleistungen gegenüber den Eltern im Rahmen des § 17 Abs. 3 KJHG nF und des eigenständigen Beratungsanspruchs der Kinder und Jugendlichen nach § 18 Abs. 3 KJHG nF eine weitere Stufe auf dem Weg zu einer neuen Streitkultur dar.

Letztlich entscheidet zwar das Familiengericht nach § 1671 Abs. 2 BGB nF, jedoch kann das vom Jugendamt entwickelte einvernehmliche Konzept nach § 17 Abs. 2 KJHG nF als Grundlage für eine richterliche Entscheidung dienen. In Verbindung mit § 55 FGG nF wird deutlich, daß dadurch der Tätigkeit des Jugendamts über die bloße Beratung hinaus eine hervorgehobene Funktion bei der Wahrnehmung der elterlichen

---

<sup>240</sup>Vgl. Proksch, NDV 1990, S. 22 f.

Sorge zugewiesen wird. Die Neuregelungen des KJHG haben die Arbeit des Jugendamtes als Vermittlungsstelle für den Einsatz der Familienmediation somit wesentlich aufgewertet. Von einem anderen Aspekt und einer abweichenden Zielrichtung geht die Familientherapie oder die Trennungs- und Scheidungsberatung an die Bewältigung der Familienkrise heran

## **§ 7 Abgrenzung der Mediation von der Therapie und der Trennungsberatung**

### **I. Psychoanalytische Familientherapie**

Die psychoanalytische Familientherapie befaßt sich mit bewußten und unbewußten Phantasien, trennungsbedingten Wünschen und Ängsten der Familienmitglieder vor dem Hintergrund der Familiengeschichte und der Familiendynamik<sup>242</sup>. Die familiären Wunschvorstellungen der einzelnen Familienmitglieder werden hierbei durch die Therapeuten im Rahmen von psychodynamischen und kognitiv orientierten Einzeltherapien und Gruppentherapien bearbeitet<sup>243</sup>. Dies kann durch die typische Therapeut-Klient-Beziehung erfolgen, z. B. in der psychoanalytischen Therapie oder der Verhaltenstherapie. Die Grundlage der ehelichen Probleme sind häufig in der Vergangenheit der Konfliktparteien, den nicht bewältigten Erfahrungen und Erkenntnissen der Kinder- und Jugendzeit, zu finden. Dabei werden häufig die Ursachen für die aktuelle Familienkrise in den Ehen der Eltern (sog. Herkunftsfamilien) der Konfliktparteien gefunden. Soweit die Ablösung von den Herkunftsfamilien mit den dort erfahrenen Beziehungsmustern und dem fehlenden Loyalitätstransfer auf den Partner und die Kinder nicht ausreichend erfolgt ist, bedarf es deren grundsätzlicher therapeutischer Aufarbeitung. Erst wenn mit den einzelnen Konfliktparteien die elterliche Vergangenheit bearbeitet wurde, kann über das weitere Zusammenleben, Trennung oder Scheidung mit beiden Konfliktparteien gesprochen werden.

---

<sup>241</sup>Geldschläger, Trennungs und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 86.

<sup>242</sup>Frevert u. a., Familiendynamik 1992, S. 273.

<sup>243</sup>Ballhoff, Trennungs- und Scheidungsberatung in der Jugendhilfe, S. 30.

Es gibt hierzu eine Vielzahl von Methoden, familiäre Beziehungsmuster zu diagnostizieren und zu therapieren. Die qualifizierte Diagnostik der familiären Beziehungsmuster erfordert beispielsweise zunächst die Erarbeitung einer konkreten Formulierung des sogenannten Familien-Beziehungs-Konflikt-Themas (FBKT)<sup>244</sup>. Für jeden Partner wird ein individuelles FBKT formuliert, um die Abbildung der individuellen intrapsychischen Konfliktmuster zu erhalten. Dabei werden verschiedene Ebenen unterschieden, die es ermöglichen, im Rahmen einer Mehrebenen-diagnostik die mehrdimensionalen Beziehungsmuster abzubilden<sup>245</sup>. Grundvoraussetzung der Familientherapie ist die Erkenntnis des Konfliktpartners, daß eine Neuorientierung der Konfliktverarbeitung oder wesentliche Änderung der emotionalen Zustände notwendig ist. Das Maß des Veränderungswunsches ist dabei regelmäßig Ausdruck der multidimensionalen Überforderung mit Komplexität. Angestrebt wird jedoch eine Bewußtseinsveränderung, die den Klienten in die Situation versetzt, sein Leben selbstbestimmt zu gestalten<sup>246</sup>. Die Therapie folgt somit eher kurativen und präventiven Zielen und ist nicht, wie die Trennungs- und Scheidungsberatung, auf die akute Symptombehandlung beschränkt<sup>247</sup>.

Der familientherapeutische Ansatz ist somit grundsätzlich mit der Verhandlungsstrategie der Mediation nicht zu vereinbaren. Während die Mediation auf die autonome Gestaltung der Gegenwart und Zukunft gerichtet ist und die Entscheidungsfindung im Mittelpunkt der Verhandlungen steht, konzentriert sich die therapeutische Konfliktbehandlung auf die Vergangenheit und versucht die Vorgeschichte des Konflikts zu analysieren, um dessen Ursachen zu finden. Selbst wenn eine Therapie auf die Ursachen eines behandlungsbedürftigen Zustands in der Vergangenheit Bezug nimmt, werden dabei die Auswirkungen auf die Gegenwart und Zukunft analysiert, ohne daß eine ergebnisorientierte Konflikt-

---

<sup>244</sup>Ein möglicher Verfahrensablauf wird bei Frevert u. a., a.a.O., S. 273 ff dargestellt

<sup>245</sup>Manteufel/Sachartschenko, Familiendynamik 1992, S. 292 f, unterscheiden 12 Beziehungsdimensionen.

<sup>246</sup>Proksch, Wohl des Kindes, Systematische Konfliktlösung im Scheidungsverfahren, S. 30 ff, beschreibt diesen Weg als Hilfe zur Selbsthilfe.

beilegung angestrebt wird. Die Zukunftsorientierung der Therapie beschränkt sich somit auf die Verarbeitung der Vergangenheit, selbst wenn dabei präventive Zwecke verfolgt werden.

Auch wenn es im Bereich der praktischen Anwendung der Familienmediation häufig zu Überschneidungen zur therapeutischen Integration kommt, liegt das Behandlungsfeld der Therapie in der Verarbeitung der trennungsbedingten psychischen Belastungen und Verletzungen und somit in der Vergangenheit<sup>248</sup>. Soweit die emotionalen Konfliktursachen durch den Mediator behandelt werden, erfolgt dies ausschließlich, um die Wirkungen der psychischen Ebene zur Überwindung von Verhandlungsbarrieren einzusetzen. Damit eine konsensfähige Entwicklungsstufe erreicht und der Verhandlungsverlauf auf eine zukunftsorientierte Parteivereinbarung manövrieren werden kann, werden Gefühle lenkend oder beschränkend eingesetzt.

Im Unterschied zur psychoanalytischen Familientherapie prüft der Mediator aufgabenbezogen konkrete Punkte während der Verhandlung ab. Die Gesamtheit der ansonsten vom Richter zu entscheidenden Positionen wird angesprochen und verhandelt. Angestrebt wird eine konsensuale Parteivereinbarung über die Scheidungsprobleme, die möglichst in einer tatsächlich zu fixierenden Vereinbarung ihr Ergebnis findet.

Mähler/Mähler<sup>249</sup> bezeichnen Mediation in diesem Zusammenhang als rechtsschöpferische Verhandlungen zwischen den Konfliktparteien mit dem Ziel, eine zukunftsorientierte, ökonomisch abgesicherte Lebensperspektive zu erzielen, wobei therapeutische Elemente wie der Gang durch die Trauerphase oder die Auflösung der elterlichen Projektionssysteme implizit mitbehandelt werden. Auch wenn therapeutische Elemente im Rahmen der Familienmediation eingesetzt werden, stellt dies keine Annäherung an die Psychotherapie dar, sondern vielmehr eine Eingriffsmöglichkeit des Mediators, um die Verfahrenseffektivität zu erhöhen.

---

<sup>247</sup>Schneewind, Handbuch der Familienberatung und Familientherapie, Band I Familienforschung, S. 679 ff.

<sup>248</sup>Breidenbach, a.a.O., S. 141 f.

<sup>249</sup>Mähler/Mähler, Familiendynamik 1992, S. 356.

Soweit hierbei über die Akzeptanz der gegenseitigen Betrachtungsweisen und Interessenpositionen eine Versöhnung der Konfliktparteien oder eine positive Weiterentwicklung der Partnerschaft erzielt werden kann, handelt es sich jedoch nur um einen Nebenerfolg<sup>250</sup>.

## **II. Trennungs- und Scheidungsberatung**

Trennungs- und Scheidungsberatung ist eine besondere Form der Ehe- und Familienberatung, die sich an den trennungsbedingten Problemen von Ehepaaren und deren Kindern orientiert. Während sich die Partnerschaftsberatung an dem Erhalt und der Stabilisierung der Paarbeziehung und des Familiensystems orientiert, focussiert die Trennungs- und Scheidungsberatung den trennungs- und nachehelichen Bereich. Bei der Behandlung der Familienkrise werden drei Phasen unterschieden<sup>251</sup>:

1. Ambivalenzphase
2. Trennungs- und Scheidungsphase
3. Nachscheidungsphase

Die Ambivalenzphase beschreibt den Zeitraum, in dem die Voraussetzungen der anschließenden Trennung aufgrund der nicht nur vorübergehenden Ehekonflikte eingeleitet werden. Die Konfliktparteien befinden sich aufgrund der gegenseitigen Vorwürfe oft im Zustand zermürender Unentschlossenheit. Die Auseinandersetzung prägt das Zusammenleben, während die Verunsicherung über die Zukunft, die Angst vor dem Skandal, Angst und Mißtrauen im Vordergrund stehen.

Mit der räumlichen Trennung beginnt die Trennungs- und Scheidungsphase, die im wesentlichen mit dem Trennungsjahr zusammenfällt. Die Familieneinheit ist endgültig zerbrochen und erfordert eine Regelung für die materiellen Güter und die gemeinsamen Kinder. In die Nachschi-

---

<sup>250</sup>So auch Klar, Mediatorin in Leipzig in der Fernsehsendung: Ein Fall für Escher im Sender mdr am 12.06.1998. Die Vergangenheitsbewältigung ist nicht Aufgabe der Mediation, sondern wird durch die Partnertherapie oder Partnerberatung erbracht.

<sup>251</sup>Bernhardt/Diez, Familiendynamik 1992, S. 377.

dungsphase fällt die Reorganisation der geschiedenen Ehegatten nach Beendigung der Ehe durch das Scheidungsurteil.

Die Konzeption der Trennungs- und Scheidungsberatung setzt hierbei - auf Wunsch der Eheleute - bereits zu Beginn der Ehekrise an und kann die Eheleute während des gesamten Scheidungsablaufs begleiten und unterstützen. Eine Trennungsberatung wird dann durchgeführt, wenn die Eheleute ein bereits von ihnen bestimmtes Problemfeld vortragen und um Beratung nachsuchen. Im Unterschied zur Therapie ist eine Trennungsberatung gerade dann sinnvoll, wenn die Eheleute nicht durch tiefgreifende psychosoziale Konflikte, sondern durch äußere Umstände gezwungen wurden, eine eingetretene Krisensituation zu bewältigen<sup>252</sup>.

Ziel ist es, den Eheleuten die tatsächlichen Ursachen der häufig ausschließlich auf den jeweils anderen Ehegatten projizierten Probleme vor Augen zu führen, um eine Kommunikation einzuleiten, die eine rational begründete und autonom zustandegekommene Willensbildung ermöglicht. Die Eheleute müssen sich darüber bewußt werden, ob die aktuell erlebte Krise tatsächlich zu einer endgültigen Trennung und Scheidung führen soll, oder ob Veränderungen innerhalb der bisherigen Beziehung die Grundlage für ein weiteres Zusammenleben schaffen können. Die Trennungsberatung umfaßt somit die gemeinsame Erarbeitung und Feststellung der Krisensituation, verbunden mit der Erteilung von Ratschlägen und Anleitung zur Umsetzung von Handlungsalternativen.

Kommt es zur Durchführung der Trennung und Scheidung, so wird der weitere Umgang mit den gemeinsamen Kindern in den Mittelpunkt der Beratung gestellt. Den Eltern wird dadurch bewußt gemacht, daß sich interparentale Streitigkeiten und Konflikte nicht nur negativ auf die zukünftigen Beziehung der Eltern selbst, sondern besonders zuungunsten der weiteren Verantwortung für die gemeinsamen Kinder auswirken. Der Umgang mit der trennungsbedingten Trauer sowie die neu zu gestaltende Selbständigkeit werden in die Beratung integriert. Zur Bewältigung der

---

<sup>252</sup>Ballhoff, Trennungs- und Scheidungsberatung in der Jugendhilfe, S. 29.

psychischen Probleme wird hierbei in Einzel- oder Paarberatungen Gelegenheit gegeben<sup>253</sup>.

### **3. Kapitel: Möglichkeiten und Grenzen der Beratung in der Trennung und Scheidung**

#### **§ 8 Ansatzpunkte für die Familienmediation**

##### **I. Motivation der Konfliktparteien**

Die Konfliktparteien gehen häufig davon aus, daß nach Aufsuchen eines Rechtsanwalts und dem dort geführten Gespräch die Verantwortung für den weiteren Verfahrensablauf von ihren Schultern genommen wurde. Der Rechtsanwalt werde aufgrund seiner juristischen Ausbildung und prozessualen Erfahrung das Familiengericht von der Richtigkeit der für die eigene Person günstigen Positionen schon überzeugen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß sich die Konfliktparteien in einer Krisensituation befinden, mit deren Komplexität sie selber nicht zurechtkommen. Zu diesem Zeitpunkt sind zwischen den Konfliktparteien häufig bereits Kommunikationsbarrieren entstanden, die sie ohne Hilfe Dritter von sich aus nur schwer überwinden können.

##### **1. Kooperation statt Konfrontation**

Um die Konfliktparteien wieder an einen gemeinsamen Verhandlungstisch zurückzuholen, ist es erforderlich, die notwendige Kooperations- und Kommunikationsbereitschaft hierfür zu schaffen. Mediationsfähigkeit muß nicht bereits zu Beginn der Verhandlungen vorhanden sein, sondern kann erst durch den Mediator geweckt und anschließend gefördert werden. Diese Verständigungsmöglichkeit ist folglich dann gegeben, wenn die Konfliktparteien im vorgerichtlichen Bereich bereit sind, eine Vereinbarung für die Durchführung der Trennung und der anschließenden Scheidungsfolgen zu treffen. Selbst wenn eine Einigung nicht in der Anfangsphase erreicht werden kann, kann die Mediationsbereitschaft

---

<sup>253</sup>Vgl. Bernhardt/Diez, Familiendynamik 1992, S. 378.

während des laufenden Scheidungsverfahrens erzielt werden. Es handelt sich hierbei nicht um einen fest einzuhaltenden Zeitplan. Wird während der laufenden Mediationsverhandlungen die angestrebte Vereinbarung nicht abgeschlossen, so haben sich die Konfliktparteien dennoch eine Konfliktbehandlungsmöglichkeit erarbeitet, auf die sie jederzeit bei zukünftigen Konflikten zurückgreifen können.

Soweit die Konfliktparteien bereits zu dem Ergebnis gelangt sind, daß eine individuelle Konfliktlösung eine bessere Berücksichtigung der gemeinsamen Belange im Rahmen einer Trennung und Scheidung gewährleistet und eine Eskalation der Situation im beiderseitigen Interessen vermieden werden soll, ist die Grundeinstellung zur Familienmediation vorhanden. Besonders die über die Trennung verbleibende Verantwortung für die gemeinsamen Kinder kann dazu genutzt werden, die weiterhin verbundene Zukunft neu zu definieren. Es darf hierbei jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, daß sich beide Konfliktparteien in einer Lebenskrise befinden, in der Kooperation bei der Behandlung des gemeinsamen Problems häufig nicht der erste Gedanke ist. Vielmehr sind emotionale Vorbelastungen über eine Enttäuschung oder die scheinbare Aussichtslosigkeit der Neuorganisation der Familie zu verarbeiten.

## **2. Motivationssperren**

Soweit die Überforderung mit der rechtlichen, tatsächlichen und emotionalen Bewältigung der Trennung dazu führt, daß zumindest eine Konfliktpartei es ausschließlich darauf anlegt, der anderen Partei Schaden zuzufügen, um sich für die unberechtigt erlittenen Schmerzen zu revanchieren, ist eine Konfliktbehandlung durch die Familienmediation schwierig, wenn nicht sogar ausgeschlossen. Dies gilt ebenso für den Fall, daß eine Konfliktpartei, um Zeit zu gewinnen, die Durchführung der Trennung durch den Einsatz von Mediation verhindern oder verzögern will. Eine Motivationssperre liegt auch dann vor, wenn in der Ehe angelegtes geschlechtsspezifisches Rollenverhalten nach der Trennung fort dauert und damit eine gleichberechtigte Verhandlung ausschließt.

## **II. Verhandlungsfähigkeit der Konfliktparteien**

Die Verhandlungsfähigkeit der Konfliktparteien setzt grundsätzlich voraus, daß beide Parteien nicht nur in der Lage sind, ihre vermeintlichen Rechtsansprüche zu beschreiben, sondern darüber hinaus ihre eigenen Interessen erkennen und formulieren können. Erforderlich ist dabei nicht die Billigung der Interessen der jeweils anderen Konfliktpartei, jedoch das redliche Bemühen, diese bei der ergebnisorientierten Verhandlung dennoch respektvoll mit einzubeziehen.

Selbstbestimmte Verhandlungsergebnisse sind bei Machtungleichgewichten zwischen den Verhandlungspartnern grundsätzlich nicht zu erzielen, da eine autonome Willensentschließung unter dem Druck von Zwangsmitteln nicht möglich ist<sup>254</sup>. Gerade die autonome und zukunftsorientierte Bewältigung der Trennungs- und Scheidungsprobleme soll jedoch über die Familienmediation erreicht werden. Ob eine Mediationsverhandlung trotz eines vorhandenen Machtungleichgewichts dennoch zu einer einvernehmlichen und interessengerechten Beilegung des Konfliktes führen kann, hängt vom Rollenverständnis des Mediators und dessen Verhandlungsführung ab.

## **III. Feststellung der Mediationsfähigkeit**

Vor Aufnahme der Verhandlungen durch den Mediator muß die Mediationsfähigkeit und Mediationswilligkeit der Konfliktparteien untersucht und positiv festgestellt werden. Hierzu bieten sich ein gestaffeltes Analyseverfahren an. Zunächst stellt der Mediator fest, inwieweit und in welchem Maße beide Konfliktparteien grundsätzlich kooperations- und kommunikationsbereit sind. Die Intensität der im Analyseverfahren festgestellten Mediationsfähigkeit und Mediationsbereitschaft wird anschließend vom Mediator bei der Auswahl der adäquaten Mediationsform zugrunde gelegt<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup>Zu den Auswirkungen von Verhandlungsmacht, siehe 3. Kapitel, § 9 I.

<sup>255</sup>Bastine/Link/Lörch, Familiendynamik 1992, S. 388.

## **§ 9 Aufgaben, Pflichten und Möglichkeiten des Mediators**

### **I. Verhandlungsmacht**

Mediation beruht auf der autonomen Konfliktbehandlung durch die Konfliktparteien. Inwieweit selbstbestimmte Verhandlungsergebnisse erzielt werden können, hängt jedoch von der Fähigkeit der Konfliktparteien ab, die eigenen Interessen zu erkennen, diese zu artikulieren und durchsetzen zu können.

#### **1. Direkte Konfliktaustragung oder Einschaltung eines Parteivertreters**

Es wurde bereits dargestellt, daß sich die kindererziehende Ehefrau für die Durchführung von Verhandlungen über Unterhalt und Güterrecht, häufig in einer benachteiligten Ausgangsposition befindet<sup>256</sup>. Neben dieser strukturellen Benachteiligung kann sich ein Ungleichgewicht der Kräfte darüber hinaus aus einer Vielzahl von Ursachen ergeben:

- intellektuelle oder psychische Überforderung einer Partei
- körperliche Beeinträchtigungen
- wirtschaftliches Machtungleichgewicht

Eine zukunftsorientierte Lösung setzt primär die Fokussierung auf den zu gestaltenden Rechtsraum voraus. Komplexität und besonders die Überlagerung der Verhandlungen durch die emotionale Ebene erschweren die Krisenbewältigung. Die von Mnookin/Kornhauser<sup>257</sup> vertretene Auffassung, daß Eheleute regelmäßig auf den gleichen kulturellen und bildungsmäßigen Hintergrund zurückgreifen können und deshalb ein Aushandeln der eigenen finanziellen Interessen im anschließenden Scheidungsverfahren durchaus von beiden nahezu gleich intensiv bewältigt werden kann, muß deshalb hinterfragt werden. Ein nur schwer zu überwindendes Machtungleichgewicht stellt besonders eine während des Zu-

---

<sup>256</sup>Siehe oben, 2. Kapitel, § 4 II.

sammenlebens der Eheleute erfolgte körperliche Beeinträchtigung (Mißhandlungen u. a.) dar. Die während der bestehenden Ehe entstandenen Machtungleichgewichte treten bei einer Konfrontation in stärkerem Maße hervor und führen zu einer Belastung der interessengerechten und autonomen Verhandlungen<sup>258</sup>.

## 2. Konzeptionelle Gestaltung

Die konzeptionelle Gestaltung einer auf Gleichbehandlung der Parteien ausgerichteten Verhandlung kann auf zwei grundsätzliche Möglichkeiten reduziert werden, wobei eine Vielzahl von Mischformen denkbar sind:

1. Die unter den Parteien vorgegebene Verhandlungsmacht setzt sich auch während der Mediation durch und führt unter Umständen zu Ergebnissen, die die Machtverhältnisse im wesentlichen widerspiegeln. Die autonome Willensdurchsetzung der Parteien ist dabei begrenzt durch die Verhandlungsmacht der jeweils anderen Partei.
2. Oder es wird durch Einsatz der Verhandlungsstrategien durch den Mediator während der Verhandlung gewährleistet, daß ein einseitig verteiltes Machtgefälle begrenzt oder aufgehoben wird und so tatsächliche Verhandlungsgleichheit zwischen den Parteien besteht. Der neutral agierende Mediator findet die Grenze dieses Machtausgleiches in seiner auf strenge Unparteilichkeit ausgerichteten Verhandlungsführung.

Einer nicht durch seine Verhandlungsführung behebbaren Machtdifferenz sollte der Mediator damit begegnen, daß er entweder die Konfliktparteien auf das familiengerichtliche Verfahren verweist oder die Verhandlung unter Ausschluß der Konfliktparteien ausschließlich mit deren Rechtsanwälten weiter fortführt<sup>259</sup>. Der Theologe Reinhard Turré soll die Durchsetzung der Chancengleichheit einmal anschaulich wie folgt beschrieben haben: „Chancengleichheit besteht nicht darin, daß jeder ei-

---

<sup>257</sup>Mnookin/Kornhauser, Yale Law Journal VI 88, 1978-1979, S. 950 ff., 993.

<sup>258</sup>Limbach, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, S. 64.

nen Apfel pflücken darf, sondern daß der Zwerg hierfür eine Leiter bekommt.“

Der Mediator übernimmt in diesem Fall die Funktion der Verwirklichung der Chancengleichheit und gewährleistet, daß Machtungleichgewichte erkannt und entsprechend berücksichtigt werden.

## **II. Risiken in der Familienmediation**

Die Risiken, die die Parteien mit der Zustimmung zu einem Mediationsverfahren eingehen, hängen sowohl von der individuellen Qualifikation des Mediators als auch vom seinem jeweiligen Rollenverständnis ab. Andererseits ist auch die verfahrenstechnisch individuell angemessene Behandlung des konkreten Konfliktthemas für die sachgerechte Behandlung des Konflikts von wesentlicher Bedeutung. Unter der Vielzahl der Rollen, die ein Mediator während des Verfahrensablaufs einnehmen kann, stehen sich zwei prinzipielle Varianten gegenüber: die passive Rolle als „Katalysator“ oder die aktive Rolle als Verhandlungsführer.

### **1. Rollenverständnis des Mediators**

#### **a. Katalysatorfunktion**

Die Katalysatorfunktion ist bereits dann erfüllt, wenn der Mediator sich auf den verfahrenstechnischen Ablauf beschränkt und hierbei vermittelnd, lenkend oder fördernd tätig wird, ohne auf die Verhandlungen inhaltlich einzuwirken oder auf eine konkrete Einigung hinzuwirken. Der Mediator ist hierbei auf die Einhaltung eines geordneten Verhandlungsablaufes beschränkt. Dabei wird bereits vorausgesetzt, daß die Konfliktparteien ein erhöhtes Maß an Verhandlungsdisziplin, Verhandlungsfähigkeit und Einigungspotential in das Verfahren einbringen.

#### **b. Verhandlungsführer**

In der zweiten Variante greift der Mediator ergebnisorientiert in den Entscheidungsprozeß ein. Dies kann geboten sein, wenn zwischen den Konfliktparteien aufgrund von überwiegender Verhandlungsmacht ein

---

<sup>259</sup>Bastine, Link, Lörch, Familiendynamik 1992, S. 384.

Ungleichgewicht eingetreten ist. Wenn beispielsweise eine Konfliktpartei wegen emotionaler Überforderung beabsichtigt, auf Rechtspositionen zu verzichten oder Vereinbarungen zu treffen, die sich als unpraktikabel erweisen würden. Der Mediator verläßt hierbei den Rahmen der reinen Verhandlungsleitung und wirkt auf den inhaltlichen Ausgang des Verfahrens ein.

Dabei ist streng darauf zu achten, daß der Mediator nicht den Bereich des neutralen Dritten verläßt, sondern lediglich Ungleichheiten und Machtdifferenzen ausgleicht, die geschlechtsspezifisch vorhanden sind oder in der persönlichen Beziehung der Konfliktparteien ihre Ursache haben. Das Kräfteverhältnis darf nicht soweit beeinflußt werden, daß eine Konfliktpartei einen Verhandlungsvorteil erlangt oder der Mediator seine eigenen inhaltlichen Vorstellungen anstelle die der Konfliktparteien setzt. Es wird auch die Ansicht vertreten, daß Mediatoren trotz ihrer Verpflichtung zur Unparteilichkeit Sympathien für eine von einer Konfliktpartei vertretene Position aufweisen dürfen. Maßgeblich ist hierbei jedoch, daß ein fairer Verfahrensablauf gewährleistet bleibt<sup>260</sup>.

## **2. Risiken im Mediationsverfahren**

Das Fortbestehen der Verhandlungsmacht beinhaltet das Risiko, daß das Verhandlungsergebnis nicht dem tatsächlichen Willen beider Konfliktparteien entspricht. Aber nur unter Inkaufnahme dieses Risikos ist es möglich, die Konfliktparteien an der Erarbeitung einer selbstbestimmten Konfliktregelung in angemessener Weise zu beteiligen. Interessengerechte Vereinbarungen können unter den Konfliktparteien nur dann erreicht werden, wenn ein Dialog entstanden ist, der es ihnen ermöglicht, die Interessen, Wünsche und Ängste des anderen Verhandlungspartners zu verstehen.

Auch wenn kein abschließendes Ergebnis erzielt werden kann, haben die Konfliktparteien verstanden, daß die zukunftsorientierte Reorganisation der Familie, insbesondere in Anbetracht der Kinderbeziehungen, in-

teressengerecht nur im Rahmen einer kooperativen Zusammenarbeit erreicht werden kann. Bei weiteren zukünftigen Interessenauseinandersetzungen werden die Konfliktparteien unter Umständen in der Lage sein, eine Kommunikationsbarriere erst gar nicht entstehen zu lassen und versuchen, das Problem gemeinsam kooperativ beizulegen, bevor ein Konflikt entstehen kann.

#### **a. Sachgerechte Auswahl mediierbarer Fälle**

Die Risiken der Familienmediation beginnen bereits damit, daß die Auswahl der für die Mediation geeigneten bzw. ungeeigneten Fälle nicht sachgerecht erfolgt<sup>261</sup>. Konflikte beruhen auf der Kombination einer Sach- und einer Beziehungsebene. Während die Sachebene nach unseren Rechtsnormen objektiv beurteilt werden kann, ist die Beziehungsebene ausschließlich subjektiv vom Parteiwillen abhängig. Je nachdem, auf welcher Ebene der Schwerpunkt des Konfliktes zu finden ist, muß eine sachgerechte Behandlung auch dort ansetzen. Wenn der Ansatz der Konfliktbeilegung auf der falschen Ebene gesucht wird, kann es dazu kommen, daß das Streitpotential noch erhöht wird und die eingenommenen Positionen noch verbissener verfochten werden<sup>262</sup>.

Wenn der Schwerpunkt unsachgemäß auf den Sachkonflikt gelegt wird, besteht die Gefahr, daß den Konfliktparteien der Weg zu einer selbstbestimmten Konfliktbehandlung abgeschnitten wird. Die Chance auf eine kreative Win-Win-Situation wird zugunsten einer familiengerichtlichen Standard-Regelung vertan. Das Risiko einer Eskalation durch die kontradiktorische Konfliktbehandlung und damit einer weiteren Inanspruchnahme des Familiengerichts wird größer. Werden die Konfliktparteien nur im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens zum jeweiligen Streitgegenstand angehört, ohne daß eine ganzheitliche Betrachtung des Konfliktes erfolgt, befinden sie sich durch die Delegation der Entscheidungskompetenz an die Rechtsanwälte und das Familiengericht häufig in ei-

---

<sup>260</sup>Potapchuk, in: Besemer, Mediation in der Praxis, Erfahrungen aus den USA, S. 75 ff.

<sup>261</sup>Bastine, Link, Lörch, Familiendynamik 1992, S. 387.

<sup>262</sup>Hendel, AnwBl. 10/97, S. 509, 512 verweist auf Nachbarschaftsstreitigkeiten, die häufig darauf beruhen, daß Kommunikationsstörungen vorhanden sind, die durch professionelle Streithelfer - Verrechtlichung des Streitstoffes - noch verstärkt werden können.

nem Zustand der Ohnmacht, ohne eine Chance auf eine interessengerechte Regelung. Die Unzufriedenheit der Parteien mit der Konfliktbehandlung und dem vom Familiengericht während des Scheidungsverfahrens festgestellten Ergebnis droht sich in der Nach-Scheidungssituation fortzusetzen.

Werden dagegen für die Familienmediation ungeeignete Fälle zugelassen, so wird eine unverzügliche Behandlung durch das Familiengericht unnötig zu Lasten finanzieller und emotionaler Ressourcen der Parteien verzögert. Darüber hinaus besteht auch hier das nicht kalkulierbare Risiko einer Eskalation der Situation. Die vergeudete Zeit könnte von einer Konfliktpartei dazu genutzt werden, Tatsachen zu schaffen, die nachträglich, aufgrund eventueller Beweisschwierigkeiten zum Beispiel bei der eigentumsrechtlichen Zuordnung der Gegenstände, für die beweispflichtige Partei zu finanziellen Einbußen führen könnten.

Die Nachteile aus einer inadäquaten Konfliktbehandlung können somit nicht nur die interessengerechte Behandlung des Konfliktes für die Gegenwart, sondern gerade für die Zukunft in eine Sackgasse führen, aus der die Konfliktparteien ohne Unterstützung von dritter Seite nicht mehr selbständig herausfinden.

#### **b. Autonomiekompetenz**

Während die mediierebaren Fälle vom Mediator ausgewählt werden und der Einfluß der Konfliktparteien auf dieses Ergebnis begrenzt ist, müssen diese für die Durchführung von Mediationsverhandlungen ein Mindestmaß an Autonomiekompetenz in die Verhandlungen einbringen. Können vorgefundene Machtungleichgewichte oder Verhaltensmuster vom Mediator nicht aufgelöst werden, kann eine interessengerechte Vermittlung nicht erfolgen.

Wenn eine der Konfliktparteien zum Beispiel in jedem Fall eine Zuweisung des alleinigen Sorgerechts begehrt, so besteht die Gefahr, daß sie deshalb Reduktionen in anderen Fragen im Gegenzug akzeptiert, die mit ihren tatsächlichen Interessen nicht vereinbar sind. Wird beispielsweise

die Übertragung der elterlichen Sorge von einem Unterhaltsverzicht abhängig gemacht, so muß entweder die Mediation an dieser Stelle abgebrochen werden oder man läuft Gefahr, daß das Familiengericht die Unterhaltsvereinbarung in der ausgehandelten Form nicht akzeptiert. Das Entstehen einer für eine Konfliktpartei unerträgliche Situation muß bereits in einem Zeitpunkt verhindert werden, in dem eine bessere Konfliktbehandlung durch das Familiengericht erzielt werden könnte. Die Unterstützung einer gemeinsamen Vereinbarung der Konfliktparteien wäre nicht sinnvoll zu einem Zeitpunkt, wenn eine Konfliktpartei wegen ihrer größeren Verbundenheit zu den gemeinsamen Kindern bereit ist, ein unvernünftiges und unpraktikables Ergebnis zu akzeptieren. Dasselbe gilt, wenn große Ungleichgewichte in der Beziehungsstruktur der Konfliktparteien vorgefunden werden, die der Mediator nicht auflösen kann.

Andererseits gewährleistet auch das auf formale Gleichbehandlung ausgerichtete familiengerichtliche Verfahren nicht die verfahrensrechtliche Gleichsetzung der Konfliktparteien. Wie bereits im 2. Kapitel (§ 6 II Ziffer 2 b) dargestellt, bestehen finanzielle und emotionale Defizite während der Durchführung des kontradiktorischen Verfahrens fort und benachteiligen auch hier die „schwächere“ Konfliktpartei. Keiner der dargelegten Konfliktbehandlungsansätze kann folglich eine vollständige Gleichstellung der Konfliktparteien herbeiführen. Die Mediation erlaubt jedoch durch die Kooperation mit dem Ziel, das gemeinsame Problem beizulegen, eine umfassendere Berücksichtigung der beiderseitigen Belange und ermöglicht dadurch ein größeres Maß an verfahrensmäßiger Gleichstellung.

Haben die Konfliktparteien unter Anleitung des Mediators erkannt, daß sie ein gemeinsames Problem haben und unter Berücksichtigung der sich überschneidenden Interessen Verständnis für die Position der anderen Konfliktpartei entwickelt, ist der Rahmen für eine faire Konfliktbehandlung erreicht. Im Rahmen der sich anschließenden Zusammenarbeit entsteht eine kooperative Atmosphäre, in der die sich überschneidenden Interessen deutlich besser gewahrt werden können als in der

destruktiven und konfrontativen Atmosphäre des kontradiktorischen Verfahrens. Ist jedoch eine Konfliktpartei aufgrund ihrer bewußten Verhandlungsmacht nicht bereit, unter Anleitung des Mediators mit der anderen Konfliktpartei zu verhandeln, blockiert sie jede Art einer interessengerechten Annäherung oder geht sie nur zum Schein darauf ein, so verbleibt als ultima ratio nur noch die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens.

### **c. Überschätzung der Mediationsmöglichkeiten**

Eine weitere Gefahr ist in der Überschätzung der Überlegenheit des Mediationsverfahrens zu sehen. Da die Mediation darauf ausgerichtet ist, daß die trennungs- und scheidungsbedingten Bereiche autonom gestaltet werden, muß es den Konfliktparteien auch gestattet sein, sich nicht zu dieser Verfahrensart zwingen lassen zu müssen. Es muß den Konfliktparteien auch zugestanden werden, wenn sie Verhandlungen nicht selbst, sondern über die Delegation an einen Rechtsanwalt führen wollen. Der Zwang zur Harmonisierung des konfliktbeladenen Verhältnisses kann für dem Mediationsverfahren oder dem konkreten Verhandlungspartner abgeneigte Konfliktparteien zu einer unerträglichen Situation führen, die eine interessengerechte Konfliktlösung nicht zuläßt.

### **d. Verlust an Unparteilichkeit**

Während sich der Mediator mit den Parteikonflikten beschäftigt, bleibt es nicht aus, daß sich der Mediator anhand der beruflich oder privat erlebten Beziehungs- und Trennungserfahrungen ein subjektiv eingefärbtes Bild von den Konfliktparteien bildet. Hierbei eröffnet der Möglichkeitsrahmen Alternativen von der Identifikation bis zur Ablehnung einer Konfliktpartei. Die Wiedererkennung einer bereits lebensgeschichtlich erfahrenen Konstellation ermöglicht beispielsweise den emotionalen Zugang zu den Konfliktparteien, trägt jedoch ebenfalls die Gefahr von Irritationen in sich<sup>263</sup>. Um zu verhindern, daß der Mediator ein tatsächliches Bündnis mit einer der Konfliktparteien eingeht, eine Konfliktpartei in eine bestimmte Richtung lenkt oder von Handlungen abrät und damit den interessengerechten Ausgang der Verhandlungen gefährdet, ist es erforder-

---

<sup>263</sup>Vgl. Bernhardt, in: Krabbe, Scheidung ohne Richter, S. 193, 198.

lich, daß der Mediator sich laufend während des Mediationsverfahrens seiner Unparteilichkeit vergewissert.

Von besonderer Gefährlichkeit ist die unbewußte Identifikation mit einer Konfliktpartei. Hierdurch kommt der Mediator nicht nur in die Gefahr, seine Unparteilichkeit zu verlieren, sondern auch eine einseitig motivierte, unrichtige oder verzerrte Sichtweise von einer Konfliktpartei unreflektiert zu übernehmen. Kann der Mediator den Verlust an Objektivität nicht durch laufende Kontrolle ausschließen, dann ist eine interessengerechte Konfliktbehandlung unter seiner Verhandlungsführung nicht weiter möglich. Dieser Geschehensablauf kann durch eine Co-Mediation verhindert und so das Risiko einer unbewußten Übervorteilung einer Konfliktpartei begrenzt werden.

#### **e. Begrenzung der Privatautonomie**

Aufgrund der Ergebnisoffenheit der Mediationsverhandlungen besteht auch erhebliches Gefahrenpotential für unzulässige inhaltliche Eingriffe des Mediators. Werden aufgrund der persönlichen Sichtweise des Mediators die Verhandlungen in eine bestimmte Richtung gelenkt, so kann eine parteibestimmte Konfliktbeilegung nicht erzielt werden. Der Konflikt bleibt trotz der Vereinbarung eines Verhandlungsergebnisses bestehen und führt nicht zu einer zukunftsorientierten Konfliktbeilegung. Besonders schwer wiegt die Ausübung von Harmoniedruck, um eine zwangsweise Versöhnung der Konfliktparteien herbeizuführen. Die Konfliktparteien distanzieren sich innerlich von dem aufgezwungenen Ergebnis, um nicht als unversöhnlich oder streitbar zu gelten. Wird die inhaltliche oder persönliche Barriere zwischen den Konfliktparteien durch den Mediator nicht ermittelt und kommt es dennoch zur Vereinbarung eines nicht selbstbestimmten Ergebnisses, hat dies zur Folge, daß der Konflikt nicht überwunden und die Konfliktparteien einem gerichtlichen Verfahren tatsächlich näher gebracht werden.

