



**Der Maßnahmenkatalog des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG im  
Obsorgeverfahren seit dem KindNamRÄG 2013 unter  
Berücksichtigung der deutschen Rechtslage**

DIPLOMARBEIT

zur Erlangung des akademischen Grades  
einer Magistra der Rechtswissenschaften

an der

rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Karl–Franzens–Universität Graz

von

**Pia Bader**

*Eingereicht am*

Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht,  
Politikwissenschaft und Verwaltungslehre der Universität Graz

*bei*

Assoz. Univ.-Prof. Mag. Dr. Sascha Ferz

Graz, am 18. Juni 2013

## Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere, dass ich die eingereichte Diplomarbeit selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfsmittel bedient habe. Ich versichere ferner, dass ich diese Diplomarbeit bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als wissenschaftliche Arbeit vorgelegt habe.

Graz am:

Unterschrift:

*Für meine Mama*

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. EINLEITUNG</b> .....	<b>1 -</b>
<b>B. OBSORGE</b> .....	<b>3 -</b>
I. Begriffserklärung .....	3 -
II. Das Obsorgeverfahren .....	4 -
1. Definition und gesetzliche Regelung .....	4 -
2. Abgrenzung .....	4 -
<b>C. DAS KINDSCHAFTS- UND NAMENSRECHTSÄNDERUNGSGESETZ 2013</b> .....	<b>6 -</b>
I. Allgemeines .....	6 -
II. Ausgangssituation und kurze historische Darstellung .....	6 -
III. Neuerungen .....	8 -
1. Neuerungen im ABGB .....	8 -
2. Neuerungen im AußStrG.....	10 -
a. Allgemeine Neuerungen .....	10 -
b. Der Maßnahmenkatalog des § 107 Abs 3 AußStrG.....	10 -
IV. Kritik am neuen Familienrechtspaket .....	11 -
<b>D. MEDIATION</b> .....	<b>14 -</b>
I. Begriff und Abgrenzung .....	14 -
II. Entstehung und Zweck.....	17 -
III. Einsatzbereiche .....	18 -
IV. Zuständigkeit und Ablauf .....	19 -
V. Maßnahmen und Funktionen .....	20 -
VI. Rechtliche Regelung .....	20 -
VII. Verpflichtendes Erstgespräch gem. § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG.....	21 -
VIII. Umsetzung der Neuregelung in der Praxis.....	25 -
<b>E. SCHLICHTUNG</b> .....	<b>29 -</b>
I. Begriff und Abgrenzung .....	29 -
II. Entstehung und Zweck.....	29 -
III. Einsatzbereiche .....	30 -
IV. Zuständigkeit und Ablauf .....	31 -
V. Maßnahmen und Funktionen .....	31 -
VI. Rechtliche Regelung .....	31 -

VII. Verpflichtendes Schlichtungserstgespräch gem § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG.....	- 32 -
VIII. Umsetzung der Neuregelung in der Praxis.....	- 35 -
<b>F. DEUTSCHE RECHTSLAGE .....</b>	<b>- 36 -</b>
I. Ausgangssituation und EGMR Urteile .....	- 36 -
II. Mediation in Kindschaftssachen.....	- 37 -
1. Das Mediationsgesetz.....	- 39 -
2. Das FamFG .....	- 40 -
3. §278a ZPO .....	- 45 -
4. Organisation und Ad hoc- Mediation.....	- 46 -
III. Andere Arten der außergerichtlichen Streitbeilegung in Kindschaftssachen.....	- 47 -
1. Das FamFG .....	- 48 -
2. Das Mediationsgesetz.....	- 48 -
3. Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung .....	- 49 -
a. Das Mediationsverfahren .....	- 51 -
b. Schlichtungs-, Schieds- und Gütestellenverfahren .....	- 51 -
c. Adjudication und „Shuttle-Mediation“.....	- 53 -
d. Mini Trial und Early Neutral Evaluation .....	- 55 -
4. Organisation .....	- 56 -
IV. Praxis der außergerichtlichen Streitbeilegung in Sorgerechtsverfahren ..	- 56 -
1. Allgemeines und Ablauf .....	- 56 -
2. Mediationspraxis- Meinungsstand .....	- 60 -
3. Schlichtungspraxis .....	- 61 -
4. Cochemer Praxis .....	- 64 -
<b>G. UNTERSCHIEDE ZU ÖSTERREICH.....</b>	<b>- 68 -</b>
I. Unterschiede zwischen § 107 Abs 3 Z 2 und § 156 FamFG .....	- 68 -
II. Lösungsansätze für Österreich durch Heranziehung der deutschen Regelung....	- 70 -
<b>H. SCHLUSS.....</b>	<b>- 71 -</b>
<b>I. LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>- 72 -</b>
I. Lehrbücher, Kommentare und Monographien.....	- 72 -
II. Artikel in Fachzeitschriften .....	- 76 -
III. Internetquellen.....	- 78 -

IV. Gesetzesquellen.....	- 82 -
V. Sonstige Quellen .....	- 83 -
<b>J. ANHANG .....</b>	<b>- 84 -</b>

## Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
Amtsbl.	Amtsblatt
Art	Artikel
Aufl.	Auflage
AußStrG	Außerstreitgesetz
BAFM	Bundes- Arbeitsgemeinschaft für Familien- Mediation
BeschwNr.	Beschwerdenummer
BG	Bezirksgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BMWFJ	Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht Deutschland
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGG	Freiwillige Gerichtsbarkeit Gesetz
FGH	Familiengerichtshilfe
G	Gesetz
idF	in der Fassung
iSd	im Sinne des
JN	Jurisdiktionsnorm
Kap.	Kapitel



KINDNAMRÄG	Kindschafts- und Namenrechtsänderungsgesetz
ÖBM	Österreichischer Bundesverband für Mediation
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖNM	Österreichisches Netzwerk Mediation
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RL	Richtlinie
S.	Seite
VfGH	Verfassungsgerichtshof
Vgl.	Vergleiche
Z	Ziffer
ZivMediatG	Zivilrechts-Mediations-Gesetz
ZPO	Zivilprozessordnung

## A. EINLEITUNG

Mit Inkrafttreten des Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz im Februar 2013 hat sich das Obsorgerecht in Österreich grundlegend verändert. Zahlreiche neue Regelungen sind geschaffen worden, die sowohl größeres Augenmerk auf das Kindeswohl als auch auf die außergerichtliche Einigung obsorgerechtllicher Streitigkeiten legen.<sup>1</sup>

Das außerstreitige Obsorgeverfahren ist ebenso novelliert worden. Der Wortlaut des § 107 Außerstreitgesetzes besagt, dass nun die Möglichkeit des Gerichts bestehe, ein verpflichtendes Mediationserstgespräch oder ein Schlichtungserstgespräch anzuordnen.<sup>2</sup>

Hauptgedanke dieser Neuerung ist eben das Wohl des Kindes.<sup>3</sup> Es soll verhindert werden, dass die Kinder Leidtragende des Konfliktes werden.

Darüber hinaus gewinnen auch das Verfahren und die Methodik außergerichtlicher Streitbeilegung zunehmend an Bedeutung. Im Vergleich zur davor geltenden Rechtslage steht ein rasches Verfahren mit umsetzbarem Anspruch im Vordergrund. Endlos lange Besuchsrechtsverfahren mit schwer bis kaum durchsetzbaren Entscheidungen oder Vergleichen sollen in der neuen Obsorgeregelung vermieden werden.<sup>4</sup>

Die Problematik, die sich daraus ergibt, ist jedoch die Anwendbarkeit in der Praxis. Der Gesetzgeber regelt, welche Möglichkeiten das Gericht hat, jedoch nicht, wie diese konkret umgesetzt werden sollen. In Bezug auf das Schlichtungsverfahren ist diese Ausgangslage besonders schwierig, weil die Schlichtung im Bereich der Familiensachen nicht weiter gesetzlich geregelt ist. Viele wesentliche Fragen sind noch ungeklärt.<sup>5</sup>

Um möglicherweise eine Antwort darauf zu finden, soll ein Blick über die Grenze nach Deutschland geworfen werden. Da die österreichische Regelung an die deutsche

---

<sup>1</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Das neue Kindschaftsrecht, 2013, V.

<sup>2</sup> Vgl. *Philadelph/Schuster*, Mediation zur Sicherung des Kindeswohls, in *Gitschthaler* (Hrsg.), Das Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 2013, 316.

<sup>3</sup> Vgl. *o.V.*, Das neue Familienrechtspaket, GÖD 01/2013, 29.

