

Christoph C. Paul/Isabel Pape

# Das neue Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung

## Änderung des FamFG und Schaffung eines MediationsG

Lang ersehnt und endlich da: Mit dem am 26.07.2012 in Kraft getretenen Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung<sup>1</sup> ist ein wichtiger Schritt nach vorn erfolgt. Das Gesetz setzt Vorgaben der EU-Mediationsrichtlinie<sup>2</sup> von 2008 in nationales Recht um. Mediationsverfahren und weitere Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung erfahren eine Aufwertung. Das Gesetz bringt viele wichtige Neuerungen mit sich. Dieser Beitrag möchte sich auf zwei davon konzentrieren: zum einen die Neuregelungen im FamFG, zum anderen die Schaffung eines eigenen Mediationsgesetzes.

### INHALT

#### • Neuerungen im FamFG

- Entwicklung im FamFG
- Einzelne Normen des FamFG

#### • MediationsG

- Auswirkungen auf Familienmediation
- Co-Mediation
- § 7 MediationsG: Wissenschaftliche Forschungsvorhaben
- Zusammenfassung

### ■ Neuerungen im FamFG

#### Entwicklung im FamFG

Im Familienrecht erfolgt bereits seit dem KindRG<sup>3</sup> von 1998 eine stete Entwicklung weg von streitigen Gerichtsverfahren und hin zu einvernehmlichen Regelungen von Familienkonflikten. Auch das am 01.09.2009 in Kraft getretene FamFG<sup>4</sup> enthält bereits wesentliche Impulse zur Nutzung der Mediation sowie anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung in Familienverfahren. Zu nennen

Der Autor Christoph C. Paul ist als Rechtsanwalt, Notar und Mediator in Berlin tätig. Die Autorin Dr. Isabel Pape ist als Rechtsanwältin in der Kanzlei Paul & Partner in Berlin beschäftigt.

sie hier exemplarisch § 135 FamFG (außergerichtliche Konfliktbeilegung über Folgesachen, Anordnung der Teilnahme an einem Informationsgespräch über Mediation), § 150 Abs. 4 FamFG (Kosten in Scheidungssachen und Folgesachen, Auferlegung der Kosten bei Nichtteilnahme am Informationsgespräch über Mediation), § 156 Abs. 1 Satz 3 FamFG (Hinwirken auf Einvernehmen), § 158 Abs. 4 FamFG (Verfahrensbeistand kann auf Einvernehmen hinwirken) und § 163 Abs. 2 FamFG (Sachverständiger kann auf Einvernehmen hinwirken).

Das Gesetz zur Förderung der Mediation greift diese Entwicklung auf und geht noch einen Schritt weiter. Es sorgt für erneute Änderungen im FamFG. Regelungen zur Mediation und anderer Verfahren finden sich nunmehr v.a. im Ersten Buch des FamFG (Allgemeiner Teil), nämlich in §§ 23, 28, 36, 36a, 81. Erklärtes Ziel des Gesetzes ist es, die außergerichtliche Konfliktbeilegung und insbesondere die Mediation im Bewusstsein der Bevölkerung und der in der Rechtspflege tätigen Berufsgruppen stärker zu verankern.<sup>5</sup>

Die meisten Neuerungen erfolgten im FamFG, einige wenige auch in der ZPO. Die Konzentration auf das FamFG verwundert nicht. Denn schließlich nimmt die Familienmediation gegenüber anderen Mediationsverfahren eine besondere Stellung ein. Die

Besonderheit der Familienmediation im Verhältnis zu den anderen Anwendungsfeldern liegt u.a. darin begründet, dass die Familienmediation bisher der einzige Sektor ist, für den im deutschsprachigen Raum eine umfangreiche Evaluationsforschung vorliegt. Die Forschung belegt eindringlich die hohe Zufriedenheit der Betroffenen mit Mediation und ihre entlastende Wirkung. Streitigkeiten werden signifikant reduziert, Kommunikation und Kooperation deutlich verbessert.<sup>6</sup>

Zu Beginn der 90er Jahre lag die Praxis der Familienmediation noch fast ausschließlich im Bereich von Trennung und Scheidung. Heute hat sich der Rahmen der Familienmediation erweitert auf unverheiratete Paare, Adoptiv- und Stieffamilien, gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften, Generationskonflikte, familiäre Konflikte im Verhältnis zu Schule und zu Behörden, Erbschaftsauseinandersetzungen sowie Unternehmensnachfolge, insbesondere bei Familienunternehmen. Auch wenn die Trennungs- und Scheidungsmediation nach wie vor den Schwerpunkt der Familienmediation bildet, gewinnen wegen demografischer Veränderungen und aufgrund eines sich ändernden Konfliktverhaltens weitere Themen an Bedeutung: biografische Umbrüche innerhalb von Partnerschaften, wie der bevorstehende Ruhestand, das Aus-dem-Hause-Gehen der Kinder und das dazu erforderliche Erarbeiten von Entscheidungen, neue Liebe und Verbindungen, die Einbeziehung der Kinder des neuen Partners sowie das Aushandeln von Vereinbarungen zu Beginn einer Partnerschaft oder Ehe, sogenannte präuptiale Mediation, sind zunehmend Themen in Familienmediationen. Wenn alte Eltern oder kranke Familienangehörige betreut werden müssen, treten immer wieder Konflikte auf, die einer Regelung innerhalb einer Mediation zugänglich

1 BGBl I, 1577; im Folgenden der besseren Lesbarkeit halber nur „Gesetz zur Förderung der Mediation“ genannt.

2 Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.

3 BT-Drs. 13/8511, 64; Proksch, Reform des familienrechtlichen Verfahrens durch das FamFG – Möglichkeiten für Mediation, ZKM 2010, 39.

4 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.12.2008 (BGBl. I, 2586, 2587), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes v. 19.11.2010 (BGBl. I, 1592).

5 BT-Drs. 17/5335, 16.

6 Bästline, Heidelberger Evaluation der Familienmediation, KON-SENS 1999, 287 ff.; Proksch, Praxiseinführung von Familienmediation – Ergebnisse einer Praxistudie am Stadtjugendamt Jena, ZKM 2000, 211 ff.; Proksch, ZKM 2011, 173 ff.

sind; der Begriff der Elder Mediation greift diese Entwicklung auf.<sup>7</sup>

### Einzelne Normen des FamFG

Durch Art. 4 des Gesetzentwurfes<sup>8</sup> des Gesetzes zur Förderung der Mediation erfährt das FamFG umfangreiche Änderungen. Wesentliches Anliegen bei der Schaffung des Mediationsgesetzes war neben der Stärkung des Mediationsverfahrens das Setzen von Impulsen zur Nutzung der Mediation: der Automatismus, mit dem Paare in Trennung und Scheidung an Gerichte und Anwälte denken, sollte durchbrochen werden. Von Anfang an soll der Blick auf die Alternativen einer außergerichtlichen Konfliktbeilegung gerichtet werden. Das Gesetz hat dazu verschiedene Optionen bereitgestellt, die im Folgenden besprochen werden.<sup>9</sup>

#### § 23 Abs. 1 Satz 2 FamFG (Verfahrenseinleitender Antrag)

Die wohl praktisch bedeutsamste Regelung findet sich in § 23 Abs. 1 Satz 2 FamFG und in § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. Im Gesetz heißt es nunmehr: „Der Antrag soll in geeigneten Fällen die Angabe enthalten, ob der Antragstellung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen.“

Bereits bei Antragstellung an das Familiengericht sollen die Parteien angeben, ob der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unternommen wurde. Entsprechend den Vorgaben der EU-Mediationsrichtlinie soll Mediation in der Gesellschaft zunehmend als eine ernst zu nehmende Alternative zum streitigen Gerichtsverfahren begriffen werden. Der Gesetzgeber allein kann zu einer solchen Entwicklung allerdings nur in bescheidenem Umfang beitragen.<sup>10</sup> Gleichwohl ist die obligatorische Angabe in der Antragsschrift, ob Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, nicht zu unterschätzen. Traditionell werden die meisten gerichtlichen Anträge von Anwälten gestellt, die nunmehr mit ihren Mandanten vor Antragstellung überlegen müssen, ob eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung sinnvoll sein könnte. Damit werden zwei Optionen eröffnet: Die Anwälte werden bedenken müssen, ob wirklich alle Versuche einer außergerichtlichen Konfliktbeilegung ausgeschöpft wurden. Und zusätzlich werden die Beteiligten, also die Parteien des Verfahrens, auf diesem Wege noch einmal ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Mediation oder anderer Konfliktbeilegungsverfahren hingewiesen. Wenn man davon ausgeht, dass Verfahren, die erst einmal beim Gericht anhängig sind, nur schwer wieder in ein außer-

gerichtliches Konfliktbeilegungsverfahren überführt werden können, dann wird deutlich, dass die Weichenstellung in die Mediation möglichst früh und vor dem gerichtlichen Verfahren Sinn macht.<sup>11</sup>