### **III. Modelle der Mediation**

Um eine umfassende Betreuung der Konfliktparteien zu ermöglichen, ist es für den Mediator notwendig, über den rein juristischen auch im psychologischen Bereich vermittelnd tätig werden zu können. Wie bereits in Kapitel 2 unter § 6 III dargelegt, kann neben einem rein juristisch ausgebildeten Mediator auch ein auf die psychologischen Bedürfnisse der Konfliktparteien ausgerichteter Co-Mediator an der Mediationsverhandlung teilnehmen. Prinzipiell werden dabei fünf verschiedene Kooperationsmodelle unterschieden<sup>264</sup>:

#### **1. Der Mediator mit Zusatzqualifikation**

Soweit der Rechtsanwalt über seine rein juristische Sachkompetenz hinaus auch ausreichend qualifizierte Erfahrungen (oder eine entsprechende Zusatzausbildung) im Bereich der psychologischen Betreuung der Konfliktparteien erworben hat, kann er die Mediation vollständig selbstständig durchführen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß der anwaltliche Mediator regelmäßig im juristischen Bereich eine weitaus größere Qualifikation erlangt hat als im psychologischen. Dadurch besteht die Gefahr einer Überforderung des Mediators, die sich auf die Verhandlungsführung und das Mediationsergebnis niederschlagen kann. Dies gilt selbstverständlich auch für die Variante des psychologisch umfassend ausgebildeten Mediators mit juristischen Zusatzqualifikationen. In beiden Fällen sind besonders problembeladene Konflikte kaum ohne Zuhilfenahme eines Co-Mediators effektiv zu behandeln.

#### **2. Der umfassend ausgebildete Mediator**

Soweit ein Mediator nicht nur eine Zusatzqualifikation in einem ihm bisher berufsfremden Bereich, sondern neben dem juristischen auch ein ebenso qualifiziertes psychologisches Ausbildungsniveau erlangt hat, kann er die Konfliktparteien ohne Unterstützung eines Co-Mediators umfassend betreuen. Aber auch hier bietet die Möglichkeit einer ge-

mischgeschlechtlichen Co-Mediation die weiteren Vorteile der ganzheitlichen Betreuung, ohne das Risiko, daß geschlechtsspezifische Aspekte nicht ausreichend berücksichtigt werden.

### **3. Indikative professionelle Co-Mediation**

In diesem Kooperationsmodell wird die überwiegende Beratungs- und Vermittlungstätigkeit von einem entweder juristisch oder psychologisch ausgebildeten Mediator erbracht. Nur in den jeweils berufsfremden Teilbereichen wird unterstützend auf die jeweils andere Berufsgruppe zur Konfliktbehandlung zurückgegriffen. Die prozessuale Vertretung vor dem Familiengericht erfolgt ausschließlich - wie in den anderen Kooperationsmodellen auch - durch Parteianwälte.

### **4. Psychologische Mediation mit externer juristischer Beratung**

Der psychologisch geschulte Mediator vermittelt zwischen den jeweils rechtsanwaltlich beratenen Konfliktparteien ohne Unterstützung durch einen Co-Mediator. Die juristische Beratung wird ausschließlich durch die Parteianwälte erbracht. Voraussetzung für die psychologisch ausgerichtete Mediation ist jedoch eine objektive und umfassende juristische Aufklärung durch die Parteianwälte. Dadurch kann sich der Mediator auf die Vermittlung des konsensualen Prozesses beschränken, ohne selbst juristisch beratend tätig werden zu müssen.

### **5. Professionelle gemischtgeschlechtliche Co-Mediation**

Diese Variante stellt die umfassendste Betreuung der Konfliktparteien während der Mediationsverhandlung dar. Das Mediatoren-Paar behandelt alle verhandlungsbedürftigen Positionen, die während der Mediation auftreten, und erarbeitet mit den Konfliktparteien unter ganzheitlicher Betreuung die Parteiinteressen. Beide Mediatoren sind als Spezialisten in ihrem Bereich in der Lage, auch komplexe und unvorhergesehene Konfliktbereiche ohne externe Beratung während der Mediationsverhandlung zu analysieren und in die ergebnisorientierte Verhandlung mit

---

<sup>264</sup>Vgl. Bastine/Link/Lörch, Familiendynamik 1992, S. 392.

einzubezieh. Zeitliche und finanzielle Belastungen sowie Unterbrechungen können auf ein Mindestmaß reduziert werden.

Es handelt sich bei der professionellen gemischtgeschlechtlichen Co-Mediation um eine Konfliktbehandlung durch ein Spezialistenteam, das durch seine umfassende Kompetenz nicht nur auf einen Teilaspekt fixiert, sondern in der Lage ist, die teilweise komplexen Einzelprobleme im Rahmen eines Gesamtkonzeptes zu behandeln und einzugliedern. Die Gefahr, daß von den Konfliktparteien nicht ausdrücklich angesprochene mediativ behandlungsbedürftige Konflikteilbereiche nicht erkannt und dadurch nicht ausreichend behandelt werden, wird durch die nicht nur auf Teilbereiche beschränkte Co-Mediation im wesentlichen verhindert. Dies ist besonders deshalb von Bedeutung, weil das Mediationsergebnis eine umfassende Gesamtbehandlung aller trennungs- und scheidungsbedingten Konfliktbereiche anstrebt.

#### **IV. Eingriffsmöglichkeiten**

Auf welche Eingriffsmöglichkeiten der Mediator zurückgreifen kann, um die Verhandlungen ergebnisorientiert zu beeinflussen, hängt von den Zielvorstellungen und dem Rollenverständnis des Mediators ab. Als Strategiespektrum kann der Mediator von Verhandeln/Aushandeln bis auf die therapeutische Integration zurückgreifen<sup>265</sup>. In der Praxis werden häufig Mischformen angewandt. Emotionen werden gerade im Bereich der Familienmediation herausgefordert, um diese lenkend einsetzen zu können<sup>266</sup>. Von diesem Ansatz aus ist auch die Verpflichtung zur Objektivität und Unparteilichkeit zu betrachten.

##### **1. Autorität statt Zwangsmittel**

Da die Konfliktparteien sich dem Mediationsverfahren ohne Zwang unterziehen und jederzeit die Möglichkeit haben, die Verhandlungen abubrechen, kann sich der Mediator, der somit über keinerlei Zwangsmittel verfügt, zur Einflußnahme auf den Verhandlungsverlauf ausschließlich

---

<sup>265</sup>Breidenbach, Mediation, S. 138.

auf seine Autorität berufen. Wegen seiner neutralen Stellung, seiner Fachkompetenz und seiner fehlenden Entscheidungsbefugnis besitzen die Konfliktparteien Vertrauen in die Person des Mediators.

Für die Konfliktparteien besitzt der Mediator eine mit der Stellung eines Richters (ohne Entscheidungskompetenz) vergleichbare Verfahrensposition. Er unterstützt beide Konfliktparteien bei der Beilegung des gemeinsamen Konfliktes, ohne gegenüber einer Partei mehr verpflichtet zu sein als gegenüber der anderen. Die Fokussierung auf den konsensualen Prozeß, ohne sich für eine widerstreitende Position oder ein entgegengesetztes Interesse entscheiden zu müssen, ist die Basis der Autorität des Mediators, die ihm die Möglichkeit einer interessenorientierten Verfahrensführung eröffnet.

## **2. Laufende Kontrolle des Verfahrens**

Soweit nicht die Konfliktparteien von sich aus die Verhandlungen abbrechen und das gerichtliche Verfahren wählen, obliegt es dem Verantwortungsbereich des Mediators, während der gesamten Dauer der Mediation festzustellen, ob die Parteien die Voraussetzungen der Mediation (noch) erfüllen. Können die Mediationsvoraussetzungen nicht mehr festgestellt werden, hat er die Initiative zu ergreifen, die Mediation abzubrechen und den Parteien zu empfehlen, eine gerichtliche Streitbehandlung zu suchen<sup>267</sup>.

## **§ 10 Anwaltliches Berufsrecht und rechtliches Tätigkeitsfeld**

Die Vielfalt der möglichen Mediationstypen hat in der Vergangenheit bei der berufsrechtlichen Einordnung häufig Schwierigkeiten bereitet. Darüber hinaus sind Fragen nach der Berufshaftpflichtversicherung, der interdisziplinären Kooperation sowie nach der Gebührenberechnung entstanden.

---

<sup>266</sup>Breidenbach, Mediation, S. 142.

<sup>267</sup>Mähler/Mähler, Familiendynamik 1992, S. 358.

## I. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Nach § 1 S. 1 Rechtsberatungsgesetz (RBerG) steht die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten unter einem Erlaubnisvorbehalt<sup>268</sup>. Bedenken gegen die Besetzung des Berufsfeldes der Mediation mit Rechtsanwälten können sich somit nur insofern ergeben, als es nach § 356 StGB (Parteiverrat) untersagt ist, Parteien in widerstreitenden Interessen nach § 45 Ziff. 2 BRAO zu beraten oder zu vertreten. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen bzw. in derselben Rechtssache gilt jeweils für alle in einer Sozietät verbundenen Rechtsanwälte, sofern nicht im Ausnahmefall ein entsprechendes Mandat ausdrücklich nur einem einzelnen Mitglied übertragen wurde<sup>269</sup>.

### 1. Berufsrechtliche Einordnung der anwaltlichen Mediation

Die berufsrechtliche Einordnung hat weitreichende Folgen für die media-tive Tätigkeit des Rechtsanwaltsmediators. Es steht mittlerweile außer Diskussion, daß Rechtsanwälte, die beide Konfliktparteien im Rahmen der Familienmediation beraten, weder standesrechtlich noch strafrechtlich rechtswidrig handeln<sup>270</sup>.

#### a. Unparteiische Vermittlungsposition

Auch wenn die Konfliktparteien mit unterschiedlichen Zielvorstellungen an den anwaltlichen Mediator herantreten, entsteht kein Interessenwiderstreit im Sinne des § 43 a Abs. 4 BRAO. Der anwaltliche Mediator steht aufgrund seiner Neutralität als quasi Sachverständiger zu beiden Parteiinteressen in demselben unparteiischen Verhältnis, ohne einer Parteibindung zu unterfallen. Es entsteht folglich im Verhältnis zum Rechtsanwaltsmediator keine Kollision der Parteiinteressen, sondern eine Interessengleichheit, die einen Konflikt mit widerstreitenden Interessen ausschließt.

---

<sup>268</sup>Hensler, AnwBl 3/97, S. 129, 132, bezeichnet die Novellierung des Rechtsberatungsgesetzes wegen des faktischen Verbotes nichtanwaltlicher Rechtsberatung als „schlichtes Verbot der Rechtsbesorgung“.

<sup>269</sup>Göppinger/Börger, Vereinbarungen anlässlich der Scheidung, § 1 RN. 77.

<sup>270</sup>Hensler/Schwackenber, MDR 1997, S. 409 f; Schlußbericht des BRAK-Ausschusses Mediation, BRAK-Mitt. 5/1996, S. 186 ff: Der anwaltliche Mediator wird für alle und gegen keine Partei tätig, unter Berufung auf RGSt 14, S. 365; 22, S. 289; 45, S. 305 sowie BGHSt 4, S. 82.

Es ist demnach Aufgabe des Rechtsanwaltsmediators, die gemeinsamen Interessen der Konfliktparteien herauszubilden, ohne die widerstreitenden Interessen zu vertreten<sup>271</sup>. Durch die umfassende Beratung - sogenannte „interest based Mediation“ - wird in allen möglichen Streitgegenständen eine ganzheitliche Betreuung der Konfliktparteien angestrebt, die dann in der grundsätzlich anzustrebenden einverständlichen Scheidung ihren Abschluß finden kann<sup>272</sup>. Da die Konfliktparteien zu Beginn der Mediationsverhandlung über die Neutralität und Unparteilichkeit des Rechtsanwaltsmediators ausdrücklich aufgeklärt werden, entsteht kein mit dem Rechtsanwaltsvertrag vergleichbares Vertrauensverhältnis. Auf der anderen Seite wird der Rechtsanwaltsmediator auch nicht in ein entsprechendes Treueverhältnis eingegliedert. Aufgrund dieser unparteiischen Stellung steht der Rechtsanwaltsmediator notwendigerweise für das Folgeverfahren als Parteivertreter für die Durchsetzung widerstreitender Interessen nicht mehr zur Verfügung<sup>273</sup>. Es empfiehlt sich deshalb auch, zu Beginn der Mediationsverhandlung mit beiden Konfliktparteien eine schriftliche Vereinbarung über die Verschwiegenheitspflicht zu treffen, um anschließend einer berufsrechtlichen Kollision mit den jeweiligen Parteianwälten aufgrund der anvertrauten Informationen begegnen zu können<sup>274</sup>.

Das Tätigkeitsverbot nach § 43 a Abs. 4 BRAO gilt erst recht, wenn der Rechtsanwalt in derselben Angelegenheit zuvor eine Partei beraten oder vertreten hat. Dagegen führt eine Vortätigkeit in einer anderen Rechtsache nicht zu einem berufsrechtlichen Verbot für die Übernahme der Mediationstätigkeit. Soweit der eine Partei beratende Rechtsanwalt zugleich Notar ist, darf er eine erzielte Scheidungsfolgevereinbarung nicht selber beurkunden, § 3 Abs. 1 Nr. 5 BeurkG. Es handelt sich hierbei jedoch nur um eine Sollvorschrift, die eine Amtspflichtverletzung des No-

---

<sup>271</sup> So auch Haffke, in: Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, Mediation: Die andere Scheidung, S. 65, 95 ff; zu diesem Ergebnis kam auch der 80. HV. der BRAK am 27.09.1996 in Dresden im Thesenpapier, Ziffer 3, Kammerreport Stgt.4/1996, S. 4 f.

<sup>272</sup> Hensler, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, S. 77.

<sup>273</sup> Die anwaltliche Mediation wird aus diesem Grunde auch zu den sogenannten täteruntauglichen Funktionen gezählt, vgl. Henssler, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, S. 75, 81.

<sup>274</sup> Göppinger/Börger, a.a.O., RN. 77.

tars begründet und nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung führt. Dies gilt auch, wenn ein Ehegatte von einem in derselben Sozietät verbundenen Rechtsanwalt vertreten wird. Eine eventuelle Einwilligung der Konfliktparteien ist hierbei unbeachtlich. Wenn die Konfliktparteien unter Vermittlung durch den Rechtsanwaltsmediator ihr Recht autonom gestalten, übt dieser Rechtsberatung aus, ohne einseitig eine der Konfliktparteien zu vertreten.

#### **b. Weitere neutrale Tätigkeitsbereiche**

Auch vor der Aufnahme der Mediation in § 18 BRAO wurden neutrale Aufgaben bereits dem rechtsanwaltlichen Tätigkeitsbereich zugerechnet. Zu nennen ist hier die Tätigkeit als Schiedsrichter oder Testamentsvollstrecker. Der Konkursverwalter wird zwar häufig ebenfalls in diesem Zusammenhang genannt, gehört aber von der Interessenlage her nicht zu dieser Berufsgruppe. Der Konkursverwalter steht zwar unter der Aufsicht des Konkursgerichtes und ist bei der Erfüllung seiner Pflichten allen Beteiligten gegenüber zur Neutralität verpflichtet, dennoch liquidiert er das Vermögen des Gemeinschuldners im Interesse der Gläubiger. Die widerstreitenden Interessen werden besonders dann deutlich, wenn der Konkursantrag von einem Konkursgläubiger nach ergebnislosen Zwangsvollstreckungsversuchen gestellt wurde und gegen den Willen des Gemeinschuldners das Vermögen verwertet werden soll.

#### **c. Anwaltliche Mediation und standesrechtliche Pflichten**

Durch die Aufnahme der Vermittlung, der Schlichtung und der Mediation in § 18 BRAO<sup>275</sup> wurde die Diskussion über den Umfang der standesrechtlichen Pflichten beendet. Mediation stellt somit keinen unbedenklichen Zweitberuf dar, der außerhalb der BRAO anzusiedeln ist<sup>276</sup>. Die Tätigkeit als Rechtsanwaltsmediator unterliegt somit dem Pflichtenprogramm der BRAO, obwohl kein typischer Rechtsanwaltsvertrag nach § 51 ff BRAO geschlossen wird. Trotz der Festlegung des Umfangs der Berufshaftpflichtversicherung in § 51 BRAO, fehlt es dennoch an einer standardisierten Regelung bei den Versicherern.

---

<sup>275</sup>BGBl I 2278, BRAO-Änderung vom 02.04.1994.

<sup>276</sup>BVerfG NJW 1993, S. 317; dazu Kleine-Cosack, NJW 1993, S. 1289.

Um Streitigkeiten vorzubeugen, wird häufig die Aufnahme der Tätigkeit als Rechtsanwaltsmediator als prämieneutrale Versicherungsleistung in die Deckungszusage nach § 158 b VVG empfohlen<sup>277</sup>.

Obwohl die Tätigkeit als Rechtsanwaltsmediator keine rechtsanwaltliche im Sinne des § 51 b BRAO darstellt, ist diese Norm aus ihrem Schutzzweck heraus auch für die Mediationstätigkeit anzuwenden. Bei der Durchführung von Rechtsberatung ist es irrelevant, ob diese im Rahmen eines Anwaltsvertrags oder einer Vermittlungsverhandlung erfolgt. Andernfalls wäre der vermittelnd tätige Rechtsanwalt bei seiner Berufsausübung im komplexen Bereich der Mediation gegenüber seinen Berufskollegen unangemessen benachteiligt. Für die Verjährung von Schadensersatzansprüchen kann sich folglich der anwaltliche Mediator gemäß § 51 a BRAO auf die kurze Verjährung von 3 Jahren berufen.

## **2. Interdisziplinäre Kooperation**

### **a. Kooperation im Rahmen des Rechtsberatungsgesetzes**

In der Praxis findet die Familienmediation nicht nur durch einen Rechtsanwaltsmediator statt, sondern es wird zur ganzheitlichen Betreuung der Konfliktparteien auf interdisziplinäre Unterstützung durch Vertreter der psychosozialen Berufe zurückgegriffen. Nach § 1 S. 1 RBerG sind Nichtanwälte vom rechtsberatenden Tätigkeitsfeld grundsätzlich ausgeschlossen. § 3 Nr. 1 RBerG ermöglicht den Jugendämtern die Rechtsberatung, die von Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit ausgeübt wird, fortzuführen.

Hat der nichtanwaltliche Mediator, ohne gegen das RBerG zu verstoßen, über die Grundinhalte des Familienrechts allgemein aufgeklärt (zum Beispiel Fortdauer des gemeinsamen Sorgerechts oder die Berechnungsmethode des Zugewinnausgleichs) und besteht im Einzelfall über die psychosoziale Betreuung hinaus weiterer materiell- oder verfahrensrechtlicher Beratungsbedarf, ist es an dieser Stelle notwendig, einen

---

<sup>277</sup>Henssler/Schwackenberg, MDR 1997, S. 409, 410; Henssler, AnwBl 3/91, S. 129 f.

Rechtsanwalt hinzuzuziehen<sup>278</sup>. Die rechtsanwaltliche Beratung stellt dabei nicht nur eine Hilfs- oder Nebentätigkeit dar, sondern ist notwendige Grundlage für die effektive Verhandlung über Rechtspositionen. Bevor die notarielle Beurkundung der Verhandlungsergebnisse erfolgen kann, setzt die interessengerechte Rechtsgestaltung die umfassende Berücksichtigung aller rechtlich relevanten Gesichtspunkte voraus. Durch die Notwendigkeit der umfassenden juristischen Beratung der Konfliktparteien ist es den nichtanwaltlichen Mediatoren auch verwehrt, ihre Tätigkeit auf die Ausnahmeregelung des § 5 RBerG zu stützen.

#### **b. Kooperation im Rahmen des rechtsanwaltlichen Berufsrechts**

Darüber hinaus bietet es sich an, die ganzheitliche Beratung der Konfliktparteien im Rahmen einer Kooperation durchzuführen. Das auf die Betreuung in Rechtsangelegenheiten ausgerichtete anwaltliche Berufsrecht geht von einer fragmentarischen und nicht von einer ganzheitlichen Tätigkeit des Rechtsanwaltes aus. Der Bedarf an interprofessioneller Zusammenarbeit wurde nicht ausreichend berücksichtigt. § 59 a BRAO schließt die Möglichkeit eines Zusammenschlusses mit nicht sozietätsfähigen Berufen in einer Sozietät oder einer Bürogemeinschaft, Kapital- oder Partnerschaftsgesellschaft aus<sup>279</sup>. Da der nichtanwaltliche Mediator nicht zu den verwandten wirtschaftsnahen Berufsgruppen (z.B. Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, vereidigter Buchprüfer u. a.) gehört, ist ein derartiger Zusammenschluß nicht zulässig.

Die interdisziplinäre Kooperation ist jedoch im Rahmen eines Vertrages sui generis mit Geschäftsbesorgungs- und Werkvertragsselementen möglich<sup>280</sup>. Bei der interdisziplinären Zusammenarbeit mit Psychotherapeuten und Sozialpädagogen sind auch die berufsrechtlichen Grenzen des § 59 a BRAO einzuhalten. Die Konfliktparteien gehen mit beiden Mediatoren voneinander getrennte Vertragsverhältnisse ein, die jedoch in derselben Mediationsverhandlung gleichzeitig erfüllt werden. Wirtschaftlich

---

<sup>278</sup>Siehe Mähler/Mähler, in: Krabbe, Scheidung ohne Richter S. 149, 167.

<sup>279</sup>BayObLG ZIP 1995, S.1868 mit Anmerkungen von Henssler.

<sup>280</sup>Zuck, Vertragsgestaltung bei Anwaltskooperationen, S. 7 ff.

betrachtet lassen sich die Konfliktparteien von zwei voneinander unabhängigen Mediatoren betreuen.

### c. Zulässigkeit von Werbung

Problematisch ist auch die gemeinsame Werbung mit der interdisziplinären Zusammenarbeit. Die Werbung mit Kooperationspartnern nach § 43 b BRAO ist daran gebunden, daß eine sogenannte verfestigte Kooperation vorliegt. Nachdem der Bundesgerichtshof<sup>281</sup> den Begriff der verfestigten Kooperation bislang nicht näher konkretisiert hat, ist auf § 8 BRAO zurückzugreifen, der diese mit anderen Berufsgruppen nur dann zuläßt, wenn die Zusammenarbeit auf einer vertraglichen Vereinbarung fußt, auf Dauer angelegt ist und durch praktische Kooperation in der Vergangenheit bereits praktiziert wurde. Für den unbeteiligten Betrachter muß die organisatorische Trennung zwischen den Berufsgruppen deutlich hervortreten.

Der Rechtsanwaltsmediator kann mit dem Tätigkeitsfeld der Mediation als Interessen- oder Tätigkeitsschwerpunkt auf Briefbögen, Visitenkarten und seinem Kanzleischild werben<sup>282</sup>. Unzulässig ist jedoch die Selbstbenennung als „Mediator“, da diese eigenmächtig festgelegte Bezeichnung auf Spezialkenntnisse verweist und ihm einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschaffen würde<sup>283</sup>. Diese Bezeichnung kommt erst dann in Betracht, wenn eine mehrjährige familienrechtliche Praxis sowie der Erwerb spezieller Mediationstechniken, basierend auf den Erkenntnissen der Verhaltensforschung unter Einbeziehung psychosozialer Zusammenhänge, nachgewiesen wurde<sup>284</sup>.

---

<sup>281</sup>BGH DB 1993, S. 775 = EWiR § 1 UWG 11/93, S. 499.

<sup>282</sup>OLG Stuttgart, NJW 1989, S. 2898; OLG Karlsruhe NJW 1990, S. 3155; a.A. LG Freiburg .BRAK-Mitt. 1996, S. 186, 188.

<sup>283</sup>Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, S. 75, 89 f; Es besteht die Verwechslungsmöglichkeit mit einer Fachanwaltsbezeichnung, vgl. Henssler, AnwBl 3/97, S. 129, 134.

<sup>284</sup>Schlußbericht des BRAK-Ausschusses Mediation, BRAK-Mitt. 5/1996, S. 186, 188, unter Verweis auf die Mediationsausbildung der BAFM, die mit der „Europäischen Charta zur Ausbildung von Familien-Mediatoren im Bereich Trennung und Scheidung“ abgestimmt wurde.

## II. Gebührenberechnung

### 1. Anwendbare Gebührentatbestände

Wegen der auf einseitige Interessenvertretung ausgerichteten Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (BRAGO) können nicht alle Gebührentatbestände zur Anwendung kommen. So kommt eine Besprechungsgebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO oder eine Vergleichsgebühr nach § 23 BRAGO nicht in Betracht, da der anwaltliche Mediator nicht mit der Vertretung widerstreitender Interessen tätig werden kann. Es verbleibt für die Abrechnung der Mediationstätigkeit somit nur der Rückgriff auf den Gebührentatbestand für Rat und Auskunft nach § 20 Abs. 1 S. 1 BRAGO sowie die Geschäftsgebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO<sup>285</sup>.

### 2. Notwendigkeit von Honorarvereinbarungen

Ausgehend von einem Arbeitsaufwand von 5 bis 10 Stunden für die abschließende Mediationsverhandlung, wird in der Praxis mit den Konfliktparteien häufig ein Zeit- oder Pauschalhonorar vereinbart<sup>286</sup>. Kommt die Mediationsverhandlung zu einem vergleichswisen Abschluß, wird darüber hinaus eine an der Vergleichsgebühr des § 23 BRAGO orientierte Abschlußgebühr vereinbart. Die zur Anwendung kommenden Gebührentatbestände der BRAGO lassen eine kostendeckende Gebührenberechnung zur Zeit nicht zu, so daß eine schriftliche Honorarvereinbarung notwendig ist<sup>287</sup>. Die Höhe des Stundensatzes hängt auch davon ab, welche Berufsgruppen und ob ein oder zwei Mediatoren an der Mediation beteiligt sind.

---

<sup>285</sup>Schlußbericht des BRAK-Ausschusses a.a.O.

<sup>286</sup>Ewig, BRAK-Mitt. 1996, 147, 148.

<sup>287</sup>Stundenhonorare zwischen DM 200,- und 500,- sind nach Ponschab, AnwBl. 10/97, S. 520 f üblich; Gerwens-Henke, in: Stempel, Mediation in der Praxis, S. 89 ff verweist auf die Praxis der Beratungsstellen, einen einkommensabhängigen Abrechnungsmodus anzuwenden: etwa 2 Prozent des gemeinsamen Nettoeinkommens pro Stunde. Die Honorarhöhe von Mediatoren psychosozialer Berufe liegt zwischen DM 120,- und 200,-, bei Anwaltsmediatoren zwischen DM 250,- und 350,-.

## § 11 Mediationsverfahren

Um eine ergebnisorientierte Mediationsverhandlung durchführen und einen im wesentlichen störungsfreien Verfahrensablauf gewährleisten zu können, müssen zu Beginn jeder Verhandlung Verfahrensgrundsätze ausgehandelt und verbindlich vereinbart werden. Ein Verhandlungsziel kann nur dann für beide Konfliktparteien nachvollziehbar erzielt werden, wenn beide über den Verfahrensablauf aufgeklärt wurden und sich damit ausdrücklich einverstanden erklärt haben. Das Ergebnis einer Verhandlung kann demnach nicht besser sein als der dafür zurückgelegte Weg. Gerade im Bereich einer zukunftsorientierten Gestaltung stellt eine Übereinkunft über den Verfahrensablauf ein wesentliches Kriterium für die subjektiv reflektierte Parteigerechtigkeit dar.

Das Ziel, ein sachgerechtes Ergebnis zu finden, unterscheidet sich im Bereich der Mediation nicht grundsätzlich von den für Direktverhandlungen vorgeschlagenen Verfahrensphasen. Während in bilateralen Verhandlungen die Konfliktparteien selbständig für den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf einzustehen haben, übernimmt der Mediator hierbei - jeweils abhängig von seinem Rollenverständnis - eine Position, die von der bloßen Verhandlungsführung bis zur therapeutischen Integration reichen kann.

Die gewählten Strukturen, die nicht nur zu Beginn der Verhandlungen vereinbart werden, sondern auch während der Verhandlungen laufend kontrolliert werden müssen, gewährleisten eine ergebnisorientierte Behandlung des komplexen Sachverhalts. Aufgabe des Mediators ist es neben der Überwachung des Verfahrensablaufs auch, die Parteien einem inhaltlichen Konsens näher zu bringen. Wenn im folgenden fünf Verhandlungsphasen dargestellt werden, ist eine weitere Untergliederung zwar möglich, jedoch nicht in jedem Fall sinnvoll.

Die Konfliktparteien sind bereits von der inhaltlichen Komplexität des zu behandelnden Konfliktstoff und der emotionalen Anspannung derart

ausgefüllt, daß eine weitere Aufspaltung der Mediationsphasen nicht zu einer besseren und umfassenderen Konfliktbehandlung führt. Trotzdem kann es selbstverständlich sinnvoll sein, in besonders gelagerten Fällen weitere Phasen oder Themen zum Beispiel zur Äußerung der aufgeladenen Emotionen einzugliedern oder die Reihenfolge der Phasen teilweise zu vertauschen. Eine solche Konstellation wird sich jedoch erst im Rahmen der Mediationsverhandlung herausstellen und vom Mediator bei der Verfahrensgestaltung entsprechend berücksichtigt werden müssen.

Damit eine umfassende Konfliktbehandlung während der Mediationsverhandlung gewährleistet werden kann, bietet sich eine Fünf-Phasen-Verhandlung mit der jeweils anzuwendenden Baumstruktur sowie einer weitverzweigten Untergliederung in Themen und Unterthemen an. Diese Verhandlungsphasen stellen ein Mindestmaß an Verhandlungsstruktur zur sinnvoll aufeinander aufbauenden Konfliktbehandlung dar<sup>288</sup>.

## I. Verhandlungsphasen

1. Die **Einleitungsphase** ist darauf ausgerichtet, die Parteien über die äußeren Rahmenbedingungen der Verhandlung, die Regularien, Chancen und Risiken aufzuklären und ihr ausdrückliches Einverständnis hierzu einzuholen. Der Mediator gewährleistet somit die Beachtung des vereinbarten Vermittlungsprozesses und kann bei Verstößen gegen den Verfahrensablauf die Konfliktpartei an ihr Einverständnis erinnern. Nachdem sich auch der Mediator ein Bild von den Konfliktparteien gemacht hat und die grundsätzliche Anwendungsmöglichkeit der Mediation bejaht hat, wird ein (schriftlicher) Mediationsvertrag geschlossen.

---

<sup>288</sup>Proksch a.a.O., S.109, 115 ff.; zustimmend Dietz/Krabbe, in: Krabbe (Hrsg.), Scheidung ohne Richter, S. 109, 112; Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, a.a.O., S. 134 ff (Fn.3); Ballhoff, Scheidungs- und Trennungsberatung durch die Jugendhilfe 1992, S. 31 f, geht von einer Untergliederung in 7 Verhandlungsphasen aus; die Verhandlungsphasen im Überblick werden von Balloff/Walter, in: Amthor/Proksch/Sievering, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, S. 165, 182 ff dargestellt.

Andernfalls wird der Mediator andere Wege der Konfliktbehandlung darlegen und das Verfahren beenden<sup>289</sup>.

**2.** In der **Themenphase** werden die regelungsbedürftigen Themen für die folgende Verhandlung erfaßt und nach Hierarchien geordnet. Hier wird der inhaltliche Grundstein für die sich anschließenden Verhandlungen gelegt. Während bei bilateralen Gesprächen eine Weichenstellung in Richtung auf den richtigen Verhandlungsgegenstand getroffen wird, sind bei der Familienmediation die Themen, die in jedem Fall geregelt werden müssen, durch den gesetzlichen Rahmen vorgegeben.

**3.** Die **Informationsphase** liefert den für die anschließende Argumentation zu den festgelegten Themenbereichen erforderlichen tatsächlichen Sachverhalt. Hierzu gehören zum Beispiel das prägende Familieneinkommen, Bewertung des Familienvermögens einschließlich Verbindlichkeiten, Kinder usw.

**4.** In der **Argumentationsphase** wird der festgestellte Sachverhalt unter den Konfliktparteien nach Themengebieten getrennt inhaltlich behandelt. Die Konfliktparteien können unter Leitung des Mediators ihre gesamte Kreativität einbringen. Die Komplexität des angesammelten Sachverhalts wird vom Mediator geordnet und einer strukturierten Bearbeitung zugeführt. Die in Hierarchien strukturierten Themenbereiche werden in Teilabschnitte untergliedert. Es wird festgestellt, in welchen Bereichen Einigkeit besteht und wo Verhandlungsbedarf zu erkennen ist. In Teilbereichen, in denen eine Übereinkunft erreicht wurde, werden die Zwischenergebnisse festgestellt und protokolliert.

Für das gegenseitige Verständnis der unterschiedlichen Sichtweisen und Interessen erfolgt in den streitigen Positionen die eigentliche Verhandlung. Hier beginnt auch der eigentliche Tätigkeitsschwerpunkt des Mediators. Seinem Verhandlungsgeschick obliegt es nun, die Kommunikati-

---

<sup>289</sup>Zum Beispiel die Durchführung der Familientherapie, Trennungs- und Scheidungsberatung (vgl. oben, 2. Kapitel, § 7 I, II) oder das gerichtliche Verfahren anraten.

on um die gleichgerichteten Interessen wieder in Gang zu setzen. Hierzu gehört auch, direkt entgegengesetzte Interessen festzustellen und, soweit ein Ausgleich durch sogenannte Kuchenvergrößerung nicht erzielt werden kann, den gerichtlichen Weg mit seinem wahrscheinlichen Ergebnis darzulegen. Emotionen können hier zur Steuerung und Überwindung von Kommunikationsbarrieren gezielt hervorgerufen und eingesetzt werden.

Wurde ein regelungsbedürftiger Sachverhalt vergessen oder keine oder nur ungenügende Informationen hierzu gesammelt, kann dessen abschließende Behandlung nicht erfolgen. Dies wiegt besonders schwer, da es das Ziel der Mediation ist, ein Gesamtpaket zu erstellen. Das gesamte Spektrum der Regelungsmöglichkeiten kann jedoch nur dann in ein interessengerechtes Ergebnis einmünden, wenn eine entsprechende inhaltliche Verhandlung darüber stattgefunden hat. Die Ausgewogenheit des Ergebnisses und die Gewährleistung der Fairneß kann jedoch nur erzielt werden, wenn in vorhergehenden Verfahrensstufen keine Fehler entstanden sind.

Auch in dieser Situation muß der Mediator überprüfen, ob beide Konfliktparteien entsprechend ihrer festgestellten Interessen berücksichtigt wurden. Läßt sich eine Partei aufgrund Mitleids oder einer eingenommenen Opferhaltung zu einer ihren Interessen klar widersprechenden Regelung verleiten, so muß er auch an dieser Stelle das Verfahren abbrechen. Das Ergebnis hätte ansonsten keinen Bestand für die Zukunft<sup>290</sup>.

**5.** In der **Entscheidungsphase** werden die bereits festgestellten Zwischenergebnisse addiert und zu einer Gesamtkonstruktion verbunden. Hierbei kann jedoch nicht formal vorgegangen werden. Es soll kein objektiv gerechtfertigtes, sondern ein subjektiv interessengerechtes Ergebnis erzielt und anschließend vereinbart werden.

---

<sup>290</sup>Vgl. Mähler/Mähler, a.a.O., S. 365.

Vor der Unterzeichnung des schriftlich fixierten Vertragstextes sollten sich die anwaltlich beratenen Konfliktparteien nochmals vergewissern, ob diese Vereinbarung ihren tatsächlichen Interessen entspricht und auch eine positive Zukunftsprognose möglich ist. Dabei sollte auch die alternativ rechtlich erzielbare Konfliktbehandlung nochmals dargestellt und mit dem Verhandlungsergebnis verglichen werden. Insgesamt wird hierfür durchschnittlich ein Zeitraum von 10 bis 15 Stunden zur Problembehandlung aufgewandt<sup>291</sup>. In Einzelfällen kann es sinnvoll sein, eine Phase anzuschließen, in der die Konfliktparteien über ihre Erkenntnisse aus dem bisherigen Vollzug der Vereinbarung berichten. Es wird dabei rechtzeitig eine Korrekturmöglichkeit geschaffen, die der Komplexität des Gesamtpaketes entsprechen soll.

Es ist zu beachten, daß eine einvernehmliche Regelung nur dann auch der Zukunftsgestaltung ausreichend angepaßt ist, wenn eine an der Praxiserfahrung ausgerichtete Korrektur im nachhinein möglich ist. Auf der anderen Seite wird der unzufriedenen Konfliktpartei damit die Möglichkeit gegeben, dem Gesamtpaket die Zustimmung wieder entziehen zu können. Eine laufende Abänderbarkeit bei sich nachträglich einstellenden Umsetzungsproblemen muß sich jedoch auch an der Wechselbezüglichkeit der Vereinbarung ausrichten. Diesem Gesichtspunkt wird nur dann ausreichend Rechnung getragen, wenn sich der erzielten Vereinbarung eine zeitlich eng umgrenzte Erprobungsphase anschließt, nach deren Ablauf einseitige Änderungswünsche nicht mehr berücksichtigt werden müssen. Wurden die beiderseitigen Interessen von den Konfliktparteien unter Anleitung des Mediators richtig erarbeitet, muß sich der Korrekturrahmen nur noch auf die Umsetzung der Verhandlungsergebnisse beziehen und kann nicht mehr zu einer vollständigen Aufhebung der Vereinbarung führen.

Es handelt sich bei der Vereinbarung des Gesamtpaketes um eine vergleichsweise Behandlung von Konfliktthemen, auf die sich die Parteien

---

<sup>291</sup>Vgl. Mähler/Mähler, a.a.O.

eingelassen haben, um eine dauerhafte Regelung zu erzielen. Die Sicherheit vor laufenden Änderungen kann jedoch nur dauerhaft erzielt werden, wenn diese gegen den Willen einer Partei nur unter denselben Voraussetzungen erzwungen werden können wie eine gerichtliche Entscheidung.

## **II. Familienmediation und Verhandeln**

Mediation beruht in weiten Teilen auf den Erkenntnissen der Verhandlungsführung. In beiden Verfahren wird zwischen zwei Konfliktparteien verhandelt.

### **1. Gemeinsame Zielsetzung**

Während die Familienmediation darauf gerichtet ist, ein interessengerechtes und zukunftsorientiertes Ergebnis für die Reorganisation der Familie zu erzielen, ist bilaterales Verhandeln darauf ausgerichtet, eine sachgerechte Regelung des vorhandenen Problems zu finden, mit der beide Parteien zufrieden sein können<sup>292</sup>. Beide Verfahren lehnen somit die dem irrationalen Verhandlungsmodell anhaftende Zielvorstellung von der Optimierung des eigenen Nutzens ab. Hierbei wird erneut deutlich, welche Verbindungen zwischen den Verhandlungslehren und Mediation bestehen. Beide Verfahren sind konsequent strukturiert. Beide Verfahren stellen hohe Anforderungen an den Mediator bzw. an die verhandelnden Parteien (bei dualen Verhandlungen). Kenntnisse aus dem Bereich der Verhandlungsführung, der Psychologie und des juristischen zu behandelnden Bereichs des Familienrechts sind Voraussetzung für jede Art der erfolgsorientierten Verhandlung.