<sup>4</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, V, 12 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Philadelph/Schuster*, in *Gitschthaler*, 322 ff.

angelehnt ist, kann daraus eventuell für die hiesige Praxis eine Lösung gewonnen werden.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich folgende Forschungsfrage, auf die am Ende der Arbeit eine Antwort gegeben wird:

*Wie wirkt sich das KindNamRÄG 2013 auf die Bereiche Mediation und Schlichtung in Obsorgeverfahren aus und gibt es vergleichbare Regelungsinstrumentarien im deutschen Recht, die bei der Umsetzung des Maßnahmenkataloges nach §107 (3) Außerstreitgesetz Anleitung geben könnten?*

Anhand von zahlreichen Sekundär- und auch Primärquellen wird als Vorgangsweise der zwischenstaatliche Rechtsvergleich angestrebt.

Auf geschlechtsneutrale Bezeichnungen wurde aus Gründen der Lesbarkeit verzichtet. Im Text sind immer beiderlei Geschlechter gemeint. Trotzdem wurde, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, auf eine möglichst geschlechtergerechte Formulierung geachtet.

Die Arbeit gliedert sich in fünf große Bereiche. In den ersten zwei Kapiteln werden die Neuerungen in Bezug auf die Obsorge und das KindNamRÄG 2013 aufgezeigt. Im dritten und vierten Kapitel geht es um die Mediation und die Schlichtung. Danach soll die deutsche Rechtslage dargestellt werden. Zum Schluss kommt es zur Gegenüberstellung des Erarbeiteten und zu einem Resümee.

Zudem werden in den Praxisteil der einzelnen Kapitel zwei Experteninterviews mit Dr. Walter Brandstätter, Richter am Bezirksgericht Oberwart, und HR Dr. Theodor Moor, Vorsteher des Bezirksgerichts Oberwart, als empirische Methode, eingearbeitet. Sie sollen Aufschluss darüber geben, wie die praktische Umsetzung aussieht.

Die Relevanz der Arbeit ergibt sich aus ihrer Aktualität und aus der Gewinnung neuer Erkenntnisse.

Zielsetzung ist es, die Neuerungen aufzuzeigen, ihre Auswirkungen und Umsetzungsmöglichkeiten darzulegen und durch eine vergleichende Betrachtung mit der Rechtslage in Deutschland eventuell Alternativen bzw. Anregungen für bestimmte noch weniger geregelte Bereiche zu gewinnen.

Zweck ist somit, für die österreichische Praxis geeignete Möglichkeiten zur Umsetzung der gesetzlichen Regelung aufzuzeigen.

## B. OBSORGE

### I. Begriffserklärung

Die Obsorge ist in §§ 144 ff ABGB geregelt. 1989 fand der Begriff der „Obsorge“ durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 1989 Eingang in das ABGB. Der alte Terminus der elterlichen Gewalt wurde ersetzt. Die Obsorge umfasste nun Pflege und Erziehung, Vermögensverwaltung und Vertretung des Kindes. Sie erfasst nur minderjährige Kinder und endet somit mit der Vollendung des 18. Lebensjahres.<sup>6</sup>

Die Unterscheidung zwischen ehelichem und unehelichem Kind spielte vor dem KindNamRÄG 2013 in Obsorgeangelegenheiten eine große Rolle. Dies äußerte sich bei der Obsorgeberechtigung. Während beim ehelichen Kind beide Eltern zur Obsorge berechtigt waren, war beim unehelichen Kind nur die Mutter dazu befugt.<sup>7</sup> Diese Unterscheidung wurde in der Neuregelung überwunden.<sup>8</sup>

Grundsätzlich gilt bei allen Obsorgeangelegenheiten das Wohlverhaltensgebot des § 145b ABGB. Alle Personen, die mit der Obsorge betraut sind haben zum Wohle des Kindes alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zu anderen Personen, denen Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind zukommen, beschädigen könnte.<sup>9</sup>

Es gilt das Prinzip der Familienautonomie. Dieses besagt, dass familienrechtliche Angelegenheiten einvernehmlich geregelt werden sollen. Das zeigt sich auch aus § 177 Abs 2 ABGB, welcher regelt, dass die Eltern im Falle einer Scheidung dem Gericht die einvernehmlich festgelegten Scheidungsfolgen vorlegen sollen. Das Gericht darf nur dann einschreiten, wenn sich die Eltern nicht auf eine einvernehmliche Lösung einigen können.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Vgl. *Hinteregger*, Familienrecht<sup>5</sup> 2011, 189 f.

<sup>7</sup> Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> 2006, 529 ff.

<sup>8</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, V.

<sup>9</sup> Vgl. *Hinteregger*, Familienrecht 189 f.

<sup>10</sup> Vgl. *Thunhart*, Können Eltern gegen ihren Willen zur Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen gezwungen werden? in *iFamZ* Mai 2011, 139 ff.

## II. Das Obsorgeverfahren

### 1. Definition und gesetzliche Regelung

Beim Obsorgeverfahren handelt es sich um ein außerstreitiges Verfahren, welches somit im AußStrG geregelt ist. Zu finden ist dieses Verfahren in §§ 104 ff AußStrG.<sup>11</sup> Beinahe alle Streitigkeiten in Bezug auf das Kindschaftsrechts sind in dieser Art abzuhandeln.<sup>12</sup>

Obsorgerechtliche Streitigkeiten sind Streitigkeiten nicht vermögensrechtlicher Natur und somit anders als vermögensbezogene Streitigkeiten, wie beispielsweise Unterhaltssachen oder auch die Vermögensverwaltung. Zuständig ist hier jenes Bezirksgericht, in dessen Sprengel das minderjährige Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Es gelten bestimmte Verfahrensbesonderheiten. Dem Kind kommt Parteistellung zu, den Eltern jedoch nur dann, wenn sie Antragsteller oder Antragsgegner sind oder wenn sie in ihren rechtlich geschützten Interessen unmittelbar beeinträchtigt sind. Minderjährige brauchen für gewöhnlich einen Vertreter, es sei denn sie haben das 14. Lebensjahr bereits vollendet. Anzumerken ist, dass einvernehmliche Regelungen, also Vereinbarungen und Vergleiche, Vorrang genießen, was sich aus dem Grundsatz der Familienautonomie ergibt.<sup>13</sup>

### 2. Abgrenzung

Das zivilgerichtliche Verfahren ist von einer „Dualität“ gekennzeichnet: Viele Zivilsachen werden nicht im klassischen Zivilprozess, also im streitigen Verfahren, erörtert. Bestimmte Materien des Bürgerlichen Rechts werden vom Gesetzgeber dem außerstreitigen Verfahren zugeordnet. Die Bezeichnung „Verfahren außer Streitsachen“ weist darauf hin, dass darin alle Verfahren aufgenommen sind, die der Gesetzgeber nicht im Zivilprozess regeln wollte. In der deutschen Regelung werden diese Verfahrensmaterien als „freiwillige Gerichtsbarkeit“ bezeichnet.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Außerstreitgesetz idF BGBl. I Nr. 15/2013.

<sup>12</sup> Vgl. *Neumayr*, Außerstreitverfahren<sup>4</sup> 2012, 72 f.

<sup>13</sup> Vgl. *Neumayr*, Außerstreitverfahren 72 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Neumayr*, Außerstreitverfahren 1 ff.

Den Regelfall für die Behandlung von Materien des bürgerlichen Rechts stellt der Zivilprozess dar. Durch gesetzliche Anordnung in § 1 Abs 2 AußStrG erfolgt die Zuweisung welche Materien im außerstreitigen Rechtsweg zu behandeln sind. Das ist die sogenannte Generalklausel zugunsten des streitigen Verfahrens.<sup>15</sup>

Es gibt somit zwei gleichberechtigte und voneinander unabhängige zivilprozessuale Verfahren. Es gibt keine Verweisung auf den streitigen Rechtsweg und die Entscheidungen im außerstreitigen Verfahren haben dieselbe Bestandskraft. Zusätzlich muss das außerstreitige Verfahren mit denselben Verfahrensgarantien ausgestattet sein. Das führt beispielsweise auch in diesem Bereich zur Anwendbarkeit des Art 6 EMRK.<sup>16</sup>

Ein wesentlicher Unterschied zwischen streitigem und außerstreitigem Verfahren und ein Grund für die Differenzierung ist, dass die Personen oft auch noch in Zukunft miteinander leben bzw. auskommen müssen. Im Gegensatz zum Zivilprozess, der eher vergangenheitsorientiert ist, ist das Außerstreitverfahren zukunftsorientiert. Drei Hauptmotive des Gesetzgebers lassen sich somit erkennen, warum eine Materie außerstreitig abgehandelt werden soll, nämlich dass es mitunter eine Regelung ohne Streit geben soll, dass es in solchen Verfahren eine geringere Formstrenge geben sollte und der Gedanke der “zukunftsorientierten Rechtsfürsorge“.<sup>17</sup>

Darüber hinaus gibt es auch im Verfahren bestimmte Unterschiede. Das Außerstreitverfahren wird durch eine größere Flexibilität der Verfahrensgestaltung, geringere Formstrenge, Hilfeorientiertheit, Verfahrenseinleitung auch von Amts wegen sowie der Betonung der selbstverantwortlichen Lösung eines Konfliktes durch die Parteien gekennzeichnet. Die formalen Bezeichnungen unterscheiden sich ebenso von denen des Zivilprozesses: Es handelt sich beispielsweise nicht um eine Klage, sondern um einen Antrag, nicht um einen Prozess, sondern um ein Verfahren.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Vgl. *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> 2010, Rz 214.