Die gesetzliche Neuregelung wird die Anwaltschaft zum Umdenken zwingen. Nach § 1 Abs. 3 BORA hat der Rechtsanwalt u.a. „seine Mandanten vor Rechtsverlusten zu schützen, rechtsgestaltend, konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten“. Er schuldet dem Mandanten eine umfassende Beratung, deren Ziel es grds. ist, dem Mandanten eine eigenverantwortliche Entscheidung zu ermöglichen.<sup>12</sup> Die damit verbundene Aufklärungspflicht erstreckt sich auch auf das Verfahren der Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung als Alternative zum gerichtlichen Verfahren.<sup>13</sup> Dem Anwalt wird die Rolle eines Verfahrensberaters zugewiesen. Eine Verletzung dieser Pflicht kann eine Haftung des Anwalts begründen.<sup>14</sup>

#### Geeignete Fälle

Die Angabe nach § 23 Abs. 1 Satz 3 FamFG ist nur in geeigneten Fällen zu machen, in denen eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung grds. in Betracht kommt. Im Bereich der FG-Familienachen sind dies neben Ehenotwendigungs- und Haushaltssachen insbesondere bestimmte Kindschaftssachen, die die elterliche Sorge oder das Umgangsrecht zum Gegenstand haben. Aber auch bei einem Antrag in Ehe- und Familienstreitsachen muss ein verfahrenseinleitender Antrag die Angabe enthalten, ob der Antragstellung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist. Die entsprechende Regelung des § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO gilt über §§ 113 Abs. 1 S. 2, 124 Satz 2 FamFG auch in diesen Verfahren.<sup>15</sup> Damit werden fast alle familienrechtliche Verfahren von dieser Verpflichtung umfasst.

#### Ausnahmen

Nur dann, wenn der Verfahrensgegenstand nicht der Dispositionsbefugnis der Beteiligten unterliegt, wie grds. beispielsweise bei Adoptions-, Abstammungs-, Betreuungs-, Unterbringungs- oder Freiheitsentziehungssachen sowie bei Scheidungen bedarf es keiner Mitteilung, da außergerichtliche Konfliktbeilegungsverfahren ausscheiden.<sup>16</sup>

#### Keine Sanktionsmöglichkeiten

Das Gesetz sieht bei einer Nichterfüllung keine Sanktionen vor. Vielmehr hat das Gericht die maßgeblichen Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln (§ 26 FamFG) und die Beteiligten erforderlichenfalls aufzufordern, die notwendigen Angaben zu ergänzen.<sup>17</sup>

#### § 28 FamFG: Verfahrensleitung

§ 28 Abs. 4 wird wie folgt ergänzt: „Über den Versuch einer gütlichen Einigung vor einem Güterichter nach § 36 Abs. 5 wird ein Vermerk nur angefertigt, wenn alle Beteiligten sich einverstanden erklären.“

Die Änderung des § 28 Abs. 4 ist im Zusammenhang mit der bundesweiten Einführung des Güterichters zu sehen, der anstelle des im Regierungsentwurf noch vorgesehenen gerichtlichen Mediators getreten ist.<sup>18</sup> Die Ausführungen der Beteiligten in einem Termin vor einem Güterichter nach dem neu eingeführten § 36 Abs. 5 sollen im Interesse eines offenen Gütegesprächs vertraulich behandelt werden können. Vor diesem Hintergrund soll über den Versuch einer gütlichen Einigung nur dann ein Vermerk angefertigt werden, wenn alle Beteiligten sich damit einverstanden erklären. § 36 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 36 Abs. 2 Satz 1 bleibt unberührt. Kommt also eine Einigung im Termin vor dem Güterichter zustande, ist hierüber eine Niederschrift anzufertigen, ohne dass es auf das Einverständnis der Beteiligten ankommt.<sup>19</sup>

#### § 36 Abs. 5 FamFG: Vergleich

An § 36 wird ein neuer Abs. 5 eingefügt, der wie folgt lautet: „Das Gericht kann die Beteiligten für den Versuch einer gütlichen Einigung vor einem hierfür bestimmten und nicht

7 Krabbe/Thomsen, Werkstattbericht Familienmediation, ZKM 2011, 115; Zurnühl, Elder Mediation, ZKI 2012, 159; s. generell zu diesem Thema das Heft Nr. 4/2011 der Zeitschrift „perspektive mediation“.

8 BT-Drs. 17/5335, 7.

9 Vgl. dazu ausführlich die Kommentierung im Handkommentar zum MediationsG von Klowalt/Gläßer, Erscheinungsdatum Frühjahr 2013, Baden-Baden.

10 Carl, Das erfreuliche Ende eines langen Gesetzgebungsverfahrens ..., ZKM 2012, 132.

11 Busemann, Das Mediationsgesetz in der Warteschleife – ein Zwischenruf, ZKM 2012, 96; Pauf, Protokoll der 51. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages v. 25.05.2011, S. 40, abrufbar unter [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschusse17/a06/anhoeungen/archiv/10\\_Mediation/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschusse17/a06/anhoeungen/archiv/10_Mediation/index.html); Plasmann, Protokoll der 51. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages v. 25.05.2011, S. 36, abrufbar unter [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschusse17/a06/anhoeungen/archiv/10\\_Mediation/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschusse17/a06/anhoeungen/archiv/10_Mediation/index.html).

12 BGH NJW 2009, 2949; BGH NJW-RR 2008, 1594 f.

13 Ewig, Mediationsgesetz 2012: Aufgabe und Rolle des beratenden Anwalts, ZKM 2012, 4, 5; Unberath, Neue Aufsatzreihe: ADR-Verfahren im Vergleich – Anwendung, Nutzen, Perspektiven, ZKM 2012, 74, 75.

14 Ewig, ZKM 2012, 4, 5.

15 Keidel/Sternal § 23 FamFG Rdnr. 40.

16 BT-Drs. 17/5335, 22.

17 Keidel/Sternal § 23 FamFG Rdnr. 40a.

18 Vgl. zum Güterichter ausführlich Ahrens, Mediationsgesetz und Güterichter, NJW 2012, 2465 ff.; Klowalt/Gläßer/Löer, Kommentar zum MediationsG, Erscheinungsdatum Frühjahr 2013, Baden-Baden.

19 BT-Drs. 17/8058, 22.

entscheidungsbeauftragten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen. Für das Verfahren vor dem Güterichter gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend.“

#### Normzweck und Anwendungsbereich

Durch die Einfügung des Abs. 5 wird auch im FamFG die Möglichkeit gesetzlich verankert, die Beteiligten für den Versuch einer gütlichen Einigung an einen Güterichter zu verweisen. Die Beteiligten haben damit ergänzend zu den in § 36a Abs. 1 genannten Verfahren der Mediation und anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung eine weitere Option, den bei Gericht anhängigen Konflikt einvernehmlich zu lösen. Die Durchführung eines Güteversuches ist aussichtsreich, wenn die Beteiligten für eine einvernehmliche Konfliktlösung offen und deshalb grds. bereit sind, sich auf ein solches Verfahren einzulassen.