### **2. Unterschiedlicher Verfahrenscharakter**

Beide Verfahren unterscheiden sich jedoch grundsätzlich vom Verfahrensmodus, wie das angestrebte Ziel der Sachgerechtigkeit erreicht werden soll. Im Bereich der Mediation werden neben den Kenntnissen des Mediationsverfahrens und seiner speziellen Verhandlungsführung weite-

---

<sup>292</sup>Haft, Verhandeln, S. 116.

re besondere familienbezogene Kenntnisse verlangt. Die Konfliktparteien können sich bei einem erfahrenen Mediator auf die verfahrenstechnisch ordnungsgemäße Durchführung verlassen. Bei bilateralen Verhandlungen trifft häufig die Überforderung der Konfliktparteien mit der Komplexität des Sachverhaltes mit dem Problem der Verfahrensführung zusammen. Eine sachgerechte Konfliktbeilegung wird zudem noch dadurch erschwert, daß die verhandlungsungeübten Konfliktparteien aufgrund emotionaler Erregung in den vermeintlich sicheren Hafen des Positionnendens zurückkehren und weitere Verhandlungen unmöglich machen. Dabei besteht die erhebliche Gefahr des Entstehens von Kommunikationsbarrieren, die den Graben zwischen den Konfliktparteien noch vertiefen und sie somit einer gerichtlichen Entscheidung näher bringen.

## **4. Kapitel: Familienmediation als Methode zum Umgang mit Familienkonflikten**

Wie bereits oben (2. Kapitel § 7 I) dargelegt, ist die Familienmediation auf die Erzielung einer zukunftsorientierten Konfliktbehandlung gerichtet. Hierbei steht die den veränderten Umständen angepaßte Reorganisation der Familie im Vordergrund. Eine Neuorganisation der familialen Beziehungen kann nur dann eine Stabilität für die Bewältigung weiterer Konflikte bewirken, wenn den Bedürfnissen aller betroffenen Personen ausreichend Rechnung getragen wird. Eine zukunftsorientierte Reorganisation muß somit zur Bewältigung multidimensionaler Problemsituationen eine flexible Ausrichtung enthalten, die eine entsprechend flexible Behandlung der Problempunkte gewährleistet, ohne aus diesen Konfliktsituationen entstehen zu lassen.

### **§ 12 Reorganisation der Familie**

#### **I. Auflösung des ehelichen Mikrokosmos**

Die Paar- und Familienbeziehungen bilden während der bestehenden Ehe, in Abgrenzung zur Außenwelt, dem Makrokosmos, einen empfindlichen Mikrokosmos, der es den Familienmitgliedern ermöglicht, ihre arbeitsteilig übernommene Verantwortung auszufüllen und sich parallel hierzu im Rahmen ihrer Möglichkeiten zu verwirklichen. Es bildet sich eine gemeinsame Identität heraus, die die Basis der Lebensplanung und Lebensverwirklichung wird<sup>293</sup>.

Mit der Trennung und Scheidung wird dieser stabilisierende Aspekt aufgelöst. Die bisher gültigen Vorstellungen werden nicht nur in Frage gestellt, sondern es wird von den Konfliktparteien verlangt, ihr Leben in Loslösung von dem bisherigen neu zu gestalten. Depressionen, Desorientierung, Identitätsverlust und Angst vor der ungewissen Zukunft sind häufig die Folge.

---

<sup>293</sup>Welter-Enderlin, in: Krabbe, Scheidung ohne Richter, S. 17, 27, bezeichnet die Ehe als den Ort der Individuation, als Nische der Selbstfindung.

## 1. Bewältigung von Trauer

Die Scheidungswilligen sind durch die Komplexität des zu behandelnden Konfliktstoffes oft emotional und dadurch auch intellektuell überfordert, kommunikativ eine Konfliktbehandlung zu erarbeiten. Die Überwindung der emotionalen Krisensituation führt häufig dazu, daß sich eine Konfliktpartei als willkürlich gewähltes Opfer einer Auseinandersetzung ansieht, deren Ursache sie nicht gesetzt hat - zumindest nicht im wesentlichen -, deren Folgen sie jedoch zu tragen verpflichtet wird. Zum einen kann dies dazu führen, daß diese Konfliktpartei die Trennung und Scheidung nicht akzeptieren will und versucht, den Partner durch Zugeständnisse weiter an sich zu binden. Eine weitere Entwicklungsmöglichkeit ist die stille Resignation. Wenn sich diese Konfliktpartei mit der Trennungs- und Scheidungssituation abgefunden hat, so besteht das Risiko einer Teilnahmslosigkeit und Passivität, die einer kreativen und kommunikativen Kooperation zwischen den Parteien zur Zukunftsgestaltung im Wege steht.

Die offensivste Variante stellt die lediglich auf Vergeltung des unberechtigt zugefügten Leides ausgerichtete Einstellung dar. Die Konfliktpartei projiziert hierbei sämtliche negativen Auswirkungen der Trennung und Scheidung in den anderen Partner hinein und baut damit Kommunikationsbarrieren auf, die aus eigener Kraft nicht überwunden werden können. Die Ursache für die (psychisch) erlittenen Schmerzen werden ausschließlich bei der jeweils anderen Konfliktpartei gesucht, was dazu führt, daß sukzessive ein Feindbild aufgebaut wird, das den Konflikt laufend vertieft. Diese Emotionsprojizierung kann im Ergebnis so weit gehen, daß der ehemalige Partner als „Feind“ betrachtet wird, dem es gilt soviel Schaden wie möglich zuzufügen, selbst wenn man sich dabei selbst schädigen muß<sup>294</sup>.

---

<sup>294</sup>So bezeichnet Bernhardt, in: Krabbe, Scheidung ohne Richter, S. 42 f, dies als „eheliches Projektionssystem“.

Nach Bernhardt<sup>295</sup> wird der ursprünglich als Partner auf Lebenszeit ausgesuchte Ehegatte zum Sündenbock gemacht, dessen Hauptvergnügen scheinbar darin besteht, den anderen Partner ärgern und verletzen zu wollen. Die Fortsetzung des ehelichen Projektionssystems führt unter dem gleichzeitigen Aufbau von Kommunikationsbarrieren zu einer zunehmenden Spaltung zwischen den Konfliktparteien. Die beim jeweils anderen Partner entdeckten charakterlichen Mängel werden dann als Begründung für den Entzug des Sorgerechts angeführt. Der Paarkonflikt wird auf einen Elternkonflikt ausgeweitet. Angestrebt wird somit bereits zu diesem Zeitpunkt die traditionelle Ein-Eltern-Familie, bei der der alleinsorgeberechtigte Elternteil das gemeinsame Kind vor dem anderen Elternteil schützen muß.

Eine differenzierte Auseinandersetzung mit den Ursachen der nun zu bewältigenden Situation erfolgt nicht. Eine Neuorientierung und Neubebinnung auf die Verantwortung für die gemeinsamen Kinder wird durch die emotionale Blockadestellung erheblich erschwert. Vielmehr werden die Kinder dabei häufig als Kampf- und Druckmittel verwandt, um den ehemaligen Lebenspartner zu einseitig notwendigen Änderungen und Zugeständnissen zu bewegen.

## **2. Bedürfnis nach Schutz**

Der sich seit der Jahrhundertwende herausgebildete Wandel von der Großfamilie zur sogenannten Zweigenerationenfamilie führt im Fall der Trennung und Scheidung zu einer grundlegenden Änderung bei der Behandlung psychosozialer Konflikte<sup>296</sup>. Die zwei- bis vierköpfige Zweigenerationenfamilie ist in der Verarbeitung von Ängsten häufig überlastet. Die in der Großfamilie bisher vorgefundenen emotionalen Ausgleichsmöglichkeiten sind ersatzlos weggefallen. Der Wandel von der bisher erlebten Familienrealität zur binuklearen Zweikernfamilie verursacht bei allen hiervon Betroffenen Ängste vor der Neugestaltung. Der mit dieser Krisensituation verbundene Verlust der Bezugspersonen führt häufig zu

---

<sup>295</sup>Bernhardt, a.a.O., S. 42 f.

<sup>296</sup>Balloff, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 25.

einem Anklammerungsbedürfnis<sup>297</sup>. Die bisher erlebte Familienrealität war darauf angelegt, alle Krisen gemeinsam zu bestehen und wird nun in Zukunft darauf angewiesen sein, diese in den jeweiligen Kernfamilien zu überwinden. Die Eheleute waren in der bisherigen Familie aufgrund der Arbeitsteilung jeweils für verschiedene Aspekte der Lebensführung zuständig, auch wenn gemeinsam entschieden wurde. Die Spezialisierung fällt durch den Verlust des Partners weg und verlangt nun von den geschiedenen Eheleuten eine umfassende Lebens- und Konfliktbewältigung. Je enger die partnerschaftliche Beziehung in der Vergangenheit war, desto schwieriger gestaltet sich die selbständige Zukunftsgestaltung.

Verstärkt wird diese Problematik durch die phylogenetischen Verarbeitungsmechanismen menschlicher Gefühle. Die Destabilisierung der Emotionen führt bei Männern häufig zu Aggressionen. Bei Frauen ist das Verhältnis spiegelbildlich umgekehrt. Hier liegt der Schwerpunkt häufig auf der intensiven Trauer<sup>298</sup>.

Nach einer von Napp-Peters im Jahr 1988 veröffentlichten Studie über 150 Scheidungsfamilien wurde deutlich, welcher schwerer Einbruch in die Lebenswelt der Kinder durch die Durchführung der Trennung und Scheidung entsteht<sup>299</sup>. Danach litten 37 Prozent der Kinder unter Trennungsängsten, Depressionen und Schuldgefühlen, während bei 13 Prozent ein überwiegend aggressives Verhalten festgestellt werden konnte. Die Bewältigung der psychodynamischen Konflikte führte bei 20 Prozent der Kinder zu Sprachstörungen, Hautausschlag oder Magen- und Darmstörungen. Diese unmittelbaren Reaktionen auf die neue Lebenswelt klangen nach ca. 2 Jahren ab, wenn die Kinder sich auf die neue Situation eingestellt hatten.

---

<sup>297</sup>Balloff, a.a.O.

<sup>298</sup>Balloff, a.a.O., S. 27.

<sup>299</sup>Napp-Peters, Scheidungsfamilien Interaktionsmuster und kindliche Entwicklung, DV-Arbeitshilfen 1988, Heft 37, S. 15, 43: Dabei sind Ergebnisse über 269 Kinder aus 100 Familien mit alleinerziehenden Müttern und 50 mit alleinerziehenden Vätern erhoben worden. Der Erhebungszeitraum war von 1980 bis 1981.

Darüber hinaus konnten Verhaltensstörungen bei etwa 25 Prozent der Kinder festgestellt werden, die zu erheblichen Erziehungsschwierigkeiten geführt haben<sup>300</sup>. Erschwerend kommen bei ca. 40 Prozent der Kinder die bis auf die Armutsgrenze zurückgedrängten Lebensverhältnisse hinzu. Dadurch werden die trennungs- und scheidungsbedingt belasteten Beziehungen zwischen den Kindern und den Eltern, insbesondere zu dem nichtsorgeberechtigten Elternteil, über die rein psychologische Ebene hinaus weiter belastet. Die Scheidung der Eltern führt somit bei nahezu 50 Prozent der Kinder zu einer laufenden Entfremdung vom nichtsorgeberechtigten Elternteil. Napp-Peters kommt zu dem Ergebnis, daß die überwiegende Mehrheit der Kinder mit dauerhaften Störungen aus Beziehungen stammen, die nach der Trennung und Scheidung nicht den Weg zu einer Reorganisation der Familie, sondern zu einem Abbruch oder konfliktgeladenen Nach-Scheidungsverhältnis geführt haben.

### **3. Folgen für das elterliche Verhalten**

Die co-elterliche Interaktion ist demnach für die Kinder ein wesentliches Element für die Begrenzung und Bewältigung der scheidungsbedingten Konfliktsituation. Die psychodynamische Konfliktbewältigung erfordert jedoch von den geschiedenen Eltern ein erhöhtes Maß an Kommunikation und Kooperation. Darüber hinaus müssen persönliche Emotionen von der Verantwortung für das Kindeswohl getrennt werden. Diese kinderorientierte Interaktion kommt dabei mittelbar auch den Eltern zugute. Die kooperative Verhandlung und Ausübung der elterlichen Verantwortung für die gemeinsamen Kinder ermöglichte 62 Prozent der untersuchten Eltern die Eingehung einer neuen Partnerschaft (im Vergleich zu 48 Prozent der untersuchten Eltern) und 43 Prozent die Eingehung einer neuen Ehe (im Vergleich zu 26 Prozent der untersuchten Eltern).

---

<sup>300</sup>Auffallend war, daß hiervon 69 Prozent auf männliche und nur 31 Prozent auf weibliche Kinder entfielen. Daraus ergibt sich die Hypothese, daß Jungen bis zu 10 Jahren deutlich schwerer unter der Verarbeitung der Scheidungsfolgen zu leiden haben.

## II. Gestaltung der Zukunft

Trotz einer emotional belasteten Ausgangsposition kann die Neuorganisation der Familie verwirklicht werden, wenn die trennungs- und scheidungsbedingten Blockaden aufgelockert und überwunden werden. Die eigentliche Krise liegt regelmäßig nicht erst im Zerrüttungszeitpunkt vor, sondern ist das Endergebnis einer vorgeschalteten Phase der familialen Entwicklung. Erst wenn der in der Trennungs- und Scheidungsphase entstandene Emotionsstau verarbeitet, überwunden und sukzessive gegenseitiges Vertrauen aufgebaut wurde - selbst wenn dieses nur auf die Abwicklung der bisherigen Partnerschaft begrenzt ist -, sind die Grundvoraussetzungen für die Durchführung der Familienmediation gegeben. Kooperative Zusammenarbeit ist damit notwendig, um einen konstruktiven und ergebnisorientierten gemeinsamen Ansatz finden zu können.

Dabei gewährleistet allein die richtige Wahl des theoretischen Behandlungsansatzes noch keinen positiven Ausgang der Mediationsverhandlung. Die Erarbeitung der gemeinsamen Interessen der Konfliktparteien stellt somit eine Hauptaufgabe des Mediators dar und ermöglicht damit die Überwindung der elterlichen Blockadehaltung. Die emotionale Leistungsfähigkeit der Konfliktparteien stellt somit die Grenze des Mediationsansatzes dar. Die Förderung der gemeinsamen Kinder kann hierbei als Ansatzpunkt für die Vereinbarung eines Gesamtkonzepts im Rahmen einer Mediationsverhandlung genutzt werden. Denn nur auf der Basis einer funktionierenden elterlichen Verbindung - wenn auch auf einer von den Parteien neu zu definierenden partnerschaftlichen Ebene - kann die familiäre Interdependenz zur Förderung und Kontinuität der Kindesentwicklung fortgeführt werden.

Fehlt es auch nur bei einer der Konfliktparteien dauerhaft an der nachhelichen Kooperationsfähigkeit oder Kooperationsbereitschaft beziehungsweise entfällt diese während des Verfahrens, kann die Mediation nicht erfolgreich weitergeführt werden. Der Mediator muß in diesem Fall die Mediation abbrechen und den Konfliktparteien eine Streitige Entscheidung durch das Familiengericht anraten.

## § 13 Eltern-Kind-Beziehung

Um eine kontinuierliche Eltern-Kind-Beziehung zu ermöglichen, ist auch eine neue Gestaltung der Beziehung zwischen den geschiedenen Ehegatten erforderlich. Bastine/Link/Lörch beschreiben die anzustrebende Entwicklung wie folgt: „Sich als Paar trennen, aber Eltern bleiben“<sup>301</sup>.

Die familialen Verbindungen in der bisher gewohnten Art und Weise werden durch eine Neuorganisation ersetzt. Die elterlichen Beziehungen trennen sich in einen mütterlichen und einen väterlichen Haushalt. Es entsteht eine binukleare Familie oder die sogenannte *Zweikernfamilie*<sup>302</sup>. Die Verbindung der geschiedenen Eltern muß sich hierbei über die Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der neuen Beziehungsstruktur anpassen. Dabei vollzieht sich eine Umgestaltung zu einer offenen Familie. Die Aufrechterhaltung der binuklearen Struktur der Kindererziehung soll über die Beendigung der Familie in der bisherigen Organisationsform ermöglicht werden. Das Wohlbefinden der Kinder in der Nachscheidungsituation steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der weiteren fördernden Kooperation der Eltern<sup>303</sup>. Eltern mit Kindern wird besonders über die Neuregelung des § 1671 Abs. 1 BGB bei der Gestaltung der nahehelichen familialen Beziehungen die Chance eröffnet, außerhalb des auf Konfrontation gerichteten familiengerichtlichen Verfahrens das elterliche Verhältnis mit einer Übereinkunft zum Wohle der gemeinsamen Kinder zu verbinden.

Soweit die Konfliktparteien keine widerstreitenden Anträge nach § 1671 Abs. 1 BGB nF in Verbindung mit § 623 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nF stellen oder eine einvernehmliche Lösung des Sorgerechts nach § 1671 Abs. 2 Ziffer 1 BGB vereinbaren, die als Grundlage für die familiengerichtliche Entscheidung verwandt werden kann, entfällt der beide Parteien und die Kinder extrem emotional belastende „*Kampf ums Kind*“. Zudem bedarf es keiner bewertenden Stellungnahme des Jugendamts, um das Sorgerecht nach § 1671 Abs. 2 BGB nF auf eine Konfliktpartei zu übertragen.

---

<sup>301</sup>Bastine/Link/Lörch, Familienmediation, S. 380.

<sup>302</sup>Napp-Peters, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S.13.

Der besonders schwer wiegende Nachteil dieser bewertenden Stellungnahme ist mit der damit notwendig verbundenen Zurücksetzung eines Elternteiles verbunden<sup>304</sup>. Die Konfliktparteien verlassen damit den Bereich einer durch Verhandlungen erzielbaren *Win-Win-Situation* zugunsten einer *Sieger-Verlierer-Situation*. Der nichtsorgeberechtigte Elternteil fühlt sich aufgrund der dem Desorganisationsmodell typischen Verlagerung der elterlichen Verantwortung auf einen Elternteil unberechtigt zurückgesetzt und aus der „Familie“ ausgeschlossen. Darüber hinaus wird es notwendig sein, daß das Kind als Zeuge in der familiengerichtlichen Auseinandersetzung gehört werden muß. Dies führt regelmäßig zu einem Loyalitätskonflikt, der die familiäre Interaktion stark belastet. Dieses Ergebnis ist mit dem Wohl des Kindes nicht zu vereinbaren<sup>305</sup>. Aufgrund dieser Bewertung wird die weitere Durchführung der Scheidung nicht nur für den Bereich der Kindeserziehung mit einer Hypothek belastet, sondern es werden Kommunikationsbarrieren aufgebaut, die sich in den (nach-) ehelichen Konflikt weiter fortsetzen<sup>306</sup>.

Soweit die Konfliktparteien die Möglichkeit zur einvernehmlichen Regelung ihrer Beziehungen untereinander und gegenüber den gemeinsamen Kindern erkannt haben, ist der Weg zur Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts nach § 1671 Abs. 1 BGB nF eröffnet. Die kooperative Grundeinstellung der Konfliktparteien und die Erkenntnis der Kooperationsmöglichkeit kann anschließend dazu verwandt werden, weitere nur

---

<sup>303</sup> Prosch, *Mediation für die Praxis*, S. 74, 77.

<sup>304</sup> Siehe auch BVerfG NJW 1981, S. 217 = FamRZ 1981, S. 124; FamRZ 1990, S. 392: Um dem Förderungsprinzip gerecht zu werden, wurde bis zur Neuregelung des Kindschaftsrechts die elterliche Sorge demjenigen Elternteil übertragen, der am besten zur Erziehung und Betreuung des Kindes geeignet erschien und von dem wahrscheinlich ein höheres Maß an Unterstützung zur Persönlichkeitsentwicklung zu erwarten war. Die Persönlichkeit der Eltern und deren erzieherische Eignungen wurden dabei gegeneinander abgewogen; OLG Stuttgart FamRZ 1978, S. 827 f; BayObLG FamRZ 1980, S. 482, OLG Hamm FamRZ 1980, S. 484 f m.w.N.: stellt auf die Verantwortungsbereitschaft der Eltern ab. BGH FamRZ 1990, S. 392 f stellt bei Gleichrangigkeit der Eltern auf die objektiv überprüfbare Möglichkeit der ganztägigen Betreuung ab.

<sup>305</sup> Siehe auch Matthey, *Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe*, S. 127, 130.

<sup>306</sup> Im Einklang mit der Rechtsprechung übertrug z.B. das OLG Brandenburg, FamRZ 1996, S. 1095 f, das Sorgerecht der Mutter, da sie nach ihrer Persönlichkeit, ihrer *Beziehung* zum Kind und nach den äußeren Verhältnissen am ehesten in der Lage er-

die Ehegatten betreffende Punkte in die Mediation mit einzubeziehen. Werden dem gemeinsamen Kind Loyalitätskonflikte, Ängste und Schuldgefühle erspart, werden auch zusätzliche Spannungen zwischen den Konfliktparteien reduziert<sup>307</sup>. Kommen die Konfliktparteien zu dem Ergebnis, daß die gemeinsame elterlichen Sorge beibehalten werden soll und abweichende Anträge nicht gestellt werden, kann damit eine Entkrampfung in anderen Bereichen der Scheidung herbeigeführt werden.

Mit dem blinden „*Kampf ums Kind*“ findet eine Verantwortungsverlagerung für die Gestaltung der Zukunft auf das Familiengericht statt, die den Eltern die Chance auf eine einvernehmliche Regelung nimmt. Die Enttäuschung über die Zerrüttung ihrer bisherigen Lebensgemeinschaft und die damit notwendig verbundene emotionale Krisensituation muß der Pflicht zur Erfüllung der gemeinsamen elterlichen Verantwortung weichen.

Dabei korrespondiert eine funktionsfähige naheheliche Beziehung der Eltern unmittelbar mit dem Wohlbefinden der Kinder. Je mehr die Eltern in der Lage sind, die Kommunikationsbarrieren zur Vereinbarung einer interessengerechten Lösung zu überwinden, desto eher sind die Kinder in der Lage, sich in die Neuorganisation der Familie einzufinden<sup>308</sup>. Die Beziehung der Konfliktparteien zu ihren Kindern ist nicht statisch, sondern unterliegt einem, sich in der Nach-Scheidungssituation laufend verändernden, dynamischen Entwicklungsprozeß. Kommt es zu einer kooperativen Zusammenarbeit unter den Eltern, kann die in der Vergangenheit durch das Desorganisationsmodell hervorgerufenen Konzentration auf eine Primär-Person im Interesse aller Beteiligten korrigiert werden.

---

schien, das Kind zu betreuen und seine seelische und geistige Entwicklung zu begünstigen.

<sup>307</sup>Vgl. zu den belastenden Auswirkungen der Kindesentwicklung auf den Kontakt zwischen den Eltern AG Lübeck FamRZ 1982, S. 428 f

<sup>308</sup>BVerfGE 61, S. 358 = NJW 1983, S. 101, 202: Dem Kontinuitätsprinzip mit den zu berücksichtigenden gefühlsmäßigen Bindungen wird die alleinige Sorgerechtszuständigkeit nicht gerecht, wenn das Kind gleich starke Emotionen zu Vater und Mutter hat. Die Alleinzuständigkeit führt zu einer erheblichen emotionalen Beeinträchtigung der unauflösbaren Eltern-Kind-Beziehung. „Insoweit erlaubt die gemeinsame Sorge der verschiedenen Eltern für ihr Kind Kontinuität in einem Höchstmaß“.

## I. Sorgerecht

### 1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3. November 1982 hat erstmals mit der Feststellung der Nichtigkeit des § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB aF die scheidungsbedingte Verteilung des Sorgerechts auf beide Elternteile ermöglicht<sup>309</sup>. Damit wurde die Möglichkeit geschaffen, die Ausübung des elterlichen Sorgerechts trotz Scheidung bei beiden Elternteilen zu belassen. Mit der Nichtigkeit des § 1671 Abs. 4 S.1 BGB aF wird zugleich der Weg für den verfassungsrechtlichen Vorrang der gemeinsamen elterlichen Sorge eröffnet.

Das Primat der in Art. 6 Abs. 2 S.1 GG normierten elterlichen Erziehung dient in erster Linie der Gewährleistung des Kindesschutzes. Das Elternrecht als Freiheitsrecht verbietet somit jeglichen staatlichen Eingriff, soweit das ihm übertragene Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 S.2 GG zum Schutz des Kindeswohls einen Eingriff nicht erfordert. Sind die Eltern gewillt, die gemeinsame Verantwortung für ihr Kind nach der Scheidung weiter zu tragen, bedarf es keiner Schlichtung widerstreitender Interessen der Eltern durch den Staat. Damit bestätigt das Bundesverfassungsgericht, daß zur Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit das Elternrecht unbeeinträchtigt von Trennung und Scheidung fortzu dauern soll. Es wird vielmehr der Restbestand der familiären Bindungen als förderungswürdig anerkannt. Die unauflösliche Eltern-Kind-Bindung wird durch ein gemeinsames Sorgerecht in besonderer Weise gefördert, ohne daß damit die Übertragung des Sorgerechts auf nur einen Elternteil in der Mehrzahl der Scheidungsverfahren ihre Angemessenheit verlieren würde.

---

<sup>309</sup>Beschluß des BVerfG v. 3.11.1982, 1 BvL 25/80 u. a.- (BGBl I S. 1596 = NJW 1983, S. 101= FamRZ 1982, S. 1179 ff): § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB ist mit Artikel 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht zu vereinbaren.

Das Bundesverfassungsgericht knüpfte das gemeinsame Sorgerecht an die Erfüllung von drei Voraussetzungen<sup>310</sup>:

1. Beide Eltern müssen bereit und in der Lage sein, ihr Erziehungsrecht zum Wohle des Kindes wahrzunehmen.
2. Beide Eltern müssen darüber hinaus die Pflege und Erziehung ihres Kindes weiterhin, wenn auch in einer durch die Scheidung modifizierten Form, gemeinschaftlich zum Wohle des Kindes wahrnehmen können.
3. Es dürfen keine Gründe vorliegen, die im Interesse des Kindeswohls die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil angezeigt erscheinen lassen.

Diese vom Familiengericht bis zur Neuregelung des Kindschaftsrechts in jedem Einzelfall zu überprüfende Kombination aus Erziehungswille, Erziehungsfähigkeit und Fehlen entgegenstehender Belange des Kindeswohls band das Familiengericht gemäß § 1671 Abs. 3 S.1 BGB aF an den übereinstimmenden Vorschlag der Eltern<sup>311</sup>. Das verfassungsrechtlich geschützte gemeinsame Sorgerecht überlagerte somit das bisher vorherrschende Alleinzuständigkeitsprinzip.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>312</sup> wurde den vom BVerfG aufgestellten Kriterien für die Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts zwar zugestimmt, die Übertragung und Anregung des gemeinsamen Sorgerechts erfolgte in der Praxis jedoch nur zögerlich. In einer von Oelkers<sup>313</sup> durchgeführten Erhebung über 178 unstreitige Scheidungsverfah-

---

<sup>310</sup>Siehe vorangehende Fußnote.

<sup>311</sup>BGH, FamRZ 1993, S. 314, 315: ohne eine formelle Bindungswirkung durch den Elternvorschlag zu bejahen.

<sup>312</sup>Vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 1995, S. 562, 564; KG, FamRZ 1994, S. 316; OLG Frankfurt, FamRZ 1993, S. 1352 f = NJW-RR 1994, S. 388 f; FamRZ 1993, S. 1352; OLG Celle FamRZ 1992, S. 465 f; OLG Stuttgart FamRZ 1991, S. 1220 f; OLG Bamberg FamRZ 1988, S. 752 f; FamRZ 1991, S. 950; OLG München FamRZ 1991, S. 2343 f; OLG Brandenburg, FamRZ 1996, S. 1095 f.

<sup>313</sup>Oelkers, FamRZ 1994, S. 1080, 1082, die Erhebung umfaßte die Jahre 1991 bis 1993; andere Erhebungen über streitige Scheidungen ergaben lediglich 1 bis 2 Prozent gemeinsames Sorgerecht; zu ähnlichen Ergebnissen kam Finger DRiZ 1985, S. 93 ff, ca. 1 Prozent elterliche Anträge, Magnus/Dietrich FamRZ 1986, S. 416 ff, ca. 2 Prozent; Limbach, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis, S. 14, etwa 1 bis 2 Prozent; sowie Tauche, in: Faltermeyer/Fuchs Trennung und Schei-

ren vor dem Familiengericht Hamburg-Mitte, in denen das gemeinsame Sorgerecht ausgesprochen wurde, wurde festgestellt, daß 77,5 Prozent (138) der Eltern das gemeinsame Sorgerecht vorschlugen, 21,3 Prozent der Vorschläge vom Jugendamt (38) ausgehen und nur in 1,2 Prozent (2) der Fälle eine derartige Anregung des Gerichts erfolgt. Der Anteil des tatsächlich zustande gekommenen gemeinsamen Sorgerechts schwankte zwischen 6 und 9 Prozent.

Der Bundesgerichtshof<sup>314</sup> leitete aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3.11.1982 in seiner Entscheidung vom 14.10.1992 keine generelle Regelung in Richtung auf ein gemeinsames Sorgerecht her, sondern sah darin vielmehr weiterhin einen *Ausnahmefall*. Aufgrund § 1671 Abs. 1 BGB aF wurde demnach auf den Regelfall verwiesen, daß das Sorgerecht grundsätzlich einem Elternteil allein übertragen werden soll. Dabei wurde auf die gesetzliche Ausgestaltung Bezug genommen, die nach Ansicht des BGH das gemeinsame Sorgerecht (noch) als Ausnahme normierte<sup>315</sup>.

Während nach der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>316</sup> unabdingbare Voraussetzung für die Anordnung des gemeinschaftlichen Sorgerechts

---

dungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 101 ca. 1 Prozent; Napp-Peters, Scheidungsfamilien, S. 35 ff, stellt fest, daß ca. 67 Prozent der Eltern für eine Zusammenarbeit aufgeschlossen sind, jedoch glauben hiervon nur 37,5 Prozent daran, daß der andere Elternteil bereit ist, bis zur Volljährigkeit der Kinder kooperativ zusammenzuarbeiten.

<sup>314</sup>BGH NJW 1993, S. 126 ff = FamRZ 1993, S. 314 ff.

<sup>315</sup>In der Rechtsprechung wurde das gemeinsame Sorgerecht zwar als wünschenswerteste Form der Sorgerechtsausübung anerkannt, die sich häufig jedoch nicht realisieren lasse. Die gemeinsame Sorge stellte somit keinen Regelfall dar, vgl. BGH, FamRZ 1993, S. 314 f; Oelkers/Karsten, FamRZ 1993, S. 18 f; OLG Bamberg, FamRZ 1995, S. 1509, 1511; OLG Karlsruhe FamRZ 1995, S. 1168 f; a. A. AG Berlin, FamRZ 1983, S. 420.

<sup>316</sup>OLG Bamberg, FamRZ 1991, S. 590; FamRZ 1995, S. 1509 f; OLG Frankfurt, NJW-RR 1994, S. 388; OLG Karlsruhe FamRZ 1994, S. 392; in Anlehnung an den BGH, NJW 1993, S. 126 ff; OLG Stuttgart, FamRZ 1995, S. 1168 f: Das gemeinsame Sorgerecht konnte nur dann gegen den erklärten Willen eines Elternteils beibehalten bzw. angeordnet werden, wenn der Widerspruch rechtsmißbräuchlich war. In diesem Fall mußten die konkreten Gründe für die Verweigerung der Zustimmung geprüft werden. Klare Ergebnisse ließen sich jedoch - unter Beachtung der damaligen Rechtslage - nur dann erzielen, wenn die gemeinschaftliche elterliche Sorge ausdrücklich von beiden Eltern beantragt wurde oder beide mit einer derartigen Regelung einverstanden waren. A.A. OLG Bamberg, FamRZ 1997, S. 48 f: Auch gegen den erklärten Willen eines Elternteils war die Belassung des gemeinsamen Sorgerechts möglich, wenn damit keine negativeren Auswirkungen auf das Kindeswohl verbunden waren als bei der Übertragung des Alleinsorgerechts.

ein gleichlautender Antrag war, um die subjektive Kooperationsbereitschaft der Eltern bejahen zu können, wurde von einer Vielzahl der Instanzgerichte<sup>317</sup> eine Anordnung des gemeinsamen Sorgerechts auch gegen den erklärten Willen eines Elternteils erlassen. Der übereinstimmende Antrag der Eltern mußte im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung fort dauern. Eine Bindungswirkung an einen früher gestellten Antrag oder eine Zustimmung zu einer Sorgerechtsregelung wurde von der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>318</sup> abgelehnt, da die Kooperationsbereitschaft auf die zukünftige Zusammenarbeit der Eltern ausgerichtet ist.

## 2. Das Schrifttum bis zur Neuregelung des Kindschaftsrechts

In der juristischen Literatur wurden dagegen überwiegend Bedenken gegen eine gemeinsame Sorgerechtsregelung nach § 1671 Abs. 1 aF vorgebracht<sup>319</sup>. Als Voraussetzung sollte nicht das den Eltern grundsätzlich zustehende Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 S.1 GG genügen, sondern es wurden besondere intellektuelle Anforderungen an die Eltern gestellt, die nur in Ausnahmefällen vorhanden gewesen sein sollen. Der Regelfall war demnach darauf ausgerichtet, das elterliche Sorgerecht in seinem gesamten Umfang auf einen Elternteil zu übertragen. Aus dem Grundsatz der Unteilbarkeit der Personensorge wurde schließlich gefolgert, daß es unzulässig gewesen sein soll, den beiden Eltern nach der Scheidung das gemeinsame Sorgerecht zu belassen<sup>320</sup>. Ein gemeinsames Sorgerecht mußte demnach die Ausnahme bleiben<sup>321</sup>.

---

<sup>317</sup>AG Mannheim FamRZ 1994, S. 923, abgeändert durch OLG Karlsruhe FamRZ 1995, S. 1168 f; FamG Groß-Gerau, FamRZ 1993, S.462 f, abgeändert durch OLG Frankfurt, FamRZ 1993, S. 1352 f; FamRZ 1994, S. 922.

<sup>318</sup>OLG München, FamRZ 1991, S. 1343 f; OLG Bamberg FamRZ 1991, 590 f; vgl. auch OLG Hamm FamRZ 1989, S. 654 f; zustimmend Oelkers FamRZ 1995, S. 1098, 1100; Münch-Komm/Hinz, § 1671 RN. 54. A.A. vgl. Nachweise bei OLG Bamberg FamRZ 1991, S. 590. Der BGH hat diese Frage bisher offen gelassen.

<sup>319</sup>Ablehnend: Dieckmann, NJW 1981, S. 668, 670; Kußmaul, FamRZ 1982, S. 118, 122; Rassek, Begriff und Bestimmung des Kindeswohls als Maßstab der Sorgerechtsregelung nach §§ 1671, 1672 BGB, S. 56 ff; Abwägend: Diederichsen, NJW 1980, S. 1, 9; Palandt/Diederichsen, § 1671 RN. 5; Ballhoff/Walter, FamRZ 1990, S. 445 ff.

<sup>320</sup>Palandt/Diederichsen, § 1671 RN. 6.

<sup>321</sup>So noch Palandt/Diederichsen, § 1671 RN. 6 in der 51. Auflage 1992, unter Bezugnahme auf das AG Arnsberg FamRZ 1985, S. 424.

Coester<sup>322</sup> und Rummel<sup>323</sup> vertraten dagegen die Meinung, daß ein staatlicher Eingriff in das Elternrecht erst dann erfolgen sollte, wenn das Fehlen der potentiellen Kooperationsfähigkeit und -willigkeit durch Einsatz von Hilfe und Unterstützungsleistungen positiv festgestellt wurde. Die Fortführung der gemeinsamen elterlichen Sorge war demnach nicht nur bei Widerstand eines Elternteils abzulehnen, sondern der Familienrichter hatte die Aufgabe, die nicht konsensbereiten Eltern zu einem Konsens zu bringen. Streitpotential war abzubauen und die Voraussetzungen für das Funktionieren der gemeinsamen elterlichen Sorge zu schaffen. Erst dann wurde dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in ausreichendem Maße Rechnung getragen. Koepfel<sup>324</sup> formulierte die Aufgabe des Familiengerichts wie folgt: „Der staatliche Wächter muß bei Scheidung nicht die Lösung der Sorgerechtsfrage „entweder - oder“, sondern des Zieles „sowohl als auch“ finden. Er hat, wie ihm nicht zuletzt durch EMRK, Zivilpakt und auch Kinderrechtskonvention verpflichtend vorgegeben, den Beziehungserhalt zum Ziel aller wächteramtlichen Bemühungen und schließlich Entscheidungen zu machen“.

Das Potential der gescheiterten Partnerbeziehungen, die in der Lage waren, ihre persönlichen Konflikte mit dem geschiedenen Partner von der Kooperation auf der Elternebene dauerhaft zu trennen, wurde hier auf ca. 25 Prozent geschätzt<sup>325</sup>. Da nicht alle Eltern, die zu einer Zusammenarbeit fähig wären, dieser auch nachgehen würden, würde ein Regelniveau der gemeinsam praktizierten Elternverantwortung nicht erreicht werden können. Selbst wenn der Gesetzgeber ursprünglich das gemeinsame Sorgerecht als Idealziel sozialpädagogischer Bemühungen angestrebt hat, darf demnach nicht vergessen werden, daß auch andere einvernehmliche Gestaltungen der elterlichen Sorge der fortbestehenden Elternverantwortung gerecht werden können.

---

<sup>322</sup>Coester, in: Horstmann, Nacheheliche Elternschaft, Schriftenreihe des Familienbundes der Deutschen Katholiken (NRW) Nr. 8, 1990, S. 20 ff.

<sup>323</sup>Rummel, RdJB 1992, S.358, 370 ff.

<sup>324</sup>Koepfel, DAV 1993, S. 601, 607 unter Bezugnahme auf den Familienbund Deutscher Katholiken (NRW), ZdK Mitteilung vom 7./8. Mai 1993, 402/93, S. 4 und das 4. Gebot.

<sup>325</sup>Ollmann, FamRZ 1993, S. 869 f.

Das gemeinsame Sorgerecht sollte dennoch nicht der Normalfall, sondern vielmehr eine Ausnahmeregelung sein<sup>326</sup>. Dabei wurden an die Eltern im Interesse des Kindeswohls erhöhte Anforderungen gestellt. Gegen den erklärten Willen eines Elternteils oder wenn Gründe für eine Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil vorhanden waren, sollte das gemeinsame Sorgerecht in keinem Fall übertragen beziehungsweise belassen werden.