<sup>16</sup> Vgl. *Neumayr*, Außerstreitverfahren 1.

<sup>17</sup> Vgl. *Neumayr*, Außerstreitverfahren 2 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Neumayr*, Außerstreitverfahren 2 ff.

# **C. DAS KINDSCHAFTS- UND NAMENSRECHTSÄNDERUNGSGESETZ 2013**

## **I. Allgemeines**

Bereits seit Ende 2009 wurde an einer Reform des Familienrechts gearbeitet. Als Resultat dieser Arbeiten ist seit Februar 2013 das Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz in Kraft getreten.<sup>19</sup> Dieses steht ganz im Zeichen des Kindeswohls, welches somit den obersten Grundsatz darstellt. Zentrales Ziel, das durch die Neuerung erreicht werden soll, ist eine kürzere Verfahrensdauer, also schnellere Entscheidungen in familiengerichtlichen Verfahren, was unter anderem mit der Familiengerichtshilfe bewerkstelligt werden soll. Darüber hinaus soll die Kontinuität für Kinder nach der Trennung der Eltern verbessert werden. Hierbei ist zu erwähnen, dass das Besuchsrecht zum Kontaktrecht wird und dass die gemeinsame Obsorge beider Eltern zum Regelfall werden soll. Im Hinblick auf die Menschenrechte gibt es auch eine Neuerung, nämlich in Bezug auf die Gleichstellung von Vätern und Müttern sowie von unverheirateten Vätern. Die stärkere Einbindung außergerichtlicher Streitschlichtungsmöglichkeiten durch den Maßnahmenkatalog des § 107 AußStrG ist eine weitere Intention des Gesetzgebers.<sup>20</sup>

## **II. Ausgangssituation und kurze historische Darstellung**

Aufgrund einiger grundrechtlicher Entscheidungen des EGMR und des VfGH sowie im Hinblick auf gesellschaftliche Entwicklungen und bestimmte Fortschritte in den Bereichen Psychologie und Sozialarbeit musste die alte Rechtslage geändert werden.<sup>21</sup> Aus diesem Anlass heraus kam es zu einer grundlegenden Reform des österreichischen Kindschaftsrechts. Ein richtungsweisendes Judikat in diesem Zusammenhang ist weiters das Urteil des VfGH vom 28.06.2012 G 114/11. Darin hat er die Bestimmung, welche besagt, dass der Vater eines unehelichen Kindes nur mit Zustimmung der Mutter die gemeinsame Obsorge erhält und die alleinige Obsorge

---

<sup>19</sup> Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013 idF BGBl. I Nr. 15/2013.

<sup>20</sup> Vgl. o. V., Das neue Familienrechtspaket, in GÖD, 01.2013, 29.

<sup>21</sup> Vgl. Gitschthaler, Kindschafts- und Namenrechtsänderungsgesetz, 1.

nur dann, wenn die Mutter das Kindeswohl gefährde, als verfassungswidrig mit 31.01.2013 aufgehoben.<sup>22</sup>

Zudem kommt es mit der Neuregelung zu einer Weiterentwicklung auf dem Gebiet der Menschenrechte. Zwei bedeutende Urteile sind hier zu erwähnen.<sup>23</sup> In beiden Urteilen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Situation kritisiert, dass die Obsorge beider Eltern bei unehelichen Kindern von der Zustimmung beider Eltern abhängig ist. Beiden Elternteilen müsste laut Urteil die Möglichkeit gegeben werden, an der gemeinsamen Obsorge teilzuhaben, wenn das dem Kindeswohl entspricht.<sup>24</sup>

Abgesehen von dieser Gleichheitswidrigkeit gab es in dieser Situation vor Inkrafttreten des KindNamRÄG 2013 noch weitere Problemfelder in familiengerichtlichen Verfahren. Am meisten kritisiert wurde sowohl von Beteiligten als auch von Familienschutzeinrichtungen die zu lange Verfahrensdauer. Im internationalen Vergleich gibt es in Österreich zwar noch die kürzesten Verfahren, trotzdem ist aus kindespsychologischer und aus Sicht der Beteiligten eine rasche Lösung im Interesse aller Parteien. Anzumerken ist auch, dass eine zu lange Verfahrensdauer gegen das Grundrecht des Art 8 EMRK, also das Recht auf Privat- und Familienleben, verstoßen kann. Das kann damit begründet werden, dass allein die lange Verfahrensdauer dazu geeignet ist, dass eine Entfremdung des Kindes von einem Elternteil eintritt, die nur mehr schwer rückgängig zu machen ist. Diese Ansicht teilt der EGMR in seinem Urteil vom 17.1.2012, 1598/06, Kopf u. Liberda/Österreich.<sup>25</sup>

Zudem ist ein oft kritisierendes Problem die verschiedenen und kaum miteinander vereinbarten Rollen der Familienrichter. Der Richter hat in familienrechtlichen Verfahren sowohl abgeschlossene Sachverhalte, als auch solche die sich permanent verändern zu bewerten. Es besteht die Gefahr, dass er in die emotionalen Konflikte hineingezogen wird.<sup>26</sup>

Eine weitere relevante Entscheidung ist diejenige vom EGMR vom 21.12.2010, 20578/07, Anayo/Deutschland, in der der EGMR kritisiert, dass es dem biologischen Vater des Kindes, das in einem Familienverband mit seiner Mutter und deren Mann

---

<sup>22</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 1.

<sup>23</sup> EGMR 3.12.2009, 22028/04, Zaunegger/Deutschland; EGMR 3.2.2011, 35637/03, Sporer/Österreich.

<sup>24</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 11.

<sup>25</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 12.

<sup>26</sup> Vgl. *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz, 7.



als rechtlichem Vater lebt, verwehrt ist bei Gericht die Einräumung des Besuchsrechts zu beantragen, wenn das Besuchsrecht dem Kindeswohl dient.<sup>27</sup>

Alle genannten Entscheidungen lassen sich im Hinblick darauf zusammenfassen, dass es immer um das Wohl des Kindes geht und dass die Interessen eines Elternteils letztlich nicht ausschlaggebend sind. Die Entscheidungen des EGMR sind somit vom Gedanken getragen, dass es sich bei den Rechten der Eltern um sogenannte „überbundende Rechte“<sup>28</sup> handelt, mit denen sie an der Sicherstellung des Kindeswohls mitwirken sollen.<sup>29</sup> Diese Sichtweise wird vom VfGH geteilt.<sup>30</sup>

### **III. Neuerungen**

Die Neuerungen betreffen die Bereiche des Kontaktrechts, der gemeinsamen Obsorge, des Namensrechts sowie die Gleichbehandlung von unehelichen Kindern. Zudem wird das Kindeswohl genauer umschrieben, die neue Familiengerichtshilfe eingeführt, verbesserte Entscheidungen des Familiengerichts gefördert, die Anlegung von Mündelgeld und die Wirksamkeit von Vaterschaftsanerkennnissen verbessert sowie einheitliche Altersgrenzen für Adoptionen etabliert.<sup>31</sup>

#### **1. Neuerungen im ABGB**

Als eine der wichtigsten Neuerungen ist das Namensrecht in §§ 93 ff ABGB zu nennen, das gelockert und vereinfacht worden ist. Ehegatten können einen gemeinsamen Familiennamen wählen, wobei auch die Namensbildung in Bezug auf Doppelnamen sehr flexibel gestaltet wurde, denn auch Kinder dürfen nun einen Doppelnamen führen.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz, 5.

<sup>28</sup> *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz, 6.

<sup>29</sup> Vgl. *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz, 5 f.

<sup>30</sup> VfGH 28.06.2012, G 114/11.

<sup>31</sup> Vgl. *Fucik*, BMJ gibt das neue Familienrechtspaket in Begutachtung, ÖJZ 2012/06; *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, V ff.

<sup>32</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht 1 f.