In Familienstreitsachen ergibt sich die Möglichkeit, Beteiligte vor einen Güterichter zu verweisen, bereits durch den Verweis in § 113 Abs. 1 Satz 2 auf die Vorschriften der ZPO, also auch auf den geänderten § 278 Abs. 5 ZPO. In Ehesachen ist die Durchführung einer Güteverhandlung und damit auch weiterer Güteversuche nach § 113 Abs. 4 Nr. 4 ausgeschlossen. Ob die Voraussetzungen einer Ehescheidung, einer Eheaufhebung oder einer Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe vorliegen, steht nicht zur Disposition der Beteiligten.<sup>20</sup>

#### Mediative Techniken und Mediation im güterichterlichen Verfahren

Ursprünglich sollte der Güterichter darauf beschränkt werden, im Rahmen seiner güterichterlichen Tätigkeit anstelle eines vollständigen Mediationsverfahrens lediglich die Grundsätze und Methoden der Mediation anzuwenden.<sup>21</sup> Diese Einschränkung wurde im Rahmen der Verhandlungen des Vermittlungsausschusses aufgegeben.<sup>22</sup> Mit der Ermächtigung, alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einzusetzen, wird dem großen Erfahrungsschatz der seit mehreren Jahren tätigen richterlichen Mediatoren Rechnung getragen. Insbesondere Familiensachen zeichnen sich häufig durch eine erhebliche Komplexität und eine große Konfliktdynamik aus. Die Güterichter werden im Interesse der Beteiligten die gesamte Vielfalt der mediativen Methoden und Techniken einschließlich des kohärenten Mediationsverfahrens anwenden können.

#### § 36a FamFG: Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

§ 36a FamFG wurde völlig neu eingefügt. Das Familiengericht kann – wie auch das Zivilgericht gem. § 278a ZPO – den Beteiligten eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vor-

schlagen. Ergänzend sind verfahrensrechtliche Regelungen sowie Einschränkungen bei Gewaltschutzsachen vorgesehen.

#### Normzweck und Anwendungsbereich (Abs. 1 Satz 1)

Die Vorschrift stellt klar, dass nicht notwendigerweise sämtliche Beteiligte an einer Mediation oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung teilnehmen müssen. Diese Klarstellung ist erforderlich, weil der Beteiligtenbegriff in § 7 FamFG wesentlich weiter ist als der Parteibegriff der ZPO. Nicht in allen Fällen ist daher die Mitwirkung sämtlicher am Gerichtsverfahren Beteiligter auch an der außergerichtlichen Konfliktbeilegung sinnvoll. So dürfte eine Beteiligung des Jugendamtes, auch wenn letzteres einen Antrag nach § 162 Abs. 2 FamFG gestellt haben sollte, an der Konfliktbeilegung nur in besonderen Fällen angezeigt sein. Es liegt im Ermessen des Gerichts, welchen Beteiligten es die Konfliktbeilegung vorschlägt.<sup>23</sup>

Die Vorschrift gilt in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie in Familiensachen; in Ehesachen (§ 121 FamFG) und in Familienstreitsachen (§ 112 FamFG) gilt das entsprechende Verfahren über die Anwendung des fast wortgleichen § 278a ZPO.

Zweck des § 36a ist es, bei Gewährleistung des Justizgewährungsanspruchs (Art. 19 Abs. 4 GG) Anreize für eine beschleunigte und die staatlichen Gerichte entlastende, einverständliche und deshalb gegenüber einer richterlichen Entscheidung grds. vorzugswürdige<sup>24</sup> Konfliktlösung zu schaffen. Dazu soll die Eigenverantwortung der Beteiligten bei der Lösung ihres dem Gerichtsverfahren zugrunde liegenden Konflikts gestärkt und ihnen die Chance zu dessen selbstbestimmter Beilegung eingeräumt werden.<sup>25</sup>

Das Gericht kann im Rahmen seiner Amtspflicht zur Prüfung einer möglichen einvernehmlichen Verfahrenserledigung entweder aufgrund eigener Sachkunde auf einen Vergleich gem. § 36 FamFG hinwirken oder aber den Beteiligten vorschlagen, einen außergerichtlichen Einigungsversuch zu unternehmen. Damit wird dem insbesondere im Familien- und Jugendhilferecht ausgeprägten Subsidiaritätsprinzip Rechnung getragen, wonach freiwillige und eigenverantwortliche Regelungen jeder gerichtlichen Entscheidung vorzuziehen sind.<sup>26</sup>

#### Mediation und andere Verfahren

Das Gericht kann sowohl eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. Mit Mediation ist das kohärente Mediationsverfahren gemeint, welches sowohl in den Praxen der ausgebildeten Mediatorinnen und Mediatoren als auch in den dafür besonders ausgestatteten Beratungsstellen angeboten

wird. Die Grundsätze des Mediationsverfahrens bestimmen sich nach dem neuen MediationsG.

Andere Verfahren sind in diesem Zusammenhang z.B. die Inanspruchnahme einer Vermittlung durch das Jugendamt gem. § 17 Abs. 1 SGB VIII sowie durch Beratungsstellen gem. § 28 SGB VIII. Denkbar sind auch Verfahren vor einer gem. dem jeweiligen Landesrecht vorgesehenen Schlichtungs- oder Gütestelle, wenngleich diese in Familiensachen eher selten angerufen werden.

#### Keine Ausnahmen für Gewaltschutzverfahren (Abs. 1 Satz 2)

§ 36a Abs. 1 FamFG nimmt anders als § 36 Abs. 1 Satz 2 FamFG die Gewaltschutzsachen nicht aus. Die früher allgemein vertretene Auffassung, bei Beziehungsgewalt sei Mediation als Konfliktlösungsmethode generell nicht anzuwenden, ist nach neueren Erkenntnissen zu modifizieren. Die Sinnhaftigkeit einer Mediation muss in solchen Fällen zwar jeweils im Einzelfall gründlich geprüft werden.<sup>27</sup> Insbesondere ist darauf zu achten, dass die schutzwürdigen Interessen der von Gewalt betroffenen Person gewahrt werden, sodass eine Gefährdung und Retraumatisierung des Opfers verhindert werden. So können je nach Einzelfall besondere personelle und äußere Rahmenbedingungen zu schaffen sein, z.B. sollten sich die Parteien nicht gemeinsam in einem Wartebereich aufhalten und es sollte deutlich angefragt werden, welche Bedürfnisse für Schutzmaßnahmen bestehen. Eine Mediation in Gewaltschutzsachen stellt damit hohe Anforderungen an die Mediatorin und den Mediator. Werden diese besonderen Bedingungen beachtet, kann Mediation aber gerade bei vorliegendem Gewalthintergrund ein sinnvoller Weg sein, zu einer Lösung des Konflikts zu gelangen.<sup>28</sup> Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme unter Ziff. 16 empfohlen, den Vorschlag einer Mediation in Gewaltschutzsachen entfallen zu lassen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass dies in einem Widerspruch zu der Regelung in § 36 Abs. 1 Satz 2 FamFG stehe, wonach das Gericht in Gewalt-

20 BT-Drs. 17/8058, 22.

21 Carl, Vom richterlichen Mediator zum Güterichter, ZfM 2012, 16, 19.

22 BT-Drs. 17/10102, 2.

23 BT-Drs. 17/5335, 22.

24 BVerfG NJW-RR 2007, 1073.

25 Keidel/Meyer-Holz § 36a FamFG Rdnr. 2.

26 BVerfG NJW-RR 2007, 1073.

27 Vgl. bereits Ziff. III. ix) der Empfehlung Nr. R (98) 1 des Ministerkomitees des Europarats an die Mitgliedsstaaten über Familienmediation, abgedruckt in FamRZ 1998, 1019.

28 Vgl. Gläser, Mediation und Beziehungsgewalt, S 353; Trenczek/Petzold, Beratung und Vermittlung in hoch eskalierenen Sorge- und Umgangskonflikten – Konzeption und Praxis der Waage Hannover, ZfK 2011, 409 ff.

schlüssigen gerade nicht auf eine gütliche Einigung hinwirken sollte. Dieser Grundsatz müsste auch für die vom Gericht angeregte außergerichtliche Konfliktbeilegung oder Mediation gelten.<sup>29</sup> Mit der jetzigen Regelung, wonach in Gewaltschutzsachen die schutzbedürftigen Belange der von Gewalt betroffenen Person zu wahren sind, wird auch den Familien, die von Gewalt geprägte Episoden durchmachen mussten, der Weg in die Mediation offengehalten.