### 3. Stellungnahme

#### a. Der endgültiger Wegfall des Desorganisationsmodells

Der Entwicklungsweg zur Neufassung des Kindschaftsrechts und der damit gleichfalls bewirkten Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern beruht auf einer allgemeinen Akzeptanz des gemeinsamen Sorgerechts. In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Mai 1991<sup>327</sup> zu sehen, die die Nichtigkeit des § 1738 BGB feststellt und somit bisher nicht verheirateten Eltern ermöglicht, im Fall einer Ehelicherklärung (oder Legitimation) durch den Vater in Zukunft das Sorgerecht gemeinsam auszuüben. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die Mutter die Ausübung der elterlichen Sorge verloren und lediglich ein Umgangsrecht erhalten. Solange die elterliche Sorge des Vaters vorhanden war, wurde die der Mutter hiervon ausgeschlossen. § 1626 a Abs. 1 Nr.1 nF BGB enthält nun die Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder durch eine von beiden Eltern öffentlich beglaubigte und übereinstimmende Sorgerechtsklärung. Wegen des Wegfalls des Statusunterschieds zwischen ehelicher und nichtehelicher Geburt wurde der sechste Teil mit den Sondervorschriften zur elterlichen Sorge bei nichtehelichen Kindern aufgehoben (§§ 1705 ff BGB aF)<sup>328</sup>.

---

<sup>326</sup>So auch BVerfG NJW 1983, S. 101, 103, in der Mehrzahl der Fälle würde die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil eine angemessene Lösung darstellen.

<sup>327</sup>Beschluß des BVerfG v. 7.5.1991, 1 BvL 32/88- (BGBl I S. 1509 = NJW 1991, S. 1944): § 1738 Abs. 1 BGB ist mit Artikel 6 Abs. 2 und 5 GG nicht vereinbar, wenn die Mutter die elterliche Sorge - ohne Berücksichtigung der Motivation - über das gemeinsame Kind automatisch mit der Ehelicherklärung verliert.

<sup>328</sup>Diederichsen, NJW 1998, S. 1978, 1982 unter Bezugnahme auf die Begründung Dt. BT-Dr 13/4899, S. 93.

Auch vor Inkrafttreten der Neuregelung des Kindschaftsrechts hat der Gesetzgeber bereits bei der Verabschiedung des KJHG Wert darauf gelegt, den Eltern einerseits durch präventive Beratung bei der Bewältigung von Konflikten und Krisen und andererseits repressiv im Rahmen der Trennungs- und Scheidungsberatung eine Möglichkeit zu geben, die elterliche Verantwortung zum Wohl des Kindes auszuüben<sup>329</sup>. Das verfassungsrechtliche Prinzip des Vorrangs der Unterstützung und Beratung vor dem intensiveren Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht fand somit im KJHG seine Konkretisierung<sup>330</sup>. Vorrangig wurde dabei auf die Stärkung der elterlichen Eigenverantwortung durch stärkere Betonung der Beratungs- und Kooperationspflichten Bezug genommen.

Der dem Desorganisationsmodell zugrunde liegende Bruch der familialen Beziehungen wurde zugunsten einer Kontinuität der Elternschaft relativiert. Eine entsprechende Berücksichtigung des Reorganisations-Modells nach dem KJHG hat in § 1671 Abs. 1 und 2 nF sowie § 1615 a BGB nF seine Entsprechung gefunden. § 17 Abs. 2 KJHG nF gibt eine Richtung vor: „Im Fall der Trennung oder Scheidung sind Eltern unter angemessener Beteiligung des betroffenen Kindes oder Jugendlichen bei der Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge zu unterstützen; dieses Konzept kann auch als Grundlage für die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge nach der Trennung und Scheidung dienen.“

Das Jugendamt kann somit bereits präventiv tätig werden, um mit den Konfliktparteien eine interessengerechte Vereinbarung zu erzielen, ohne sich mit der Suche nach dem für die Kindeserziehung besser geeigneten Elternteil zu befassen. Die unterstützende Beratung zur Gestaltung des nahehelichen Familiensystems auf der Basis einer förderlichen Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung steht somit im Vordergrund. Als selbständige Fachbehörde ist es Aufgabe des Jugendamts, diesen Beratungs- und Unterstützungsauftrag inhaltlich zu bestimmen und ent-

---

<sup>329</sup>RegE BT-Dr 11/5948, S. 58, abgedruckt in ZfJ1990, S. 97 ff.

<sup>330</sup>BVerfGE 24, 119 = NJW 1968, S. 2233 = FamRZ 1968, S. 578 zu C III 2: als Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

sprechend auszufüllen. Soweit sich die Elternteile darüber bewußt werden, daß eine Trennung und Scheidung unvermeidlich ist, wurde hierdurch ein zur herkömmlichen Sorgerechtsentscheidung konfliktärmerer Weg über das Jugendamt als Familiengerichtshilfe ermöglicht.

Ziel dieser Maßnahmen ist es, eine selbstbestimmte Entscheidung der Eltern herbeizuführen, ob der „Normalfall“ einer gemeinsamen Sorgerechtsregelung weiterhin in Betracht kommt. Es besteht ein allgemeiner Konsens darüber, daß Familienkonflikte durch das kontradiktorische Verfahren vor dem Familiengericht nur in den seltensten Fällen zur Zufriedenheit der betroffenen Parteien behandelt werden können. Die Ergebnisorientierung der familiengerichtlichen Verhandlungen läßt dabei die Berücksichtigung alternativer Konfliktlösungsansätze nur in sehr begrenztem Rahmen zu.

Die Wahrnehmung einer dem Kindeswohl entsprechenden Elternverantwortung kann damit als Grundlage für die spätere richterliche Sorgerechtsentscheidung dienen (§17 Abs. 2 KJHG). Der Gesetzgeber geht somit davon aus, daß ein Einigungspotential vorhanden ist, das aber durch entsprechende Beratung zunächst geweckt und anschließend einer einvernehmlichen Einigung bzw. einem einvernehmlichen Vorschlag zugeführt werden soll. Der Gesetzgeber versucht hierbei, den Weg des gemeinsamen Sorgerechts als die für das Kindeswohl günstigste Alternative einzuschlagen<sup>331</sup>.

Geht man aufgrund einer Scheidungsquote von nahezu 30 Prozent<sup>332</sup> davon aus, daß eine Scheidung keine Ausnahmeerscheinung in unserer Gesellschaft ist, sondern eine Form der Umgestaltung der familialen Beziehungen, so hat dies tiefgreifenden Einfluß auf den Tätigkeitsbereich des Staates. Das bisher gültige *Desorganisationsmodell*, mit seinen für den nichtsorgeberechtigten Elternteil diskriminierenden Folgeerschei-

---

<sup>331</sup>Siehe auch Rauscher, NJW 1997, S. 1087, 1089; zustimmend BVerfG NJW 1983, S. 101 f, insoweit erlaubt die gemeinsame elterliche Sorge geschiedener Eltern für ihr Kind Kontinuität in einem Höchstmaß.

<sup>332</sup>Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, II Ziffer 1 RN. 15 m.w.N.

nungen, als der für die Kindererziehung weniger geeignete Elternteil zu gelten, und seiner damit verbundenen Diffamierung als der „schlechtere Mensch“, führte regelmäßig nicht zu einer konfliktreduzierenden Zukunftsgestaltung. Die bisher positiv erlebte Eltern-Kind-Beziehung wurde durch den staatlichen Eingriff aufgehoben und ein Elternteil als Bezugsperson bestimmt.

Die Konzentration der elterlichen Sorge bei nur einem Elternteil beruhte noch auf dem bereits am 30.06.1977 außer Kraft getretenen und am Schuldprinzip orientierten Scheidungsfolgenrecht. Dem schuldig geschiedenen Elternteil war deshalb die Personensorge zu entziehen. Trotz Abschaffung des Schuldprinzips wurde weiterhin an der Durchführung des einseitigen Sorgerechtsentzugs, wenn auch mit anderer Begründung, festgehalten. Das am 01.01.1980 in Kraft getretene Sorgerechtsgesetz (SorgeRG) hat den Alleinzuständigkeitsgrundsatz des § 1671 Abs. 4 S.1 BGB aF ausgeweitet, um eine Sorgerechtsaufteilung nach § 1671 Abs. 4 S. 2 aF BGB einzuschränken<sup>333</sup>. Das Desorganisationsmodell ließ aufgrund der Notwendigkeit der Zerschlagung der ursprünglichen Familie nur eine Alleinzuständigkeit eines Erziehungsberechtigten zu. Die gemeinsame Wahrnehmung der Elternverantwortung wurde unter Verweisung auf eine Gefährdung des Kindeswohls abgelehnt.

#### **b. Die Förderungswürdigkeit des Restfamilie**

Berücksichtigt man vielmehr den Wandel von der traditionellen Ausnahmesituation „Ehe-Bankrott“, in die der Staat als Garant für das Kindeswohl regulierend eingreifen mußte, zu einem alltäglichen Umwandlungsprozeß, so kann auch die Intensität der staatlichen Aufsicht reduziert werden. Eingriffe des Staates in den durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG<sup>334</sup> verfassungsrechtlich geschützten Bereich der elterlichen Verantwortung der Pflege und Erziehung der Kinder als natürliches Recht der Eltern und die

---

<sup>333</sup>§ 1671 BGB wurde durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge (SorgeRG) vom 18.7.1979 (BGBl I S.1061) neu gefaßt.

<sup>334</sup>Auch in den Landesverfassungen werden die Eltern als verantwortliche Träger der Kindeserziehung genannt; vgl. Art. 12 Abs. 2 Verf. BaWü, Art. 126 Verf. Bay, Art. 55 Verf. Hess, Art 25 Verf. RhPf.

zuvörderst ihnen damit obliegende Pflicht stehen mit der zunehmenden Akzeptanz des *Reorganisationsmodells* unter einem eng umgrenzten Gesetzesvorbehalt. Das die Trennung und Scheidung überdauernde Primat der Familie stellt eine die staatliche Intervention beschränkende Fortdauer der individuellen Erziehungskompetenz der Eltern dar. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 3.11.1982<sup>335</sup> dargelegt, daß auch nach Trennung und Scheidung die Restfamilie über die Eltern-Kind-Beziehung eine gemeinsame Ausübung des elterlichen Sorgerechts im Interesse des Kindeswohls zuläßt: „Insoweit erlaubt die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern für ihr Kind Kontinuität in einem Höchstmaß. ... Es ist daher in erster Linie das Kind, das durch die Verweigerung eines gemeinsamen Sorgerechts seiner geschiedenen Eltern in diesen Fällen betroffen wird.“

Damit erkannte das Bundesverfassungsgericht, in Abkehr vom Desorganisationsmodell, die Förderungswürdigkeit der Restfamilie bzw. die unauflöbliche Eltern-Kind-Beziehung an, die in der Neuregelung der §§ 1671 Abs. 1, 1626 a Abs. 1 BGB für das eheliche und nichteheliche Kind ihren Niederschlag gefunden hat. Der grundsätzlichen Alleinzuständigkeit eines Elternteils wird damit eine Absage erteilt und die Basis für Hilfs- und Beratungsangebote geschaffen. An dieser Stelle wird deutlich, inwieweit eine kooperative Zusammenarbeit der geschiedenen Eltern zum Wohl des gemeinsamen Kindes vom Gesetzgeber als notwendig und erforderlich angesehen wird. Die zunehmende Verrechtlichung unseres Lebens geht nicht einher mit einer dem jeweils konkreten Fall besonders angemessenen Konfliktbehandlung. Das Prinzip der staatlichen Subsidiarität ist durch die Neuregelung des Kindschaftsrechts wieder auf das zur Verwirklichung des Kindeswohles notwendige Maß reduziert worden. Die Verobjektivierung von Lebenssachverhalten wurde begrenzt, damit die Eltern alternative Konfliktbehandlungsmethoden bei der Behandlung ihres Konfliktes heranziehen können.

---

<sup>335</sup>BVerfGE 61, S. 358 ff. = NJW 1983, S. 101 f, unter Bezugnahme auf Fthenakis.

Soweit eine alltägliche Lebenssituation wie eine Ehescheidung einer ergebnisorientierten familiengerichtlichen Entscheidung zugeführt werden muß, ist bei der staatlichen Eingriffsintensität soweit Zurückhaltung geboten, wie die Konfliktparteien in der Lage sind, selbständig oder über Beratung eines Dritten eine vernünftige Regelung zu präsentieren. § 1671 Abs. 1 BGB nF spiegelt dies wider, nachdem es eines ausdrücklichen Antrages eines Elternteils bedarf, um eine gerichtliche Entscheidung über das Sorgerecht herbeizuführen. Die Umwandlung des Familiensystems in eine neue Form der familialen Vernetzung zwingt somit nicht zu umfassenden staatlichen Eingriffen. Eingriffe des Staates als Wächtergarant bedarf es somit nicht mehr im Sinne von § 623 Abs. 3 S. 1 ZPO aF, des sogenannten Zwangsverbundes, dem jede Scheidung bis zur Neuregelung des Kindschaftsrechts unterworfen war. Die Neufassung des § 623 Abs. 2 ZPO sieht ausschließlich eine Aufnahme der Regelung der elterlichen Sorge für den Fall vor, wenn ein Antrag einer Partei vorliegt.

Folgt man diesem Minimalansatz des Gesetzgebers, so hat sich das Familiengericht bei der Scheidungsdurchführung grundsätzlich jeglichen Eingriffs in das Sorgerecht bis zur Grenze des § 1666 BGB nF zu enthalten, da dieser für die ordnungsgemäße Durchführung einer Scheidung nicht zwingend erforderlich ist. Die Behandlung der Scheidung als einer der möglichen Normalfälle der familialen Entwicklung führt zu einer Fortsetzung der bisher vorhandenen verfassungsrechtlich gewährten Freiheit der Eltern bei der Erziehung ihrer Kinder. Die Neuregelung des Kindschaftsrechts gewährleistet folglich die Fortführung der familialen Vernetzung im Sinne des Kindeswohls, denn erst die fehlende Einigungskompetenz der Eltern führt für das gemeinsame Kind zu einer unerträglichen und vom Staat nicht mehr geduldeten Situation, die eine Sorgerechtsübertragung nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB nF erfordert.

Die Garantenpflicht des Staates darf jedoch nicht bereits dann zum Tragen kommen, wenn die bilateral geführten Gespräche unter den Eltern gescheitert sind, sondern erst dann, wenn wirklich alle Einigungshilfen

eine einvernehmliche Lösung nicht ermöglichen konnten. Um einen frühen Abbruch der Kommunikation zwischen den Eltern und damit eine Verschärfung des Konflikts durch Verrechtlichung zu verhindern, ist es folglich sinnvoll, mediative Beratungs- und Unterstützungsleistungen bereits in einem frühen Stadium einzusetzen. Das Jugendamt hat über die neue Zielbestimmung des KJHG die Möglichkeit, dieser Aufgabe durch Beratungs- und Unterstützungsleistungen frühzeitig gerecht zu werden.

Bei den präventiven Leistungen des Jugendamtes als Jugendhilfe nach §§ 11 ff KJHG handelt es sich um eine Förderung der Entwicklung der Kinder sowie Unterstützung der Eltern bei ihren erzieherischen Aufgaben. Staatlichen bzw. familiengerichtlichen Eingriffen werden diese jugendamtlichen Leistungen vorgelagert.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner richtungsweisenden Entscheidung vom 3.11.1982<sup>336</sup> erläutert, wann ein staatlicher **Eingriff** in das elterliche Sorgerecht erforderlich und angemessen ist, um die Aufrechterhaltung des Kindeswohls zu gewährleisten: „Wenn geschiedene Eltern sich nicht darüber einigen können, wer von ihnen die elterliche Sorge für ihr gemeinsames Kind ausüben soll, folgt schon aus der allgemeinen Aufgabe des Staates, die Rechtsordnung und den Rechtsfrieden zu wahren, daß er befugt ist, selbst über Ausgleich der widerstrebenden Interessen der Eltern zu entscheiden“.

Die in Artikel 6 Abs. 2 S.1 GG festgelegten elterlichen Rechte und Pflichten stellen nicht nur einen Vorbehalt vor staatlichen Eingriffen dar, sondern sichern den Eltern zu deren Ausübung einen Leistungsanspruch auf Unterstützungsleistungen gegen den Staat zu<sup>337</sup>. Der Verwirklichung dieser Leistungspflichten wurde durch das KJHG entsprochen. Auf diese Weise kann eine frühzeitige Fremdbestimmung der Eltern vermieden

---

<sup>336</sup>BVerfGE 61, S. 358 ff, = JZ 1983, S. 298 m. Anm. Giesen = FamRZ 1982, S. 1179 ff.

<sup>337</sup>Vgl. MünchKomm/Hinz § 1671 RN. 5, 5 a BGB: Die Beratungs- und Unterstützungsleistungen des KJHG sollten die Eltern in die Lage versetzen, die Bedingungen für eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen förderliche Wahrnehmung der Elternverantwortung zu schaffen, damit ein einvernehmliches Konzept für die Wahrnehmung

und eine Situation geschaffen werden, in der interessengerechte Verhandlungen unter Aufklärung und Anleitung eines Mediators den Eltern die Gestaltung eines umfassenden Gesamtpaketes ermöglichen.

Wie aus der amtlichen Begründung zu § 17 Abs. 2 KJHG aF hervorgeht, favorisierte der Gesetzgeber eine einvernehmliche Sorgerechtsübertragung, entweder als gemeinsames Sorgerecht oder als Alleinzuständigkeit eines Elternteils<sup>338</sup>. Die Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts wurde ausdrücklich als Idealziel sozialpädagogischer Bemühungen hervorgehoben. Der Alleinzuständigkeitsgrundsatz des § 1671 Abs. 1 S.1 BGB aF fand somit nur noch in den Fällen Anwendung, in denen ein einvernehmlicher Vorschlag im Sinn des § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB aF fehlte und die Eltern über die elterliche Sorge stritten. Das Verfassungsgebot der primären Förderung des Einigungspotentials der Eltern vor der Intervention des Staates stellte somit bereits vor der Änderung des Kindschaftsrechts für die Eltern eine theoretische Ausgangssituation dar, die durch Einsatz von Kooperation und Kreativität eine am Kindeswohl orientierte Konfliktbehandlung ermöglichte.

#### 4. Fazit

Bis zur Einführung des neuen Kindschaftsrechts entschied das Familiengericht nach § 1671 Abs. 3 S.1 BGB aF über die Fortdauer oder Änderung der während der Ehe bestandenen elterlichen Sorgerechtsregelung. Konnten sich die Eltern auf einen übereinstimmenden Vorschlag nach § 1671 Abs. 3 S.1 BGB aF nicht einigen oder legten keinen Vorschlag vor, so entschied das Familiengericht nach § 1671 Abs. 1 BGB aF über das Sorgerecht von Amts wegen anhand der dem Kindeswohl am besten entsprechenden Lösung. Von einem übereinstimmenden Vorschlag sollte das Familiengericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich war. Wurden die drei vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 3.11.1982<sup>339</sup> aufgestellten Voraussetzungen

---

der elterlichen Sorge geschaffen werden konnte. Damit wurde das Prinzip des Vorrangs von Hilfe vor (Eingriffs-) Entscheidungen umgesetzt.

<sup>338</sup>Dt BT-Dr. I 5948, S. 58.

<sup>339</sup>Vgl. 4. Kapitel, § 13 I Ziffer 1.

von den Eltern erfüllt, so war das Familiengericht an den übereinstimmenden Antrag der Eltern weitgehend gebunden (als gerichtlich kontrollierter Dispositionsakt).

Nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB nF führt die Nichteinigung der Eltern bei einer Abweichung vom gemeinsamen Sorgerecht des § 1671 Abs. 1 BGB nF ebenfalls zu einer notwendigen familiengerichtlichen Entscheidung, um das Sorgerecht zum Wohl des Kindes auf einen Elternteil zu übertragen. Eine entsprechende familiengerichtliche Regelung erfolgt auf Antrag eines Elternteils nach §§ 621 Abs. 1 Nr. 1, 623 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nF. Werden keine abweichenden Anträge gestellt, kann die Scheidung ohne Sorgerechtsregelung durchgeführt werden.

#### **a. Staatliche Eingriffe auf ein Mindestmaß reduzieren**

Die bisher gültige Regelung des § 1671 Abs. 1 BGB aF widersprach dem als Freiheitsrecht ausgestalteten Elternrecht. Ein Eingriff gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG durfte somit nur dann in Ausübung des staatlichen Wächteramtes erfolgen, wenn die Gefährdung des Kindeswohl hierzu ausreichend Anlaß gab<sup>340</sup>. Es ist nicht einzusehen, warum mit der Durchführung der Trennung und Scheidung die Eltern ihr durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG statuiertes Grundrecht auf elterliche Pflege und Erziehung nicht mehr ausfüllen können sollen. Es wurde in das verfassungsrechtlich gewährleistetete Elternrecht durch die zwangsweise Entscheidung des Familiengerichts nach § 1671 Abs. 1 S.1 BGB aF eingegriffen, ohne daß es hierfür eine hinreichende Rechtfertigung gab.

Geht man davon aus, daß die Restfamilie über die Eltern-Kind-Beziehung auch nach der Scheidung die Fähigkeit der gemeinsamen Kindeserziehung besaß, so bedurfte es keiner nochmaligen Überprüfung durch das Familiengericht. Erst wenn sich - nach Durchführung von Vermittlungsversuchen - durch widersprechende Anträge eine einvernehmliche Regelung endgültig nicht erzielen ließ, bedurfte es einer Re-

---

<sup>340</sup>Siehe auch Schnitzler, FamRZ 1995, S. 397 f, über eine Studie von Salgo, ZRP 1994, S. 248 ff: Eine selbständige Interessenvertretung des Kindes („Verfahrenspfleger“) kommt nur in Notfällen (§§ 1666, 1666a, 1632 IV, 1631 a, 1747, 1748, 1632 Abs. 3 BGB i.V.m. § 33 Abs. 2 FGG) und nicht im Alltagsfall in Betracht.

gelung im Sinne des § 1671 Abs. I BGB aF. Der Gesetzgeber hat durch die Beratungs- und Unterstützungsleistungen nach dem KJHG dem gemeinsamen Sorgerecht eine klare Präferenz eingeräumt. Auch das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, daß es bei Fortdauer der gemeinsamen elterliche Verantwortung „keiner Schlichtung widerstreitender Interessen durch den Staat“ bedarf<sup>341</sup>.

Der Staat übte durch die fortdauernde Zuweisung der elterlichen Sorge einen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht aus, ohne daß es hierfür eine Veranlassung gab. Der staatliche Eingriff zielte darauf ab, eine harmonische Entwicklung des Kindes anhand einer kontinuierlichen Erziehung zu gewährleisten. Bisher wurde bei der Prüfung des Kontinuitätsgrundsatzes und des Förderungsprinzips darauf abgestellt, daß ein Elternteil zur Ausübung der elterlichen Sorge besser geeignet erschien, die notwendige Verantwortungsbereitschaft aufwies und zeitlich zur Betreuung und Erziehung in der Lage war. Waren jedoch beide Elternteile in gleichem Maße hierzu in der Lage, wovon grundsätzlich trotz Trennung und Scheidung auszugehen war, erforderte auch die weitere Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge keine weitergehende staatliche Kontrolle. Es entspricht dem Wohl des Kindes meistens am besten, wenn eine Änderung der bisherigen Sorgerechtssituation nicht herbeigeführt wird.

Fthenakis<sup>342</sup> beschreibt die Position des Kindeswohls in der familiengerichtlichen Entscheidung zugunsten der Fortdauer der elterlichen Bindungen: „Dem Kindeswohl ist nicht durch richterliche Gewichtung der Bindungen und Zuordnung zu einem Elternteil optimal gedient, sondern durch eine möglichst geringe Auflösung seiner Beziehungen zu beiden Eltern.“

Jeder Wechsel in der Eltern-Kind-Beziehung sollte vermieden werden, um eine einheitliche und gleichmäßig verlaufende Erziehung zu ermögli-

---

<sup>341</sup>Siehe 4. Kapitel § 13 I Ziffer 1.

<sup>342</sup>Fthenakis, FamRZ 1985, S. 662 f.

chen<sup>343</sup>. Es ist unbestritten, daß Kontinuität und Beständigkeit eine notwendige Lebensgrundlage für die Kindesentwicklung darstellen und dies nur dann erreicht werden kann, wenn die unauflösliche Eltern-Kind-Beziehung von emotionalen Belastungen frei gehalten werden kann.

Die Trennungsempfindlichkeit des Kindes gebietet somit, staatliche Eingriffe auf ein Mindestmaß zu beschränken und nur dann zuzulassen, wenn eine Gefahr für das Kindeswohl die Ausübung des Wächteramtes verlangt (vgl. § 1666 BGB aF und n.F.<sup>344</sup>). Entwicklungsstörungen im interaktiven Beziehungsgeflecht können nur dann reduziert werden, wenn der familiäre Umstrukturierungsprozeß der Ursprungsfamilie in zwei Kernfamilien in qualitativer und quantitativer Hinsicht nicht notwendig mit einem Wechsel der Bezugsperson verbunden ist. Die Begabungen und Interessen der gemeinsamen Kinder können am besten in der Fortführung des bisher ausgeübten gemeinsamen Sorgerechts gefördert werden. Nur wenn die bisher erlebten Bindungen ihre Fortführung in der Elternverantwortung finden, kann ein Defizit bei den Entwicklungschancen der Kinder reduziert werden.

Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Elternrechts verlangt somit, solange das Kindeswohl keine abweichende Regelung erfordert, keine zwangsweise Überprüfung der Sorgerechtsvereinbarung. Die Sorgerechtsberechtigung der Eltern, die in erster Linie dem Schutz des Kindes dient, bedarf aufgrund der Trennung und Scheidung keiner Überprüfung anhand des Kindeswohls.

Es bedarf zur Gewährleistung der Erziehungskontinuität auch keiner ausnahmslosen Zuweisung des Kindes zu einem Elternteil. Der Gesetzgeber hat in der Vergangenheit in der gemeinsamen Elternverantwortung keine dauerhafte, sondern nur eine aufgeschobene Sorgerechtsübertragung gesehen<sup>345</sup>. Diese Ansicht verkennt jedoch die vom Bundesverfas-

---

<sup>343</sup>Siehe nur OLG Hamm FamRZ 1980, S. 487 f; OLG Köln FamRZ 1982, S. 1232 f.

<sup>344</sup>Als mildestes Mittel kommt jedoch zunächst auch eine Änderung der elterlichen Sorge nach § 1696 Abs. 1 BGB nF in Betracht.

<sup>345</sup>Dt BT-Dr 8/2788, S. 61.

sungsgericht festgestellte Notwendigkeit einer Ausnahmeentscheidung<sup>346</sup>. Es mußte den Eltern möglich sein, die Elternverantwortung auch nach Trennung und Scheidung gemeinsam wahrzunehmen oder einvernehmlich auf einen Elternteil zu übertragen.

Das einmal übertragene gemeinsame Sorgerecht konnte nach § 1696 Abs. 1 BGB aF, auch ohne daß Änderungen der äußeren Lebensumstände eingetreten waren, bereits dann abgeändert werden, wenn das Kindeswohl aus triftigen Gründen wegen der nachträglich entfallenen notwendigen Kooperationsbereitschaft zwischen den Eltern dies erforderte. Sobald eine sinnvolle gemeinsame Erziehung der Kinder nicht mehr möglich war, konnte auf Antrag eines Elternteils die Alleinzuständigkeit einem Elternteil übertragen werden. Insofern unterschied sich das gemeinsame Sorgerecht im Falle der Abänderung nicht von der Sorgerechtszuweisung nach § 1671 Abs. 1 BGB aF.

Durch das nur auf Antrag nach § 1671 Abs. 1 BGB nF in Verbindung mit § 623 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nF zu übertragende Sorgerecht wurden auch keine zusätzlichen Gefahren für die Kindesinteressen hervorgerufen, die über eine durch einen vorgetäuschten einvernehmlichen Sorgerechtsantrag manipulierte Sorgerechtsentscheidung hinausgingen. Die Möglichkeit, durch eine vorgetäuschte Einigkeit den Fortgang des Scheidungsverfahrens zu beschleunigen, stand zwar unter dem Vorbehalt der familiengerichtlichen Negativkontrolle nach § 1671 Abs. 1 S.1 BGB aF, die jedoch trotz Mitwirkung des Jugendamts keine hundertprozentige Aufdeckungsgarantie gewährleisten konnte. Es wurde aus dem gemeinsamen Vorschlag sogar ein Indiz für die Wahrnehmung der fortwirkenden Elternverantwortung geschlossen<sup>347</sup>. Der einvernehmliche Elternvorschlag bewirkte mit seiner begrenzten Bindungswirkung somit eine Einschränkung des gerichtlichen Entscheidungsspielraums auf triftige, dem Kindeswohl nachhaltig schädigende Gründe<sup>348</sup>. Diese weitgehende Bin-

---

<sup>346</sup>Vgl. BVerfGE 4. Kapitel, § 13 I Ziffer 1.

<sup>347</sup>Vgl. BVerfGE a.a.O.

<sup>348</sup>MünchKomm/Dietz, § 1671 RN. 59: Die Zweckmäßigkeit des Elternvorschlags unterfällt nicht der Prüfungskompetenz des Familiengerichts. Demnach ist selbst bei Unzweckmäßigkeit ein Abweichen vom Elternvorschlag nicht zulässig.

derung des Familiengerichts ließ somit Zweifel an der Aufdeckungsmöglichkeit eines vorgetäuschten Elternvorschlags zu.

Wenn angeführt wurde, der Staat könne aufgrund eines grundsätzlich nur auf Antrag zu übertragenden Sorgerechts seiner Garantenstellung für das Kindeswohl nicht mehr in ausreichendem Maße nachkommen, so war darauf zu verweisen, daß bereits durch eine Mitteilung des beratenden Jugendamtes - ohne erfolgten Antrag der Eltern - über die nicht erzielte Einigung der Eltern das Familiengericht in die Situation versetzt wurde, eine Neuregelung zu finden. Es sprach somit auch vor der Neufassung des Kindschaftsrechts eine praxisorientierte Betrachtung für ein nur auf Antrag zu übertragendes Sorgerecht.

Die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen bei gemeinsamer elterlicher Sorge wurde von der überwiegenden Meinung bei entsprechender Anwendung des § 1629 Abs. 2 S.2 BGB von dem Elternteil im Namen des Kindes ausgeübt, von dem das Kind hauptsächlich betreut wurde<sup>349</sup>. Auf diese Weise konnte praxisorientiert eine schnelle finanzielle Versorgung des Kindes gewährleistet werden, ohne daß vom gemeinsamen Sorgerecht eine weiteres Prozeßrisiko ausging.

#### **b. Beide Elternteile als notwendige Bezugspersonen**

Wenn bis zur Neuregelung des Kindschaftsrechts in ca. 77 Prozent der Scheidungen eine Übertragung des Sorgerechts auf die Mutter erfolgte, kann von einer geschlechtsspezifischen Benachteiligung des Vaters gesprochen werden<sup>350</sup>. Bei nichtehelichen Kindern steht die elterliche Sorge kraft Gesetzes ausschließlich der Mutter zu (§ 1626 a Abs. 2 BGB nF). Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Eltern eine Sorgeerklärung abgegeben haben (§ 1626 Abs. 1 Nr. 1 BGB nF). Wird dieser elterliche Status einmal vereinbart, dann werden Änderungen unterschiedslos gemäß §

---

<sup>349</sup>Vgl. OLG Frankfurt/M, FamRZ 1995, S. 754; OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, S. 767; Maurer, FamRZ 1993, S. 263, m. w. N; Zu demselben Ergebnis kommt das OLG Stuttgart, FamRZ 1986, S. 595 über die Anwendung des § 1629 Abs. 1 S. 3 BGB.

<sup>350</sup>Die geschlechtsspezifische Benachteiligung des nicht mit der Kindsmutter verheirateten Vaters dauert über §§ 1626 Abs. 2, 1672 Abs. 1 S.1 BGB nF fort, da er zur Übertragung eines Sorgerechts die Zustimmung der Kindsmutter nachweisen

1671 BGB nF daran geknüpft, daß die Eltern getrennt leben. Damit bekennt sich die Neuregelung - unabhängig davon, ob das Kind ehelich oder nichtehelich geboren wurde - zum Antragsprinzip<sup>351</sup>.

Der Mutter eines nichtehelichen Kindes bleibt somit auch nach dem neuen Kindschaftsrecht die zentrale Bezugsperson. Selbst wenn vereinzelt davon ausgegangen wird, daß die biologische Mutterschaft kein Kriterium für die Beurteilung des Kindeswohls darstellt<sup>352</sup> und somit beide Elternteile in gleichem Maße für die Kindeserziehung geeignet sind, waren es in der überwiegenden Zahl der Fälle die Väter, denen das Sorgerecht entzogen wurde. Der Alleinzuständigkeitsgrundsatz ist von der Idee geprägt, daß die elterliche Sorge zum Wohl des Kindes viel besser ausgefüllt werden kann, wenn diese aufgeteilt wird. Das kindliche Beziehungsnetz umfaßt unstreitig jedoch auch den Vater als wichtige Bezugsperson. Dies gilt um so mehr im sogenannten komplementären Bereich, der jeweils für beide Eltern typisch ist und nach der Trennung nicht nur durch ein Elternteil befriedigt werden kann. In der Umstrukturierung der elterlichen Beziehungen ist jedoch kein Grund für den Entzug des Vaters zu sehen. Um den dauerhaften Gefühlsbindungen gerecht zu werden und diese für die Zukunft im Interesse der Kindesentwicklung zu erhalten, bedarf es der Erziehung durch beide Elternteile.

Die unauflösliche Eltern-Kind-Beziehung erfordert zur Heranbildung der Persönlichkeit des Kindes die ständige Erfahrung beider Eltern. Eine einseitige Festschreibung der Rollenverteilung zugunsten der Mutter verstößt zudem gegen die Chancengleichheit von Mutter und Vater und läßt sich nicht mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbaren. Das Desorganisationsmodell bewertete häufig die Mutter als Mittelpunkt der Kindeserziehung und vernachlässigte dabei die ohne den Vater unterbrochene Erziehungskontinuität. Mittlerweile hat sich herausgestellt, daß der Vater für das Kind in allen Altersstufen eine wichtige psychologische Erziehungsfunk-

---

muß, um einen entsprechenden familiengerichtlichen Beschluß beantragen zu können. Insofern wird hier von einer genuinen Sorgerechtsfähigkeit der Mutter ausgegangen.

<sup>351</sup>Das Antragsprinzip wurde in der Literatur lange Zeit gefordert, vgl. Lipp, FamRZ 1998, S 65 f, unter Bezugnahme auf Coester JZ 1992, S. 809, 814.

<sup>352</sup>OLG Frankfurt/M, FamRZ 1990, S. 550.

tion darstellt, die auch nicht durch eine männliche Ersatzperson substituiert werden kann<sup>353</sup>. Die Reduzierung des Vaters auf die Rolle des Besuchsonkels verspricht für die Entwicklung des Kindes wenig Gewinn<sup>354</sup>. Solange nicht der wissenschaftliche Beweis für die Notwendigkeit einer Alleinzuständigkeit der Mutter erbracht werden kann, ist davon auszugehen, daß die Vater-Kind-Beziehung in ihrer Relevanz für die Entwicklung des gemeinsamen Kindes nicht von geringerer Bedeutung ist. Die Vaterforschung hat keine Erkenntnisse dafür geliefert, daß die Väter nicht in dem selben Umfang in der Lage wären, Kinder zu betreuen oder zu erziehen. Kinder haben zu beiden Elternteilen unterschiedliche Bindungen, ohne daß hierbei eine qualitative Differenzierung möglich wäre<sup>355</sup>.

War das Kind im Zeitpunkt der Scheidung bereits 14-jährig, so bestand Einigkeit, daß der Kindeswille gemäß § 1671 Abs. 3 S.2 BGB aF die Bindungswirkung des elterlichen Vorschlags entfallen ließ. Das Widerspruchsrecht des 14-jährigen Kindes wurde auch in die Neuregelung des § 1671 Abs. 2 Nr. 1 2.HS BGB nF übernommen. Wenn sich das Sorgerecht bis zur Neuregelung des Kindschaftsrechtes nicht an dem verfassungsrechtlichen Prinzip des gemeinsamen Sorgerechts orientiert hat, so war dies zum einen auf die fehlende Beratung in diese Richtung und auf die während des Trennungsjahrs bereits gewohnte Alleinerziehung zurückzuführen. Andererseits entwickelt sich die Präferenz des Kindes altersabhängig und bedurfte einer längeren Zuwendung beider Eltern<sup>356</sup>. Zudem wurde das Kind bei seiner Anhörung einem Loyalitätskonflikt unterworfen, der ein gemeinsames Sorgerecht beeinträchtigte.

---

<sup>353</sup>Lemp, FamRZ 1984, S. 734; Fthenakis, FamRZ 1985, S. 667.

<sup>354</sup>Limbach, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, S. 64.

<sup>355</sup>Weber/Beck, in: Krabbe, Scheidung ohne Richter, S. 207, 210.

<sup>356</sup>Leister, FamRZ 1986, S. 1145 f unter Bezugnahme auf Fthenakis.

### c. Das Umgangsrecht versus das vertraute Bezugsverhältnis

Das Umgangsrecht mit dem Vater konnte dessen Sorgeberechtigung nicht ersetzen. Trennungs- und scheidungsbedingte Ängste und Aggressionen der Kinder werden durch ein Umgangsrecht nicht in ausreichendem Maße kompensiert<sup>357</sup>. Das Desorganisationsmodell führte aufgrund des Alleinzuständigkeitsgrundsatzes in einer Vielzahl der Fälle dazu, daß die Kinder die Väterlichkeit nur noch in der Schule erfahren<sup>358</sup>. Das Umgangsrecht des Vaters reichte nicht dazu aus, dem Kind die Behandlung von Problem- und Konfliktsituationen zu vermitteln. Die Folge daraus war häufig die Aggression des Kindes gegen Dritte (verbal oder tätlich) oder gegen sich selbst (Depressionen, Singularisierung, Hyperaktivität oder sogar Suizid).

Aus diesen Gründen wurde in der Neuregelung des §§ 1626 Abs. 3 S.1, 1684 Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung der Gleichheit von ehelichen und nichtehelichen Kindern ein Umgangsrecht des Kindes eingeführt, das sich vom Kind an die Eltern richtet. Darüber hinaus erhält das Kind aufgrund von § 1626 Abs. 3 S. 2 BGB n.F unabhängig vom familienrechtlichen Status die Möglichkeit zum Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt. Großeltern und Geschwistern wird durch § 1685 Abs. 1 BGB nF ein eigenes Umgangsrecht eingeräumt. Die Verminderung der trennungs- und scheidungsbedingten Folgen steht somit im Vordergrund der gesetzgeberischen Bemühungen. Das Ziel, das Wohlergehen des Kindes zu fördern, ist somit an die Kontaktwünsche des Kindes geknüpft und kann durch eine Aufrechterhaltung der vertrauten Bezugsverhältnisse zu beiden Eltern und zu Dritten erreicht werden. Das Recht zum persönlichen Umgang des nichtsorgeberechtigten Elternteils gemäß § 1634 bzw. § 1711 BGB nF wird durch die Neure-

---

<sup>357</sup> So auch Limbach, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, S. 58 f: Die fürsorgliche Bevormundung der Eltern, die ein gemeinsames Sorgerecht anstreben, wird durch die Pflicht zum Nachweis der Erziehungsfähigkeit und -willigkeit unnötig belastet und stellt einen *Eingriff* in die Intimssphäre dar, die das moderne Familienrecht gerade vermeiden will.