Ein weiterer wichtiger Punkt ist das Kindschaftsrecht. Durch Festsetzung zahlreicher Kriterien wurde der Begriff des Kindeswohls näher konkretisiert.<sup>33</sup> Diese Kriterien finden sich in § 138 ABGB und reichen von angemessener Versorgung mit Nahrungsmitteln über Berücksichtigung der Meinung des Kindes, bis hin zur Wertschätzung und Akzeptanz durch die Eltern.

Der großen Zunahme der unehelichen Geburten in Österreich<sup>34</sup> ist durch die Überwindung der Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern Rechnung getragen und der Begriff aus dem ABGB beseitigt worden. Zudem sind im Adoptionsrecht die Altersgrenzen geschlechtsneutral auf 25 Jahre gesenkt worden.<sup>35</sup>

Die umfangreichsten Neuerungen betreffen jedoch das Obsorgerecht. Dieses soll den geänderten Einstellungen und neuen Rollenmodellen, wie etwa der Väterbewegung, gerecht werden.<sup>36</sup>

Nach der neuen Regelung sind beide Elternteile mit der Obsorge betraut, wenn sie zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet sind oder nachträglich die Ehe schließen. Ist das nicht der Fall ist die Mutter ex lege allein obsorgeberechtigt. Von dieser gesetzlichen Zuweisung können die Eltern jedoch abgehen, indem sie durch Vereinbarung oder durch Erklärung vor dem Standesbeamten anderes erklären, zum Beispiel die gemeinsame Obsorge. Eine weitere Neuregelung betrifft die Änderung der Obsorge. Das Gericht kann bei Scheidung oder Trennung für die Dauer von sechs Monaten vorläufig eine Regelung treffen, wenn sich die Parteien nicht einigen können oder eine Vereinbarung nicht zustande kommt.<sup>37</sup>

Weitere Neuerungen gibt es im Bereich des Unterhaltsrechts. Eine Vereinbarung zwischen Elternteil und Kind, die die Höhe des gesetzlich zu leistenden Unterhalts betrifft, bedarf keiner Genehmigung des Pflschaftsgerichtes.<sup>38</sup>

All diese materiell rechtlichen Änderungen haben in weiterer Folge auch Auswirkungen auf das Verfahrensrecht, welches im Zuge dieser Totalreform auch einige bedeutsame Änderungen bzw. Ergänzungen erfahren hat.

---

<sup>33</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht 3.

<sup>34</sup> Vgl. SC Hon.-Prof. Dr. Kathrein, Georg, Das KinNamRÄG 2013- Ziele und Schwerpunkte, Vortrag bei Tagung zum Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013 an der Karl Franzens Universität Graz, 15.03.2013.

<sup>35</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, V ff.

<sup>36</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, V ff.

<sup>37</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 3 ff.

<sup>38</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 5 ff.

## 2. Neuerungen im AußStrG

### a. Allgemeine Neuerungen

Eine allgemeine Neuerung ist die Ausdehnung der relativen Anwaltpflicht, die bis zur Neuregelung nur im Verfahren über Unterhaltsansprüche volljähriger Kinder gegolten hat, und mit dieser Novelle auf alle Unterhaltssachen die Kinder betreffen ausgeweitet wird, wenn der Streitwert über 5000 € liegt. Zusätzlich wird die Möglichkeit einer Familiengerichtshilfe geschaffen. Dabei soll das jeweils zuständige Bezirksgericht bei der Herbeiführung einer gütlichen Einigung oder bei der Information der Parteien unterstützt werden. In Kontaktrechtsverfahren kann die Familiengerichtshilfe auch als Besuchsmittlerin eingesetzt werden.<sup>39</sup>

Ein weiterer Punkt ist die Einführung eines relativen Anwaltszwanges in Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren. Zudem kann das Gericht die Parteien zum Besuch einer Familien-, Eltern- oder Erziehungsberatung, zur Teilnahme an einem Mediations- oder Schlichtungserstgespräch, sowie zur Teilnahme einer Beratung oder Schulung zum Thema „Umgang mit Gewalt oder Aggression“ verpflichten. Unter anderem besteht auch die Möglichkeit einer verbindlichen Elternberatung vor einer einvernehmlichen Scheidung.<sup>40</sup>

Dem Gericht sollen auf diese Weise bessere Hilfsmittel gegeben werden, um familiäre Situationen zu beruhigen und den Streit kalmierende Maßnahmen zu setzen, etwa eine Elternberatung oder Mediation, und durch die Familiengerichtshilfe bessere Möglichkeiten der Sachverhaltsfeststellung zu haben.<sup>41</sup>

### b. Der Maßnahmenkatalog des § 107 Abs 3 AußStrG

#### § 107

*(3) Das Gericht hat die zur Sicherung des Kindeswohls erforderlichen Maßnahmen anzuordnen, soweit dadurch nicht Interessen einer Partei, deren Schutz das Verfahren dient, gefährdet oder Belange der übrigen Parteien unzumutbar beeinträchtigt werden. Als derartige Maßnahmen kommen insbesondere in Betracht*

<sup>39</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 144, 5 f.

<sup>40</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 5 f.

<sup>41</sup> Vgl. *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz, 9 f.

1. der verpflichtende Besuch einer Familien-, Eltern- oder Erziehungsberatung;
2. die Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation oder über ein Schlichtungsverfahren;
3. die Teilnahme an einer Beratung oder Schulung zum Umgang mit Gewalt und Aggression;
4. das Verbot der Ausreise mit dem Kind und
5. die Abnahme der Reisedokumente des Kindes.

(4) Das Gericht kann zur Durchführung von Maßnahmen nach Abs. 3, die auf den Fortgang des Verfahrens Einfluss haben können, mit dem Verfahren, erforderlichenfalls auch mehrfach, innehalten. Im Übrigen gilt § 29 entsprechend.<sup>42</sup>

Die für diese vorliegende Arbeit wichtigste Gesetzesstelle ist § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG. Diese besagt, dass das Gericht die Möglichkeit hat, zur Sicherung des Kindeswohls die Teilnahme an einem Mediations- oder Schlichtungserstgespräch anzuordnen, sofern die Interessen der zu schützenden Partei, also in der Regel die des Kindes, nicht beeinträchtigt werden.

§ 107 AußStrG ist ein Sammelparagraph, der die wichtigsten Verfahrensspezifika des Obsorge- und Kontaktverfahrens enthält. Es handelt sich hierbei um besondere Verfahrensbestimmungen.<sup>43</sup> Durch § 107 Abs 3 AußStrG soll der Maßnahmenkatalog, der dem Pflschaftsgericht zur Sicherung des Kindeswohls zur Verfügung steht, ausgedehnt und auch klargestellt werden.<sup>44</sup> Es handelt sich um eine demonstrative Aufzählung der Maßnahmen.<sup>45</sup>

#### **IV. Kritik am neuen Familienrechtspaket**

Trotz des Rufes nach einer wesentlich fortschrittlichen Reform gibt es auch zahlreiche kritische Meinungen zum KindNamRÄG 2013. Hauptkritikpunkt ist, dass die Dauer der Verfahren nicht wesentlich verkürzt wird.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Vgl. Außerstreitgesetz idF BGBl. I Nr. 15/2013.

<sup>43</sup> Vgl. Außerstreitgesetz idF BGBl. I Nr. 15/2013.

<sup>44</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 150 ff.

<sup>45</sup> Vgl. Vgl. *Simotta*, Daphne- Ariane, Änderungen im Verfahrensrecht, Vortrag bei Tagung zum Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013 an der Karl Franzens Universität Graz, 15.03.2013.

<sup>46</sup> Vgl. *Preims*, Familienrecht, <http://derstandard.at/1353208464459/Familienrecht-Keine-Schlichtungskultur-in-Sicht> [10.06.2013].