#### Aussetzung des Verfahrens (Abs. 2)

Anders als § 278a Abs. 2 ZPO sieht § 36a Abs. 2 FamFG als Rechtsfolge nicht das Ruhen des Verfahrens vor, das dem FamFG fremd ist, sondern die Aussetzung des Verfahrens durch das Gericht nach § 21 FamFG. Das Verfahren ist von Amts wegen ohne weitere Prüfung auszusetzen. Die Aussetzung hat zur Folge, dass im gerichtlichen Verfahren der Lauf aller Fristen endet. Bleibt eine Einigung aus, ist das Verfahren vom Gericht fortzuführen. Gegebenenfalls sollte das Gericht den Beteiligten eine Frist zur Vorlage einer Einigung oder aber zum Bericht über den Stand des Verfahrens setzen. In Kindschaftssachen, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, ist das Verfahren gem. § 155 Abs. 4 FamFG im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot i.d.R. nach drei Monaten wieder aufzunehmen, sofern keine außergerichtliche Einigung erzielt wurde.

#### Kein Einfluss auf Dispositionsbefugnis der Beteiligten (Abs. 3)

Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, das Ergebnis einer außergerichtlichen Konfliktbeilegung z.B. in Form einer Abschlussvereinbarung zum Gegenstand eines gerichtlichen Vergleiches gem. § 36 FamFG zu machen. Damit kann ein vollstreckbarer Titel geschaffen werden (§ 86 Nr. 3 FamFG i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). In der Regel geschieht dies durch Übermittlung der Abschlussvereinbarung an das Gericht. Zur Vermeidung eines Termins zur Protokollierung einer solchen Einigung kann das Gericht einen schriftlichen Vergleich durch Beschluss abfassen. In diesem Zusammenhang wird durch § 36a Abs. 3 FamFG klargestellt, dass die Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung keinen Einfluss auf die Dispositionsbefugnis der Beteiligten hat. Dies gilt beispielsweise für Entscheidungen des Gerichts bei Gefährdung des Kindeswohls (§ 1671 BGB oder § 1666 BGB) sowie für den Vorbehalt der gerichtlichen Billigung nach § 156 Abs. 2 Satz 2 FamFG, wenn Eltern über den Umgang mit einem Kind Einvernehmen erzielen. Bei allen Vereinbarungen, die Kinder betreffen, gilt der sogenannte Kindeswohlvorbehalt. Das Gericht hat von Amts wegen zu ermitteln, ob die von den Eltern in der Mediation erarbeitete Regelung dem Wohl des betroffenen Kindes entspricht. Um

eine gerichtliche Anordnung oder Genehmigung i.S.v. § 36a Abs. 3 FamFG zu erleichtern, können die Beteiligten der Mediatorin oder dem Mediator erlauben, dem entscheidungsbefugten Richter die Gründe für die in der Mediation getroffene Vereinbarung mitzuteilen.<sup>30</sup> Dies gilt auch bei einer Einigung über die von den Eltern mit ihren Kindern genutzte Ehwohnung oder bei der Verteilung von Haushaltsgegenständen, soweit davon die Kinder betroffen sind.

#### § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG: Grundsatz der Kostenpflicht

Für den Fall, dass Beteiligte unentschuldigt einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder über sonstige Möglichkeiten der außergerichtlichen Konfliktbeilegung oder einer Anordnung zur Teilnahme an einer Beratung nicht nachgekommen sind, kann das Gericht dies bei der Kostenentscheidung berücksichtigen.

#### Normzweck und Anwendungsbereich

Bereits in dem am 01.09.2009 in Kraft getretenen FamFG gab es eine Regelung zu Kostenstrafmaßnahmen, und zwar gem. § 150 Abs. 4 FamFG. Diese gilt aber ausschließlich für Scheidungssachen und Folgesachen. Kindschaftssachen, die die Übertragung oder Entziehung der elterlichen Sorge, das Umgangsrecht oder die Herausgabe eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten oder das Umgangsrecht eines Ehegatten mit dem Kind des anderen Ehegatten betreffen, waren davon ausdrücklich nicht umfasst und sind es nun durch § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG ergibt sich i.V.m. § 156 Abs. 1 Satz 3 FamFG für das Familiengericht nunmehr die erweiterte Möglichkeit, zur Förderung einer konsensualen Konfliktbeilegung bestimmte Beteiligte zur Einholung von Informationen als eine besondere Form der Mitwirkung zu verpflichten. Befolgen die Beteiligten diese Verpflichtung nicht, können sie mit einer Kostenstrafmaßnahme belegt werden.<sup>31</sup>

Mit dieser Regelung folgt der Gesetzgeber den internationalen Erfahrungen, insbesondere der sogenannten Woolf-Reform aus England und Wales. Die Reform geht zurück auf den Rechtsstreit *Dunnet vs. Railtrack*, der damit endete, dass die Kosten des Verfahrens der Beklagten auferlegt wurden, weil diese sich des Mediationsverfahrens widersetzt hatte. Richter Lord Woolf wies in der Urteilsbegründung auf die besondere Bedeutung der Mediation hin.<sup>32</sup> Mit der Auferlegung von Verfahrenskosten wurde in England ein Instrument geschaffen, das die Parteien bei der Suche nach einer außergerichtlichen einvernehmlichen Regelung motivieren soll. Die Auferlegung von Kosten auch der obsiegenden Partei, wenn nicht vor Klageerhebung der Versuch einer außergerichtlichen Ein-

igung durch ein Mediationsverfahren unternommen wurde, wird allgemein begrüßt.

#### Auswirkung auf das Prinzip der Freiwilligkeit

Kostenmäßige Sanktionen, mit denen zur Kooperation nicht bereite Parteien zu einem Umdenken angeregt werden können, sind seit der Entscheidung *Dunnet vs. Railtrack* nicht nur in Großbritannien, sondern auch in Deutschland diskutiert und mit der Einführung des § 150 Abs. 4 Satz 2 und jetzt auch § 81 Abs. 2 Nr. 5 umgesetzt worden. Auch wenn die Sorge vor den möglicherweise auferlegten Verfahrenskosten unter dem Grundsatz der Freiwilligkeit der Mediation teilweise auf Kritik stößt, wird diese Maßnahme zur Motivierung für ein Mediationsverfahren unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu Recht allgemein begrüßt.

#### Wirksamkeit der Kostenstrafmaßnahme

Die Regelung des § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG (Allgemeiner Teil) korrespondiert mit der des § 150 Abs. 4 Satz 2 FamFG (Verfahren in Ehesachen). In der Sache gibt es aber erhebliche Unterschiede: Der Einsatz eines gewissen richterlichen Druckes hat sich in Kindschaftssachen – anders als in Güterrechts- und Unterhaltsfolgesachen – als durchaus förderlich erwiesen, um die Beteiligten zu einer außergerichtlichen Beratungsmöglichkeit zu bewegen. Es hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass ein nachdrücklicher richterlicher Appell an die Elternverantwortung durchaus wirkt und sich die Eltern an der Erarbeitung von Lösungen beteiligen. Dies ist bei finanziellen Fragestellungen, z.B. im Güterrecht und Unterhaltsachen, i.d.R. anders. Es kann davon ausgegangen werden, dass auch die richterlich angeordnete Information über Mediation ähnliche Motivation zur Konfliktbeilegung bei den Eltern auslösen wird.

Auch wenn teilweise eingewandt wird, diese Regelung sei rechtspolitisch verfehlt und mache insbesondere bei Parteien mit Verfahrenskostenhilfe keinen Sinn,<sup>33</sup> darf man die Signalwirkung einer solchen Vorschrift nicht unterschätzen. Gerade in Kindschaftssachen können erhebliche Zusatzkosten durch die Einholung von Sachverständigengutachten oder durch die Bestellung von Verfahrensbeiständen entstehen. Die Auferlegung dieser zusätzlichen und wegen Nichtteilnahme an einem Informationsgespräch über Mediation entstandenen Kosten kann für die Betroffenen ein erhebliches Sanktionsmittel darstellen. Es wird die Aufgabe der beteiligten An-

29 BR-Drs. 60/11, 13.

30 BT-Drs. 17/5335, 22.

31 BT-Drs. 17/5335, 23.

32 Entscheidung besprochen bei Wagner, *Gerichtlich veranlasste Mediation: England als Vorbild*, ZKM 2004, 100 ff.

33 Koidel/Zimmermann, § 81 FamFG Rdnr. 65.

wälte sein, in geeigneten Fällen auf die Anwendung dieser Kostensanktion zu dringen.