<sup>358</sup> So auch Struck in der Teleakademie des SDR am 14.12.1997 (Kath. Akademie Rabanus Marus, Wiesbaden): Die Lösung der Problemsituationen durch das Kind orientiert sich an der Vorgehensweise seiner Bezugsperson. Leben die Eltern eine auf Konfrontation gestützte Konfliktbehandlung vor, wird dies von den Kinder übernommen.

gelung des Kindschaftsrechts nicht eingeschränkt, sondern über die Regelung des § 1684 BGB nF gleichgesetzt und einer Verpflichtung unterstellt.

Für den Fall des nicht nur vorübergehenden Getrenntlebens enthält § 1672 Abs. 1 BGB nF ebenfalls für das nichteheliche Kind eine nur auf Antrag eines Elternteils zu übertragende Sorgerechtsregelung. Haben die Eltern nach § 1626 a BGB nF eine gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge vereinbart, bleibt es bei dieser Regelung auch für den Fall der Trennung. Auch beim ehelichen Kind wird gemäß § 1671 Abs. 1 für den Zeitraum des Getrenntlebens von einer Kontinuität der gemeinsamen elterlichen Sorge ausgegangen.

Diese Fortdauer der elterlichen Erziehungsverantwortung entspricht im Fall des ehelichen Kindes der bisher gültigen Regelung des § 1672 BGB aF. Nach § 1672 S.2 BGB aF wurde nur der Fall von Amts wegen vom Familiengericht entschieden, wenn das Wohl des Kindes gefährdet war und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage waren, die Gefahr abzuwenden. Nur in diesem Notfall wurde die Sorgerechtsregelung dem staatlichen Wächteramt im Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG unterstellt. Es oblag somit auch den Konfliktparteien, während der nicht nur vorübergehenden Trennung die standardisierte Sorgerechtsregelung gemeinsam auszufüllen. Solange kein Antrag auf Übertragung des Sorgerechts gestellt wurde, wurde eine Indizwirkung für das Fehlen erheblicher Meinungsverschiedenheiten angenommen<sup>359</sup>.

#### **d. Das gemeinsame Sorgerecht in der ehemaligen DDR**

Auch in anderen europäischen Staaten wurde das gemeinsame Sorgerecht bereits eingeführt. In der ehemaligen DDR wurde bereits in § 25 FGB in der Form des 1. Familienrechtsänderungsgesetzes<sup>360</sup> vom

---

men. Notwendig ist demnach eine kooperative Zusammenarbeit der Eltern im Interesse des Kindeswohls.

<sup>359</sup>MünchKomm/Hinz § 1672 RN. 4; zustimmend OLG Köln FamRZ 1980, S. 929 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, S. 938 f.

<sup>360</sup>1. Familienrechtsänderungsgesetz vom 20.07.1990, GBl. DDR 1990 I S. 1038; Dieses Gesetz galt nur in dem sehr kurzen Zeitraum, vom 1. bis 2.10.1990 (!), und wurde

20.07.1990 die Möglichkeit des nur auf Antrag eines Elternteils zu entscheidenden Sorgerechts vorgesehen. Das elterliche Erziehungsrecht wurde somit ohne erfolgten Antrag den Eltern gemeinsam belassen und der staatliche Eingriff auf ein Notverfahren reduziert.

#### **e. Das gemeinsame Sorgerecht im europäischen Vergleich**

Während die Aufteilung der Personen- und Vermögenssorge nach § 1671 Abs. 4 S. 2 BGB aF als Durchbrechung des Alleinzuständigkeitsprinzips zulässig war, wenn die Vermögensinteressen des Kindes dies erforderten, wurde eine Aufteilung der Personensorge weitgehend abgelehnt<sup>361</sup>. Es wurde davon ausgegangen, daß die Aufspaltung der Personensorge in Vermögenssorge und Personensorge gemäß § 1671 Abs. 4 S. 2 BGB aF abschließend war. Die Abspaltung von Einzelbefugnissen wurde lediglich im Bereich der Religionserziehung gemäß §§ 1680 Abs. 2, 1666 BGB aF und nur zur vormundschaftlichen Entscheidung oder der Aufenthaltsbestimmung an einen Pfleger in den Fällen des § 1671 Abs. 5 BGB für zulässig erachtet<sup>362</sup>. In der Neuregelung des § 1671 BGB sind die Absätze 4, 5 und 6 ersatzlos entfallen.

Jede Art der Mitsprache oder des Zustimmungsrechts bei Fragen der Ausbildungs- und Berufswahl oder der Wohnsitzbestimmung wurde als mit dem Alleinzuständigkeitsgrundsatz unvereinbarer Eingriff in die Personensorge angesehen<sup>363</sup>. Auch zeitliche Aufteilungen waren wegen der Gefahren für die Kindeserziehung und Entwicklung nicht zugelassen. In der Neuregelung des § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB wurden die Entscheidungen über Angelegenheiten des täglichen Lebens dem Elternteil übertragen, bei dem sich das gemeinsame Kind gewöhnlich aufhält. Angestrebt wurde eine konfliktvermeidende Alleinentscheidungsbefugnis ohne Aufspaltung zwischen den Konfliktparteien. Hierbei stand die Praktikabilität der gemeinsamen elterlichen Sorge im Vordergrund, die nur dann ge-

---

durch Art. 234 § 11 Abs. 3 EGBGB in den noch nicht entschiedenen Fällen wieder auf § 1671 BGB zurückgeführt. Siehe auch MünchKomm/Hinz § 1671 RN. 76 m.w.N..

<sup>361</sup>BGHZ 78, S. 108 = NJW 1981, 126 m.w.N.; KG FamRZ 1984, S. 1143 f; OLG Karlsruhe FamRZ 1984, S. 91 f; OLG Zweibrücken, FamRZ 1983, S. 1055.

<sup>362</sup>BayObLG NJW 1963, S. 590 = FamRZ 1963, S. 192; FamRZ 1966, S. 247 f; KG FamRZ 1984, S. 1143.

<sup>363</sup>MünchKomm/Hinz § 1671 RN 22 m.w.N.

währleistet werden kann, wenn der Elternteil, bei dem das Kind lebt, sich nicht ständig in Detailfragen mit dem anderen Elternteil auseinandersetzen muß<sup>364</sup>. Auf der anderen Seite stehen die Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist. Wegen der geringen Abänderungshäufigkeit wird eine einvernehmliche Regelung der Konfliktparteien verfolgt, die, bei Uneinigkeit der Eltern, eine familiengerichtliche Entscheidung nach § 1628 nF erfordert.

Im europäischen Ausland wurde die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge teilweise vor geraumer Zeit eingeführt.

#### aa. Frankreich

Eine mit dem französischen Sorgerecht des Art. 287 Code civil (Cc) vergleichbare Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts „garde conjointe“, bei der Möglichkeit der Abtrennung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes wurde bereits vor der Neuregelung des Kindschaftsrechts von mehreren deutschen Gerichten<sup>365</sup> auf Übereinstimmung mit § 1671 Abs. 4 S.2 BGB aF überprüft und durchgeführt. Art 287 Cc lautet seit der Reform vom 8. Januar 1993 wie folgt:<sup>366</sup>

1. Das Sorgerecht wird von beiden Eltern gemeinsam ausgeübt.
2. Im Interesse des Kindes kann der Richter das Sorgerecht einem Elternteil allein übertragen.

Die Ausübung des Sorgerechts durch einen Elternteil allein wird damit zur Ausnahme. Hierdurch wurde die seit 1987 bestehende Praxis in Frankreich übernommen<sup>367</sup>. Da die Eltern nach der Scheidung in der Regel nicht mehr zusammen leben, muß der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes bestimmt werden. Auch hier wird das Gericht nur tätig, wenn die Eltern kein Einverständnis erzielen können oder gegen das Interesse

---

<sup>364</sup>Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß) zur Reform des Kindschaftsrechts, DS 13/8511 vom 12.09.97, S. 62, 67

<sup>365</sup>BezG Erfurt, FamRZ 1993, S. 830 f; KG FamRZ 1994, S. 316.

<sup>366</sup>Gesetz Nr. 93-22 vom 8.1.1993 „modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales“ (Journal Officiel vom 9.01.1993 S. 495 ff); vgl. Art. 125 Abs. 2 serbisches FamG; Rauscher, NJW 1991, S. 1087, 1089 m.w.N.

des Kindes verstoßen wird. Während § 287 Cc aF die Übertragung des Sorgerechts auf den Richter übertrug, sieht die neue Fassung ein Tätigwerden des Richters wie in der Neufassung des § 1671 Abs. 1 BGB nur bei fehlendem Einvernehmen der Eltern vor. Eine Regelung des Umgangsrechts wird nur für die Fälle getroffen, in denen sich die Eltern nicht einigen können<sup>368</sup>. Die Ausübung des Sorgerechts und des Aufenthaltsbestimmungsrechts kann somit getrennt von einander vereinbart oder entschieden werden. An diesen Regelungen wird deutlich, daß der staatliche Eingriff auf die Fälle begrenzt werden soll, in denen eine einvernehmliche Regelung zwischen den Konfliktparteien nicht erreicht werden kann.

#### bb. England

Auch in England wurde die parental responsibility (elterliche Sorge) im Children Act (CA) bereits im Jahr 1989<sup>369</sup> auf das Prinzip der fortdauernden Elternverantwortung aufgebaut. In diesem Sinne bestimmt sec. 2 (1) des CA: „Where a child’s father and mother were married to each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child“.

Es wird nicht nur von einer nach der Trennung und Scheidung weiterbestehenden Fortdauer des gemeinsamen Sorgerechts ausgegangen, eine solche Aufteilung kann nicht einmal auf Antrag eines oder beider Elternteile durchgeführt werden. Nach sec. 2 (7) CA 1989 ist der jeweilige Elternteil, der die tatsächliche Sorge über das gemeinsame Kind ausübt, grundsätzlich berechtigt, im Rahmen der „residence order“ (Aufenthaltsbeschluß) ohne Zustimmung des anderen Elternteils zu handeln. Der CA folgt somit konsequent der Vorgabe, daß die Trennung der Eltern ohne Einfluß auf die Beziehung ihrer Kinder sein soll. Er koppelt die parental responsibility vom Bestand und der Entwicklung des Verhältnisses unter den Eltern ab. Es handelt sich hierbei um eine : „Parenthood for life“<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup>Dopffel, Kindschaftsrecht im Wandel, S. 133 ff.

<sup>368</sup>Furkel, FamRZ 1994, S. 1085, 1087.

<sup>369</sup>Children Act 1989, c. 41. Mit den wesentlichen Vorschriften am 14.10.1991 und im übrigen am 01.02.1992 in Kraft getreten.

<sup>370</sup>Büttner, FamRZ 1997, S. 464 f m.w.N.

cc. Norwegen, Schweden und Dänemark

Die systematische Gesetzgebung in Dänemark, Norwegen und Schweden auf dem Gebiet des Kindschaftsrechts beruht auf einer engen inter-nordischen Zusammenarbeit. Grundlage hierfür sind die gemeinsamen Leitideen und weithin gleiche Lebensverhältnisse<sup>371</sup>.

Das gemeinsame Sorgerecht überdauert in allen drei Ländern die Scheidung der Eltern, lediglich die gesetzlichen Voraussetzungen sind unterschiedlich. In **Norwegen** wurde bereits im Jahr 1978 in § 34 Abs. 2-3 B den Eltern die Möglichkeit eröffnet, zwischen der gemeinsamen Kindes-sorge und der Alleinsorge eines Elternteils zu wählen. Das gemeinsame Sorgerecht dauert somit fort, bis eine Vereinbarung oder eine gerichtliche Entscheidung erfolgt. Bereits im Jahr 1982 haben sich bereits 59 Prozent der Eltern für die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge entschieden<sup>372</sup>.

In **Schweden** wurde die Fortdauer der gemeinsamen elterlichen Sorge bereits im Jahr 1976 ermöglicht. Im Fall einer Scheidung bedurfte es folglich keiner gerichtlichen Entscheidung. Vielmehr erfolgte eine Vereinbarung unter den Eltern, die das Gericht, soweit keine Belange des Kindeswohls entgegenstanden, genehmigen konnte. Im Jahr 1983 stieg die Zahl der Scheidungen ohne Sorgerechtsveränderung auf 44 Prozent und im Jahr 1989 bereits auf 76 Prozent. Kap. 6 § 5 Abs. 1 FB wurde im Jahr 1990<sup>373</sup> in der Weise ergänzt, daß ein Antrag eines Elternteils auf Beendigung der gemeinsamen Kindessorge abgelehnt werden kann, wenn der Antragsteller „sich der Fortdauer der gemeinsamen Sorge nicht widersetzt“. Die gemeinsame Sorge bleibt demnach vorrangige Ausübungsvariante der elterlichen Sorge, auf die das Gericht in jeder Lage des Verfahrens hinwirken soll<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup>Dopffel, Kindschaftsrecht im Wandel, S. 72: Im wesentlichen wie in den drei Kernländern ist die Entwicklung in Finnland und Island verlaufen.

<sup>372</sup>Dopffel, a.a.O., S. 76.

<sup>373</sup>Vgl. NJA 1990 II S. 692, 694.

<sup>374</sup>Dopffel, a.a.O., S. 78.

In **Dänemark** wurde die Fortdauer der gemeinsamen elterlichen Sorge im Jahr 1985 nach dem schwedischen Modell eingeführt. Zuständig für die Genehmigung der elterlichen Vereinbarung des Sorgerechts ist gemäß

§ 11 Abs. 2 ML primär durch das Staatsamt und hilfsweise das Gericht. Kommt eine wirksame Vereinbarung unter den Eltern nicht zustande, entscheidet das Gericht von Amts wegen und überträgt einem Elternteil die Alleinsorge. Wie schnell sich die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge durchgesetzt hat, zeigt sich daran, daß sich durchschnittlich 36 Prozent der Eltern hierfür entschieden haben<sup>375</sup>.

#### **f. Gestaltungsspielraum vor der Neuregelung des Kindschaftsrechts**

Auch vor der Neuregelung des Kindschaftsrechts war die Möglichkeit der Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts bei der Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf einen Elternteil bei entsprechender Anwendung des § 1628 BGB aF gegeben<sup>376</sup>. Der Grundsatz der Unteilbarkeit der Personensorge, der aus dem Umkehrschluß des § 1671 Abs. 4 S.2 BGB aF gefolgert wurde, war auf die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung nicht übertragbar. Die Interessenlage war bei Alleinzuständigkeit eines Elternteils mit der gemeinsamen Ausübung der elterlichen Verantwortung nicht vergleichbar. Bedurfte es bei Fortführung der gemeinsamen elterlichen Sorge der Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, so war ein weiterer staatlicher Eingriff in die Rechte (§ 1629 ff BGB) der Eltern nicht erforderlich. Das BezG Erfurt führte dies wie folgt aus<sup>377</sup>:

„Nur soweit die Eltern widerstreitende Interessen vertreten, bedarf es der Schlichtung des Staates. Soweit die Eltern darüber hinaus gewillt und fähig sind, die gemeinsame Verantwortung für ihr Kind nach der Scheidung weiter zu tragen, ist der Staat aber nicht in Ausübung seines

---

<sup>375</sup>Dopffel, a.a.O., S. 78.

<sup>376</sup>Vgl. 4. Kapitel, § 13 I 4 lit e; das AmtsG Landshut, FamRZ 1997, S. 102 f, löste die Problematik der Sorgerechtsaufteilung durch wochenweise Übertragung der Alleinzuständigkeit auf jeweils einen Elternteil. Hierdurch wurde der jeweils sorgeberechtigte Elternteil in der zeitweise alleinigen Ausübung des elterlichen Sorgerechts nicht beeinträchtigt.

Wächteramtes berufen, den Vorrang der Eltern als Erziehungsträger anzutasten und ihre Elternrechte zu beschränken.

Als geringerer Eingriff in die durch Art. 6 II GG garantierte und geschützte Elternautonomie und Verantwortung, die mit der Scheidung nicht endet, stellt die gerichtliche Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, welches die Eltern einverständlich natürlich auch jederzeit anders handhaben können, zur Überzeugung des Senats die für das Kindeswohl am wenigsten schädliche Alternative dar, solange die Eltern bezüglich der Wahrung der Kindesinteressen im übrigen einig sind.“

Die Auslegung des § 1671 Abs. 4 S. 2 BGB aF ergab demnach, daß Einschränkungen in Teilbereichen zugunsten der Durchführung des gemeinsamen Sorgerechts möglich sein mußten. Dieser Ansicht war auch bei unveränderter Gesetzeslage zuzustimmen, da § 1671 Abs. 4 S. 2 BGB aF auf dem verfassungswidrigen Alleinzuständigkeitsprinzip aufbaute und die Fortführung des gemeinsamen Sorgerechts im Sinne des § 1628 BGB aF vom Gesetzgeber bisher nicht berücksichtigt wurde. Die durch die grundsätzliche Unteilbarkeit der Personensorge einzugrenzende Gefährdungssituation der Aushöhlung durch das Aufenthaltsbestimmungsrecht bestand bei der Fortführung der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht. Durch die vom Bundesverfassungsgericht festgestellten drei Voraussetzungen für die Übertragung der elterlichen Sorge wurde auf der Basis der bis zum 30.06.1998 geltenden Gesetzeslage sichergestellt, daß die Eltern tatsächlich bereit waren, diese Verantwortung in der Zukunft gemeinsam zu tragen. Somit bestand kein Bedarf für ein ausnahmslos an § 1671 Abs. 4 S. 2 BGB aF orientiertes Handeln der Gerichte, sondern es wurde aufgrund der geänderten Interessenlage der Rückgriff auf den während der bestehenden Ehe wirksamen § 1628 BGB aF eröffnet.

Die häufig geäußerte Forderung nach einer am Reorganisationsmodell orientierten Neuregelung des Kindschaftsrechts fand seine ausdrückliche

---

<sup>377</sup>BezG Erfurt FamRZ 1883, S. 830 f.

gesetzgeberische Abkehr vom Desorganisationsmodell in der Fortführung des gemeinsamen Sorgerechts des § 1671 Abs. 1 BGB nF. Ziel der staatlichen Unterstützungsleistungen ist seit Inkrafttreten der Neuregelung des Kindschaftsrechts die Förderung des gemeinsamen Sorgerechts, die einer Einschränkung des am Kindeswohl gemessen Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht mehr bedarf.

Die Veränderungen im internationalen Umfeld haben auch die Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland beeinflusst. Bereits im Jahr 1996 wurde als Reaktion auf die UN-Kinderrechtskonvention<sup>378</sup> von 1989 (UNKRÜ) und das Übereinkommen zur Ausübung von Kinderrechten<sup>379</sup> (EÜAK) von 1996 auf Initiative der Bundesregierung der am 01.07.1998 in Kraft getretene Gesetzesentwurf zum Kindschaftsrecht beraten<sup>380</sup>. Art. 18 Abs. 1 des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes legt den *Grundsatz der gemeinsamen Elternverantwortung* für die Entwicklung und Erziehung der Kinder fest, ohne daß die Beziehungen der Eltern untereinander hierfür maßgeblich sein sollen. Dieser Ansatz wurde bei der Neuregelung des Kindschaftsrechts umgesetzt. Nachdem die Fortdauer des gemeinsamen Sorgerechts nach § 1671 Abs. 1 BGB n.F. eingeführt wurde, konnte auch der bisher gültige Zwangsverbund von Scheidung und Sorgerecht aufgehoben werden. Nur im Fall einer Antragstellung nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB nF in Verbindung mit § 623 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nF wird über die Sorgerechtsübertragung entschieden. Stellt demnach kein Elternteil einen Antrag, so bleibt es, abgesehen von Fällen der Gefährdung des Sorgerechts nach § 1666 BB nF beziehungsweise § 1696 Abs. 1 BGB nF, bei der während der Ehe vorgegebenen gemeinsamen Sorgerechtsregelung<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> UN-Kinderrechtskonvention v. 20.11.1989, BGBl. 1992 II S. 122 ff; vgl. FamRZ 1992, S. 253 ff, NJW 1993, S. 2309.

<sup>379</sup> Veröffentlichung des Europarates: Straßburg 8.9.1995 DIR/JUR 95, 12 Rev.

<sup>380</sup> Dt BT-Dr 13/4899, S. 168.

<sup>381</sup> Bis zum Inkrafttreten der Neuregelung des Kindschaftsrechts wollte der Deutsche Familiengerichtstag e.V., FamRZ 1997, S. 337 das Schweigen der Eltern im Scheidungsverfahren nicht ausreichen lassen, wohl aber die Vorlage einer - wenn auch nicht im Detail festgelegten - Elternvereinbarung, damit ein Sorgerechtsverfahren im Scheidungsverfahren überflüssig wird. Nach der Gesetzeslage ab dem 01.07.1998 bedarf es derartiger Erklärungen der Eltern nicht mehr.

Nach der Trennung soll die elterliche Sorge unbeeinflusst durch das Verhältnis unter den Eltern weiter ausgeübt werden. Das Einvernehmen bei der Kindeserziehung wird gemäß § 1687 Abs. 1 S. 1 BGB nF nur noch auf die Fälle grundsätzlicher Entscheidungen beschränkt, während die Angelegenheiten des täglichen Lebens von dem Elternteil getroffen werden, bei dem das Kind lebt. Mit dieser auf die Initiative der Bundesregierung zurückgehenden Neuregelung des Kindschaftsrechts wird deutlich, daß staatliche Eingriffe trotz Trennung und Scheidung nicht grundsätzlich notwendig sind, um die familialen Verhältnisse durch richterliche Entscheidung zu regeln. Staatliche Maßnahmen sollen demnach erst dann eingreifen, wenn ein Elternteil dies beantragt oder das Kindeswohl dies erfordert<sup>382</sup>. Mit der Regelungsbedürftigkeit der Kindesentwicklung und

-erziehung sowie durch die Verbindung dieses komplexen Konfliktstoffes mit den materiellen Scheidungsfolgesachen steigen auch die Einsatzmöglichkeiten und die Anforderungen der Familienmediation.

## **II. Umgangsrecht**

### **1. Kontinuität in der elterlichen Erziehung**

Auch vor der Neuregelung des Kindschaftsrechts richtete sich das Umgangsrecht als Ausfluß des natürlichen Elternrechts sowie das Sorgerecht am Kindeswohl aus. Dem Erstgenannten kommt hierbei eine schwächere Position zu<sup>383</sup>. Das Umgangsrecht steht unter dem Schutz von Artikel 6 Abs. 2 Grundgesetz, wobei in Konfliktfällen das Kindeswohl grundsätzlich den Interessen der Eltern vorgeht<sup>384</sup>. Neu ist die Ausrichtung des Umgangsrechts am Reformziel der Förderung der Belange der gemeinsamen Kinder, wobei der Statusunterschied zwischen ehelicher und unehelicher Geburt endgültig aufgegeben wurde. Damit ist das Kriterium der Ehe der Eltern beim Umgangsrecht, anders als beim Sorgerecht, vollständig weggefallen. Für den Vater des nichtehelichen Kindes bedeutet diese Regelung eine deutliche Stärkung seiner Verhandlungs-

---

<sup>382</sup>Siehe auch Büttner, FamRZ 1997, S. 464, 470.

<sup>383</sup>Vgl. BGH FamRZ 1990, S. 332.

<sup>384</sup>OLG Hamburg FamRZ 1996, S. 423; OLG Hamm FamRZ 1996, S. 361.

position, da er nicht mehr gemäß § 1711 Abs. 1 S.1 BGB aF von der Zustimmung der Mutter abhängig ist. Dem Vater steht nach § 1684 Abs. 1 S. 2 BGB nF ein selbständiges Umgangsrecht zu. Die Gleichstellung wird auch verfahrensrechtlich dadurch signalisiert, daß unabhängig vom familienrechtlichen Status über den Umgang mit den gemeinsamen Kindern einheitlich das Familiengericht entscheidet<sup>385</sup>.

Es wird deutlich, daß das Umgangsrecht des Kindes zum Kindeswohl gehört und nicht als Gegenstand der elterlichen Disposition unterstellt ist. Nach den §§ 1684 Abs. 1 S. 1 2. HS., 1626 Abs. 3 BGB nF ist jeder Elternteil auch zum persönlichen Umgang mit dem gemeinsamen Kind verpflichtet. Darüber hinaus erhält das Kind durch § 1684 Abs. 1 1. HS BGB nF einen eigenen Anspruch auf Umgang mit beiden Eltern. Die besondere Bedeutung der Kontinuität der elterlichen Beziehungen für die Kindesentwicklung wird dadurch besonders betont, daß nach § 1684 Abs. 4 S. 2 nF eine dauerhafte richterliche Beschränkung des Umgangsanspruchs des Kindes nur ergehen kann, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet werde<sup>386</sup>. Angestrebt wird ein Bewußtseinswandel der Eltern, hin zu einer kooperativen Zusammenarbeit bei der Ausgestaltung und Durchführung des Umgangsrechts. Den Konfliktparteien soll hierdurch bewußt werden, daß die einseitige Vereitelung dieser Kooperation negative Auswirkungen auf die Kindesentwicklung haben wird.

Dem nicht sorgeberechtigten beziehungsweise dem Elternteil, bei dem sich das gemeinsame Kind nur vorübergehend aufhält, wird so die Möglichkeit eröffnet, die Entwicklung des Kindes durch regelmäßige Besuche fortlaufend zu überwachen und verwandtschaftliche Beziehungen aufrechtzuerhalten. Dem sorgeberechtigten Elternteil kommt in diesem Zusammenhang die Aufgabe zu, durch Einsatz elterlicher Autorität und ge-

---

<sup>385</sup>Rauscher, FamRZ 1998, S. 329, 335: Besonders beim nicht mit der Mutter des Kindes verheirateten Vater trägt der Vater nicht mehr die Feststellungslast, daß der Umgang mit ihm dem Kind nützt. Damit wird deutlich, daß beide Elternteile als Bezugspersonen für die Entwicklung des Kindes von elementarer Bedeutung sind.

<sup>386</sup>Dt BT-Dr 13/8511, Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 12.09.1997, S. 62, 68.

eigneter erzieherische Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, daß ein reibungsloser Ablauf des Umgangsrechts ermöglicht werden kann<sup>387</sup>.

## **2. Beratungs- und Unterstützungsleistungen**

Unterstützt wird die Verwirklichung des Umgangsanspruchs des Kindes durch den eigenen Beratungs- und Vermittlungsanspruch des Kindes gegen das Jugendamt nach § 18 Abs. 3 SGB VIII nF(KJHG). Kommt es dennoch zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, sieht § 52 Abs. 1 FGG nF vorrangig die gerichtliche Vermittlung zur Erzielung eines einvernehmlichen Konzeptes vor. Ganz dem Kindeswohl verpflichtet, kann das unabhängig vom Familienstand einheitlich zuständige Familiengericht dem minderjährigen Kind nach § 50 Abs. 1 FGG in den seine Person betreffenden Verfahren einen Pfleger bestellen. Diese Funktion des „Kindesanwalts“ kann nicht nur ein Sozialarbeiter, Sozialpädagoge oder Kinderpsychologe ausfüllen, sondern auch engagierte Laien oder Verwandte des Kindes<sup>388</sup>.

Damit wurde auch im Bereich des Umgangsrechts die Orientierung am Prinzip des Desorganisationsmodells aufgegeben. Bei Fortführung des gemeinsamen Sorgerechts treffen beide Elternteile die für die Erziehung und Entwicklung des Kindes maßgeblichen Entscheidungen unter Einbeziehung der Belange und Wünsche des jeweils anderen Elternteils. Bei der Ausgestaltung des Umgangsrechts können die Konfliktparteien auf die außergerichtlichen oder gerichtlichen Vermittlungsstellen zurückgreifen.

§ 17 Abs. 2 beziehungsweise § 18 Abs. 3 KJHG nF in Verbindung mit § 52 Abs. 1 FGG nF und § 613 Abs. 1 S. 2 ZPO nF ermöglichen somit eine umfassende Beratung der Konfliktparteien und schaffen die Möglichkeit einer frühzeitigen und umfassenden Kooperation. Die dem Desorganisationsmodell anhaftende Zurücksetzung des nichtsorgeberechtigten Elternteils kann im Rahmen der Teilnahme an der Kindeserzie-

---

<sup>387</sup>Oelkers, FamRZ 1997, S. 779, 788.

<sup>388</sup>Diederichsen, NJW 1998, S. 1977 f unter Bezugnahme auf Dt BT-Dr 13/4899, S.130.

hung und -entwicklung auf diese Weise vermieden werden. Mit Inkrafttreten der Neuregelung des Kindschaftsrechts ist nicht nur de jure die Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechtes möglich, sondern werden den Eltern auch zusätzliche streitvermeidende und -schlichtende Vermittlungsangebote bei der Ausgestaltung der elterlichen Kooperation, Erziehungswilligkeit und -fähigkeit eröffnet.

### **3. Ansatz der Mediation**

Ein zentrales Anliegen der Reform des Kindschaftsrechts war die Verstärkung streitreduzierender Methoden vor und in familiengerichtlichen Verfahren. Dabei wurde besonders auf die Akzeptanz der Umgangsregelung Wert gelegt, da im Unterschied zur formalen Sorgerechtsregelung eine unmittelbare Umsetzung in die Praxis erfolgt<sup>389</sup>. Es wird deutlich, daß der Gesetzgeber zunehmend auf die Vermittlung als Konfliktbeilegungsmodus setzt, jedoch ein obligatorisches vorgerichtliches Verfahren nicht eingegliedert hat.

Um eine am Einzelfall unter Berücksichtigung des Kindeswohls und unter Beachtung der berechtigten Wünsche der Eltern sachgerecht ausgerichtete Ausgestaltung des Umgangsrecht vereinbaren zu können, kann nicht auf allgemeine Richtwerte zurückgegriffen werden. Vielmehr ist diese Konfliktbehandlung nur sachgerecht möglich, wenn die Interessen der Eltern und der Kinder erarbeitet und in ein Konzept eingegliedert werden. An diesem Punkt setzt die Familienmediation an und ermöglicht unter Einbeziehung der Kreativität der Konfliktparteien die den konkreten Umständen und Bedürfnissen der Eltern und des Kindes angemessene Darstellung eines Umgangskonzeptes. Kommt es hierbei nicht zu einer Einigung der Eltern, können die hier erarbeiteten Interessen bei der Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles durch das Familiengericht entsprechend berücksichtigt werden.

---

<sup>389</sup>Rauscher, FamRZ 1988, S. 329, 340.

### III. Anwendungsergebnisse aus der Praxis

#### 1. Primat der elterlichen Erziehung

Es hat sich bis zur Neuregelung des Kindschaftsrechts herausgestellt, daß die durch Mediation erzielten Ergebnisse die gemeinsame Verantwortung für die Kinder deutlich höher gewichten als im kontradiktorischen Verfahren. Ein übereinstimmender Vorschlag der Eltern im Sinne von

§ 1671 Abs. 3 S.1 BGB aF führte in der praktischen Umsetzung zu einer überwiegenden Pflege und Betreuung durch einen Elternteil. Den Kindern wurde dennoch der emotionale Zugang zu beiden Elternteilen ermöglicht.

Das Pilotprojekt am Stadtjugendamt Erlangen aus dem Jahre 1990/1991 sowie die Langzeitstudie am Stadtjugendamt Jena von 1992 bis 1997 belegen die Vermittlungserfolge der Mediation in der praktischen Umsetzung<sup>390</sup>. In der erstgenannten Studie willigten ca. 90 Prozent der nach einem Zufallsprinzip ausgewählten Eltern in ein Vermittlungsverfahren über ihr Sorge- und Umgangsrecht ein. 72 Prozent der Eltern, die sich auf dieses Vermittlungsverfahren eingelassen hatten, erreichten eine Vereinbarung, während 28 Prozent das Verfahren abbrachen. Unabhängig von der tatsächlichen Erzielung eines Verhandlungsergebnisses sahen mehr als die Hälfte aller Vermittlungs-Eltern die qualifizierte Vermittlung als ein hilfreiches Verfahren an, das sie „ihren Bekannten weiterempfehlen“ würden.

Die Studie am Stadtjugendamt Jena befaßte sich mit streitigen Verfahren, bei denen die Eltern bereits widerstreitende Anträge gestellt hatten. Von den untersuchten 116 Verfahren, die zur Familienmediation anstanden, begannen 86 Eltern die Vermittlung, 30 lehnten Familienmediation ab. Von den 86 Verfahren, die dann tatsächlich mediiert wurden, erreichten 65 Eltern (75,6 Prozent) eine eigene Elternvereinbarung. Dabei wurden folgende Vermittlungsvereinbarungen getroffen: Das alleinige

---

<sup>390</sup>Beide Verfahren werden von Proksch, in: Stempel, Mediation für die Praxis, S. 71 ff. dargelegt.

Sorgerecht erhielt die Mutter in 38, der Vater in vier Fällen. Die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge wurde in 23 Verfahren vereinbart. Verglichen mit den ebenfalls untersuchten 71 Verfahren, die eine einvernehmliche Regelung ohne die Unterstützung der Familienmediation erzielt haben, wird deutlich, daß das gemeinsame Sorgerecht hier deutlich weniger vereinbart wurde. Die Vereinbarungserfolge stellten sich wie folgt dar: In 53 Verfahren erhielt die Mutter und nur in einem Verfahren der Vater das alleinige Sorgerecht. Das gemeinsame Sorgerecht wurde lediglich in 16 Verfahren erzielt.

Deutlich sind auch die Aussagen der befragten Eltern zu ihren Erfahrungen mit der Familienmediation. In 91,6 Prozent der Fälle wurde angegeben, daß der Vermittler den Fall sehr gut betreut hat. In Bezug auf das Sorgerecht gaben 87,2 Prozent und auf das Umgangsrecht 66,4 Prozent der befragten Eltern an, daß durch die Vermittlung gute Lösungen gefunden wurden.

Hierdurch wird ersichtlich, daß die Familienmediation in den dargelegten Projekten beiden Eltern die gemeinsame Erziehungsverantwortung eröffnete und den Kindern eine Persönlichkeitsentwicklung ermöglichte, die der während der intakten Ehe am nächsten kommt. Die Eltern mußten sich dabei gegenseitig in ihrer Erziehungsautorität respektieren und durften keine unvereinbaren Erziehungsanforderungen an das Kind stellen. Im Interesse des gemeinsamen Kindes wurde den Konfliktparteien schon im Vorfeld der Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts die Bereitschaft zu einem erhöhten Maß an Kommunikation abverlangt. Die Ausgestaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge, zum Beispiel Obhutswechsel, Ferienaufenthalte und Unterhaltsregelungen erfolgten ausschließlich durch die Eltern selbst. Die Ausübung der elterlichen Sorge nach § 1627 BGB sowie die Gesamtvertretung nach § 1629 BGB aF erfolgte somit, als ob die Ehe weiterbestanden hätte. Bei Meinungsverschiedenheiten entschied nach § 1628 BGB aF das Vormundschaftsgericht.

### a. Ganzheitliche Betreuung und Beratung

Damit bei der Ausgestaltung und Durchführung des gemeinsamen Sorgerechts das Konfliktpotential möglichst gering gehalten werden kann, werden mit der Neuregelung des Kindschaftsrechts an die Vermittlungstätigkeit hohe Erwartungen gestellt. Der Rahmen der Mediationsmöglichkeiten des Jugendamtes nach §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 3 KJHG nF und der familiengerichtlichen Vermittlung nach §§ 52 Abs. 1, 52 Abs. 1 FGG nF, 613 Abs. 1 S.2 ZPO nF wurde auf eine ganzheitliche Betreuung und Beratung der Konfliktparteien ausgerichtet, um der Verwirklichung der gemeinsamen elterliche Sorge Rechnung zu tragen. In diesem Zusammenhang wird auf die in der Vergangenheit teilweise heftig umstrittenen Umgangsrechtsregelungen verwiesen. Wenn es trotz der hohen Zahl von 85 bis 90 Prozent der unstrittigen Sorgerechtsentscheidungen in den 90er Jahren vermehrt, jedoch in nicht mehr als 25 Prozent der Fälle<sup>391</sup> zu einer gemeinsamen Sorgerechtsübertragung gekommen ist, stellt sich die Frage, an welchen Kriterien sich die Eltern orientiert haben. Auch wenn sich die Eltern in diesem Punkt nicht offen gestritten haben, muß doch die Frage erlaubt sein, warum ein gemeinsames Sorgerecht im Interesse des Kindeswohls nicht viel früher vom Gesetzgeber verwirklicht wurde.

Gerade die Regelung des § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO aF (Sorge- und Umgangsrecht) scheint jedoch häufig in der anwaltlichen Beratungspraxis als „Handelsware“ behandelt worden zu sein, um eine verbesserte Regelung in den Folgesachen oder die Zustimmung zur Scheidung zu erlangen<sup>392</sup>. Es wurde dabei nicht um das Kind des Kindes wegen gestritten, sondern der eigene Vorteil auf Kosten des Kindes versucht durchzusetzen. Je intensiver die Beziehung des anderen Elternteils zu dem gemeinsamen Kind war, desto höher standen die Chancen, die eigenen Positionen ungeschmälert durchsetzen zu können.

---

<sup>391</sup>7.Deutscher Familienrechtstag, ZfJ 1988, S. 25 ff: 90 Prozent der Sorgerechtsentscheidungen nach gemeinsamen Vorschlag der Eltern und weitere 5 Prozent der Fälle werden im Laufe des Verfahrens unstrittig, so auch Fthenakis, FamRZ 1985, S. 665 FN. 49: ca. 85 bis 90 Prozent; vgl. ferner Schätzung von Dickmeis, ZfJ 1989, S. 58: ca. 70 bis 80 Prozent.

<sup>392</sup>Rauscher, a.a.O.

Diese Verhandlungstendenz wird durch die Neuregelung des Kindschaftsrechts in Zukunft jedoch erschweren. Die grundsätzliche Fortdauer der gemeinsamen elterlichen Sorge gemäß § 1671 Abs. 1 BGB nF und deren durch § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB nF nur am Kindeswohl gemessenen und dadurch beschränkten Übertragbarkeit der elterlichen Sorge entzieht das gemeinsame Kind der Dispositionsbefugnis der Konfliktparteien. Es darf hierbei jedoch nicht übersehen werden, daß entgegen der durch die Änderung des Kindschaftsrecht normierten jugendamtlichen und familiengerichtlichen Vermittlungsbemühungen über § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB nF weiterhin eine einseitige Sorgerechtsübertragung möglich ist und Potential für Konflikte in diesem Punkt auf dem Rücken der Kinder ausgetragen werden kann.