Aus der Praxis kommen zahlreiche Kritikpunkte an der Neuregelung. Richter Dr. Walter Brandstätter meint, *„das Gesetz gilt bereits, jedoch fehlen notwendige Einrichtungen, um es auch umzusetzen. Sinnvoll wäre die Einrichtungen vorher zu planen und danach das Gesetz zu beschließen. Meines Erachtens handelt es sich bei der verpflichtenden Elternberatung um eine überschießende Regelung. Insgesamt sind die Anordnungen der Beratung und Mediation gut, wenn sie in der Praxis dann auch Erfolge bringen.“* (II/104-108)

In Bezug auf das Obsorgeverfahren meint er: *„Ich bin mit der Situation sehr unzufrieden, weil der Maßnahmenkatalog praktisch noch nicht richtig zur Verfügung steht. Die Familiengerichtshilfe ist als Besuchsmittler sinnvoll, wenn sie wie geplant vollzogen werden kann. Ich bin deshalb auch nicht zufrieden mit den Instrumentarien, weil es in Krisenfällen nicht möglich ist, sofort in die Familie hineinzufinden. Es gibt keine Möglichkeit hierzu. Man braucht Zuständige, die zu den Parteien hingehen und schauen, wo die Probleme liegen. Die Familiengerichtshilfe kann hier schon eine gute Möglichkeit bieten. Problematisch ist jedoch, dass die FGH noch fast nirgends eingerichtet worden ist. An unser Gericht wird sie vermutlich nicht vor Mitte nächsten Jahres kommen. Das bisher zuständige Jugendamt stellt hier nicht wirklich eine Alternative dar, weil es nur begrenzte Kapazitäten gibt und Probleme der Eltern oft am Wochenende auftreten, wo das Jugendamt keinen Dienstbetrieb hat. Es gibt somit kein aktuelles Nachschauen. Der Grund dafür liegt eben auch in der Überlastung der Jugendämter.“* (II/15-27)

Auch Richter Dr. Moor ist skeptisch im Hinblick auf die neuen Maßnahmen: *„Ob das alles, also dieser Maßnahmenkatalog und auch die Familiengerichtshilfe allein ausreichend ist, wird von mir stark bezweifelt. Der Gesetzgeber hat sich nicht weit genug vorgetraut. Es müsste sich um etwas Dauerhaftes handeln, nicht um einen bloßen Versuch. Notwendig wäre bei der Familiengerichtshilfe etwa eine Sperre des Verfahrens für die Dauer von einem halben Jahr mit Anrufung der Familiengerichtshilfe, damit das Verfahren nicht parallel dazu läuft. Weiters müsste auch gegen das Rachebedürfnis, das viele Eltern an den Tag legen, eine langfristige Lösung gefunden werden.“* (I2/169-176)

Somit zeigt sich sehr deutlich, dass der Gesetzgeber zwar die Sachlage neu geregelt hat, aber dass viele Fragen, die für die praktische Umsetzung von zentraler Relevanz sind, noch unbeantwortet sind. Das Gesetzeswerk stellt somit eine zwar notwendige,

jedoch für die Praxis in bestimmten Bereichen noch wenig erfolgversprechende Lösung dar.

## D. MEDIATION

### I. Begriff und Abgrenzung

Der Begriff Mediation bedeutet zunächst nichts anderes als die deutsche Übersetzung des englischen Wortes „mediation“, das im Wörterbuch mit „Vermittlung“ übersetzt wird.<sup>47</sup> Jedoch geht die eigentliche Definition weit über den engen begrifflichen Inhalt hinaus. Unter Mediation versteht man *„ein freiwilliges Verfahren zur außergerichtlichen Beilegung von Konflikten. Die streitenden Parteien sollen durch einen neutralen und allparteilichen Dritten darin unterstützt werden, selbst Problemlösungen zu entwickeln, die von allen Beteiligten akzeptiert werden“*.<sup>48</sup>

Der österreichische Gesetzgeber definiert Mediation gem § 1 Abs 1 ZivMediatG:

*„Mediation ist eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen.“*<sup>49</sup>

Diese allgemein formulierte Definition bestimmt die charakteristischen Elemente der Mediation. Diese sind die Freiwilligkeit der Parteien, der Mediator als neutraler Vermittler, bestimmte strukturierte Methoden und das angestrebte Ziel, die von den Parteien selbst erarbeitete Lösung.<sup>50</sup>

Zentrales Element ist somit das Prinzip der Freiwilligkeit. Um zu einer Lösung des Konfliktes zu gelangen, muss immer die Bereitschaft beider Parteien gegeben sein. Die Autonomie der Parteien umfasst die Wahl des Mediators, den Ablauf und das Ende des Mediationsverfahrens.<sup>51</sup> Die strenge Auslegung dieses Prinzips ist für die Sinnhaftigkeit der Maßnahme nach § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG von zentraler Bedeutung.

Dem gegenüber stehen bestimmte andere Verfahrensarten. Das Mediationsverfahren kann im Hinblick auf den Zivilprozess, von der Schiedsgerichtsbarkeit und dem Schlichtungsverfahren abgegrenzt werden.

---

<sup>47</sup> Vgl. *Henssler/Koch*, Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, 19.

<sup>48</sup> *Ihde*, Mediation, 2012, 16.

<sup>49</sup> Zivilrechts-Mediations-Gesetz idF BGBl I 2003/29.

<sup>50</sup> Vgl. *Ferz/Filler*, Mediation, 2003, § 1, Rz 2 ff.

<sup>51</sup> Vgl. *Falk/Koren*, ZivMediatG, 2005, § 1 Rz 3 ff.

Beim Zivilprozess handelt es sich um ein staatlich angeordnetes Verfahren, das als Mittel der Durchsetzung subjektiver bürgerlicher Rechte dient. Es ist sowohl in der ZPO als auch der JN geregelt.<sup>52</sup> Das Verfahren bestimmt sich durch das Tätigwerden der Parteien, der Ausgang des Konfliktes liegt jedoch in der Entscheidung eines staatlichen Gerichts. Der Prozess sollte nur als ultima ratio dienen, um den Rechtsfrieden wiederherzustellen.<sup>53</sup>

Die Parteien haben aufgrund der Privatautonomie die Freiheit, selbst festzulegen, ob sie sich für ein gerichtliches oder außergerichtliches Verfahren entscheiden. Allerdings kommt im Falle einer nicht erfolgreichen Mediation die Zivilgerichtsbarkeit subsidiär zur Anwendung. Ein weiterer Unterschied zwischen Mediation und Zivilprozess manifestiert sich in der Entscheidungsfindung. Während diese im Zivilprozess durch eine übergeordnete Instanz getroffen wird, wird in der Mediation das Ende eines Streites durch die Parteien gemeinsam bestimmt. Darüber hinaus finden sich Unterschiede betreffend der Einleitung des Verfahrens: Im Zivilprozess kann eine Partei mittels Antrag allein das Verfahren in Gang setzen, wogegen ein Mediationsverfahren nur zustande kommen kann, wenn beide Parteien zustimmen. Während im Mediationsverfahren das Ziel eine „Win-Win Situation“ ist, bildet das Ergebnis eines Gerichtsverfahrens ein Urteil, das nicht immer dem Willen beider Parteien entspricht.

Bei der Mediation geht es folglich weniger um Schuldzuweisungen, als um die gemeinsame Erarbeitung einer Lösung, die auch in Zukunft zwischen den Parteien Bestand hat. Es kommt somit nicht zu einer Interessenskonfrontation, sondern zur Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen.<sup>54</sup> Anzumerken ist jedoch, dass Mediation keinen Ersatz für das gerichtliche Verfahren darstellt, weil nicht alle Konflikte mediationsgeeignet sind.<sup>55</sup>

Außerdem kann Mediation auch noch von der Schiedsgerichtsbarkeit und der Schlichtung abgegrenzt werden.

Das Schiedsverfahren hat eine besondere Stellung, weil keine Einrichtungen der staatlichen Gerichtsbarkeit tätig werden. Die Parteien können diesen Rechtsweg vereinbaren, wenn sie wollen, dass eine Sache von einer bestimmten Person entschieden wird, die dann eine quasi richterliche Stellung einnimmt. Diese Person

---

<sup>52</sup> Vgl. *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 2.

<sup>53</sup> Vgl. *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 18 ff.

<sup>54</sup> Vgl. *Amthor/Proksch/Sievering*, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, 1993, 124.

<sup>55</sup> Vgl. *Falk/Koren*, Zivilrechts-Mediations-Gesetz § 1 Rz 2.6.



hat die Möglichkeit eine endgültige Entscheidung zu fällen und auch die rechtlichen Folgen zu bestimmen. Prinzipiell sind 2 Arten zu unterscheiden, nämlich die sogenannte Ad-Hoc-Schiedsgerichtsbarkeit und die institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>56</sup> Bei der institutionellen Form wählen die Streitparteien durch eine Schiedsvereinbarung eine Institution und unterwerfen sich deren Verfahrensordnung. Bei der Ad-Hoc-Schiedsgerichtsbarkeit ist hingegen keine Institution beteiligt und die Verfahrensregeln bestimmen sich durch die Parteienvereinbarung.<sup>57</sup>

Der Unterschied zwischen Mediation und Schlichtung ist, dass der Schlichter, ähnlich wie der Schiedsrichter, den Parteien direkte Lösungsvorschläge unterbreiten kann. Der Mediator hingegen lässt die Parteien diese Lösung selbst erarbeiten.<sup>58</sup>

Das Ziel der Schlichtung ist es, dass auf Vorschlag der schlichtenden Person eine Einigung der Interessen der Streitparteien herbeigeführt wird. Solche Schlichtungspersonen sind meist bestimmte Experten, die mit der Materie vertraut sind.<sup>59</sup> Im Gegensatz dazu ist die Mediation eine Form der Vermittlung. Der Mediator hilft bei der Kommunikation und unterstützt die Parteien sowohl bei der Verhandlung als auch bei der Einigung.<sup>60</sup>

Die Grenze zwischen Schlichtung und Mediation wird in Deutschland, anders als in Österreich, sehr scharf gezogen. In Österreich ist eine begriffliche Definition und genaue Abgrenzung der Verfahren noch nicht geregelt. In Deutschland fordert man zunehmend eine genauere Reglementierung um Rechtsklarheit zu schaffen. Anders als in Österreich lässt sich der Unterschied zwischen Mediation und Schlichtung aus den Kommentaren und Materien zum neuen Mediationsgesetz besser herauslesen. Da dieser auch für Österreich relevant ist, können daher diesen Quellen herangezogen werden.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> Vgl. *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht Rz 193.