#### Genügende Entschuldigung

Ob die Weigerung, an einem richterlich angeordneten Informationsgespräch teilzunehmen, genügend entschuldigt ist, bedarf einer Entscheidung des Einzelfalles.<sup>34</sup> Gründe für eine genügende Entschuldigung können etwa Erkrankung oder Missverstehen einer unklaren gerichtlichen Anordnung sein.

#### § 155 Abs. 4 FamFG: Vorrang- und Beschleunigungsgebot

Den Beteiligten werden bei Inanspruchnahme von Mediation vom Gericht i.d.R. drei Monate Zeit gegeben, binnen derer das Gerichtsverfahren ruht und sie eine einvernehmliche Regelung erzielen können. Dies dient der Wahrung des in Kindschaftssachen nach § 155 Abs. 1 FamFG geltenden Vorrang- und Beschleunigungsgebots. Es stellt sicher, dass Verfahren, die wegen einer vom Gericht vorgeschlagenen außergerichtlichen Konfliktbeilegung oder Mediation ausgesetzt worden sind, in der Hauptsache zeitnah weiterbetrieben werden. Die Regelung der Wiederaufnahme des Verfahrens als Regelfall eröffnet zugleich die Möglichkeit, in einzelnen Fällen der außergerichtlichen Konfliktbeilegung oder der gerichtsnahen oder gerichtsnahen Mediation mehr Zeit einzuräumen.<sup>35</sup> Die Dreimonatsfrist basiert auf den Erfahrungen in der Mediation. Innerhalb der drei Monate wird man i.d.R. absehen können, ob die Mediation erfolgreich sein wird.

#### § 156 Abs. 1 Satz 3 FamFG: Hinwirken auf Einvernehmen

Der neue § 156 Abs. 1 Satz 3 FamFG lautet: „Das Gericht kann anordnen, dass die Eltern einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen.“

Die bisher gem. § 135 FamFG nur im Rahmen von Scheidungen für Folgesachen geltende Regelung wird damit um sorge- und umgangsrechtliche Streitigkeiten erweitert, und die ohne sachlichen Grund bestehende Ungleichbehandlung wird aufgehoben. Die Familiengerichte können auf die örtlichen Gegebenheiten Rücksicht nehmen und sowohl private Mediationsangebote als auch Mediationsangebote freier und öffentlicher Träger berücksichtigen. Ob das Gericht die Anordnung trifft, liegt in seinem freien Ermessen.

#### Anordnung der Teilnahme an einem Informationsgespräch

Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, die Information nicht dem mit der

Entscheidung befassten Richter, sondern den Anbietern derartiger Maßnahmen zu übertragen. Eine externe Information dient der Rollenklarheit. Fachverbände, insbesondere die Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation (BAFM), haben Merkblätter entwickelt, mit denen der Richterschaft, den Anwälten, den Mediatoren und den betroffenen Paaren eine Handreichung gegeben wird, wie ein solches Informationsgespräch zu gestalten ist.<sup>36</sup> Auch wenn die Anwälte und Notare teilweise davon ausgehen, dass derartige Informationen über das Mediationsverfahren zu ihrem Tätigkeitsbereich gehören,<sup>37</sup> wird man die Erörterung der Möglichkeit einer außergerichtlichen Konfliktbeilegung im Idealfall den Mediatoren selbst überlassen. Für den Umfang eines solchen Informationsgesprächs gibt es keine verbindlichen Richtlinien. Der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses ist i.d.R. die Voraussetzung für die Motivation zur Mediation. Die Information im Rahmen von Gruppenveranstaltungen ist aus diesem Grunde abzulehnen; ein Informationsgespräch setzt immer eine vertrauliche Situation voraus, die nur im individuellen Setting gewährleistet ist.

#### Prinzip der Freiwilligkeit

Das Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation bedeutet, dass die Parteien grds. selbst entscheiden, ob sie eine Mediation durchführen wollen. Bereits vor Einführung des § 135 FamFG im Jahr 2009 wurde innerhalb der Fachöffentlichkeit heftig diskutiert, inwieweit eine derartige Anordnung, auch „Mandatorische Information über Mediation“ genannt, mit dem Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation vereinbar sei. Mit dem Begriff „Mandatorische Information über Mediation“ wird an die in vielen Ländern, insbesondere in einigen Staaten der USA übliche „Mandatorische Mediation“ angeknüpft, nach der den Beteiligten die Teilnahme an der Mediation selbst vorgeschrieben werden kann. Die Modelle der angeordneten und obligatorischen Mediation gehen davon aus, dass Parteien und ihre Rechtsbeistände häufig erst erfahren, welche Vorteile eine kooperative und nicht konkurrierende Konfliktlösung hat, wenn sie an einer Mediation teilgenommen haben. Das Prinzip der Freiwilligkeit sei gem. den Ergebnissen einiger amerikanischer Pilotstudien auch gewahrt, wenn die Parteien nach dem Versuch der Mediation diese wieder verlassen und danach das Gericht anrufen können.<sup>38</sup>

Gemäß Art. 5 der EU-Mediationsrichtlinie ist es mit dem Prinzip der Freiwilligkeit vereinbar, wenn die Mediation von einem Gericht vorgeschlagen, angeordnet oder gesetzlich vorgeschrieben wird.<sup>39</sup> Allerdings sind die Parteien gem. § 2 Abs. 5 MediationsG auch in diesen Fällen berechtigt, die Mediation und ebenso die Informationsveranstaltung zu beenden, wenn sie zu keiner Vereinbarung gelangen

können oder wenn sie sich gegen eine Mediation bzw. eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung entscheiden.

Das Informationsgespräch soll die Eltern darüber informieren, was Mediation ist und welche Möglichkeiten der Konfliktlösung dieses Verfahren bietet. Aufgrund des Informationsgesprächs sollen insbesondere Eltern, deren Kinder in einen Elternstreit einbezogen sind, eine informierte Entscheidung treffen können, ob sie sich freiwillig für eine Mediation entscheiden und in diesem Verfahren eine Einigung erzielen wollen.<sup>40</sup> Es besteht dabei weder eine Pflicht der Beteiligten zur Einigung noch eine Pflicht zur Teilnahme an einer Mediation. Sondern es geht darum, dass die Parteien das Verfahren der Mediation kennenlernen und somit beurteilen können, ob dieses Verfahren für sie zur Regelung ihres Konfliktes in Betracht kommt.

#### Kostenfreiheit

Ebenso kontrovers wie die Frage der Freiwilligkeit wird die im Gesetz vorgesehene Kostenfreiheit diskutiert. Mangels staatlicher Finanzierung derartiger Mediationsangebote, z.B. durch Einführung einer Mediationskostenhilfe, hat der Gesetzgeber auf die Bereitschaft der Mediationszene vertraut, diese Vorschrift im Sinne einer Etablierung der Mediation mit kostenfreien Angeboten zu unterstützen. Und in der Tat haben sich bundesweit tätige Berufs- und Fachverbände sowie regionale Gruppen verpflichtet, Informationsgespräche zur Mediation kostenfrei anzubieten.<sup>41</sup> Offen bleibt die Frage, wie die anschließende Dienstleistung der Mediatoren zu vergüten ist. In der Regel zahlen die Beteiligten die Kosten der Mediation selbst, sofern nicht kostenlose oder kostengünstige Modelle im Rahmen von Beratungsstellen zur Verfügung stehen, z.B. beim Verein ZIF „Zusammenwirken im Familienkonflikt“ in Berlin. Ein Anspruch der Mediatoren gegen die Staatskasse auf Kostenersatz kann nach h.M. nicht abgeleitet werden.<sup>42</sup>

34 Keidel/Zimmermann, § 81 FamFG Rdnr. 65.

35 BT-Drs. 17/5335, 23; BT-Drs. 17/8058, 22.

36 <http://www.bafm-mediation.de/informationsgesprache-135-famfg/>.