#### **b. Vater und Mutter als elementare Bezugspersonen**

Die Neuregelung des Kindschaftsrechts beruht auch auf der durch die Vaterforschung festgestellten und neu bewerteten Bedeutung des Vaters für die Entwicklung des Kindes. Die Relevanz des Vaters wurde unter einer Vielzahl von psychologischen Gesichtspunkten untersucht und neu bewertet. Dabei wurde festgestellt, daß eine ausschließliche Mutter-Kind-Beziehung nicht in jedem Fall die dem Kindeswohl am besten entsprechende Alternative darstellt. Die Zurückdrängung des Muttergrundsatzes beruht dabei auf einer stärkeren Betonung der Tragweite der Beziehung zum nicht mit dem Kind lebenden Elternteil. Die kindliche Perspektive gewinnt im richterlichen Handeln damit an Priorität<sup>393</sup>.

#### **c. Das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall**

Das Familiengericht muß gemäß § 1671 Abs. 2 Nr.1 BGB nF dem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern entsprechen oder eine Regelung für den Fall sich widersprechender Anträge treffen. Dem Leitbild der gemeinsamen elterlichen Verantwortung entspricht ein gemeinsamer - nicht notwendig ein auf das gemeinsame Sorgerecht ausgerichteter - Vorschlag zur Übertragung der elterlichen Sorge<sup>394</sup>. Die Eltern haben es

---

<sup>393</sup>Fthenakis/Kunze, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 39, 43.

<sup>394</sup>Geldschläger, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 85 f.

somit in der Hand, einen das Familiengericht inhaltlich bindenden Vorschlag für die Übertragung des Sorgerechts zu erarbeiten.

Kann eine einverständliche Übertragung der elterlichen Sorge nicht gefunden werden, kommt dem Jugendamt auch in Zukunft eine eigenständige Sachverständigenfunktion zu. Trotz der Mitwirkungspflicht kann das Jugendamt jedoch im streitigen Verfahren nur eine Empfehlung abgeben, die das Familiengericht nochmals am Kindeswohlbegriff überprüfen muß. Bis zur Neuregelung des Kindschaftsrechts hat sich die personelle Entscheidung des Familiengerichts für die Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil nach § 1671 Abs. 2 BGB aF daran ausgerichtet, eine Hauptbezugsperson festzustellen und dieser das Sorgerecht zu übertragen<sup>395</sup>. Die Neuregelung des § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB orientiert sich für die Frage des „Ob“ der Entscheidung über das Sorgerecht daran, daß eine Entscheidung ergehen muß, soweit sich die Konfliktparteien dauerhaft nicht einigen können. Wie die bisherigen Beziehungsstrukturen fortgeführt und aufrechterhalten werden sollen, bemißt sich auch weiterhin ausschließlich an der Verwirklichung des Kindeswohls. Einem elterlichen Antrag ist somit nicht stattzugeben, wenn dem Kindeswohl hierdurch nicht entsprochen wird beziehungsweise nach § 1671 Abs. 3 BGB nF in Verbindung mit § 1666 BGB nF wenn ein Vormund für das Kind bestellt werden muß. In Grenzfällen der Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB nF ist das Sorgerecht der familienautonomen Entscheidungsfindung der Eltern entzogen.

Die Novellierung des Kindschaftsrechts ist damit einer notwendig adäquateren Behandlung des Sorgerechts durch das Familiengericht wesentlich näher gekommen. Eine Lösung des Sorgerechts aus dem amtswegigen Verfahren hin zu einer nur auf Antrag durchzuführenden Verhandlung über das Sorgerechts und einer grundsätzlich gemeinsamen Sorgerechtsregelung führt nur in den Fällen zu einer konfliktärmeren Ausgangssituation, wenn zwischen den Eltern kein Streit über das

---

<sup>395</sup>Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, RN. 202, 221.

Sorgerecht entsteht<sup>396</sup>. Die angestrebte Kindeswohlangemessene Regelung wird durch die Möglichkeiten umfassender Information, Beratung und Aufklärung der Eltern und der betroffenen Kinder einer neuen Konfliktbehandlungsmethode zugeführt. Bereits seit Inkrafttreten des KJHG (seit 01.01.1991) befindet sich die das kontradiktorische Verfahren überlagernde professionelle Beratung durch das Jugendamt bei der Regelung der elterlichen Sorge in einem paradigmatischem Wandel. Der Möglichkeit der Vermittlung wird, statt der Begrenzung ausschließlich auf den rechtlich behandelbaren Sachverhaltsausschnitt, eine grundsätzlich neue Chance eingeräumt.

#### **d. Ansatz für eine neue Streitkultur**

Es bleibt somit abzuwarten, inwieweit die pädagogische und psychologische Betreuung der Konfliktparteien tatsächlich zu einer Änderung des elterlichen Verhaltens führt. Dabei muß jedoch berücksichtigt werden, daß auch ohne eine Änderung des § 1671 BGB eine Kooperation der Eltern im Interesse des gemeinsamen Kindes möglich war. Die Eltern hatten auch in der Vergangenheit alle Möglichkeiten, eine faktisch gemeinsam ausgeübten Sorgerechtsregelung zu vereinbaren<sup>397</sup>.

Durch die Neuregelung des Kindschaftsrechts wurden die Möglichkeiten einer kooperativen Zusammenarbeit auf eine praxisorientierte Grundlage gestellt, die die Richtung auf eine neue Streitkultur vorgibt. Diese unterscheidet sich jedoch grundsätzlich von der Reformdiskussion der 60er- und 70er Jahre. Während damals lediglich eine liberalere Atmosphäre durch den Abbau von Kommunikationsbarrieren für eine offene Gerichtsverhandlung geschaffen werden sollte, steht nun die außergerichtliche Vermittlung im Vordergrund. Die Abkehr von der gerichtlichen Entscheidung wird damit begründet, daß endgültiger Rechtsfrieden hiermit

---

<sup>396</sup>Fthenakis/Kunze, a.a.O., S. 51, befürworten eine *Entkoppelung* der elterlichen Verantwortung von der Ehe. Eine Verhandlung über das Elternrecht sollte erst bei Überschreiten der Schwelle des § 1666 BGB, unabhängig von der Auseinandersetzung der Scheidung selbst, in Betracht kommen. § 1671 Abs. 1 BGB nF verwirklicht durch die Fortdauer des elterlichen Sorgerechts die hier angesprochene Entkoppelung von den ehelichen Konflikten und unterstützt das familienautonome Entscheidungspotential durch umfassende Beratungsleistungen.

<sup>397</sup>Vgl. Balloff, Trennungs und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 37.

häufig nicht erreicht werden kann und die Grundlage für weitere gerichtliche Auseinandersetzungen geschaffen wird<sup>398</sup>.

Der Mediation kommt demnach die Aufgabe zu, innerhalb eines Gesamtkomplexes aus der Novellierung des Kindschaftsrechts und der Verstärkung der Mitwirkungsrechte des Jugendamtes bei der familiengerichtlichen Entscheidung eine beratende und unterstützende Dienstleistung auf dem Weg zu einer kooperativen Konfliktbehandlung anzubieten. Die Konfliktbehandlung durch eine Standardregelung entspricht regelmäßig nicht den Wünschen der Konfliktparteien an einer interessengerechten Vereinbarung. Durch die von § 1671 Abs. 1 BGB nF verobjektivierte Regelung wird die Konfliktsituation zwar behandelt und - soweit kein Antrag vorliegt - einer endgültigen Regelung zugeführt, beiderseitige Zufriedenheit kann damit jedoch nicht erreicht werden. Die Ausgestaltung eines gemeinsamen Vorschlages nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB nF und die Umsetzung des Umgangsrechts verlangt nach einer mediativen Konfliktbehandlung.

Es ist demnach Aufgabe der Mediation, die Bereitschaft der Eltern für die Durchführung eines Vermittlungsversuches zu schaffen. Die Eltern müssen sich nicht nur auf die Mediation einlassen, sondern müssen unter Anleitung des Mediators aktiv am Vermittlungsprozeß mitwirken. Kommen die Konfliktparteien dann nach entsprechender Information über die rechtlichen Rahmenbedingungen und die ihnen ansonsten im kontradiktorischen Verfahren verschlossenen Chancen zu dem Ergebnis, daß das von ihnen zu behandelnde Problem besser durch eine maßgeschneiderte Parteivereinbarung verwirklicht werden kann, so ist eine kommunikative Basis geschaffen, auf der eine kooperative Kommunikation aufbauen kann. Sobald sich die Konfliktparteien darüber bewußt werden, daß die Behandlung ihrer Konflikte durch die Mediation eine größere Chance auf Erfüllung ihrer persönlichen Interessen enthält als die bloße Verwirklichung des objektiven Rechts, ist die Grundlage der vom Gesetzgeber verfolgten Stärkung der Vermittlung erreicht.

---

<sup>398</sup>Vgl. Wassermann, NJW 1998, S. 1685 f. unter Bezugnahme auf Behrens, Recht und

Die Konfliktparteien werden darin unterstützt zu erkennen, daß die Bewältigung des gemeinsamen Problems keine Entscheidung eines Dritten erfordert, sondern daß die gemeinsame Konfliktbehandlung unter Einbeziehung des gemeinsamen Interesses - des Kindeswohls - auch verbindende Elemente enthält. Proksch erläutert das Wachstum der Konfliktparteien anhand eines aufeinander aufbauenden Prozesses, der mit einer einführenden Orientierung zur Struktur- und Vertrauensbildung über die Konfliktkommunikation zwischen den Parteien hin zur Erarbeitung und zum Vollzug gemeinschaftlicher Konfliktregelungen führt<sup>399</sup>.

Auf der anderen Seite darf nicht in jedem Fall ein gemeinsames elterliches Sorgerecht angestrebt werden<sup>400</sup>. Diese Alternative der gemeinsamen Verantwortung für das Kindeswohl setzt kooperationsbereite Eltern voraus, die trotz der durch die mit Trennung und Scheidung verbundenen Verstrickungen in der Lage sind, eine einvernehmliche Regelung zu vereinbaren. Es muß auch berücksichtigt werden, daß es bereits während des Zusammenlebens der Eltern Konstellationen gibt, die sich durch die Trennung und Scheidung verschlechtern und eine gemeinsame Wahrnehmung der Elternverantwortung erschweren oder sogar ausschließen<sup>401</sup>. In diesen besonders gelagerten Fällen kann - soweit der aggressive Elternteil die Nachteile der Fortführung des gemeinsamen Sorgerechts nicht einsieht - nur eine streitige Entscheidung durch das Familiengericht, die zu einer Entrechtung des Nichtsorgeberechtigten führt, eine verfahrensmäßig abschließende Behandlung des Konflikts bedeuten.

---

Politik 1997, S. 73 ff.

<sup>399</sup>Proksch, Familiendynamik 1992, S. 401.

<sup>400</sup>Balloff, a.a.O., S. 23.

<sup>401</sup>Balloff, a.a.O., verweist auf sexuellen Mißbrauch, Kindesmißhandlung, Alkoholismus, Drogensucht und psychische Erkrankungen. Diese Kindeswohlgefährdenden Familienkonstellationen können auch dazu führen, daß Rat von dritter Seite nicht befolgt oder generell abgelehnt wird. Balloff neigt dazu, diese Eltern in ihrer seelischen Instabilität mit körperlich Kranken zu vergleichen, denen mit wohlgemeinter Beratung, Therapie oder Mediation mangels ernsthafter Bereitschaft nicht mehr geholfen werden kann. Auch Großmann, Neues Kindschaftsrecht RN. 222, geht davon aus, daß die Fortsetzung der in der Ehe bereits vorhandenen Gewaltstrukturen einer Kooperation und damit einer Fortsetzung des gemeinsamen Sorgerechts entgegenstehen. Bei derartigen Fällen besteht bei der Fortsetzung des gemeinsamen Sorgerechts vielmehr die Gefahr einer nachhaltigen Belastung des Kindeswohls.

Dabei muß diese Art der Konfliktbehandlung nicht auf ein Verschulden beider Elternteile zurückzuführen sein. Mediation ist in einer solchen Konstellation bereits dann nicht mehr möglich, wenn ein Elternteil eine - verschuldete oder unverschuldete - Blockadehaltung einnimmt. Kooperative Konfliktbehandlung muß in derartigen Fällen durch eine familiengerichtliche Entscheidung ersetzt werden und der konfliktverursachende Elternteil eine klare Reglementierung erfahren.

## **2. Mediation durch Beratungs- und Unterstützungsleistungen**

### **a. Gerichtliche Kontrolle der Verhandlungsergebnisse**

Kommt es aufgrund der Vermittlung zwischen den Eheleuten zu einer formgerechten Gesamtregelung der Scheidungsfolgeangelegenheiten (Sorgerechtsvereinbarung, Versorgungsausgleich u. a.), so bedarf es zu dessen Genehmigung einer schriftlichen Mitteilung des Verhandlungsergebnisses an das Familiengericht. Der Inhalt der Gespräche unterfällt der zu Beginn der Verhandlung von beiden Konfliktparteien zugestimmten Datenschutzvereinbarung.

### **b. Hinwirken auf das Einvernehmen der Beteiligten**

Kam es im Vorfeld der gerichtlichen Verhandlung (noch) zu keiner einvernehmlichen Einigung der Eltern oder nahmen diese das Beratungsangebot des Jugendamtes oder anderer Vermittlungsstellen gar nicht wahr, so weist das Familiengericht nochmals gemäß §§ 52 Abs. 1, 2 FGG n.F., 17 Abs. 2 KJHG nF in Verbindung mit § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO nF auf die Erzielung eines einvernehmlichen Konzeptes hin, bevor es in das streitige Verfahren überleitet. Auch in dieser Situation ist das Jugendamt aufgefordert, nochmals den Versuch zu unternehmen, eine einvernehmliche Regelung zu erzielen. Hier wird deutlich, daß der Konflikt einer Dynamik unterworfen ist, die keinen festen Zeitpunkt vorgibt, ab dem Mediationsversuche abgebrochen werden sollten. Während der gesamten Dauer des laufenden Verfahrens kann folglich auf eine einvernehmliche Konfliktbeilegung (wieder) hingewirkt werden.

Die Beratungs- und Unterstützungshilfen des Jugendamts sollen in diesem Zusammenhang die Bedingungen innerhalb der Familien dergestalt verändern, daß die Eltern wieder in der Lage sind, ihren Kindern optimale Entwicklungsmöglichkeiten zu bieten. Angestrebt wird die Befähigung der Eltern zur Wahrnehmung eigenverantwortlicher Erziehungsverantwortung. Den Rechtsanwälten kommt in diesem Zusammenhang die Funktion der Unterstützung durch Rücksprache mit den Mandanten über die erzielten Ergebnisse sowie deren juristische Kontrolle zu. Dies gilt also auch für die Fälle, in denen bisherige Vermittlungsversuche erfolglos waren.

Erst wenn unter den Eltern eine Einigung nicht erzielt werden kann, soll das Jugendamt mit seinem Leistungsangebot unter Berücksichtigung der Kindesentwicklung seine Sachverständigentätigkeit aufnehmen. Die gerichtliche Entscheidung soll somit erst als ultima ratio zur Anwendung kommen.

### **c. Anpassung der Vereinbarungen an aktuelle Veränderungen**

Wenn eine einvernehmliche Einigung erzielt wurde, bedarf es laufender Kontrolle und Anpassung an die Kindesentwicklung. Der dynamische Entwicklungsprozeß kann durch die Überprüfung der Angemessenheit und Praktikabilität der Vereinbarung das Entstehen eines Zustandes verhindern, der eine Maßnahme nach § 1666 BGB nF erforderlich macht. Kommt es dennoch zu Erziehungsproblemen, kann ein Hilfeplan nach

§§ 27 ff, 36 f KJHG erstellt werden.

### 3. Durchführung des gemeinsamen Sorgerechts

Können sich die Eltern auf die Fortsetzung der gemeinsamen elterlichen Sorge oder eine Übertragung auf einen Elternteil einigen, so sind bei deren Durchführung eine Vielzahl von praktische Hindernissen zu überwinden. Bei der konkreten Zukunftsgestaltung der wesentlichen Angelegenheiten des gemeinsamen Kindes besteht erhebliches Konfliktpotential, das bei unüberwindbaren Gegensätzen zu einem richterlichen Eingriff nach § 1628 S. 1 BGB nF führen kann<sup>402</sup>.

Waren die Eltern im Zeitpunkt der Trennung nicht miteinander verheiratet, bleibt auch in Zukunft zunächst nach § 1626 a Abs. 2 BGB nF ausschließlich die Mutter sorgeberechtigt. Obwohl grundsätzlich geschlechtsneutral von Eltern und Elternteilen ausgegangen wird, bedarf es nach §§ 1672 Abs. 1, 1626 a, Abs. 1 Nr. 1 BGB nF einer übereinstimmenden Sorgeerklärung beider Eltern sowie eines entsprechenden Beschlusses des Familiengerichts, um dem Vater einen Teil der elterlichen Sorge zu übertragen. Gerade diese bessere sorgerechtliche Stellung der nicht mit dem Kindsvater verheirateten Mutter ist eine der umstrittensten der Kindschaftsrechtsreform<sup>403</sup>. Je komplexer die im Interesse des Kindeswohls zu verhandelnden Sachverhaltsalternativen sind, desto größer ist der Anwendungsbereich der Familienmediation. Beratung und Unterstützungsleistungen in Fragen der Ausübung der Personensorge, Trennung und Scheidung erfahren bei der Vereinbarung einer einvernehmliche Regelung einen neuen Stellenwert<sup>404</sup>.

---

<sup>402</sup>So der Vorschlag von Matthey, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe, S. 127, 132 : Die gemeinsame elterliche Verantwortung kann nur so ausgeübt werden, daß das Kind bei einem Elternteil wohnt. Vom einseitig ausgeübten Sorgerecht unterscheidet sich dies durch eine erweiterte Umgangsregelung und eine kommunikative Kooperation der Eltern in allen wichtigen Entscheidungen. Die Herabsetzung des Elternteils, bei dem das Kind nicht wohnt, wird hierbei vermieden. Das Kind wird dadurch den Lebensgewohnheiten beider Eltern nicht entwöhnt und kann die psychisch-emotionale Bindung zu beiden Elternteilen aufrecht erhalten. Dabei wird der gegenseitigen Akzeptanz der Eltern untereinander eine für die Ausgestaltung und Förderung des gemeinsamen Sorgerechts wichtige Aufgabe zugewiesen.

<sup>403</sup>So Diederichsen, NJW 1998, S. 1977, 1983 unter Bezugnahme auf Mühlens/Kirchmeier/ Greßmann, Das neue Kindschaftsrecht, S. 135.

<sup>404</sup>Das Familiengericht hört die Eltern nicht nur zur elterlichen Sorge an, sondern verweist gemäß § 613 Abs. 1 S. 2 ZPO nF auf die bestehenden Beratungsmöglichkeiten durch die Beratungsstellen und Dienste der Träger der Jugendhilfe.

## § 14 Mediation und Recht

Mediation als Konfliktbehandlungsform findet nicht im rechtsfreien Raum statt. Während der Verhandlungen ist das Recht mit seinen Durchsetzungsmöglichkeiten ständig gegenwärtig. Die Kenntnis des gesetzlichen Rahmens, in dem sich die Konfliktparteien bewegen, ist erforderlich, damit sie zu einer interessengerechten Lösung der zu behandelnden Materie finden können. Über eine verhandlungsbegleitende Aufklärung kann den Parteien vermittelt werden, welche Gesetze zwingendes Recht enthalten und welche einer Regelung durch sie offen stehen.

Allein aus dem Umfang des Gesetzgebungsverfahrens läßt sich nicht ableiten, daß die dort getroffene Regelung einer individuell vereinbarten überlegen ist. Die Auffassung des Rechtspositivismus, der von einer vollkommenen naturgegebenen Richtigkeit des Gesetzes ausgeht, steht dabei nicht in einem Widerspruch zur Individualvereinbarung. Abstrakte Rechtsnormen regeln ein formal-logisches System von einander bedingenden und voneinander abstammenden Prinzipien. Die bis heute herrschende Methodenlehre der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts stand unter der Herrschaft der „Begriffsjurisprudenz“<sup>405</sup>. Aufgabe des Gesetzgebers war es, das bereits allgemein vorhandene, jedoch noch nicht in Handlungen oder Normen festgelegte Recht durch wissenschaftliche Deduktion herauszubilden.

Auch wenn die Gesetze durch dieses Verfahren eine willkürliche Rechtssetzung ausschließen, hat der sie auf den konkreten Rechtsstreit anzuwendende Richter den Kern eines Gesetzes durch Auslegung zu ermitteln und auf die gewandelten Bedürfnisse des sozialen Lebens anzuwenden. Inhaltliche Lücken sind auszufüllen und durch Rechtsfortbildung schöpferisch zu schließen.

Die Parteien eines Konflikts stehen bei der Gestaltung ihres Rechtsverhältnisses vor der Möglichkeit, entweder auf die Rechtsordnung mit ihrem standardisierten Entscheidungssystem zurückzugreifen oder einen

Interessenausgleich nach ihren persönlichen Werturteilen und Wertideen durchzuführen. Dabei werden die Parteien sehr bald feststellen, daß gerade im familienrechtlichen Bereich die Rechtsordnung wegen der Unvorhersehbarkeit künftiger Fälle lediglich eine Standardlösung anbieten kann. Die Möglichkeit der Selbstschöpfung einer ausschließlich an den Parteiinteressen ausgerichteten und nur für diesen Einzelfall richtigen Konfliktbehandlung kann nur durch Parteivereinbarung erzielt werden<sup>406</sup>.

Das Fazit dieser Erkenntnis lautet: Von der Rechtsordnung eine umfassende Berücksichtigung aller persönlichen Merkmale bei der Gestaltung eines Konflikts zu verlangen, geht weit über das hinaus, was Gesetze zu leisten vermögen. Wollen sich die Parteien nicht um eine individuelle Konfliktbeilegung bemühen, sind sie dem standardisierten Verfahren unterworfen. Die Laien stehen bei der individuellen Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse den Juristen keineswegs nach. Die fehlende juristische Vorbildung eröffnet vielmehr ein unvoreingenommenes Umgehen und damit eine breite Palette von Ansatzpunkten bei der Rechtsgestaltung.

## **I. Die Verhandlung im Lichte des Rechts**

### **1. Begrenzung von Verhandlungsmacht**

Der gesetzliche Rahmen übt eine inhaltlich Kontroll- und Begrenzungsfunktion aus. Die Konfliktpartei, der ein größeres Potential an Verhandlungsmacht zur Verfügung steht, könnte ansonsten - wie bei bilateralen Verhandlungen häufig der Fall - in die Versuchung geführt werden, ihre Machtmittel derart einzusetzen, daß eine beiderseitig interessengerechte Lösung nicht mehr erzielt werden kann. Der Zugang zum gerichtlichen Verfahren begründet andererseits eine Verhandlungsmacht der schwächeren Partei und begrenzt damit sämtliche Verhandlungspositionen der anderen Konfliktpartei. Damit gewährleistet die Existenz des gerichtlichen Verfahrens die formale Waffengleichheit unter den Konfliktparteien. Familienmediation ermöglicht den Konfliktparteien somit eine einver-

---

<sup>405</sup>Larenz, Methodenlehre, S. 21 f.

<sup>406</sup>Lappe, Recht ohne Richter, S. 2.

nehmliche Konfliktbehandlung unter Berücksichtigung der Rechtslage, jedoch ohne die Nachteile des kontradiktorischen Verfahrens.

Der nachdrücklich geäußerte Hinweis, ein gerichtliches Verfahren durchführen zu können, kann jedoch auch dazu genutzt werden, eine bisher verhandlungsunwillige Partei überhaupt erst an den Verhandlungstisch zu bringen. Die mit überlegener Verhandlungsmacht ausgestattete Partei wird abwägen müssen, ob eine durch Verhandlungen erzielte Konfliktbehandlung nicht auch ihren Interessen mehr entspricht als das Risiko einer Alles-oder-Nichts-Entscheidung.

Daß der Hinweis auf die Möglichkeit einer streitigen Auseinandersetzung die einseitig blockierende Konfliktpartei dazu bewegen kann, die Verhandlungen nicht abubrechen oder wieder aufzunehmen, hat sich beispielhaft in der Irak-Krise im Herbst/Winter 1997 deutlich gezeigt. Der Irak hatte die Inspektoren der Vereinten Nationen daran gehindert, die von der UN beschlossene Resolution zur Kontrolle der Waffensysteme auf atomare, biologische und chemische Massenvernichtungswaffen durchzuführen. In diesem Zusammenhang wurden die UN-Waffenkontrolleure am 29.10.1997 aufgefordert, umgehend den Irak zu verlassen. Der Irak verfolgte damit das Ziel, eine Gegenleistung für die Erfüllung der UN-Resolution bzw. klare Bedingungen für ein Ende der Strafmaßnahmen genannt zu bekommen. Eine dauerhafte und grenzenlose Kontrolle der irakischen Waffensysteme wurde vom Irak, besonders vor der damit verbundenen Solidarisierung der irakischen Bevölkerung mit der Regierung in Bagdad, für die Zukunft abgelehnt.

Beide Konfliktparteien haben dabei bewiesen, daß sie bereit sind, ihre Interessen notfalls mit Waffengewalt durchzusetzen. Die USA beorderten Flugzeugträger in den Persischen Golf und führten trotz der Abschußdrohung des Irak weiterhin laufend Aufklärungsflüge über dem Irak durch. Der Irak seinerseits hat seine Bürger aufgefordert, einer möglichen Bombardierung durch menschliche „Schutzschilder“ entgegenzutreten.

Alle Konfliktparteien waren von Beginn an einer friedlichen Beilegung des Konflikts interessiert. Der russische Außenminister Jewgeni Primakow hat die *Schlichtung*<sup>407</sup> in Moskau und Genf vor diesem Hintergrund erfolgreich durchgeführt. Der Irak hat die bedingungslose und vollständige Erfüllung der UN-Resolution zugesagt, die Vereinten Nationen haben ihrerseits auf Drängen des französischen Außenministers Hubert Védrine Gespräche geführt, deren Inhalt von Überlegungen geprägt war, unter welchen Bedingungen dem Irak ein Ende der Strafmaßnahmen genannt werde und der Irak „endgültig aus dem Tunnel herauskommen könne“<sup>408</sup>. Die Inspektoren der UN-Abrüstungskommission Unscm konnten bereits am 21.11.1997 wieder in den Irak einreisen und am 22.11.1997 ihre Mission weiter erfüllen.

Die militärische Präsenz der USA im Persischen Golf stellt demnach die Drohung dar, eine einseitige Aufkündigung der UN-Resolution durch den Irak nicht zu akzeptieren und notfalls mit Waffengewalt deren Einhaltung zu gewährleisten. Diese Maßnahme ist zwar nicht unmittelbar vergleichbar mit dem Verweis einer Konfliktpartei in einer Familienmediation, bei einseitigem Abbrechen der Verhandlung das Familiengericht anzurufen, veranschaulicht aber, daß Verhandlungen durch Ausübung von Druck gefördert und wieder aufgenommen werden können. In vielen Fällen ist somit der tatsächliche Einsatz der angedrohten Mittel nicht notwendig, da die andere Konfliktpartei ihrerseits auf die Blockadehaltung nur deswegen zurückgegriffen hat, weil die Verhandlungen an einer für sie nicht akzeptablen Stelle nicht mehr fortgeführt wurden oder ihre Belange unberücksichtigt geblieben sind.

---

<sup>407</sup>Die Wahl dieses Begriffes anstatt der „Vermittlung“ beruht wahrscheinlich auf der Unkenntnis über dessen wahren Bedeutungsgehalt.

<sup>408</sup>Stuttgarter Zeitung vom 21.11.1997, Entspannung in der Irak-Krise S.1 , Kommentar S. 3: Der russische Außenminister Jewgeni Primakow wird in diesem Zusammenhang im Kommentar als *Schlichter* und *glaubwürdiger Makler* beschrieben, während in der Titelgeschichte von bloßem *Verhandeln* berichtet wird. Dies ist besonders deshalb von Bedeutung, da Moskau aus der Krisensituation versucht eigene Vorteile zu ziehen. Seit dem Zusammenbruch der UdSSR ist es Moskau auf eine eindrucksvolle Weise gelungen, verlorenes Terrain im rohstoffliefernden Osten zurückzugewinnen.

## **2. Kenntnis der gesetzlichen Rahmenbedingungen**

Andererseits kann eine interessengerechte Konfliktbehandlung nur erfolgen, wenn sich die Parteien über die Rechtslage bewußt sind. Selbstbestimmung erfordert zuvor vollständige Aufklärung über die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die Rechtsansprüche und das Risiko bei deren Durchsetzung. Diese Aufklärung und Beratung kann - abhängig vom Mediationsmodell - durch den Mediator und/oder den verfahrensbegleitenden Rechtsanwalt erfolgen. Nur wenn sich jede Konfliktpartei von Anfang an über ihre und die Rechte des anderen bewußt ist, kann fair über Interessen verhandelt und eine Rechtsposition zugunsten eines einvernehmlich erzielten Kompromisses aufgegeben werden. Eine besonders positive oder negative Rechtsposition kann nur verhandelt werden, wenn die Parteien sich dieser bewußt sind. Das Risiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung muß hierbei erläutert und in die Verhandlungen mit einbezogen werden.

## **3. Koexistenz von Mediation und gerichtlichem Verfahren**

Mediation kann das gerichtliche Verfahren nicht ersetzen, sondern kann seine Berechtigung nur aus der Koexistenz zum traditionellen gerichtlichen Verfahren ableiten. Die Gründe für die Notwendigkeit der Existenz beider Verfahren lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Überwiegende Verhandlungsmacht einer Konfliktpartei
- Nicht zu überwindende Kommunikationsdefizite
- Autonomie, ein Mediationsverfahren nicht durchführen zu wollen

Diese Mediationshindernisse können auch erst dann bejaht werden, wenn eine entsprechend umfassende Beratung und Aufklärung über die Chancen und Risiken der Mediation erfolgt ist. Zudem kann aufgrund der einem Konflikt innewohnenden Dynamik zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens, auch nach mehrjährigen gerichtlichen Auseinandersetzungen (wieder) eine Situation erreicht werden, in der ein Mediationsversuch

sinnvoll erscheint. Die zu Beginn des kontradiktorischen Verfahrens häufig von der eigenen Rechtsposition überzeugten Konfliktparteien haben sich dann mit der eingenommenen Position ihres Prozeßgegners beschäftigt und die eigenen Prozeßrisiken erkannt. Anfängliche emotionale Überschätzungen sind aufgrund der Fortsetzungsverhandlungen bereits behandelt und abgebaut worden.

#### **4. Fazit**

Mediation stellt einen multidimensionalen Konfliktbehandlungsansatz dar, der das gerichtliche Verfahren ergänzen kann. Würde das gerichtliche Verfahren nicht existieren, wäre der manipulativen Verhandlungsmacht der Konfliktparteien und der einseitig motivierten Verfahrenverschleppung Tür und Tor geöffnet. Die Verhandlungen könnten folglich in Sackgassen steckenbleiben, ohne daß überhaupt eine Regelung für das zu behandelnde Problem gefunden werden könnte. Das gerichtliche Verfahren kann jedoch auch, gerade im Bereich des häufig besonders umstrittenen Sorge- und Umgangsrechts dazu verhelfen, daß ein Elternteil sich nicht später vorwerfen lassen muß, er/sie habe freiwillig auf eines dieser Rechte verzichtet<sup>409</sup>.

Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, daß der besondere Vorteil der Mediation in der beiderseitigen Akzeptanz der erzielten Verhandlungsergebnisse zu einem höheren Maß an zukünftiger Rechtssicherheit und Rechtsfrieden führt. Wegen ihrer Begrenztheit kann Mediation jedoch nur eine komplementäre Funktion übernehmen.

## **II. Das Recht als Ausgangspunkt für Verhandlungen**

Die Verhandlungen orientieren sich an den gesetzlichen Rahmenbedingungen. Das Recht dient hierbei als Grundlage der Verhandlungen und begrenzt gleichzeitig den Verhandlungsspielraum. Wegen der in Teilbereichen notwendigen Tätigkeit des Familiengerichts (zum Beispiel Durchführung der Scheidung) gibt der rechtliche Rahmen auch die Mög-

---

<sup>409</sup>Vgl. Mähler/Mähler, Familiendynamik 1992, S. 356.

lichkeiten vor, in denen eine Vereinbarung überhaupt zulässig ist. Dadurch werden die Parteien vor möglichen Nachteilen bewahrt, die letztendlich auf den Staat zurückfallen würden. Den Parteien steht es offen, die angebotenen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten in vollem Umfang auszuschöpfen. Hierbei kann der gesamte Rahmen der steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten (z. B. begrenztes Realsplitting) zur Erarbeitung der individuellen Win-Win-Situation ausgeschöpft werden. Die Konfliktparteien haben die Möglichkeit, im Rahmen der Gestaltungsmöglichkeiten eine Eigenlösung zu erarbeiten, die ihnen Freiräume schafft, um ihre persönliche Konfliktlösung kooperativ zu bestimmen. Mähler/Mähler<sup>410</sup> beschreiben, wie die Erkenntnis der Eigenverantwortung bei den Konfliktparteien als „wirklicher Lichtblick“ empfunden wird, „daß sie ja selbst ihr Recht, die Form wie sie sich vertragen wollen, schaffen können“.

Für die Regelung des Sorge- und des Umgangsrechts mit den gemeinsamen Kindern kann ein Vorschlag erarbeitet werden, der widersprechende Anträge im familiengerichtlichen Verfahren verhindert. Durch die Aufklärung der Parteien über die rechtlichen Ausgangspositionen kann während des Verfahrens jede Partei laufend überprüfen, ob die Aufgabe einer Rechtsposition durch eine interessengerechte Vereinbarung kompensiert worden ist. Die subjektive Fairneß des Verfahrens kann somit laufend am jeweiligen Verhandlungsergebnis gemessen und kontrolliert werden. Kommt eine Konfliktpartei hierbei zu dem Ergebnis, daß sie einem Übermaß an Verhandlungsmacht ausgesetzt ist, so kann die konkrete Position oder das Gesamtpaket entweder neu verhandelt werden oder das Verfahren abgebrochen werden. Die ständige Kontrolle der subjektiven Gerechtigkeit verhindert somit, daß eine Partei gegen ihren Willen übervorteilt wird.

---

<sup>410</sup>Mähler/Mähler, in: Krabbe, Scheidung ohne Richter, S. 149, 169.

## 5. Kapitel: Bewertung der Familienmediation

### § 15 Familienmediation als Reaktion auf die Unangemessenheit des gerichtlichen Scheidungsverfahrens

#### I. Bewertungsmaßstab von Familienmediation

Die Familienmediation behauptet sich gegenüber dem gerichtlichen Entscheidungsverfahren als eine zukunftsorientierte und interessengerechte Konfliktbehandlungsmodalität. Um feststellen zu können, wie sich die konkrete Überlegenheit zum gerichtlichen Scheidungsverfahren in der Praxis auswirkt, bedarf es der Festlegung von objektiven Beurteilungskriterien.

Dabei stellt sich bereits das Problem, von welcher Perspektive der Erfolg der Familienmediation zu betrachten ist, weil sich damit die Rangfolge der Qualitätskriterien verbindet. Das vom jeweiligen Mediator aufgrund seines Rollenverständnisses gewählte Verhandlungskonzept (als Katalysator oder Verhandlungsführer) mit seinen gestaffelten Eingriffsmöglichkeiten, kann nicht pauschal beurteilt werden, sondern es muß grundsätzlich jedes Verhandlungsmodell für sich behandelt werden. Obwohl eine Wechselbeziehung zwischen dem Rollenverständnis des Mediators und dem angestrebten Mediationsziel besteht, lassen sich übergreifende Kriterien aufstellen, die allen Verfahren im wesentlichen gemeinsam sind. Dabei bieten sich folgende Beurteilungskriterien an<sup>411</sup> :

- Entlastung der Justiz
- Finanzielle und zeitliche Ersparnis
- Vereinbarungserfolge der Familienmediation
- Allgemeine Akzeptanz der Familienmediation
- Verwirklichung des objektiven Rechts
- Zufriedenheit der Konfliktparteien
- Verwirklichung der Interessen der Konfliktparteien
- Vermeidung von geschlechtsspezifischen Benachteiligungen

---

<sup>411</sup>Ohne eine Wertung mit der Reihenfolge vorzunehmen.

## 1. Entlastung der Justiz

Durch die außergerichtliche Erarbeitung von Konfliktbehandlungsvereinbarungen wird das Tätigkeitsfeld des Familienrichters im Bereich des Sorge- und Umgangsrechts auf die Fälle beschränkt, in denen übereinstimmende Vorschläge nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB nF oder widerstreitende Anträge nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB nF vorliegen. Auch Vorschläge oder bereits notariell beurkundete Vereinbarungen zur Regelung des Versorgungsausgleichs nach § 1585 o BGB können dem Familiengericht zur Genehmigung der erarbeiteten Lösung vorgelegt werden. Der Arbeitsaufwand wird hierdurch in erheblichem Maße eingeschränkt. Durch die bereits einvernehmlich erzielten Ergebnisse entlastet Mediation die Familiengerichte. Die durch die Mediation erfolgte „Hilfe zur Selbsthilfe“ führt folglich dazu, daß das Familiengericht einen wesentlich geringeren Arbeitsaufwand für die teilweise durchzuführende Überprüfung der ausgehandelten Ergebnisse ansetzen kann.

Ausgehend von den gesamtdeutschen Neuzugängen der Jahre 1991 von rund 1,63 Millionen, 1993 von 2,08 Millionen und 1994 auf rund 2,12 Millionen wäre zur Bewältigung der Prozeßflut bis zum Jahr 2000 die Einstellung von ca. 2.000 Richtern notwendig<sup>412</sup>. Dabei sind die Grenzen der personellen und sächlichen Leistungsfähigkeit des traditionellen Justizverfahrens bereits seit längerem erreicht. Dies ist vor dem Hintergrund zu betrachten, daß die Bundesrepublik Deutschland über die höchste Richterdichte der Welt verfügt<sup>413</sup>. Da der Prozeßflut nicht mit der Personalvermehrung begegnet werden kann, ist der Ausbau einer außer- beziehungsweise vorgerichtlichen Vermittlung dringend notwendig.

Der Bundesrat beabsichtigt aufgrund dieses sprunghaften Anstiegs mit dem Gesetzesentwurf zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Vorschaltung eines obligato-

---

<sup>412</sup>Begründung des Gesetzesentwurfs des Bundesrats vom 04.12.1996, Dt BT.-Dr 13/6398, S. 12; mit einer Prognose von Stock, Der Geschäftsanfall der Zivilgerichte und die Filterwirkung außergerichtlicher Konfliktbearbeitung in der Streitschlichtung, 1995, S. 113 ff.

<sup>413</sup>Schmidt in Amthor/Proksch/Sievering, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, S. 121.

rischen Güteverfahrens<sup>414</sup>. Die hierdurch entstehende erhebliche Zeiterparnis kann genutzt werden, um die streitig zu entscheidenden Fälle intensiver zu behandeln. Je kompetenter und umfangreicher die vorgegerichtliche Vermittlung erfolgt ist, desto mehr kann sich das Familiengericht auf seine Kernprobleme konzentrieren.