<sup>57</sup> Vgl. *Pörnbacher/Wortmann*, Schiedsgerichtsbarkeit: Eine wertvolle Alternative zu staatlichen Gerichtsverfahren, ZKM 5/2012, 145.

<sup>58</sup> Vgl. *Unberath*, Gesetz zur Förderung der Mediation, in *Greger/Unberath*, Mediationsgesetz, 2012, Rz. 58.

<sup>59</sup> [www.dolceta.eu/deutschland/Mod1/Was-sind-die-Unterschiede-zwischen.html](http://www.dolceta.eu/deutschland/Mod1/Was-sind-die-Unterschiede-zwischen.html) [10.06.2013].

<sup>60</sup> Vgl. *Töpel/Pritz*, Mediation in Österreich<sup>2</sup> 2005, VII.

<sup>61</sup> Vgl. Kap. F. II.

## II. Entstehung und Zweck

Mediation ist ein außergerichtliches Verfahren zur Streitbeilegung. Es ist ein relativ neues Verfahren, das jedoch eine lange Tradition besitzt. Ihren Ursprung hat sie im Griechenland des 6. Jahrhunderts vor Christus, wo Herrscher zum Staatsoberhaupt und gleichzeitig zum Mediator gewählt worden sind. Auch Aristoteles definierte damals schon den Richterbegriff im Sinne eines Streitvermittlers.<sup>62</sup> Es gibt verschiedene Bezeichnungen, unter denen Mediation im Laufe der Geschichte immer wieder praktiziert worden sind.<sup>63</sup> Die Mediation nach heutigem Verständnis taucht erstmals in den 1970er Jahren in Amerika wieder auf.<sup>64</sup>

Mediation ist ein Bestandteil der ADR-Verfahren. ADR steht für Alternative Dispute Resolution. Das gemeinsame Element dieser Verfahren ist, dass die Entscheidung nicht durch einen Richters bzw. Schiedsrichters getroffen wird.

Seine Ursprünge hat das Mediationsverfahren jedoch vor allem in den Familienkonflikten, im Rahmen von Arbeitskämpfen und auch im völkerrechtlichen Bereich. Seit den 1990er Jahren ist das Mediationsverfahren auch in Europa zunehmend im Kommen.<sup>65</sup>

Die Entwicklung der Mediation im österreichischen Recht begann mit dem Modellversuch zur praktischen Erprobung der Mediation bei Scheidungen in den Jahren 1993 bis 1995. Damals wurde aufgrund des Bedürfnisses die Mediation rechtlich zu verankern, ein solches Projekt ins Leben gerufen. Zudem sollte in familiären Konfliktfällen eine Alternative zu dem gerichtlichen Verfahren geboten werden können.<sup>66</sup>

Durch das Eherechts-Änderungsgesetz 1999 und später das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 wurden zum ersten Mal gesetzliche Regelungen zur Anwendung der Mediation im Bereich des Zivilverfahrensrechts ins Leben gerufen. Parallel dazu ist durch die Novelle des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 die gesetzliche Grundlage für die finanzielle Förderung der Familienmediation etabliert worden. Am 1.5.2004 ist dann das Zivilrechts-Mediations-Gesetz<sup>67</sup> in Kraft getreten,

---

<sup>62</sup> Vgl. *Falk*, Die Entwicklung der Mediation, in *Töpel/Pritz*, Mediation in Österreich<sup>2</sup> 2005, 9.

<sup>63</sup> Vgl. *Metha/Rückert*, Mediation, 2008, 79.

<sup>64</sup> Vgl. *Montada/Kals*, Mediation, 2007, 1.

<sup>65</sup> Vgl. *Ihde*, Mediation, 17 ff.

<sup>66</sup> Vgl. *Philadelphus/Schuster* in Gitschthaler 313 f.; *Ferz/Lison/Wolfart*, Zivilgerichte und Mediation, 2004, 23 f.

<sup>67</sup> Zivilrecht-Mediations-Gesetz BGBl. I Nr. 29/2003.

in dem das Berufsbild des Mediators sowie dessen Tätigkeit und Aufgabenbereich gesetzlich definiert worden sind. Damit soll ein geeigneter Rahmen für die Ausübung der Mediation, sowie ein gewisses Maß an Qualität im Rahmen der Ausbildung garantiert werden.<sup>68</sup> Ziel dieses Gesetzes ist sowohl die Förderung als auch die Anerkennung der Mediation.<sup>69</sup> Diesbezüglich von großer Bedeutung sind die Mediationsrichtlinie, also die RL 2008/52/EG vom 21.05.2008, und das EU-Mediationsgesetz<sup>70</sup>, das zu deren Umsetzung ins nationale Recht erlassen worden ist.<sup>71</sup>

Es gibt mehrere Zielsetzungen, die durch das Mediationsverfahren verfolgt werden. Zum einen ist es wesentlich kostengünstiger und auch zeitsparender für die Parteien.<sup>72</sup> Während auf eine gerichtliche Entscheidung mitunter Jahre gewartet werden muss, kann eine Vereinbarung, die durch Mediation erzielt wird, oft noch am selben Tag erreicht werden. Erfahrungsgemäß schont Mediation die zwischenmenschlichen Beziehungen und ist zudem vertraulich. Während Gerichtsverhandlungen öffentlich sind und Details auch vielfach in den Medien veröffentlicht werden, ist eine solche Publikation bei der Mediation nur möglich, wenn alle Beteiligten ihre Zustimmung geben. Ein weiteres wichtiges Element, vor allem bei Familienkonflikten ist, dass Mediation für alle Beteiligten Erfolge bringt. Im klassischen Zivilprozess gibt es immer Verlierer und Gewinner, aber durch die Mediation wird ein Konsens beider Parteien angestrebt.<sup>73</sup>

### **III. Einsatzbereiche**

Mediation kommt in vielen unterschiedlichen Materien und Ausformungen zur Anwendung. Sie kann bei Konflikten in der Nachbarschaft, bei Problemen am

---

<sup>68</sup> Vgl. *Ferz*, Mediation. An der Schnittstelle zum staatlichen Rechtsschutzsystem, in *Posch/Schleifer/Ferz*, Konfliktlösung im Konsens/ Schiedsgerichtsbarkeit, Diversion, Mediation, 7. Fakultätstag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz, 2010, 303.

<sup>69</sup> Vgl. *Scheuer*, Zum Stand der Mediation in Österreich, ZKM 1/2012, 21.

<sup>70</sup> Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union (EU-MediatG) BGBl. I Nr. 21/2011.

<sup>71</sup> Vgl. *Philadelphly/Schuster* in *Gitschthaler* 313 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Ihde*, Mediation 21.

<sup>73</sup> Vgl. *Ihde*, Mediation 21 ff.