37 Heinemann, Anordnung und Durchführung eines Informationsgesprächs nach § 135 Abs. 1 FamFG, FamRZ 2010, 125, 127.

38 Krieger, Mediationspflicht?, S. 169 ff.; Studien beschrieben bei Marx, Das Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation, ZfM 2010, 132, 134.

39 Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelsachen, L 136/6.

40 Vgl. dazu: Marx, Obligatorische Sorgerechtsmediation?, ZfM 2010, 300, 304 f. m.w.N.

41 Keidel/Weber § 135 FamFG Rdnr. 6.

42 Prütting/Helms, § 135 FamFG Rdnr. 3; aA Spangenberg, Mediationskostenhilfe ein Verfassungsgebot?, FamRZ 2009, 834, 835.

## ■ MediationsG

Das am 26.07.2012 in Kraft getretene MediationsG umfasst neun Paragraphen und kodifiziert erstmalig Regelungen zur Mediation. Das MediationsG war das zentrale Anliegen des Gesetzes zur Förderung der Mediation. Jeder, der im Rahmen eines Familienkonfliktes Mediation in Anspruch nehmen will, kann sich zukünftig mit einem Blick in das Gesetz von den Rahmenbedingungen und den Grundsätzen für die Praxis überzeugen. Dies wird nicht nur für die sich im Trennungsprozess befindlichen Eltern sondern auch für die Richterinnen und Richter, die Mitarbeiter der Jugendämter, die Anwälte etc. von großer Bedeutung sein: Die in Familiensachen zunehmenden Mediationsverfahren folgen – endlich – gesetzlichen Rahmenbedingungen und die in diesem Bereich Tätigen unterliegen allgemein zugänglichen Qualitätskriterien.

Gerade weil sich die Familienmediation in vielen Bereichen bereits etabliert hat, sind strenge Reglementierungen durch das Gesetz gezielt ermielt worden. Mediation ist ein junger und sich ständig weiter entwickelnder Bereich, der auch zukünftig seine Dynamik entfalten soll. Daher hat sich der Gesetzgeber auf diejenigen Bereiche beschränkt, zu denen er nach der EU-Mediationsrichtlinie verpflichtet war bzw. die der Qualitätssicherung dienen werden, insbesondere die Vertraulichkeit der Mediation.

Das neue MediationsG klärt in § 1 die Begriffe Mediation und Mediator. **Mediation ist nunmehr legaldefiniert** als ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Der Mediator ist definiert als eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.

§ 2 erläutert das Verfahren und umschreibt die Aufgaben des Mediators. In § 3 werden die Offenbarungspflichten des Mediators und dessen Tätigkeitsbeschränkungen normiert. § 4 regelt die Verschwiegenheitspflicht des Mediators und der in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen. Die Aus- und Fortbildung des Mediators sowie die Bezeichnung „zertifizierter Mediator“ richten sich nach §§ 5, 6. In § 6 wird das BMJ ermächtigt, eine Rechtsverordnung betreffend die Aus- und Fortbildung zu erlassen. In § 7 ist die Möglichkeit der Durchführung von wissenschaftlichen Forschungsvorhaben betreffend die finanzielle Förderung der Mediation verankert. In § 8 ist die Evaluierung vorgesehen, das Gesetz schließt in § 9 mit den Übergangsbestimmungen.

Das MediationsG schafft besonders für die Familienmediation in einigen Bereichen Klarheit, was zu begrüßen ist.

## Auswirkungen auf Familienmediation

Bei familiären Konflikten, insbesondere im Rahmen von Trennung und Scheidung, sind die Schnittstellen zwischen dem gerichtlichen Verfahren und der Mediation evident: Die in der Mediation erarbeitete Regelung ersetzt entweder die gerichtliche Entscheidung oder aber sie gilt als Grundlage für die im Gericht anstehenden nächsten Schritte. Mediation ist somit eine Alternative oder Ergänzung zum gerichtlichen Verfahren. In § 2 Abs. 6 MediationsG ist nunmehr der in der Familienmediation praktizierte Grundsatz der externen Rechtsberatung kodifiziert. Danach wirkt der Mediator im Falle einer Einigung darauf hin, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen. Er hat die Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Diese Neuregelung wird nicht nur den Parteien, sondern auch den beratenden Anwälten die Sicherheit geben, dass die für die Mediation notwendige Informiertheit der Parteien gewährleistet wird. Insbesondere bei grenzüberschreitenden und internationalen Fällen ist die Mitwirkung von Anwälten unerlässlich.<sup>43</sup>

## Co-Mediation

Eine weitere Besonderheit der Familienmediation liegt in der häufig üblichen Co-Mediation: Zwei gleichberechtigte Mediatoren mit unterschiedlichen Grundberufen und im Idealfall unterschiedlichen Geschlechtern unterstützen die Paare oder Eltern bei der Konfliktregelung im Rahmen ihres Familienkonfliktes. Mediatoren mit einem psychologischen oder sozialpädagogischen Grundberuf, auch psychosoziale Mediatoren genannt, verfügen häufig über größere Erfahrungen im Umgang mit psychodynamischen Konflikten sich trennender Paare; und Mediatoren mit einem juristischen Grundberuf, auch juristische Mediatoren genannt, sind eher mit den juristischen Rahmenbedingungen vertraut, die in der Familienmediation zwangsläufig eine große Rolle spielen.

Ein Hindernis für die Arbeit in Co-Mediation waren bisher die unterschiedlichen Regelungen zur Verschwiegenheitspflicht und zum Zeugnisverweigerungsrecht. Mediatoren mit dem Grundberuf des Anwalts unterliegen einem umfassenden berufsrechtlichen Schutz, der anderen Berufen nicht zuteil wird. Hier schafft § 4 MediationsG eine Klarstellung und dadurch Erleichterung für die Co-Mediation: Alle Mediatoren sind nunmehr zur Verschwiegenheit verpflichtet. Aber nicht alle Bereiche sind geschützt: Das Zeugnisverweigerungsrecht in Strafverfahren wurde im Rahmen des Mediationsgesetzes nicht geregelt.

## § 7 MediationsG: Wissenschaftliche Forschungsvorhaben

In § 7 MediationsG findet sich noch eine Vorschrift, die der abschließenden besonderen Erwähnung verdient. Sie betrifft wissenschaftliche Forschungsvorhaben zur finanziellen Förderung der Mediation.

Die finanzielle Unterstützung der Mediation hat deutlich Einfluss auf die Akzeptanz bzw. Förderung der Mediation in der Praxis. Eine im Vorfeld der Verabschiedung des Gesetzes immer wieder geforderte Einführung einer Mediationskostenhilfe<sup>44</sup> hätte zweifelsohne zur Förderung der Mediation beigetragen. Mediationskostenhilfe ist wie Prozesskostenhilfe Ländersache. Der Gesetzgeber hat daher im Hinblick auf Art. 104a GG und die zu erwartende Versagung der Zustimmung des Bundesrats davon abgesehen, diesbezüglich schon jetzt eine konkrete Regelung zu treffen. Stattdessen wurde mit § 7 MediationsG eine Rechtsgrundlage für die Vereinbarung wissenschaftlicher Forschungsvorhaben zu den Auswirkungen einer finanziellen Förderung der Mediation auf die finanziellen Belastungen der Länder geschaffen.

Die nunmehr in § 7 MediationsG getroffene Regelung zur Vereinbarung wissenschaftlicher Forschungsvorhaben wird den vielfach erhobenen Forderungen zwar nicht gerecht.<sup>45</sup> Aber es ist erfreulich, dass mit diesen wissenschaftlichen Forschungsvorhaben Grundlagen für die zukünftige Mediationskostenhilfe sowie sonstiger finanzieller Förderungen geschaffen werden.

**Andere europäische Länder** haben mit der finanziellen Förderung der außergerichtlichen Mediation bereits **positive Erfahrungen** gemacht, wobei die Art der Förderung stark variiert. Nicht selten wird eine Förderung in der Form gewährt, dass nur für eine bestimmte Anzahl von Mediationsstunden ein zusätzlich

43 Paul/Kiesewetter, Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten, 2009, 45; Draft Guide to Good Practice on Mediation issued by the Hague Conference on Private International Law [www.hoch.net/upload/wop/ibduc2011pd05c.pdf](http://www.hoch.net/upload/wop/ibduc2011pd05c.pdf) und/oder [www.mkk-ev.de/english/codex-and-declarations/](http://www.mkk-ev.de/english/codex-and-declarations/).