## **2. Finanzielle und zeitliche Ersparnis**

Für die außergerichtliche Vertretung kommen nur die Gebührentatbestände des § 20 Abs. 1 S.1 BRAGO für Rat und Auskunft, die Geschäftsgebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO, sowie eine an der Vergleichsgebühr des § 23 BRAGO orientierte Abschlußgebühr in Betracht<sup>415</sup>. Gerichtsgebühren fallen - soweit nicht eine notwendige Entscheidung des Familiengerichts ergehen muß - nicht an. Darüber hinaus entfallen die Kosten für Sachverständigengutachten, Zeugen usw. Zwischen der finanziellen und zeitlichen Ersparnis besteht eine wechselseitige Abhängigkeit. Diese Interdependenz ermöglicht es den Konfliktparteien, ihre finanziellen Ressourcen zu schonen und unter Umgehung von gegnerschaftlichen Wettbewerbspositionen schneller zu einer interessengerechten Vereinbarung zu kommen.

## **3. Vereinbarungserfolge in der Familienmediation**

Die in der Mediationsverhandlung erzielten Vereinbarungen unterscheiden sich von ihrer Zielrichtung erheblich von den ansonsten vom Familiengericht getroffenen Entscheidungen. Durch die Selbstbestimmung des Verhandlungsgegenstandes und die durch die Mediation erlangten Erkenntnisse sind die Konfliktparteien in der Lage, ihren tatsächlichen Bedürfnissen in größerem Umfang Rechnung zu tragen.

---

<sup>414</sup>Siehe 1. Kapitel, § 2 Ziffer 1 a. E.

<sup>415</sup>Siehe 3. Kapitel, § 11 I Ziffer 3.

**a. Größerer finanzieller Verhandlungsspielraum**

Im Bereich der finanziellen Verhandlungen<sup>416</sup> können die Konfliktparteien eine Vereinbarung treffen, die über den vom Familiengericht zu behandelnden Streitgegenstand weit hinaus geht. Es besteht im Unterhaltsbereich für den Unterhaltspflichtigen beispielsweise die Möglichkeit, trotz Trennung und Scheidung finanzielle Verpflichtungen einzugehen, die es dem Unterhaltsbedürftigen ermöglichen, stufenweise ein erhöhtes Maß an Selbständigkeit zu gewinnen. Dies kann mit Maßnahmen im Bereich des Zugewinnausgleichs kombiniert werden und erhöht dadurch die finanzielle Flexibilität in der Nachscheidungsphase. Der Unterhaltsbedarf kann somit durch eine Steigerung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsbedürftigen herabgesetzt werden und kommt somit beiden Konfliktparteien zugute.

**b. Höheres Maß an Verantwortungsbereitschaft**

Durch die außergerichtliche Vereinbarung eines Sorge- und Umgangsrechts ist dessen Ausübung von einer höheren Mitverantwortung der Konfliktparteien geprägt. Ausgehend von der Fortdauer der gemeinsamen elterlichen Sorge nach § 1671 Abs. 1 BGB nF wird von den Konfliktparteien ein erhöhtes Maß an Kooperationsgemeinschaft gefordert. Um sich ihrer gemeinsamen Verantwortung bewußt zu werden und auch in Zukunft bereit zu sein, über die persönliche Trennung hinaus für das Kindeswohl Sorge zu tragen, ist ein Bewußtseinswandel erforderlich. Bereits die Zunahme der Vereinbarungen über das gemeinsame Sorgerecht von ca. zwei Prozent vom Jahr 1982 auf 17,07 Prozent im Jahr 1994<sup>417</sup> zeigt, daß auch vor der Neuregelung des Kindschaftsrechts in wesentlich größerem Umfang das gemeinsame Sorgerecht übertragen wurde, als dies gesetzlich vorgesehen war. Die mit dem neuen Kindschaftsrecht angestrebte Signalwirkung wurde demnach bereits in der Vergangenheit durch die Beratungs- und Unterstützungsleistungen bei den Vermittlungsverfahren aufgrund des KJHG positiv angenommen.

---

<sup>416</sup>Vgl. Pearson, Thoennes Divorce Mediation, in: Folberg, Milne, Divorce Mediation, S. 429 ff, kommen in ihrer CMP-Studie zu dem Ergebnis, daß die Sensibilisierung im Bereich der gemeinsamen Verantwortung für das Kindeswohl zu einer erhöhten Bereitschaft zur Übernahme finanzieller Verpflichtungen im Rahmen des Kindesunterhalts führt.

### c. Höhere Bindungsqualität

Durch die Mediation können nicht nur die aktuellen Konflikte einer Regelung zugeführt, sondern es kann gerade die Einhaltung der Vereinbarungen für die Zukunft gewährleistet werden. Die Konfliktparteien fühlen sich nicht durch ein fremdbestimmtes Urteil zu einer Leistung (Umgangsrecht, Kindes- und Ehegattenunterhalt etc.) verpflichtet, sondern sind bereit, die unter ihrer Mitwirkung geschlossene Vereinbarung absprachegemäß einzuhalten (geringeres Vollstreckungsrisiko). Die Nach-Scheidungs-beziehung bedarf aufgrund des erlernten Konfliktverhaltens zur Krisenbewältigung in geringerem Umfang den Rückgriff auf gerichtliche Auseinandersetzungen.

Ausgehend von den aus den USA bekannt gewordenen Verhandlungsergebnissen<sup>418</sup> kann festgestellt werden, daß zwischen 40 und 65 Prozent der Konfliktparteien zu einer Gesamtvereinbarung aller zu behandelnden Positionen kamen, während bei weiteren 20 bis 30 Prozent eine Teilvereinbarung erreicht werden konnte. Aufgrund dieser hohen Erfolgsquote befürworten 85 bis 91 Prozent der Teilnehmer der erstgenannten Gruppe und 62 bis 68 Prozent der zweitgenannten Gruppe die Einführung einer vor dem Gerichtsverfahren durchzuführenden Mediationsverhandlung<sup>419</sup>. Auch von den befragten Rechtsanwälten haben sich für die Familienmediation als einen „immer“ (7 Prozent), „oft“ (57 Prozent) und „manchmal“ (33 Prozent) hilfreich zu qualifizierenden Konfliktbehandlungsansatz ausgesprochen.

In der Bundesrepublik Deutschland hat sich eine ebenfalls hohe Akzeptanz der Familienmediation eingestellt. Bei einem vom Jugendamt Erlangen im Jahr 1990 durchgeführten Pilotprojekt „Praxiserprobung von Vermittlung in streitigen Familiensachen mit Sorgerechtsbezug“ haben sich 96 Prozent der Eltern bereit erklärt, sich dem freiwilligen Vermittlungsverfahren zu unterziehen. Es kann davon ausgegangen werden,

---

<sup>417</sup>Vgl. Dt Bt-Dr 13/4899, S. 37; Großmann, Neues Kindschaftsrecht, RN. 17 m.w.N.

<sup>418</sup>Siehe Proksch, FamRZ 1989, S. 921 ff.

<sup>419</sup>Vgl. Proksch, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1989, S. 87 ff.

daß etwa 50 bis 75 Prozent der Konfliktparteien eine einvernehmliche Regelung im Rahmen der Mediationsverhandlung erzielen könnten<sup>420</sup>.

Die Verhandlungsmaterie ist aber mit Abbruch der Mediation nicht endgültig auf eine kontradiktorische Entscheidung des Familiengerichts angewiesen, sondern kann auch im anschließenden gerichtlichen Verfahren einer vergleichweisen Regelung zugeführt werden. Nahezu 20 Prozent der Konfliktparteien können die in der Mediationsverhandlung erworbenen Kenntnisse anschließend zur Erzielung einer einvernehmlichen Regelung verwenden.

#### **4. Allgemeine Akzeptanz der Familienmediation**

Die Erfolge der Familienmediation fördern deren allgemeine Akzeptanz in den betroffenen Personengruppen. Erfolgreiche Mediationsverhandlungen sind darauf gerichtet, den Konfliktparteien zu verdeutlichen, daß ausschließlich deren persönliche Probleme behandelt werden und es für beide von derselben Bedeutung ist, das Verhandlungsergebnis ohne Entscheidung eines Dritten zu vereinbaren. Haben die Konfliktparteien erst einmal diese Sicht der Problemstellung verinnerlicht und damit die Familienmediation als Konfliktbehandlungsmethode anerkannt, so können sie die kreativen Aspekte aufgrund eigener Ressourcen selbständig herausarbeiten und eine gemeinsame Konfliktbehandlung finden.

Bei einer Untersuchung zur Evaluation der Familienmediation in Baden-Württemberg zwischen den Jahren 1995 und 1998 wurde festgestellt, daß mehr als 90 Prozent der befragten Personen die jeweiligen Mediations-Einrichtungen einem Freund oder einer Freundin in ähnlicher Lage empfehlen würden<sup>421</sup>. Auch bei einer Nachbefragung nach 14 Monaten bestätigte sich dieses positive Ergebnis. Auch hier gaben ca. 90 Prozent der Befragten an, in zentralen Fragen durch die Mediation zu einem akzeptablen Verhandlungsergebnis gekommen zu sein. Besonders auffällig war die stärkere Berücksichtigung der Belange der Kinder (Sorge- und

---

<sup>420</sup>Vgl. Bastine, Link, Lörch Familiendynamik 1992, S. 383 m.w.N.

Umgangsrecht) sowie die Vereinbarungserfolge im Bereich des Unterhaltsrechts (Kindes- und Ehegattenunterhalt) und des ehelichen Güterrechts. Von erheblichem Gewicht ist auch die Verbesserung der Interaktion zwischen allen betroffenen Personen. Damit wurde eine positive Wirkung auf die Entwicklung der Kinder sowie auf den nahehelichen Kontakt zwischen den geschiedenen Ehegatten festgestellt. Insgesamt kam diese Untersuchung zu dem Ergebnis, daß die Mediation das „persönliche Wohlbefinden“ verbessert hat und die Betroffenen mit dem Verfahren und dem Ergebnis sehr zufrieden waren.

Die Konfliktparteien sind in einem höheren Maße daran interessiert, ihre vereinbarungsgemäß übernommenen Verpflichtungen einzuhalten. Auf der anderen Seite werden die dem kontradiktorischen Dezisionsverfahren anhaftenden Aspekte, wie psychische Belastung und Streß, aufgrund der gemeinsamen Erarbeitung einer interessengerechten Konfliktbehandlung vermindert. Mit der Erkenntnis der Familienmediation als einer möglichen Konfliktbehandlungsmethode, die eine weitgehendst ressourcenschonende Konfliktbehandlung gewährleistet, steigt deren allgemeine Akzeptanz und fördert das Entstehen einer neuen Streit- und Vermittlungskultur.

Diese Erhebung verdeutlicht, daß über die weitere Verbreitung von Mediation die Chance besteht, das allgemeine Streitverhalten und damit die Streit- beziehungsweise Vermittlungskultur zu verändern. Die Privatautonomie würde hierdurch eine neue Stellung in der einvernehmlichen Konfliktbeilegung erhalten. Aufgrund der komplementären Stellung der Mediation müßte sich ein Bewußtsein bilden, daß der Weg zu Gericht lediglich als ultima ratio angesehen werden darf. An dieser Stelle setzt auch der Gesetzesentwurf des Bundesrates<sup>422</sup> an, der durch die Einführung des § 15 a ZPO ein obligatorisches Güteverfahren bestimmten zivilrechtlichen Streitigkeiten vorschaltet<sup>423</sup>. Auch wenn der Gesetzesentwurf pri-

---

<sup>421</sup>Bastine, Kli PT-News 1998, S. 10, 12, zu einer Untersuchung zur Evaluation der Familienmediation in Baden-Württemberg.

<sup>422</sup>Dt Bt-Dr 13/6398 vom 04.12.1996, Artikel 1.

<sup>423</sup>Nach § 15 a ZPO sollen nachbarrechtliche sowie zivilrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Betrag von DM 1.000,- zunächst von Gütestellen behandelt werden.

mär die Entlastung der Justiz verfolgt<sup>424</sup>, beeinflusst er dennoch die Entwicklung einer neuen Streitkultur.

## 5. Verwirklichung des objektiven Rechts

Objektive *Gerechtigkeitskriterien* sind als Maßstab für individuelle Regelungsansätze grundsätzlich nicht geeignet<sup>425</sup>. Eine an den Parteiinteressen orientierte Konfliktbehandlung kann nicht an der Rechtslage gemessen werden, wenn die Selbstbestimmung der Konfliktparteien im Mittelpunkt der Verhandlungen stehen soll. Es widerspricht sich vielmehr, eine individuelle Lösung anzustreben und diese an objektiven Kriterien messen zu wollen. Selbstverständlich stellt die umfassende Information der Konfliktparteien über die Rechtslage eine Grundvoraussetzung der Mediation dar, denn nur dann ist eine autonome Verhandlung möglich. Eine Vereinbarung kann nur dann zur dauerhaften Zufriedenheit führen, wenn beide Konfliktparteien aufgrund umfassender Information und Aufklärung den objektiven Maßstab des Rechts kennen und beurteilen können, ob die getroffene Vereinbarung tatsächlich ihre Interessen verwirklicht. Kommen die Konfliktparteien anhand dieser Beurteilung zu einem negativen Ergebnis, so können sie entweder erneut mediierten oder die Ansprüche zur weiteren, objektiv *gerechten* Entscheidung dem Familiengericht zuleiten.

## 6. Zufriedenheit der Konfliktparteien

Das subjektive Kriterium der Parteizufriedenheit mit dem vergleichsweise erreichten Ergebnis beruht auf der Erfüllung der zu Beginn der Verhandlungen gesteckten Erwartungen. Waren diese im Verhältnis zum tatsächlich erzielbaren Ergebnis besonders niedrig angesetzt, so kann die Parteizufriedenheit einfacher und schneller erzielt werden, als wenn diese hoch oder sogar überhöht angesetzt waren. Es handelt sich hier, wie bei den bereits beschriebenen Basarverhandlungen (siehe oben 2. Kapitel

§ 6 II Ziffer 2 a), um eine willkürlich festgesetzte Ausgangsposition, die

---

<sup>424</sup>Begründung des Gesetzentwurfs, Dt Bt-Dr 13/6398 vom 04.12.1996, S. 18 f.

<sup>425</sup>Breidenbach in Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, S. 7.

weder einem objektiven Bewertungsmaßstab zugänglich ist, noch an der Wirklichkeit gemessen werden kann. Aufgrund der zu bewältigenden Komplexität stimmen die von den Parteien eingenommenen (Schutz-) Positionen häufig mit den tatsächlich verfolgten Parteiinteressen nicht überein. Den Parteien muß diese Diskrepanz zwischen den geäußerten Ansprüchen beziehungsweise Positionen und ihrer tatsächlichen Interessenlage gar nicht sein.

Die Parteizufriedenheit steht jedoch auch in engem Zusammenhang mit der Verwirklichung der jeweiligen Interessenlage. Erkennt eine Konfliktpartei im Laufe der Scheidungsmediation durch Vermittlung des Mediators, daß die anfangs eingenommene Position weder der gesetzlichen noch ihrer eigenen Interessenlage entsprach, so wird sie mit einer ihren wirklichen Interessen entsprechenden Vereinbarung auch zufrieden sein. Die Zufriedenheit kann in diesem Zusammenhang jedoch als Indiz für die Qualität der Konfliktbehandlung gewertet werden, als Qualitätsmaßstab alleine bietet sie wegen der Willkürlichkeit ihres Zustandekommens aber keine sichere Bewertungsgrundlage der Familienmediation<sup>426</sup>.

Wenn ca. 90 Prozent<sup>427</sup> der Teilnehmer an einer Mediationsverhandlung mit den tatsächlich erzielten Übereinkünften und der Behandlung ihres Konfliktes zufrieden waren, so wird damit eine klare Befürwortung des angewandten Verfahrens ausgedrückt. Ob hierbei die Diskrepanz zwischen der ursprünglich eingenommene Position und einer interessengerechten Konfliktbehandlung auf einsichtige Weise überwunden wurde, wird damit jedoch nicht dokumentiert. Auch wird die Betrachtung der weiteren Zukunft nicht mitberücksichtigt. Die Zufriedenheit wird als punktuelle Gefühlsregung beleuchtet, ohne die Folgen für die weitere Neuorganisation zu qualifizieren.

Haben die Konfliktparteien jedoch erst einmal den Zugang zur Mediation gefunden und gegenseitiges Vertrauen wieder aufgebaut, so wird diese

---

<sup>426</sup>So auch Breidenbach, Mediation, S. 191.

<sup>427</sup>Bastine, Kli PT-News 1998, S. 10, 12, zu einer Untersuchung zur Evaluation der Familienmediation in Baden-Württemberg.

kooperative Atmosphäre regelmäßig als angenehm empfunden. Die Konfliktparteien haben so die Möglichkeit, die kleinen Fortschritte in die Tat umzusetzen, um das verabredete Verhalten einzuüben. In keiner Phase der Verhandlung fühlen sich die Konfliktparteien allein gelassen, sondern sind die „Herren des Verfahrens“. Diese kreative Gestaltungsmöglichkeit beeinflusst auch die Möglichkeit, die gegenseitigen Interessen zu akzeptieren und schafft die Basis für eine einvernehmliche Konfliktbehandlung. Es existieren deutliche Hinweise darauf, daß die tatsächlich erzielten Verhandlungsergebnisse nicht den vollen Wirkungsumfang der Mediation widerspiegeln. Die Effektivität dieser Konfliktbehandlung beruht vielmehr auf der Begrenzung der Konflikte und der Förderung der Verständigung zwischen den Paaren. Auf diese Weise wird der Weg in eine konstruktive Konfliktbehandlung eröffnet, die die Basis einer einverständlichen Regelung darstellt.

## **7. Verwirklichung der Interessen der Konfliktparteien**

Ziel jeder bilateralen Verhandlung ist das Erreichen des angestrebten Verhandlungszieles durch mindestens eine Konfliktpartei<sup>428</sup>. Eine Verständigung kann jedoch nur dann dauerhaft erzielt werden, wenn die Verhandlungsbereitschaft auf beiden Seiten gleichermaßen vorhanden ist und die Parteiinteressen durch die erzielte Vereinbarung wiederspiegelt werden.

Welches der Leitziele der Mediation den vorrangigen Qualitätsmaßstab für die Bewertung des Verhandlungsergebnisses darstellt, hängt von dem vom Mediator verfolgten Rollenverständnis ab. Eine Bewertung des Verhandlungsergebnisses beruht demnach auf dem Verhältnis der vom Mediator durch seine Verhandlungsführung verminderten Risiken und von den Konfliktparteien genutzten Chancen. Inwieweit tatsächlich die Parteiinteressen verwirklicht wurden und sich im Verhandlungsergebnis widerspiegeln, kann nicht überprüft werden. Selbst die Konfliktparteien

---

<sup>428</sup> Auch wenn beide Parteien dem rationalen Verhandlungsmodell folgen sollten, wären an deren persönliche Zurückhaltung überhöhte Anforderungen gestellt, wenn man von ihnen verlangen würde, daß sie trotz der sich bietenden Chance zur Übervorteilung des Verhandlungspartners diese nicht ergreifen sollten.

können hierzu nicht befragt werden, da sie sich selbst über ihre wirklichen Interessen nicht im klaren sind.

## **8. Vermeidung von geschlechtsspezifischen Benachteiligungen**

Bei der konzeptionellen Gestaltung einer auf Gleichbehandlung der Parteien ausgerichteten Verhandlung besteht laufend die Möglichkeit der Benachteiligung einer Konfliktpartei. Vom Verhandlungsführungsgeschick des Mediators hängt es ab, inwieweit er den einseitigen Einsatz von Verhandlungsmacht zulässt, korrigierend eingreift ohne Partei für eine Seite zu ergreifen oder die Mediation abbricht<sup>429</sup>.

Andererseits finden die Verhandlungen nicht losgelöst von der Möglichkeit der Verfolgung der Ansprüche durch das Familiengericht statt. Während der Verhandlung hat es die konzeptionell unterlegene Partei in der Hand, unter Hinweis auf die Möglichkeit der Durchführung des kontradiktorischen Verfahrens, den Einsatz von Verhandlungsmacht zu begrenzen bzw. auszuschalten. Auch wenn z. B. in § 1570 BGB (Unterhalt wegen der Betreuung eines Kindes) geschlechtsneutral formuliert wird: „Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Ehegatten Unterhalt verlangen...“, so waren es aufgrund ihrer geschlechtsspezifischen Ausgangsposition häufig die Ehefrauen, die Unterhaltsansprüche geltend machen mußten. Wenn also von geschlechtsspezifischer Benachteiligung der Frauen gesprochen wird, dann ausschließlich deshalb, weil im Zeitraum vom 1994 bis 1995 bundesweit<sup>430</sup> in 74,64 Prozent der Fälle die elterliche Sorge den Müttern übertragen wurde und ein enger Zusammenhang zum Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB gegeben war.

Die Ausgangsposition des Fordernden ist wie im familiengerichtlichen Verfahren auch im Rahmen der Familienmediation denselben Regeln unterworfen:

---

<sup>429</sup>Bastine, a.a.O., S. 13, zu einer Untersuchung zur Evaluation der Familienmediation in BW. Geschlechtsspezifische Machtungleichgewichte treten auch in der Mediation in Erscheinung. Einige der an der Erhebung beteiligten MediatorInnen kommen jedoch zu dem Ergebnis, daß sich eingangs bestehende Ungleichgewichte durch Mediation reduzieren lassen.

<sup>430</sup>Justizstatistik Dt Bt-Dr 13/4899, S. 37.

Die (Ehe-) Frau muß neben ihrer finanziellen Bedürftigkeit, und dem die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden Lebensstandard auch die Leistungsfähigkeit des (Ehe-) Mannes nachweisen. Besteht über eine Position Streit, so muß im Beweisverfahren jede Position nachgewiesen werden. Auch in der Familienmediation kann nur ergebnisorientiert über den nachehelichen Unterhalt verhandelt werden, wenn alle hierfür erforderlichen Voraussetzungen beiden Konfliktparteien zugänglich gemacht und vorgetragen werden. Eine geschlechtsspezifische Benachteiligung durch ein Defizit an Informationen oder Verhandlungsmacht kann somit nur insofern bejaht werden, als es in den meisten Fällen die Frauen waren, die Unterhaltsansprüche geltend gemacht haben. Der Fordernde besitzt demnach immer die unsicherere und mit mehr Prozeßrisiken ausgestattete Angriffsposition<sup>431</sup>.

## **II. Fazit**

### **1. Förderung der Einigungsbereitschaft**

Auch wenn die von den Konfliktparteien entwickelten Konfliktbehandlungsergebnisse keine endgültige Regelung darstellen und sich teilweise noch einer inhaltlichen Überprüfung beziehungsweise einer Genehmigung durch das Familiengericht zu unterziehen haben, stellt die Familienmediation eine das Einigungspotential besonders fördernde Konfliktbehandlungsmethode dar. Das kontradiktorische familiengerichtliche Verfahren wirkt, auf Streit zugeschnitten, eher einigungshemmend<sup>432</sup>. Zudem besteht bei der juristischen Beurteilung des Sachverhaltes die Gefahr einer Eskalation<sup>433</sup>. Der Konflikt besteht aus einer Vernetzung von Beziehungs- und Sachelementen, die bei dem Versuch einer dauerhaften Beilegung entsprechend berücksichtigt werden müssen. Der Mitverantwortungsanspruch der Parteien an der Erarbeitung einer Konfliktbehandlungsvereinbarung kann durch den entscheidungsberechtigten

---

<sup>431</sup>So im Ergebnis auch Schmidt, in: Amthor, Proksch, Sievering, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, S. 133; Vgl. Mähler/Mähler, AnwBl. 10/97, S. 535 ff.

<sup>432</sup>RegE, BT-Dr 11/5948, S. 58; Daß die gerichtliche Entscheidung regelmäßig nicht geeignet ist, befriedend zu wirken, hatte bereits Proksch, in: Amthor/ Proksch/ Sievering, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, S. 9 festgestellt.

<sup>433</sup>Ponschab, AnwBl. 10/97, S. 520.

Richter nicht im Sinne der Mediation erfüllt werden. Der Verhandlungsverlauf ist von Anfang an auf die entscheidungserheblichen Positionen begrenzt und läßt einen interessenorientierten Dialog zwischen den Konfliktparteien nicht zu<sup>434</sup>. Aus diesem Grund ist bei engen Beziehungsstrukturen die Durchführung eines Gerichtsverfahrens im Regelfall schädlich, da nicht der Kern des Konfliktes behandelt wird<sup>435</sup>.

## **2. Förderung der Wertschöpfung statt Wertverteilung**

Einen besonders schwerwiegenden systembedingter Nachteil des traditionellen Justizverfahrens stellt die interessenpolarisierende Sieg- oder Niederlage-Situation dar. Das offensive Anspruchsdenken des Parteienmodells führt dazu, daß Schwächen der anderen Konfliktpartei ausgenutzt werden, um ein besseres Ergebnis erzielen zu können. Dadurch werden die menschlichen Beziehungen auf ihre rechtlichen Aspekte fragmentiert. Die Konfliktparteien betrachten im traditionellen Justizverfahren den zu bewältigenden Konfliktstoff aus einer auf die Vergangenheit ausgerichteten Perspektive. Dieser essentielle Konstruktionsmangel führt zur Verfolgung von Rechtspositionen und damit nicht zu einer Wertschöpfung, sondern zu einer Verteilung in einem Nullsummenspiel. Ein Beispiel für die Risiken des kontradiktorischen Verfahrens stellt die streitige Übertragung des Sorgerechtes nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB nF dar. Durch den gegnerisch geprägten Verfahrensablauf kann das Selbstwertgefühl der jeweils anderen Konfliktpartei in einer Weise verletzt werden, die die konstruktive Gestaltung des Umgangsrechtes schwer belasten kann<sup>436</sup>.

Die Delegation des Konfliktes an die Rechtsanwälte und den Richter kann zu einer Dynamisierung des Verfahrensverlaufes führen, den die Konfliktparteien nicht mehr kontrollieren können. Die Gegnerschaft führt häufig zu einem von der tatsächlichen Rechtslage nicht gedeckten Anspruchsdenken. Die professionellen Verfahrensbeteiligten tragen - oftmals ungewollt - zur emotionalen Verschärfung und damit zum Trauma

---

<sup>434</sup>Spangenberg, FamRZ 1997, S. 1263 f.

<sup>435</sup>Ponschab, a.a.O.

der Ehescheidung bei. Erhalten die Konfliktparteien keine Prozeßkostenhilfe nach § 114 ff ZPO, erfährt dieser Geschehensablauf seine Eskalation häufig in den Anwalts- und Gerichtsgebühren. Vorhandene Gemeinsamkeiten der Konfliktparteien treten in Anbetracht der systemimmanenten Konfliktverschärfung in den Hintergrund und verhindern eine interessenorientierte Konfliktbehandlung. Dies schließt mediatives Verhandeln unter Anleitung des Richters zwar nicht vollständig aus, kann jedoch nicht zu der für die Mediation elementaren Rückübertragung des Streitstoffes auf die Konfliktparteien führen.

Die Bewahrung der Autonomie der Konfliktparteien kann im Rahmen der Familienmediation eine kooperative Verhandlung ermöglichen, die die Behandlung des gemeinsamen Konfliktes ermöglicht. Das Erreichen einer Win-Win-Situation beziehungsweise der Wertschöpfung statt bloßer Wertverteilung, in der beide Konfliktparteien bei einer interessengerechten Vereinbarung gewinnen, ermöglicht die ansonsten brachliegenden Kreativitätspotentiale zu aktivieren und für beide zu verwenden. Es wird die Möglichkeit eröffnet, durch Verhandlungen einen zusätzlichen Wert zu schöpfen.

Bei solchem kooperativen Zusammenwirken im Rahmen dieses Konsensmodells werden die durch das kontradiktorische Verfahren besonders hervorgehobenen Unterschiede zurückgedrängt, und es gewinnen beide Konfliktparteien. Durch die Akzeptanz der anderen Konfliktpartei wächst Verständnis für deren Wünsche und Interessen und schafft die Möglichkeit einer offeneren und kooperativeren Zukunftsgestaltung. Die Förderung der Versöhnungsbereitschaft wird von der Mediation zwar nicht primär angestrebt, eine positive Ausstrahlung kann jedoch als Sekundärergebnis festgestellt werden<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup>Proksch, in: Amthor/ Proksch/ Sievering, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, S. 9.

<sup>437</sup>Mähler/Mähler, in: Krabbe, Scheidung ohne den Richter, S. 159.

Breidenbach beschreibt die Möglichkeiten und Risiken der Selbstbestimmung als grundsätzliches Verhandlungsdilemma wie folgt<sup>438</sup>: „Mediation ist eine Chance, keine Garantie. Autonome Konfliktbehandlung will Zukunft selbst gestalten, trägt jedoch die Möglichkeit des Scheiterns in sich. Der Selbstbestimmung als Chance steht nun einmal die Selbstverantwortung für das Risiko gegenüber.“

Scheidung muß somit, wie Krabbe<sup>439</sup> es beschreibt, nicht Mutlosigkeit oder Verzweiflung bedeuten, sondern kann auch dazu genutzt werden, Raum für neue Überlegungen und neue Chancen zu erfahren. Die Familienmediation kann genutzt werden, um über den rein rechtlichen Streitgegenstand hinaus Vereinbarungen zu treffen, die tieferliegenden Konfliktursachen zu erkennen und zu beherrschen und damit eine zukunftsorientierte Kooperation zugunsten der Konfliktparteien selbst und der gemeinsamen Kinder zu erzielen.

### **3. Flexibilität und Ausbaufähigkeit**

Haben die Konfliktparteien erst einmal - wenn auch zunächst nur zur Regelung des Sorge- und Umgangsrechts - wieder Verständnis für die Wünsche und Ängste des Partners erlangt, ist der Weg prinzipiell frei für eine Regelung des Gesamtkomplexes der Scheidungsfolgeangelegenheiten. Allein durch die privatautonome Kooperation der Konfliktparteien können die Selbstheilungskräfte aktiviert werden, ohne die eine zukunftsorientierte Gestaltung der elterlichen Zukunft nicht möglich ist. Auf dieser Basis kann anschließend die Neuorganisation der Restfamilie erfolgen. Erfolgreiche Versuche die Partnerkonflikte beizulegen führen häufig nur zu einer Verstärkung der eingenommenen Positionen und tragen die Gefahr einer destruktiven Eskalation in sich. Folglich bedarf es zu einer konstruktiven Konfliktregelung einer eigenen Verarbeitung des Konfliktstoffes, um eine dauerhafte Regelung erzielen zu können.

---

<sup>438</sup>Breidenbach, Mediation für Juristen, S. 11.

<sup>439</sup>Krabbe, Scheidung ohne Richter, S.12.

Die Konfliktparteien können dabei auch Erfahrungen zur laufenden unbürokratischen Anpassung von erzielten Vereinbarungen machen. Das kontradiktorische Verfahren ist durch die notwendigen Formzwänge nicht in der Lage, eine schnelle und an den Parteiinteressen ausgerichtete Konfliktbeilegung anzubieten. Auch wenn während des Trennungsjahres die Basis für die weitere Vereinbarung erst langsam wieder entsteht, kann eine weitergehende Regelung noch während des Scheidungsverfahrens oder nach der Rechtskraft der Scheidung ohne Inanspruchnahme des Familiengerichts erfolgen.

## 6. Kapitel: Zusammenfassung und Aussicht

### § 16 Das neue Kindschaftsrecht in der anwaltlichen Praxis

Die Praxis hat gezeigt, daß sich aus den überwiegend behandelten Themenbereichen, nämlich Kinder in 74 Prozent, Sorgerecht in 70 Prozent, Unterhaltsfragen in 76 Prozent und Zugewinnausgleich in 53 Prozent der mediierten Konflikte, die Vereinbarung eines Gesamtkonzepts anbietet<sup>440</sup>. Der Philosophie der Mediation als komplementärer Konfliktbehandlungsansatz entspricht es, stufenweise die Interessen der Konfliktparteien zu erforschen, um eine kooperative Konfliktbehandlung zu ermöglichen. Die Praxiseinführung hat bisher bereits ergeben, daß Familienmediation eine wirksame Ergänzung zum gerichtlichen Verfahren darstellt und als jugendhilferechtliches Standardangebot zur Förderung des „Wohls des Kindes“ von Eltern gewünscht wird<sup>441</sup>.

#### I. Ausrichtung des neuen Kindschaftsrechts

Durch die Einführung des neuen Kindschaftsrechts wird der gesetzgeberische Wille in Richtung auf eine außergerichtliche Konfliktbeilegung deutlich. Das Jugendamt sowie die privaten Vermittlungsstellen bieten über die Stärkung der Beratungs- und Unterstützungsleistungen - unabhängig vom familienrechtlichen Status des Kindes - gemäß § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO nF, § 52 Abs. 1 nF, § 52 a Abs. 1 nF und § 17 Abs. 1 KJHG nF präventiv und scheidungsbegleitend ihre umfassenden Leistungen an. Die Vermittlungsverfahren stellen geeignete und wirksame Möglichkeiten dar, eine Regelung im Interesse der gemeinsamen Kinder zu erzielen. Auch das Familiengericht wird gemäß § 52 Abs. 1 FGG nF darauf verwiesen, „in jeder Lage des Verfahrens“ auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinzuwirken und so früh wie möglich die Träger der Jugendhilfe bei der Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts hinzuzuziehen. Kommt es bei der Umsetzung des Umgangsrechts zu Konflikten zwischen den Eltern, vermittelt das Familiengericht gemäß § 52 a Abs. 1

---

<sup>440</sup>Bastine/Weinmann-Lutz, in: Abschlußbericht der Praxisdokumentation zur Familien- und Scheidungs-Mediation in Baden-Württemberg, S. 23 ff.

<sup>441</sup>Proksch, in: Stempel, Mediation in der Praxis, S. 77.

FGG nF auf Antrag eines Elternteils zwischen den Eltern. Entsprechend dem Grundsatz, daß gerichtliches Eingreifen erst erforderlich ist, wenn außergerichtliche Maßnahmen fehlgeschlagen sind, sollte das Familiengericht erst dann selbst vermittelnd tätig werden, wenn die Jugendhilfe ihre Möglichkeiten ausgeschöpft hat. Mit der scheidungsüberdauernden Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts und der Trennung des Sorgerechts aus dem Zwangsverbundverfahren ist der Gesetzgeber den in den westeuropäischen Staaten vorherrschenden Regelungen gefolgt.

Auch wenn der Begriff der Mediation in den Normen des neuen Kindschaftsrechts nicht ausdrücklich erwähnt wird, umfassen die Begriffe der Beratung und Vermittlung selbstverständlich auch die Mediation. Familienmediation wird deshalb in Zukunft ein maßgebliches Interventionsinstrument sein, damit eine effektive und effiziente Förderung der elterlichen Fähigkeiten im Interesse des Wohls des Kindes erreicht werden kann. Stattliche Eingriffe stellen damit lediglich die ultima ratio dar, die erst zur Anwendung kommen soll, nachdem alle Vermittlungsversuche endgültig gescheitert sind.

Ein halbes Jahr nach Einführung des neuen Kindschaftsrechts kann noch kein Resümee über den Erfolg oder Mißerfolg gezogen werden. Deutlich geworden ist jedoch, daß die Rechtsanwaltschaft, aufgrund ihrer gerichtsorientierten Ausbildung, nicht auf die außergerichtliche Konfliktvermittlung vorbereitet wurde.

## **II. Schlichtung als anwaltliche Aufgabe**

Das Interesse der Rechtsanwaltschaft an außergerichtlicher Konfliktbeilegung hat in den vergangenen Jahren laufend zugenommen. Daß die vorgerichtliche Streitbeilegung ein lukratives Feld für die Tätigkeit von Rechtsanwälten ist, in dem hohe Zuwachsraten möglich sind, bestätigt die außergerichtliche Erledigungsquote von ca. 75 Prozent<sup>442</sup>. Die negativen Erfahrungen, die in den letzten 120 Jahren mit Sühne- und Güte-

---

<sup>442</sup>Siehe 1. Kapitel, § 2 II.; Schätzung für den familienrechtlichen Bereich, vgl. Bastine, Link, Lörch, Familiendynamik 1992, S. 383 m.w.N.

verfahren gemacht wurden, beruhen auf konzeptionellen Verfahrenschwächen. Die Gesetzesinitiative des Bundesrates zur Einführung der obligatorischen Schlichtung (§ 15 a ZPO) wird deshalb teilweise auf Widerstand und Ablehnung der Rechtsanwälte treffen. Die Motivation des Gesetzgebers bei dieser Gesetzesinitiative ist primär auf eine Entlastung der Gerichte ausgerichtet, ohne daß hiermit eine neue Streitkultur begründet werden soll. Sachgerechter wäre es, die nach dem Modell des „Multi-Door-Court-House“ vom Streitrichter für mediierbar erklärten Fälle an eine Vermittlungsstelle zu verweisen, als abstrakt sich ausschließlich am Streitwert zu orientieren. Solange die Durchführung der Mediation mit zusätzlichen Kosten verbunden ist und eine Regelung für die Gewährung von Prozeßkostenhilfe nicht verabschiedet wird, bleibt offen, ob eine spürbare Entlastung der Justiz erreicht werden kann. Es bleibt abzuwarten, ob und in welcher Form dieser Gesetzentwurf verabschiedet werden wird.

Da unser Rechtssystem auf eine gerichtliche Streitentscheidung ausgerichtet ist, darf es nicht verwundern, wenn zunehmend versucht wird, vermeintliche Ansprüche entsprechend durchzusetzen<sup>443</sup>. Einigkeit besteht jedoch auch darin, daß Gerichtsurteile keinen endgültigen Rechtsfrieden schaffen, sondern lediglich den Konflikt in vollem Umfang zementieren und damit den Grundstein für weitere Auseinandersetzungen legen. Die dem kontradiktorischen Verfahren immanente Ausrichtung auf eine Sieg- oder Niederlagesituation wird deshalb so lange die anwaltliche Tätigkeit prägen, bis eine entsprechende Aufnahme der Mediation in die juristischen Prüfungsordnungen erfolgt. Nur wenn bereits in der universitären Ausbildung eine Abkehr vom Richtermodell und eine entsprechende Eingliederung der alternativen Konfliktbehandlungssysteme in den Lehrstoff erfolgt, wird sich eine neue Streit- und Vermittlungskultur herausbilden. Daß das Erlernen dieser alternativen Konfliktbehandlungstechniken im Rahmen der universitären Ausbildung möglich ist, hat sich bereits am Beispiel der USA gezeigt.

---

<sup>443</sup>Siehe 5. Kapitel, § 15 I 1.