Arbeitsplatz und in der Schule oder im öffentlichen Bereich, etwa bei der Planung und dem Bau bestimmter Vorhaben, relevant werden.<sup>74</sup>

Der hier wichtigste Bereich ist jedoch die Familienmediation, womit Mediation im Problembereich Trennung und Scheidung gemeint ist. Dazu zählen vor allem auch Streitigkeiten nach der Trennung im Hinblick auf Fragen, welche die gemeinsamen Kinder betreffen.<sup>75</sup> Die Familienmediation ist so gesehen, ein ganz besonderer Tätigkeitsbereich des Mediators, weil man es hier großteils mit langjährigen und sehr emotionalen Beziehungen zu tun hat. Anzumerken ist diesbezüglich aber, dass Mediation selbstverständlich auch Grenzen kennt. Bestimmte Faktoren, wie etwa mangelnde Motivation auf einer oder beiden Seiten, das Fehlen der Bereitschaft zur Offenheit und Fairness, ein unauflösbares Machtgefälle zwischen den Parteien oder auch das Fehlen des Willens zur Verständigung schließen die Sinnhaftigkeit einer Mediation regelmäßig aus oder erschweren sie entsprechend.<sup>76</sup>

#### **IV. Zuständigkeit und Ablauf**

Zuständig für die in § 107 Außerstreitgesetz genannte Mediation können Familienberatungsstellen mit speziell dafür ausgebildeten Mediatoren, aber auch das Jugendamt sowie Rechtsanwälte, Psychologen oder Pädagogen sein. In Deutschland kommt zudem eine gerichtsinterne Mediation in Betracht, bei der die Mediation durch den Familienrichter durchgeführt wird.<sup>77</sup>

Mediation läuft in bestimmten Phasen bzw. Stufen ab.<sup>78</sup> Der Mediator hat bei seiner Arbeit eine bestimmte Systematik einzuhalten.<sup>79</sup> In der Vorphase, in der die Parteien grundsätzlich über den Ablauf und das Ziel aufgeklärt werden, wird geklärt, ob der Konflikt überhaupt durch Mediation sinnvoll beigelegt werden kann. In der

---

<sup>74</sup> Vgl. *Ihde*, Mediation 24.

<sup>75</sup> Vgl. *Kleindienst-Passweg/Wiedermann*, Handbuch Mediation, 2000, 1.

<sup>76</sup> Vgl. *Amthor/Proksch/Sievering*, Kindschaftsrecht, 179.

<sup>77</sup> Vgl. *Amthor/Proksch/Sievering*, Kindschaftsrecht, 173.

<sup>78</sup> Vgl. *Diez/Krabbe/Thomsen*, Familien-Mediation und Kinder, 2009, Rz 68 ff; *Prokop-Zischka/Langer*, Konzepte der Mediation, in *Töpel/Pritz*, Mediation in Österreich, 2005, 33 ff.

<sup>79</sup> Vgl. *Falk/Koren*, Zivilrechts-Mediations-Gesetz, § 1 Rz. 12.

darauffolgenden Einleitungsphase werden sie über den Ablauf und die Regeln unterrichtet, wobei ein klarer Mediationsrahmen geschaffen werden soll.<sup>80</sup>

Bei der zweiten und dritten Phase geht es darum, dass die Parteien ihre Sicht des Konfliktes, sowie ihre Bedürfnisse und Interessen darstellen. Phase vier dient dann dazu, Lösungsmöglichkeiten zu sammeln und zu entwickeln. Für diese tragen alle Parteien gemeinsam die Verantwortung. In der letzten Phase sollte eine Übereinkunft zustande kommen, indem sich die Konfliktparteien auf die erarbeiteten Lösungsvorschläge einigen. Wenn er es im speziellen Fall für sinnvoll erachtet, hält der Mediator die Vereinbarung schriftlich fest. Die erarbeiteten Lösungen werden auf diese Art gesichert. Im Anschluss kommt es zur Umsetzung dieser Lösungen durch die Parteien, was jedoch nicht Teil des eigentlichen Mediationsverfahrens ist.<sup>81</sup>

## **V. Maßnahmen und Funktionen**

Die Funktion des Mediationsverfahrens in familienrechtlichen Streitigkeiten ist sowohl die Entlastung der Gerichte als auch der Eltern. Diese äußert sich darin, dass sie durch die Vermeidung eines langen Gerichtsverfahrens sowohl Kosten als auch weitere familiäre Probleme vermeiden.

Das Erstgespräch gem § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG, das vom Gericht verpflichtend angeordnet werden kann, stellt eine wichtige Maßnahme der Mediation dar.

## **VI. Rechtliche Regelung**

Die Mediation ist in der österreichischen Rechtsordnung in vielen unterschiedlichen Bereichen zu finden, etwa im Behinderteneinstellungsgesetz<sup>82</sup>, im Außerstreitgesetz<sup>83</sup>, im Landarbeitsgesetz<sup>84</sup>, wie auch im Gentechnikgesetz<sup>85</sup> und vielen weiteren Regelungen. Das weitaus wichtigste Gesetzeswerk ist jedoch das

---

<sup>80</sup> Vgl. *Ihde*, Mediation, 27 f.

<sup>81</sup> Vgl. Mediation Methode, [www.mediationwien.at/mediation-methode](http://www.mediationwien.at/mediation-methode) [10.06.2013].

<sup>82</sup> Behinderteneinstellungsgesetz idF BGBl. I Nr. 82/2005 Art. 3 § 24f.

<sup>83</sup> Außerstreitgesetz idF BGBl. I Nr. 15/2013 § 107.

<sup>84</sup> Landarbeitsgesetz 1984 idF BGBl. I Nr. 133/2011 Art. 1 § 135.

<sup>85</sup> Gentechnikgesetz idF BGBl. I Nr. 126/2004 § 79m.

Zivilrechts-Mediations-Gesetz.<sup>86</sup> Es definiert in § 1 den genauen Begriff der Mediation. In § 2 finden sich bestimmte Regelungsgegenstände, wie etwa die Einrichtung eines Beirates für Mediation, die Voraussetzungen und das Verfahren für die Eintragung von Personen in die Liste der eingetragenen Mediatoren, sowie von Ausbildungseinrichtungen und Lehrgängen für Mediation. Zusätzlich enthält es in § 15 ff. Vorschriften über die Rechte und Pflichten der Mediatoren.

## VII. Verpflichtendes Erstgespräch gem. § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG

Gemäß § 107 Abs 3 AußStrG hat das Gericht im Verfahren über die Obsorge oder die persönlichen Kontakte *„die zur Sicherung des Kindeswohls erforderlichen Maßnahmen anzuordnen, soweit dadurch nicht Interessen einer Partei deren Schutz das Verfahren dient, gefährdet oder Belange der übrigen Parteien unzumutbar beeinträchtigt werden.“* Als derartige Maßnahme kommt nach Z 2 die *„Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation“* in Betracht.

Schon vor der Neuregelung hatte das Gericht entsprechend § 13 Abs 3 AußStrG in jeder Lage des Verfahrens auf eine einvernehmliche Lösung zwischen den Parteien hinzuwirken.<sup>87</sup>

Mit dieser Neuregelung gibt der Gesetzgeber den Familienrichtern einige konkrete Anordnungen bzw. Aufträge.<sup>88</sup> Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung wurden auch davor schon vom OGH, zur Lösung familiärer Konflikte, als sehr zweckmäßig bezeichnet, aber mangels einer Rechtsgrundlage war keine Anordnung möglich.<sup>89</sup> Der österreichische Gesetzgeber betritt mit dieser Regelung somit Neuland.

Ordnet das Gericht die Teilnahme an einem Mediationserstgespräch an, bringt es damit sehr deutlich zum Ausdruck, dass es ein solches Vorgehen für angebracht hält. Es soll so den Parteien vermittelt werden, dass es sinnvoll wäre, in diesem Fall eine außergerichtlicher Streitbeilegungsform in Erwägung zu ziehen bzw. sich damit auseinanderzusetzen. Jedoch kann man in diesem Fall, da es sich nur um ein Erstgespräch handelt, nicht von einer „Zwangsmediation“ ausgehen. Diese wäre auch

---

<sup>86</sup> Zivilrechts-Mediations-Gesetz idF BGBl I 2003/29.

<sup>87</sup> Vgl. *Kriwanek*, Das neue Außerstreitverfahren, 2004, 36.

<sup>88</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 152.