44 Carl, Das erfreuliche Ende eines langen Gesetzgebungsverfahrens ..., ZKM 2012, 132; Greger, Protokoll der 51. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, S. 4, abrufbar unter [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/10\\_Mediation/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/10_Mediation/index.html); Pöhl, Protokoll der 51. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, abrufbar unter [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/10\\_Mediation/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/10_Mediation/index.html) S. 17; Proksch, ZKM 2010, 39, 42.

45 Carl, ZKM 2012, 132; Lija/v.Lucke/Tietz/v.Luckas, Masterarbeit zur Analyse der Rechtsprechung zu Themen der Mediation im Lichte des Mediationsgesetzes, Europa Universität Viadrina, Masterstudiengang Mediation, Frankfurt/Oder, 2011, S. 159 ff.

der Höhe nach begrenztes Mediationshonorar erstattet wird.<sup>46</sup> Die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse anderer Länder sind jedoch häufig nicht auf unser deutsches Rechtssystem übertragbar. So ist es z.B. wenig verwunderlich, dass die Einführung eines obligatorischen vorgerichtlichen Mediationsversuchs in solchen Ländern besser akzeptiert wird und größere Erfolgsaussichten hat, in denen den Parteien teilweise extrem hohe Prozessführungskosten abverlangt werden, so z.B. in England und Wales.<sup>47</sup>

Im Gesetzentwurf<sup>48</sup> wurde festgestellt, dass die Ausgaben der Länder für die Prozess- und Verfahrenskostenhilfe steigen. Weiter heißt es, dass sich zahlreiche im Wege der Prozess- und Verfahrenskostenhilfe finanzierte Gerichtsverfahren vermeiden ließen, wenn die außergerichtliche Konfliktbeilegung, insbesondere die außergerichtliche Mediation, verstärkt genutzt würde. Denn die Aufwendungen für eine finanzielle Förderung der Mediation würden einer ersten Pilotstudie von Prof. Reinhard Greger zufolge unter den Aufwendungen liegen, welche die Länder derzeit für die Prozess- und Verfahrenskostenhilfe tätigen.<sup>49</sup> Die vorgesehenen Forschungsvorhaben sollen Auskunft darüber geben, inwieweit die finanziellen Belastungen der Länder reduziert werden können.

Mit § 7 MediationsG sollen Bund und Länder die Möglichkeit erhalten, zu entscheiden, ob und ggf. wie eine finanzielle Förderung der Mediation in Deutschland eingeführt wird. Soweit die Forschungen einen tatsächlichen Einspareffekt durch Mediationskostenhilfe belegen sollten, wird die finanzielle Förderung der Mediation Gegenstand rechtspolitischer Diskussionen sein.<sup>50</sup> Es wäre in diesem Zusammenhang günstig, wenn diese Forschungsvorhaben von den Bundesländern initiiert werden würden, die aufgrund der in den vergangenen Jahren praktizierten Modelle gerichtlicher Mediation bereits über Erfahrungen mit der Mediation verfügen, insbesondere Niedersachsen, Berlin und Bayern.

#### Umfang der Forschungsvorhaben

Die Forschungsvorhaben sollten gem. dem Gesetzentwurf der Bundesregierung ursprünglich auf Familiensachen beschränkt sein, da in diesem Bereich besonders viele mediationsgeeignete Streitigkeiten auftreten und die Ausgaben für die Verfahrenskostenhilfe besonders hoch sind und weiter steigen werden.<sup>51</sup> Die Begrenzung auf Forschungsvorhaben zu den Mediationen in Familiensachen wurde gestrichen. Dadurch soll eine breitere Erkenntnisgrundlage geschaffen werden, die für weitere Rechtsgebiete genutzt werden kann.<sup>52</sup> Neben dem Familienrecht eignen sich z.B. das Erbrecht sowie das WEG- und Nachbarschaftsrecht wegen der engen Verflechtungen der Konfliktparteien besonders gut für Mediationsverfahren. Die bisher einzige Pilot-

studie zum Vergleich von Kosten und Folgekosten bzgl. Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten<sup>53</sup> ist wegen der Beschränkung auf einen relativ kleinen Bereich der Familienverfahren nur begrenzt aussagekräftig.

Die Forschungsvorhaben sollten alsbald initiiert werden, um möglichst auch noch Erkenntnismaterial zu gewinnen, das für die zu verabschiedende Rechtsverordnung nach § 6 MediationsG berücksichtigt werden könnte. Dabei handelt es sich um eine Verordnung über die Aus- und Fortbildung zum zertifizierten Mediator. Die in § 7 vorgesehenen Forschungsvorhaben und die nach § 8 MediationsG vorzunehmende Evaluierung des Gesetzes sollten darüber hinaus auch dazu genutzt werden, zu erforschen, welche Gründe die Entscheider (Eltern, Erben, Nachbarn und andere Einzelpersonen, Firmen-, Dienststellen- und Personalleitungen usw.) dazu motivieren (können), eine Mediation durchzuführen. Damit könnten wertvolle Erkenntnisse zur Förderung der Mediation gewonnen werden.<sup>54</sup>

#### Voraussetzungen für die Gewährung von Mediationskostenhilfe (§ 7 Abs. 2)

Im Rahmen der Forschungsvorhaben kann Mediationskostenhilfe gewährt werden, § 7 Abs. 2 MediationsG. Zunächst ist der Antrag einer rechtssuchenden Person notwendig. Anders als in § 114 Satz 1 ZPO ist bei der Förderung der Mediation allerdings nicht die hinreichende Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zu prüfen, weil rechtliche Aspekte und damit die Erfolgsaussicht in der Mediation nur eine untergeordnete Rolle spielen. Entscheidend ist lediglich, ob Rechtssuchende nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten einer Mediation nicht, nur z.T. oder nur in Raten aufbringen können. Ausgeschlossen ist die Bewilligung der Förderung nur dann, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung mutwillig erscheint, also eine verständige, nicht hilfsbedürftige Partei ihre Rechte nicht in gleicher Weise verfolgen würde. Eine Prüfung der Mediationseignung soll gem. dem Grundgedanken der Eigenverantwortlichkeit ausdrücklich nicht vorgenommen werden. Das Gericht, das für das streitige Verfahren zuständig ist, entscheidet über den Antrag. Die Entscheidung über Gewährung von Mediationskostenhilfe ist nach § 7 Abs. 2 Satz 3 MediationsG unanfechtbar. Alle übrigen Einzelheiten bzgl. der Gewährung von Mediationskostenhilfe bleiben den zwischen Bund und Ländern zu treffenden Vereinbarungen überlassen.

#### Unterrichtung des Deutschen Bundestages nach Abschluss der wissenschaftlichen Forschungsvorhaben

Nach Abschluss des oder der Forschungsvorhaben hat die Bundesregierung den Bundes-

tag über die gesammelten Erfahrungen und erzielten Erkenntnisse zu unterrichten. Der Deutsche Bundestag soll mit den gewonnenen Forschungsergebnissen in die Lage versetzt werden, über eine bundesweite Förderung der Mediation und deren Modalitäten zu entscheiden.<sup>55</sup> Bewusst wurde auf einen Zeitrahmen zur Durchführung dieser Forschungsvorhaben sowie bzgl. der anschließenden Unterrichtung des Bundestages verzichtet, um auch längerfristigen Entwicklungen ihren Raum zu lassen.