Die Justizlastigkeit der juristischen Ausbildung führt dazu, daß die Rechtsanwaltschaft über die Möglichkeiten konsensualer Konfliktbeilegungsansätze bisher nicht ausreichend informiert ist. Der gesellschaftliche Trend zur Loslösung von autoritativen Konfliktentscheidungen hat sich hier noch nicht in allen Bereichen durchgesetzt. Die Verhandlungs- und Mediationstechniken müssen erlernt werden. Mit der Aufnahme der rechtsanwaltlichen Tätigkeit beschränkt sich die Fortbildung meist nur auf die aktuelle Rechtsprechung. Zeit für Fortbildungsmaßnahmen ist häufig nicht in ausreichendem Maße vorhanden.

Das Signal, das der Gesetzgeber mit der Verabschiedung des neuen Kindschaftsrechts in Richtung auf eine außergerichtliche Konfliktbeilegung gesetzt hat, kann jedoch nur dann richtig umgesetzt werden, wenn Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten in ausreichender Zahl angeboten und entsprechend genutzt werden. Folglich wird die universitäre Ausbildung langfristig nicht um eine Aufnahme der Mediation in die prüfungsrelevanten Fächer herumkommen. Dabei gilt es auch die Scheu der Juristen vor den interdisziplinären Kooperation abzubauen. Nur wenn die juristische Ausbildung das klassische Streitregelungsverfahren als ultima ratio begreift, wird der Weg für eine neue Streitkultur frei.

Bei der Behandlung von Familienkonflikten hat der Gesetzgeber ein Signal für eine kooperative Konfliktbeilegung gesetzt. Die Minimierung staatlicher Eingriffe soll die familiäre Vernetzung zwischen Eltern und gemeinsamen Kindern, ohne die Nachteile eines gegnerschaftlichen Verfahrens, aus der Ehekrise heraushalten. Angesichts des umfassenden Angebots an Beratungs- und Unterstützungsleistungen bleibt abzuwarten, ob das angestrebte Ziel in der rechtsanwaltlichen Praxis erreicht werden wird.

## Literaturverzeichnis

- Amatho, P. R./Keith, B.** Parental divorce and the well-being of children: A meta-analysis. *Psychological Bulletin* 1, 1991, S. 26.
- Amthor Hilke/Proksch Roland/Sievering Ulrich O.** Kindschaftsrecht 2000 und Mediation in: 5. Kleiner Arnoldshainer Familiengerichtstag, Frankfurt am Main, 1993.
- Baer, Ingrid/Marx, Ansgar** Das Europäische Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten, Innovationsschub für den familienrechtlichen Prozeß, *FamRZ* 1997, S. 1186.
- Balloff, Rainer** Grenzen des Beibehalts der gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach Trennung und/oder Scheidung, in: *Faltermeyer, J/Fuchs, P. (Hg.)*, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe: Klärung der Rolle und Aufgaben öffentlicher und freier Träger, Frankfurt am Main 1992, S. 23.
- Balloff, Rainer/Eginhard, Walter** Das Kinder- und Jugendhilfegesetz und beratende Interventionen nach §§ 17, 18 Abs. 2, 28 KJHG mit Trennungs- und/oder Scheidungsfamilien unter besonderer Berücksichtigung der Mediation in den Beratungsstellen in: *Amthor Hilke/Proksch Roland/Sievering Ulrich O.* Kindschaftsrecht 2000 und Mediation in: 5. Kleiner Arnoldshainer Familiengerichtstag, Frankfurt am Main 1993., S. 165.
- Balloff, Rainer/Eginhard, Walter** Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall? Einige theoretische und empirische Grundannahmen, *FamRZ* 1990, S. 445.
- Barbian, Thomas W./Zilleßen, Horst** Neue Formen der Konfliktregulierung in der Umweltpolitik, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 1991, B 39 - 40, S. 14.
- Bastard, Benoit/Cardia-Vonèche, Laura** Die unaufhaltsame Verbreitung der Familien-Mediation, *Familiendynamik* 1992, S. 319.
- Bastine, Reiner** Heidelberger Evaluation der Familienmediation, in: *Praxis- und Forschungsberichte, Kli PT-News* 1998, S. 10.
- Bastine, Reiner/Weinmann-Lutz, Birgit** Qualitätssicherung und Evaluation der Trennungs- und Scheidungsmediation: Das Heidelberger Dokumentationssystem DOSYS, in: *Strepel, Dieter (Hg.)*, *Mediation für die Praxis*, 1. Auflage, 1998, S. 57.
- Bastine, Reiner/Weinmann-Lutz, Birgit** in: *Abschlußbericht der Praxisdokumentation zur Familien- und Scheidungs-Mediation in Baden-Württemberg*, Stuttgart, 1995.
- Bastine, Reiner/Link, Gabriele/Lörch, Bernd** Scheidungsmediation: Möglichkeiten und Grenzen, *Familiendynamik* 1992, S. 379.
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, *ZPO-Kommentar*, 57. Auflage 1999, München, 1999.
- Bericht des BRAK-Ausschusses Mediation**, *BRAK-Mitt.* 5/1996, S. 186.
- Bericht der 80. Hauptversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer** vom 27.09.1996, *Kammerreport* Stuttgart, Heft 3/1996, S. 4.
- Bericht des 7. Familienrechtstags**, *ZfJ* 1988, S. 25.
- Bericht des Statistischen Bundesamts**, *Ehescheidungen* 1996, *WiSta* 12/97, S. 826.

- Bericht des Statistischen Landesamts Baden-Württemberg** Zahl der Ehescheidungen nimmt weiterhin deutlich zu, Eildienst Nr. 183/98, S. 1.
- Bernhardt, Hans-Peter** Trennungs- und Scheidungsberatung. Zwei Fallbeispiele, in: *Krabbe, Heiner*, Scheidung ohne Richter, Hamburg, 1991, S. 42.
- Bernhardt, Hans-Peter** Eine Herausforderung für psychosoziale Helfer, in: *Krabbe, Heiner*, Scheidung ohne Richter, Hamburg, 1991, S. 192.
- Bernhardt, Hans-Peter/Dietz, Hannelore** Was ist Trennungs- und Scheidungsberatung ?, *Famliendynamik* 1992, S. 377.
- Besemer, Christoph** Mediation in der Praxis. Erfahrungen aus den USA, 1. Auflage, Darmstadt, 1996.
- Besemer, Christoph** Mediation - Vermittlung in Konflikten, 3. Auflage, Darmstadt, 1995.
- Die Bibel oder die ganze Heilige Schrift** nach der Übersetzung Martin Luthers, nach dem 1912 vom Deutschen Evangelischen Kirchenausschuß genehmigten Text, Stuttgart, 1961.
- Blankenburg, E./Gottwald, W./ Stempel, D.** (Hg.) Alternativen in der Ziviljustiz. Berichte, Analysen, Perspektiven, Bonn, 1982.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang** Juristenausbildung - auf dem Weg ins Abseits?, *JZ* 1997, S. 317.
- Böttcher, Reinhard** Empfiehlt es sich, die Juristenausbildung nach Abschluß des Studiums neu zu regeln, *NJW* 1998, S. 24.
- Bosch, W.** Zur Rechtsstellung der mit beiden Eltern zusammenlebenden nichtehelichen Kinder, *FamRZ* 1991, S. 1121.
- Braun, Johann** 10 Antithesen zur Reform des juristischen Studiums, *ZRP* 1998, S. 41.
- Breidenbach, Stephan** Mediation. Struktur, Chancen und Risiken im Konflikt, Köln, 1995.
- Breidenbach, Stephan** Mediation - Komplementäre Konfliktbehandlung durch Vermittlung, *Anwaltsblatt* 3/97, S. 135 - 145.
- Breidenbach, Stephan** Mediation - Komplementäre Konfliktbehandlung durch Vermittlung, in: *Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin* Mediation für Juristen, Köln, 1997, S. 1.
- Brunner-Traut, Emma** Die Stifter der großen Religionen, 3. Auflage, Freiburg im Breisgau, Basel, Wien, 1998.
- Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation e.V.**, Info-Mappe, 10/96.
- Busse, Felix** Schlichten ist besser als Richten, *AnwBl* 10/1997, S. 519.
- Busse, Felix** Die obligatorische Schlichtung - Eine Herausforderung für die Anwaltschaft, *AnwBl* 10/1997, S. 524.
- Büttner, Helmut** Änderungen im Familienverfahrensrecht durch das Kindschaftsreformgesetz, *FamRZ* 1998, S. 585.
- Büttner, Annette** Kindschaftsreform in England, Ein Vergleich mit den deutschen Reformplänen, *FamRZ* 1997, S. 464.
- Caesar, Peter** Reform der Juristenausbildung, *WM* 1998, S. 967.
- Coester, Michael** in: *Horstmann*, Nacheheliche Elternschaft, Schriftenreihe des Familienbundes der Deutschen Katholiken (NRW) Nr. 8, 1990, S. 20.
- Coester Michael** Reform des Kindschaftsrechts, *JZ* 1992, S. 809.
- Deutscher Anwaltsverein**, Thesen zur Juristenausbildung, *AnwBl* 2/97, S. 102.

- Deutscher Juristen-Fakultätstag**, Würzburger Thesen zur Juristenausbildung, NJW 1995, S. 2612.
- Deutsches Wörterbuch**, Bütting, Karl-Dieter, Chur, Schweiz, 1996.
- Dickmeis, Franz** Kindschaftsrecht 2000 - Erfahrungen und Erwartungen aus der Sicht der Familienrichterinnen und Familienrichter, in: *Amthor, Hilke/Proksch, Roland/Sievering, Ulrich O.* (Hg.), Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, 5. Kleiner Arnoldshainer Familiengerichtstag, Frankfurt am Main, 1993
- Dickmeis, G.** Scheidungsforschung und familiengerichtliches Verfahren, ZfJ 1989, S. 169.
- Dieckmann, Albrecht** Fragwürdige Begründung im Streit um die Verfassungsgebundenheit einer gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung der Elternehe, NJW 1981, S. 668.
- Diederichsen, Uwe** Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 1980, S. 1.
- Diederichsen, Uwe** Die Reform des Kindschafts- und Beistandschaftsrechts, NJW 1998, S.1977.
- Dietz, Hannelore/Krabbe, Heiner** Was ist Mediation? Praktische Gebrauchsanleitung für ein außergerichtliches Vermittlungsverfahren, in: *Krabbe, Heiner* (Hg.), Scheidung ohne Richter, Hamburg, 1991, S. 109.
- Dispeker**, Zur Zivilprozeßordnung vom 13. Februar 1924, JW 1925, S. 690.
- Dörner, Dieter/Kreuzig, Heinz W. u. a.** Lohausen: Vom Umgang mit Unbestimmtheit und Komplexität, Bern, Stuttgart, Wien, 1983.
- Dörr, Claus** Elterliche Sorge, Umgangsbefugnis und Kindesherausgabe in der Entwicklung seit dem 1. EheRG, NJW 1989, S. 690.
- Dopffel, Peter** Kindschaftsrecht im Wandel: Zwölf Länderberichte mit einer vergleichenden Summe, Tübingen, 1992.
- Duss von Werdt, Josef** in: *Mähler Gisela und Hans-Georg* (Hg.), Mediation: Die andere Scheidung, Stuttgart 1995.
- Eidmüller, Horst** Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/Mediation, in: *Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin*, Mediation für Juristen, Köln, 1997, S. 31.
- Endemann, Wilhelm** Der Deutsche Civilprozeß, Erläuterungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der CPO des Deutschen Reichs samt Einführungsgesetz in 3 Bänden, Berlin 1879, Aachen, 1974.
- Eschweiler, Peter** Familiengerichtliches Verfahren, Familiendynamik 1992, S. 373.
- Ewig, Eugen** Mediation aus der Sicht der Anwaltschaft, BRAK-Mitteilung 1996, S.147.
- Faltermeyer, Josef/Fuchs, Petra** Trennungs- und Scheidungsberatung als neue Aufgabe der Jugendhilfe: Grundprobleme und erste Einschätzungen durch die Praxis, in: *Faltermeyer, Josef/Fuchs, Petra* (Hg.), Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe. Klärung der Rolle und Aufgaben öffentlicher und freier Träger, Frankfurt am Main, 1992, S. 7.
- Faltermeyer, Josef** Die neue Fachlichkeit der Jugendhilfe im Rahmen der Trennungs- und Scheidungsberatung und bei der Mitwirkung im familiengerichtlichen Verfahren, in: *Faltermeyer, Josef/Fuchs, Petra.* (Hg.), Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe. Klärung der

Rolle und Aufgaben öffentlicher und freier Träger, Frankfurt am Main, 1992, S. 139.

**Fietkau, Hans-Joachim/Weidner, Helmut** Mediationsverfahren in der Umweltpolitik. Erfahrungen in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* (Beilage zur Wochenzeitung das Parlament), vom. 18.09.1992, B. 39 - 40, S. 24.

**Finger, Peter** Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung - eine Umfrage bei hessischen Familiengerichten, DRiZ 1985, S. 91.

**Fisher, Roger/Ury, William/Patton, Bruce** Das Harvard-Konzept, 15. Auflage, Frankfurt am Main 1996.

**Frevert, Gabriele/Cierpka, Manfred/Dahlbender, Reiner W./Albani, Cornelia/Plöttner, Günter** Die Familien-Beziehungskonflikt-Themen, Familiendynamik 1992, S. 273.

**Freudenthal, Hugo** Civilprozeßordnung nebst Einführungsgesetzen, Zwischen-Auflage, München, 1904.

**Fthenakis, Wassilios E** Zum Stellenwert der Bindung des Kindes als sorgerechtsrelevantes Kriterium gemäß § 1671 BGB, FamRZ 1985, S. 667.

**Fthenakis, Wassilios E./Kunze, R.** Trennung und Scheidung und ihre Bedeutung für das Familiensystem, in: *Faltermeyer, Josef/Fuchs, Petra*, Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe. Klärung der Rolle und Aufgaben öffentlicher und freier Träger, Frankfurt am Main, 1992, S. 39.

**Furkel, Françoise** Die wichtigsten Änderungen im französischen Familienrecht durch das Gesetz vom 8. Januar 1993, FamRZ 1994, S. 1085.

**Geldschläger, Gerda** Erwartungen und Wünsche des Familiengerichts an die Sozialen Dienste, in: *Faltermeyer, Josef/Fuchs, Petra*. (Hg.), Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe. Klärung der Rolle und Aufgaben öffentlicher und freier Träger, Frankfurt am Main, 1992, S. 85.

**Gerner, Erich** Rechtseinheit im Verfahrensrecht, NJW 1950, S. 722.

**Gerwens-Henke, Heidrun** Was kostet Mediation im Familienrecht, in: *Stempel, Dieter* (Hg.), Mediation für die Praxis, 1. Auflage, 1998, S. 89.

**Goll, Ulrich** **Stichwort:** Juristenausbildung, AnwBl 5/97, S. 259.

**Göppinger, Horst/Börger, Ulrike** Vereinbarungen anlässlich der Scheidung: Die vertragliche Regelung der zivil-, steuer-, und sozialrechtlichen Folgen, 7. Auflage, München, 1998.

**Görner, Herbert/Kempcke, Günter** Synonymwörterbuch, Leipzig, 1989.

**Grisbach, Klaus** Das DAV-Modell zur obligatorischen Schlichtung - weitergedacht, AnwBl 10/1997, S. 528.

**Gottwald, Walter/Stempel, Dieter** (Hg.) Streitschlichtung, Köln 1995.

**Haft, Fritjof** Verhandeln. Die Alternative zum Rechtsstreit, München, 1992.

**Haynes, John M.** Mediation. Basisinformation für Interessierte, in: *Krabbe, Heiner*, Scheidung ohne Richter, Hamburg, 1991, S. 132.

**Hendel, Dieter** Strategien des Anwalts beim zivilrechtlichen Vergleich, AnwBl 10/1997, S. 509.

**Heinsheimer, Karl** Ein Jahr Prozeßreform, JW 1925, S. 695.

**Henssler, Martin** Anwaltliches Berufsrecht und Mediation, AnwBl 3/1997, S. 129.

- Henssler, Martin** Der Rechtsanwalt als Mediator, MDR 1997, S. 409.
- Henssler, Martin** Anwaltliches Berufsrecht und Mediation, in: *Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin*, Mediation für Juristen, Köln, 1997, S. 75.
- Henssler, Martin/Schwackenberg, Katja** Der Rechtsanwalt als Mediator, MDR 1997, S. 409.
- Hobbe, Rudolf** Neues Testament Band 15, Jakobusbriefe, Stuttgarter Kleiner Kommentar Neues Testament, Stuttgart 1989.
- Hölzenbein, Sabine** Familienmediation. Ein Gebiet nur für Psychologen und Sozialpädagogen ?, MDR 1997, S. 415.
- Hoffman-Riem, Wolfgang** Forum: Neue Perspektiven der Juristenausbildung (Teil III) - Reform des juristischen Vorbereitungsdienstes, JuS 1998, S. 106.
- Hollweg, Petra** Recht ohne Richter, Focus Nr. 36, 08/1998, S. 54.
- Holznapel, Bernd** Mediation im Verwaltungsrecht, in: *Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin* Mediation für Juristen, Köln, 1997, S. 147.
- v. Hoyningen-Huene, Dagmar** Mediation - eine Alternative zum gerichtlichen Verfahren, JW 1997, S. 352.
- Kleinknecht, Theodor/Meyer, Karlheinz/ Meyer-Grossner, Lutz, Schwarz, Otto** Kommentar zur Strafprozeßordnung, 43. Auflage, München, 1997.
- Kleine-Cosack, Michael** Freiheit zum Zweitberuf: Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Anwaltszulassung, NJW 1993, S. 1289.
- Knaurs, Herkunftswörterbuch, Etymologie und Geschichte von 10.000 interessanten Wörtern, Ursula**, Stuttgart, 1989.
- Koepfel, Peter** Die gemeinsame elterliche Sorge bei Scheidung im Lichte der EMRK und des UN-Zivilpaktes, DAV 1993, S. 601.
- Köhler, Michael** Zur Reform des rechtswissenschaftlichen Studiums, JR 1991, S. 48.
- Krabbe, Heiner** Scheidung ohne Richter, neue Lösungen für Trennungskonflikte, Hamburg, 1991.
- Kunkel, Peter-Christian**, Wider einen Perspektivenwechsel in der Jugendhilfe, FamRZ 1997, S. 193.
- Kurth, Jürgen** Zur Kompetenz von Schiedsrichtern und Schiedsgutachtern, NJW 1990, S. 2039.
- Kußmaul, Rudolf** Der verfassungsrechtliche Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern (§1671 BGB), FamRZ 1982, S. 118.
- Labes, W/Lörcher, Torsten** Das neue deutsche Recht der Schiedegerichtbarkeit, MDR 1997, S. 420.
- Lappe, Friedrich** Recht ohne Richter, Gütliche Einigung und Schlichtung, Schiedsspruch und Schiedsgutachten, Berlin, 1993.
- Larenz, Karl** Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, 1995.
- Leister, C** Elterliche Sorge, FamRZ 1986, S. 1145.
- Lemp, Reinhart** Die Bindung des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gemäß § 1671 BGB, FamRZ 1984, S. 741.
- Lehmann, Rudolf** Erste Instanz, JW 1925, S. 698.
- Limbach, Jutta** Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, in: Juristische Studiengesellschaft, Heidelberg, 1988.

- Limbach, Jutta** Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis: Eine Rechtstatsachenstudie, Köln, 1989.
- Limbeck, Meinrad** Matthäus Evangelium, Stuttgarter Kleiner Kommentar zum Neuen Testament, Stuttgart, 1986.
- Lipp, Martin** Das elterliche Sorgerecht für das nichteheliche Kind nach dem Kindschaftsreformgesetz, FamRZ 1998, S. 65.
- Lohfink, Gerhard** Studien zum Neuen Testament, Biblische Aufsätze, Stuttgart, 1989.
- Lurker, Manfred** Wörterbuch der Symbolik, 5. Auflage, Stuttgart, 1991.
- Graf von Luxburg, Harro** Das neue Kindschaftsrecht, 1. Auflage, München, 1998.
- Maccoby, Eleonore E./Mnookin, Robert H.** Die Schwierigkeiten der Sorgerechtsregelung, FamRZ 1995, S. 1.
- Magnus, Ulrich/ Dietrich, Silvia** Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung - eine Erhebung beim Familiengericht Hamburg-Mitte, FamRZ 1986, S. 416.
- Matthey, Helmut** Ehe- und Scheidungsberatung (§ 17 KJHG) als Aufgabe der Jugendhilfe: Aus der Praxis eines Jugendamtes, in: *Faltermeyer, Josef/Fuchs, Petra* (Hg.), Tennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe. Klärung der Rolle und Aufgaben öffentlicher und freier Träger, Frankfurt am Main, 1992, S. 127.
- Mähler Hans-Georg** Mediation - eine Herausforderung bei der Umsetzung des neuen Kindschaftsrechts aus der Sicht der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, in: *Amthor Hilke/Proksch Roland/Sievering Ulrich O.* Kindschaftsrecht 2000 und Mediation in: 5. Kleiner Arnoldshainer Familiengerichtstag, Frankfurt am Main 1993., S. 201.
- Mähler Gisela/Mähler Hans-Georg** Mediation im Spektrum außergewichtlicher Konfliktbeilegung, AnwBl 10/1997, S. 535.
- Mähler, Gisela/Mähler, Hans-Georg** Mediation: quo vadis, MDR 5/97, R 1.
- Mähler, Gisela/Mähler, Hans-Georg** Mediation, eine interessengerechte Konfliktregelung, in: *Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin*, Mediation für Juristen, Köln, 1997, S. 13.
- Mähler, Gisela/Mähler, Hans-Georg** Mediation bei Familienkonflikten, in: *Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin*, Mediation für Juristen, Köln, 1997, S. 121.
- Mähler, Gisela/Mähler, Hans-Georg** Mediation und interessengerechte Verhandlungen als Ausdruck einer neuen Streitkultur, ARGE-Mitteilung 1/96, S. 3.
- Mähler, Gisela/Mähler, Hans-Georg** Trennungs- und Scheidungsmediation in der Praxis, Familiendynamik 1992, S. 347.
- Mähler, Gisela/Mähler, Hans-Georg** Das Verhältnis von Mediation und richterlicher Entscheidung. Eine rechtliche Standortbestimmung, in: *Krabbe, Heiner*, Scheidung ohne Richter, Neue Lösungen für Trennungskonflikte, Hamburg, 1991, S. 148.
- Macke, Peter** Aktuelles Forum „Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozess“, NJW 1998, S. 28.
- Manteufel, Andreas/Sachartschenko, Ralf** Ein Verfahren zur Aufdeckung familiärer Beziehungsmuster: Die Beziehungsdiagnose von Simon, in: Familiendynamik 1992, S. 290.

- Michaelis, Karl** Die heutige Juristenausbildung und ihr Verhältnis zur Rechtswirklichkeit, JuS 1991, S. 798.
- Mnookin, Robert H./Kornhauser, Lewis** Bargaining in the Shadow of the Law, in: The Case of Divorce, 88 Yale Law Journal, 1979, S. 950.
- Mörsberger, Th.** Zu den rechtlichen Grundlagen von Trennungs- und Scheidungsberatung, in: *Faltermeyer, J./Fuchs, Petra* (Hg.), Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe. Klärung der Rolle und Aufgaben öffentlicher und freier Träger, Frankfurt am Main, 1992, S. 63.
- Mörsberger, Th.** Die Datenschutzbestimmungen des KJHG Folgerungen für die Aufgabenstellung des Jugendamts im familiengerichtlichen Verfahren, in: *Wiesner, R./Zarbock, W. H.* (Hg.), Das neue Kinder und Jugendhilfegesetz (KJHG) und seine Umsetzung in der Praxis, Köln, Berlin, München, 1991. S. 343.
- Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, München, 1994.
- Napp-Peters, Anneke** Scheidungsfamilien. Interaktionsmuster und kindliche Entwicklung, DV-Arbeitshilfen, Heft 37, Frankfurt am Main, 1988.
- Napp-Peters, Anneke** Familien in der Trennungs- und (Nach-) Scheidungssituation: Interpretation empirischer Befunde, in: *Faltermeyer, J./Fuchs, Petra* (Hg.), Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe: Klärung der Rolle und Aufgaben öffentlicher und freier Träger, Frankfurt am Main, 1992, S. 13.
- Nauck, Bernhard/Nave-Herz, Rosemarie** Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, Frankfurt am Main, 1995.
- Nave-Herz, Rosemarie** Kontinuität und Wandel in der Bedeutung, in der Struktur und Stabilität von Ehe und Familie in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main, 1989.
- Nerlich, Jörg** Außergerichtliche Streitbeilegung mittels Anwaltsvergleich, MDR 1997, S. 416.
- Oelkers, Harald** Die Rechtsprechung zum Sorge- und Umgangsrecht, FamRZ 1997, S. 788.
- Oelkers, Harald** Die Rechtsprechung zum Sorge- und Umgangsrecht, - Zweites Halbjahr 1995 bis Anfang 1997 -, FamRZ 1997, S. 779.
- Oelkers, Harald** Die Rechtsprechung zur elterlichen Sorge - eine Übersicht über die letzten fünf Jahre, FamRZ 1995, S. 1097.
- Oelkers, Harald/Kasten, Hartwig/Oelkers, Anja** Das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung in der Praxis des Amtsgerichts Hamburg - Familiengericht, FamRZ 1994, S. 1080.
- Oelkers, Harald/Kasten, Hartwig** Zehn Jahre gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, FamRZ 1993, 18.
- Ollmann, Rainer** Das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung und das KJHG, FamRZ 1993, S. 869.
- Ortloff, Karsten-Michael** Richterauftrag und Mediation, in: *Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin*, Mediation für Juristen, Köln, 1997, S.111.
- Otto, Günter** Sozial-Anwalt: ein neuer Beruf?, FamRZ 1998, S. 76.
- Otto, Sieghart** Die Begriffe „Ehe und Familie“ in Art. 6 Abs. 1 GG, NJW 1998, S. 117.
- Palandt**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 57. Auflage, München, 1998.
- Parkinson, Lisa** Conciliation in Separation and Divorce, Conciliation in Britain. Mediation Quarterly 11, 1986, S. 69.

- Parsch, Leo** 5 Jahre Schlichtungsverfahren der privaten Banken, WM 1997, S. 1228.
- Pearson, J./Thoennes, N.** Divorce Mediation Research Results, in: *Folberg/Milne A.* (Hg), Divorce Mediation. Theory and Practice, New York, 1988, S. 429.
- Peters, Falk** Juristenausbildung, BRAK-Mitt. 6/97 S. 233.
- Petersen, J.U.** Die Vorgeschichte und die Entstehung des Mieterschutzgesetzes von 1923 nebst Anordnung für das Verfahren vor dem Mieteinigungsamt und der Beschwerdestelle, Frankfurt am Main, Bremen, 1991.
- Pohle, Rudolf** Das neue einheitliche Zivilprozeßrecht, MDR 1950, S. 642.
- Ponschab, Reiner** Streitschlichtung - Anwaltssache, Bericht über den 49. Deutschen Anwaltstag in Frankfurt am Main, Anwaltsblatt 10/1997, S. 520.
- Ponschab, Reiner** Wege zur anwaltlichen Schlichtung, Anwaltsblatt 3/97, S. 145.
- Ponschab, Reiner** Streitschlichtung - Anwaltssache, Fördern statt Fordern - Ein Paradigmenwechsel der anwaltlichen Konfliktbehandlung, MDR 1997, S. 413.
- Ponschab, Reiner** Mediation in der anwaltlichen Tätigkeit, in: *Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin*, Mediation für Juristen, Köln, 1997, S. 93.
- Potapchuk, William** Ein Interview, in: *Besemer, Christoph*, Mediation in der Praxis, Erfahrungen aus den USA, 1. Auflage, Darmstadt 1996, S. 75.
- Proksch, Jürgen** Scheidungsvermittlung (Divorce Mediation) - ein Instrument integrierter familiengerichtlicher Hilfe. Vorschläge zu einem kooperativen Entscheidungsmodell am Beispiel der Scheidungsfolgesache „elterliche Sorge“, FamRZ 1989, S. 916.
- Proksch, Roland** Mediation (Vermittlung) in Familiensachen - Möglichkeiten und Grenzen - dargestellt an ausgewählten Ergebnissen zweier Praxisprojekte 1991/1997 in Erlangen und Jena, in: *Stempel, Dieter* (Hg.), Mediation für die Praxis, 1. Auflage, 1998, S. 65.
- Proksch, Roland** Vermittlung (Mediation) in streitigen Sorge- und Umgangsrechtsverfahren, Familiendynamik 1992, S. 395.
- Proksch, Roland** Divorce Mediation (Scheidungsfolgenvermittlung), in: *Faltermeyer, J./Fuchs, Petra* (Hg.), Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe: Klärung der Rolle und Aufgaben öffentlicher und freier Träger, Frankfurt am Main 1992, S. 109.
- Proksch, Roland** Die Geschichte der Mediation, in: *Krabbe, Heiner*, Scheidung ohne Richter. Neue Lösungen für Trennungskonflikte, Hamburg 1991, S. 170.
- Proksch, Roland** Kleiner Arnoldshainer Familiengerichtstag, Förderung der gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach Trennung und Scheidung: Neue Aspekte durch neue Regelungen im vereinten Deutschland, Frankfurt am Main, 1991.
- Proksch, Roland** Die Geschichte der Mediation, in: *Krabbe, Heiner*, Scheidung ohne Richter, Hamburg 1991, S. 170.

**Proksch, Roland** Konfliktmanagement durch Vermittlungsverfahren (Mediation) - ein kooperatives Interventionsmodell in der sozialen Arbeit, NDV 1990, S. 22.

**Proksch, Roland** Alternative Streitentscheidung im Scheidungsfolgenrecht. Überlegungen zur Übertragbarkeit US-amerikanischer Vermittlungsintervention während und nach der Scheidung in das Recht der Familiengerichtshilfe, in: Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1989, S. 71.

**Proksch, Roland/Schiller, Heinrich** Entwicklung in der sozialen Arbeit: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Heinrich Schiller, Regensburg, 1995.

**Raiffa, Howard** The art and science of negotiation, Cambridge, 1982.

**Ramsauer, Ulrich** Mediation im Umweltrecht, in: *Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin*, Mediation für Juristen, Köln, 1997, S. 161.

**Rauscher, Thomas** Das Umgangsrecht im Kindschaftsreformgesetz, FamRZ 1998, S. 329.

**Rauscher, Thomas** Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung, Was bewirkt das Kinder- und Jugendhilfegesetz, NJW 1991, S.1087.

**Reich, Günter** Kinder in Scheidungskonflikten, in: *Krabbe, Heiner*, Scheidung ohne Richter, Hamburg, 1991, S. 59.

**Riehl-Emde, Astrid** Ehescheidung und ihre Folgen, Familiendynamik 1992, S. 415.

**Roetz, Heiner** Konfuzius, München, 1995.

**Rogowski, Ralf** in: *Gottwald, Walter/Strempel, Dieter* (Hg.), Streitschlichtung, Köln, 1995.

**Rummel, C.** Entmündigung oder Förderung von elterlicher Autonomie, Zum Widerspruch zwischen dem Jugendhilferecht und dem Recht der elterlichen Sorge, RdJB 1992, S. 358.

**Salgo, Ludwig** Forschungsbericht: „Anwalt des Kindes“, ZRP 1994, S. 248.

**Salzgeber, Joseph/Stadler, Michael** Psychologische Sachverständigen-Gutachten, Familiendynamik 1992, S. 375.

**Sander, Frank E.A.** Gerichtliche und außergerichtliche Streitbelegung - Überblick über Erfahrungen in den USA, in: *Gottwald, Walther/Strempel, Dieter*, Streitschlichtung, Köln, 1991, S 31.

**Schischkoff, Georgi**, Philosophisches Wörterbuch, 22. Auflage, Stuttgart, 1991.

**Schlußbericht des BRAK-Ausschusses** „Mediation“ in: BRAK-Mitteilung 5/96, S. 186.

**Schmidt, Dieter Ph.**, Mediation - eine bessere Chance für Kinder ?,in: *Amthor Hilke/Proksch Roland/Sievering Ulrich O.*, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation , 5. Kleiner Arnoldshainer Familiengerichtstag, Frankfurt am Main, 1993, S 109

**Schmitt Glaeser, Walter** Die Juristen-Fakultäten als Hüter des Rechtsstaats, NJW 1995, S. 2597.

**Schneider, K.** Die Unwirtschaftlichkeit der Zivilrechtspflege, DJZ 1916, S. 280.

**Schnitzler, Klaus** Der Anwalt des Kindes auch im Sorgerechtsverfahren, FamRZ 1995, S. 397.

**Schwab, Dieter** Elterliche Trennung und Scheidung der Eltern - Die Neuregelung des Kindschaftsreformgesetzes -, FamRZ 1998, S. 457.

- Schwackenberg, Wolfgang** Einführung einer obligatorischen Streit-schlichtung, AnwBl 10/1997, S. 524.
- Seuffert, Lothar** Kommentar zur Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz, Nördlingen, 1879.
- Spannenberg, Ernst** Neue Verhandlungsmethoden, Reframing im Rechtsalltag, MDR 1997, S. 425.
- Spangenberg, Ernst** Richten und Heilen - mediatives Denken im (Familien-) Gerichtsverfahren, FamRZ 1997, S. 1263.
- Steckler, Brunhilde** Anwaltliche Berufspraxis in der universitären Lehre, AnwBl 5/97, S. 245.
- Stellungnahme des Deutschen Familiengerichtstages e. V.** zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, FamRZ 1997, S. 337.
- Stobbe**, Die Kompetenz der Anwaltschaft, AnwBl. 1991, 430 ff.;
- Stempel, Dieter** Mediation in Rechtspflege und Gesellschaft. Eine Einführung, in: *Stempel, Dieter* (Hg.), Mediation für die Praxis, 1. Auflage, 1998, S. 7.
- Stempel, Dieter** Familiensachen - Gerichtliche und außergerichtliche Konfliktlösung. Ein Vergleich, in: *Krabbe, Heiner*, Scheidung ohne Richter. Neue Lösungen für Trennungskonflikte, Hamburg, 1991, S.236.
- Ströbel, Peter** Das obligatorische Schlichtungsverfahren - Top oder Flop?, Rechtsanwaltskammer Report Stuttgart, 3/97, S. 1.
- Ströbel, Peter** Revolution in der Ausbildung, Rechtsanwaltskammer Report Stuttgart (zit: RAK), 3/96, S. 1.
- Stürner, Rolf** Grundfragen richterlicher Streitschlichtung, DRiZ 1976, S. 202.
- Struck, Jutta** Das Kinder- und Jugendhilfegesetz vom 26. Juni 1990, Perspektivenwandel an der Schnittstelle von Jugendhilfe und Kindschaftsrecht, in: *Amthor, Hilke/Proksch, Roland/Sievering, Ulrich O.*, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, S. 61
- Struckmann, J./Koch, R.** Kommentar zur Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig, 1880.
- Stuttgarter Zeitung** Entspannung in der Irak-Krise, Nr. 269, Jg 53 (1997), vom 21.11.1997, S. 1,3.
- Sydow, Reinhold/Busch, Louis/Krautz, Walter** CPO und GVG nebst Anhang, Handkommentar, 20. Auflage, Berlin, Leipzig, 1930.
- Tauche, Almut** Trennungs- und Scheidungsberatung öffentlicher und freier Träger - Organisationsrechtliche Konsequenzen nach SGB VIII, in: *Faltermeyer, Josef/Fuchs, Petra.* (Hg.), Trennungs- und Scheidungsberatung durch die Jugendhilfe. Klärung der Rolle und Aufgaben öffentlicher und freier Träger, Frankfurt am Main, 1992, S. 97.
- Tröndle, Herbert** Kommentar zum StGB, 48. Auflage, München 1997.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans** Kommentar zur ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz, 20. Auflage, München, 1997.
- Ury, William L.** Schwierige Verhandlungen, 2. Auflage, München, 1991.
- Vortmann, Jürgen** Ausbildung von Wirtschaftsjuristen, WM 1998, S. 1481
- Wagner, Klaus-R.** Alternative Streitvermeidung: Notarielle Beurkundung, Betreuung und Schlichtung, BB 1997, S. 53.

**Walter, Michael/Hassemer, Elke/Netzig, Lutz/Petzold, Frauke** Täter-Opfer-Ausgleich, in: *Breidenbach/Henssler*, Mediation für Juristen, Köln, 1997, S. 201.

**Wasilewski, Rainer** Streitverhütung durch Rechtsanwälte. Empirische Untersuchung von Umfang, Struktur und Bedingungen außergerichtlicher Beilegung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch Rechtsanwälte, Köln, Essen, 1990.

**Wassermann, Rudolf** Neue Streitkultur, NJW 1998, S. 1685.

**Weber, Roland** Stieffamilien, in: *Krabbe, Heiner*, Scheidung ohne Richter, Hamburg, 1991, S. 97.

**Weber, Roland/Beck, Lothar** Elterliche Verantwortung und Sozialarbeit, in: *Krabbe, Heiner*, Scheidung ohne Richter, Hamburg, 1991, S. 207.

**Weidner, Helmut** Mediation as a Policy Instrument for Resolving Environmental Disputes - With Special Reference to Germany, Schriftenreihe der Abteilung „Normbildung und Umwelt“ zu „Mediationsverfahren im Umweltschutz“ Nr. 3, Berlin, 1989.

**Weidner, Helmut** Die gemeinsame Lösung führt schneller zum sinnvollen Kompromiß. Die moderne Form des „Gentlemen`s Agreement“/Vorreiterrolle der Vereinigten Staaten/Mediationsverfahren (I), Blick durch die Wirtschaft vom 20.11.1992, Nr. 225, Jg. 35.

**Welter-Enderlin, Rosemarie** Tragödie oder Chance zum Neuanfang, in: *Krabbe, Heiner*, Scheidung ohne Richter, Hamburg, 1991, S. 16.

**v. Wilmowski, G./Levy, M** Kommentar zur Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich, Berlin, 1878.

**De Witt, Kalle** Mediative Elemente in der familienrechtlichen Arbeit, FamRZ 1988, S. 211.

**Zimmermann, Walter** Kommentar zur ZPO und GVG, 2. Auflage, Heidelberg, 1991.

**Zuck, Rüdiger** Vertragsgestaltung bei Anwaltskooperationen: Vertragsmuster mit Erläuterungen für verfestigte Kooperation, Bürogemeinschaft, EWIV, Anwaltsclub, Köln, 1995.

## Lebenslauf

Am 08.06.1968 wurde ich als erstes Kind der Eheleute Dr. Gerhart und Ilse Hammerbacher, geb. Klaukien, in Böblingen geboren.

Nach meiner Schulausbildung, die im Jahr 1987 endete, habe ich eine Banklehre bei der ehemaligen Landesgirokasse in Stuttgart, jetzt Landesbank Baden-Württemberg, absolviert.

Unmittelbar anschließend nahm ich im Wintersemester 1989 das Studium der Rechtswissenschaften an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen auf, das nach acht Semestern mit der Ersten juristischen Staatsprüfung endete. Das Referendariat am OLG Stuttgart und die Zweite juristische Staatsprüfung habe ich im Mai 1996 abgeschlossen.

Von August 1996 bis heute war ich als Rechtsanwalt in Stuttgart tätig. Seit August 1999 arbeite ich in einer Versicherung.