#### Andere Wege zur finanziellen Förderung der Mediation

Verschiedene Gerichte haben in Fällen, in denen die Mediation von ihnen vorgeschlagen und das Verfahren daraufhin ausgesetzt wurde, die bereits bewilligte Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfe auf die Mediation ausgeweitet. Begründet werden die gerichtlichen Beschlüsse damit, dass das Mediationsverfahren in diesen Fällen Bestandteil des gerichtlichen Verfahrens sei.<sup>56</sup> Die Gerichte greifen dabei auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) i.V.m. dem Sozialstaats- und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 3 GG) zurück und verlangen die Gewährung von Rechtsschutzgleichheit nicht nur im gerichtlichen Bereich, sondern auch im außergerichtlichen. Auch wenn zu dieser Thematik eine einheitliche Rechtsprechung fehlt und gewichtige Stimmen anderer Ansicht sind,<sup>57</sup> so weisen die Gerichtsentscheidungen zu Recht auf die Verfassungslage hin. Das BVerfG hat bereits auf die Notwendigkeit hingewiesen, sowohl Bemittelten als auch Unbemittelten denselben Rechtsschutz gewähren zu müssen. Die Lage von Bemittelten und Unbemittelten sei anzugleichen.<sup>58</sup> Dies bedeutet, dass eine arme Partei jedenfalls dann Anspruch auf Mediationskostenhilfe hat, wenn eine Mediation aufgrund

46 Vgl. hierzu die Länderberichte zu Frankreich, Niederlande, Österreich, in: Hopt/Steffek, Mediation, 2008.

47 Carl, ZKM 2012, 132; Pauf, Pre-Court Consideration of Mediation – Der englische Weg zur Implementierung von Mediation und einige rechtsvergleichende Überlegungen, ZKM 2011, 122 ff.

48 BT-Drs. 17/5335.

49 Greger, Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten; Leutheuser-Schwarzenberger, ZKM 2012, 74.

50 Leutheuser-Schwarzenberger, Die Mediations-Richtlinie und deren Implementierung, ZKM 2012, 72, 74.

51 BT-Drs. 17/5335, 28.

52 BT-Drs. 17/8058, 20.

53 Greger, Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten.

54 Carl, ZKM 2012, 132, 133.

55 BT-Drs. 17/5335, 28.

56 OLG Köln ZKM 2012, 29; KG NJW 2009, 2754; OLG Celle NJW 2009, 1219; AG Eilenburg, FamRZ 2007, 1670.

57 Vgl. Nickel, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Prozesskostenhilfe, MDR 2010, 1227 ff.

58 BVerfG FamRZ 2009, 191 f. m.w.N.

gerichtlicher Empfehlung zustande kommt.<sup>59</sup> Es ist zu erwarten, dass das BVerfG im Rahmen einer Vorlage durch die Gerichte mit dieser Frage befasst werden wird.

### Zusammenfassung

Durch das Gesetz zur Förderung der Mediation ist der Gesetzgeber seiner europarechtlichen Verpflichtung nachgekommen, ja sogar darüber hinaus gegangen. Das neue MediationsG gibt Praktikern und Hilfesuchenden die gewünschte Sicherheit und Klarheit. Insbesondere die Neuregelungen im FamFG zeigen den Familien in Zeiten der Krise neue Wege, ihre Konflikte auf einvernehmliche Weise zu lösen.

Die Neuregelungen führen zu einem Paradigmenwechsel im Rechtssystem. Erfahrungsgemäß wird es einige Zeit dauern, bis die Strukturen genutzt werden. Alle Beteiligten, Anwälte, Richter, Mediatoren, werden ihre Beiträge leisten und den Mut aufbringen müssen, den gesetzgeberischen Willen in die Tat umzusetzen.

Es wäre wünschenswert, wenn die Forschungsvorhaben und die Evaluation zügig in die Wege geleitet würden. Dann wird sich zeigen, ob sich die Hoffnung bestätigt, dass eine Mediationskostenhilfe letztlich die Kosten für den Staat senken wird. Es gibt gute Gründe, dies anzunehmen. Im Interesse der Förderung und Akzeptanz der Mediation wäre die Einführung einer Mediationskostenhilfe jedenfalls hilfreich.

Cornelia Bohmert

## Kontakt- und Kontrollpflichten des Vormunds – Rechtliche Probleme ihrer Umsetzung

Am 05.07.2012 sind wesentliche Änderungen des Vormundschaftsrechts in Kraft getreten. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit den konkreten Auswirkungen der gesetzlichen Änderungen auf die Tätigkeit des Vormunds<sup>1</sup>

### INHALT

- Einleitung
- Recht und Pflicht zur Erziehung des Mündels
- Kontrolle des Erziehungsberechtigten
- Kontrolle des Minderjährigen
- Spezielle Probleme der Besuchspflicht
- Fazit

### ■ Einleitung

Der Gesetzgeber hat in § 1800 Satz 2 BGB die Pflicht des Vormunds aufgenommen, die Pflege und Erziehung des Mündels persönlich zu fördern und zu gewährleisten. Durch Einfügen des Abs. 1a in § 1793 BGB ist die Pflicht des Vormunds festgeschrieben, mit dem Mündel persönlichen Kontakt zu halten und ihn im Regelfall monatlich in seiner üblichen Umgebung zu besuchen. Außerdem wird mit Wirkung zum 05.07.2012 die Fallzahl für die Führung von Amtsvormundschaften auf 50 Mündel pro Vollzeitstelle begrenzt (§ 55 Abs. 2 SGB VIII). Weitere ergänzende Änderungen finden sich in § 1837 Abs. 2 Satz 2 und § 1840 Abs. 1 Satz 2 BGB. Auf die Pflegschaft sind die Regelungen analog anwendbar. Diese Regelungen bringen vielfältige rechtliche wie lebenspraktische Probleme für alle Vormünder mit sich.

Als Gründe für die Verbesserungen hat der Gesetzgeber genannt, dass

- die mehr oder weniger anonyme Abarbeitung der Fälle in Zukunft verhindert und
- die persönliche Verantwortung gestärkt werden soll,
- zwischen Vormund und Mündel ein Vertrauensverhältnis entstehen soll,
- anlässlich eines Besuchs etwaige Anzeichen einer Misshandlung oder Vernachlässigung des Mündels erkannt werden können,

- die Interessen und Meinungen des Mündels auch nach Aufgabenübertragung stärker berücksichtigt werden.<sup>2</sup>

Dabei hat der Gesetzgeber allerdings die unterschiedlichen Rechte und Pflichten der regelmäßig fallbeteiligten weiteren Personen sowie die daraus folgenden rechtlichen Probleme nicht bedacht und die Besonderheiten bei Vereins- und Amtsvormundschaften nicht hinreichend berücksichtigt.

### ■ Recht und Pflicht zur Erziehung des Mündels

Die Aufnahme des Mündels in den eigenen Haushalt des Vormunds kommt selten und nahezu nur bei Bestellung eines Verwandten des Kindes oder einer mit dem Elternteil eng verbundenen Person vor. Nur in diesem Ausnahmefall entsprechen die Rechte und Pflichten des Vormunds in vollem Umfang dem Grundtyp elterlicher Verantwortung. Die übrigen Fälle sind von einer Differenzierung hinsichtlich der Wahrnehmung der jeweiligen Rechte und Pflichten gekennzeichnet.<sup>3</sup>

Soweit die Vormundschaft berufsmäßig geführt wird (berufsmäßig agierende Einzelvormünder, Führung von Vereinsvormundschaften durch Mitarbeiter des Vereins, Führung von Amtsvormundschaften durch Mitarbeiter des Amtes nach Delegation), liegen Pflege und

<sup>59</sup> Spangenberg, Anmerkung zu OLG Köln, Beschl. v. 03.06.2011 – 25 UF 24/10, ZKM 2012, 31.

Die Autorin Prof. Dr. Cornelia Bohmert lehrt an der Katholischen Hochschule für Sozialwesen Berlin.

<sup>1</sup> S. hierzu auch Willutzki, Die Änderung des Vormundschaftsrechts 2. Teil, ZKJ 2012, 206 ff. sowie Veit/Salgo, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Vormundschaftsrechts – Eine Stellungnahme, ZKJ 2011, 582 ff.

<sup>2</sup> Regierungsbegründung BT-Drs. 17/3617; zum „langen Weg“ Willutzki, Die Änderung des Vormundschaftsrechts 1. Teil, ZKJ 2012, 168 ff.

<sup>3</sup> A.A. Fröschle, Familienrecht, 2012, Rdnr. 517, Hoffmann, Personensorge, 1. Auflage 2009, Kap. 1 Rdnr. 104, 5 Rdnr. 5; die elternähnliche Stellung des Vormunds belegt nach Oberloskamp (Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, 3. Aufl. 2010, § 8 Rn 2) insbesondere § 1775 Satz 1 BGB; differenzierend Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 71 Rdnr. 6.