<sup>89</sup> OGH 15.07.1997, 1 Ob 161/97a.

mit den Prinzipien der Mediation nur schwer vereinbar.<sup>90</sup> Zudem wäre eine solche „Zwangsmediation“ durch § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG auch nicht gedeckt. Die Nichterfüllung dieser Anordnung wird lediglich an der Bereitschaft der Eltern zweifeln lassen. Eine Durchsetzung gegen den Willen der Eltern wäre im Sinne des § 79 ABGB nicht angemessen.<sup>91</sup>

Anders als in vielen europäischen und der amerikanischen Rechtsordnung, wo Mediation mitunter auch bindend in Obsorge- und Besuchsrechtverfahren vorgesehen ist<sup>92</sup>, steht in Österreich sogar schon die verpflichtende Teilnahme an einem Erstgespräch im Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Freiwilligkeit der Mediation. Dieser ist nicht nur ein wichtiges Prinzip, sondern auch eine Voraussetzung für die erfolgreiche Durchführung der Mediation.<sup>93</sup>

Ein wesentlicher Punkt, der für die Neuregelung spricht, ist, dass vielen Personen das Mediationsverfahren immer noch fremd ist, obwohl es in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen hat. Aufgrund dessen erscheint es sinnvoll, die Eltern bei einem Erstgespräch über die Möglichkeiten, aber auch über die Grenzen der Mediation aufzuklären. Nur wenn die Beteiligten hinreichend über alle ihre Handlungsmöglichkeiten aufgeklärt sind, können sie sich für oder gegen eine Mediation entschließen. Die verpflichtende Teilnahme an dem Erstgespräch kann somit helfen, eine erste Hemmschwelle zu überwinden, um überhaupt Kontakt mit einem Mediator aufzunehmen und somit erstmals mit Mediation in Berührung zu kommen. Den Eltern wird die Möglichkeit freigehalten, sich während des Erstgesprächs zu entscheiden. Dieser Argumentation folgend stellt die Anordnung keinen Verstoß gegen das Prinzip der Freiwilligkeit dar.<sup>94</sup>

Bei der Anwendung der Maßnahme durch das Gericht hat dieses zuallererst eine Güterabwägung durchzuführen. Aus S 1 Abs 3 ergibt sich deutlich, dass es für die Anordnung der Maßnahme den Vorbehalt gibt, dass eine solche die Belange der Eltern bzw. des Kindes nicht unzumutbar beeinträchtigen darf. Keine geeignete Möglichkeit wäre eine solche Vorgehensweise bei Gewaltbereitschaft in der Familie oder anderen Aggressionen.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 151.

<sup>91</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 153.

<sup>92</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 151.

<sup>93</sup> Vgl. *Philadelphly/Schuster* in *Gitschthaler* 317 f.

<sup>94</sup> Vgl. *Philadelphly/Schuster* in *Gitschthaler* 317 ff.

<sup>95</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 153.

Für die Anordnung der Maßnahme ist die Gefährdung des Kindeswohls jedoch nicht nötig. Ebenso wenig muss es ultima ratio zur Sicherung des Kindeswohles sein.<sup>96</sup> Wichtig ist hier jedoch zu erwähnen, dass das Gericht immer den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren muss, was sich auch aus Art 8 EMRK ergibt, welcher Folgendes besagt:

*(1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.*

*(2) Ein Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.*<sup>97</sup>

Dieser Artikel gilt als Grundrecht, das sowohl auf europäischer als auch nationaler Ebene von großer Bedeutung ist. Sein Schutzbereich umfasst allgemein die Privatrechtssphäre einer Person, wozu auch ihr Familienleben zählt. Die angeordnete Maßnahme, die einen Eingriff in das Grundrecht darstellen kann, muss geeignet und erforderlich zur Sicherung des Kindeswohles sein. Zudem muss er gesetzlich vorgesehen sein und darf nicht außer Verhältnis zur Förderung der Interessen des Kindes stehen. Darüber hinaus hat der EGMR schon sehr früh in Zusammenhang mit Art 8 EMRK eine Schutzpflicht des Staates, vor allem des Gesetzgebers, betont.<sup>98</sup> Das Gericht muss bei Anordnung einer solchen Maßnahme immer das für die betroffenen Personen gelindeste Mittel wählen. Entschließt sich das Gericht zur Anordnung einer Mediation, kann es gemäß § 107 Abs 4 iVm § 29 AußStrG mit dem Verfahren innehalten.<sup>99</sup>

Ein vom Gesetz nicht geregelter, jedoch für die Praxis höchst relevanter Aspekt sind auch die teilnehmenden Personen. Der Gesetzgeber lässt offen, wer ein Mediationsgespräch durchführen kann und wie viele und welche Personen konkret bei dem Erstgespräch anwesend sein sollen. Anhaltspunkte dafür finden sich weder

---

<sup>96</sup> Vgl. *Simotta*, Daphne-Ariane, Änderungen im Verfahrensrecht, Vortrag bei Tagung zum Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013 an der Karl Franzens Universität Graz, 15.03.2013.

<sup>97</sup> Vgl. Europäische Menschenrechtskonvention idF BGBl III 2010/47.

<sup>98</sup> Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>9</sup> 2012, Rz 815 ff.

<sup>99</sup> Außerstreitgesetz idF BGBl. I Nr. 15/2013.



im Gesetzestext noch in den Materialien. Man kann davon ausgehen, dass nicht nur eingetragene Mediatoren zur Führung solcher Gespräche befugt sind, da es keinen Verweis auf das ZivMediatG gibt. Bei eingetragenen Mediatoren handelt es sich um solche, die auf der Homepage des BMJ aufscheinen. Sie müssen gemäß § 9 ZivMediatG bestimmte Voraussetzungen, wie beispielsweise die Vollendung des 28. Lebensjahres sowie eine bestimmte fachliche Qualifikation und Vertrauenswürdigkeit erfüllen.<sup>100</sup> Neben diesen eingetragenen können jedoch auch nicht eingetragene Mediatoren, einschlägige Beratungsstellen und aufgrund der offenen Formulierung sogar jede denkbare Person in Betracht kommen. Das birgt natürlich die Gefahr in sich, dass Ablauf, Möglichkeiten und Rechtsfolgen nicht ordnungsgemäß aufgezeigt werden.<sup>101</sup>

Weiters ist nicht geregelt, wie viele Personen an einem solchen Gespräch teilnehmen können. Es könnten nur die Streitparteien aber auch mehrere Elternpaare gemeint sein.<sup>102</sup>

Eher unklar erscheint in diesem Zusammenhang auch die genaue Ausgestaltung des Mediationsverfahrens. Vor allem für die Verfahren, die von eingetragenen Mediatoren mediiert werden und die somit nicht in den Schutzbereich des ZivMediatG fallen, ist diese Situation unbefriedigend.<sup>103</sup>

Das Erstgespräch hat vor allem den Zweck, dass sich die Parteien zusammensetzen und die jeweilige Ausgangssituation klären. Ihnen wird die Möglichkeit gegeben ihre Sicht der Umstände bzw. des Streites darzulegen. Aufgabe der Mediatoren im Erstgespräch ist, die Parteien über das Mediationsverfahren zu informieren und auch die Sinnhaftigkeit eines solchen zu besprechen.<sup>104</sup>

Verfahren, bei denen das ZivMediatG<sup>105</sup> zur Anwendung kommt, sind weitaus konkreter geregelt. Es ergeben sich bestimmte Rechte und Pflichten, sowie Rechtsfolgen, wie sich in §§ 15 ff zeigt. Gemäß § 22 ZivMediatG wird durch den Beginn der Mediation auch der Anfang und Fortlauf der Verjährung gehemmt. Zudem bestehen laut §§ 16 ff eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht sowie

---

<sup>100</sup> Zivilrechts-Mediations-Gesetz idF BGBl I 2003/29.

<sup>101</sup> Vgl. *Philadelphia/Schuster* in *Gitschthaler* 319 f.

<sup>102</sup> Vgl. *Philadelphia/Schuster* in *Gitschthaler* 320.

<sup>103</sup> Vgl. *Philadelphia/Schuster* in *Gitschthaler* 322.

<sup>104</sup> Vgl. Mediationserstgespräch, [www.mediation-wolfratshausen.de/erstgespraech/erstgespraech.html](http://www.mediation-wolfratshausen.de/erstgespraech/erstgespraech.html) [10.06.2013].

<sup>105</sup> Zivilrechts-Mediations-Gesetz idF BGBl I 2003/29.

Aufklärungs- und Dokumentationspflichten des Mediators. Unklar ist die Situation auch hier bei Verfahren, die nicht dem ZivMediatG unterliegen.<sup>106</sup>

All diese unklaren Fragen werden vermutlich erst im Laufe der Zeit durch eine weitere Neuregelung oder Konkretisierung des Gesetzestextes, oder durch praktische Anwendung der Gerichte geklärt werden.

## VIII. Umsetzung der Neuregelung in der Praxis

Die Neuregelung durch das KindNamRÄG 2013 wurde in vielen Bereichen mit Wohlwollen, aber auch einer gewissen Skepsis zur Kenntnis genommen. Hier soll einerseits die Meinung des ÖBM und ÖNM, stellvertretend für die Interessen der Mediatoren, und andererseits die Haltung der Richter bzw. Gerichte dargestellt werden.

Zwei in der Praxis wichtige Akteure im Bereich der Mediation, der Österreichische Bundesverband für Mediation (ÖBM) und das Österreichische Netzwerk Mediation (ÖNM), sehen die Neuregelung als großen Fortschritt.<sup>107</sup>

Beim ÖBM handelt es sich um eine Fach- und Interessensvertretung für Mediation. Er hat es sich zum Ziel gemacht, dass Mediation in der Gesellschaft besser aufgenommen und so als fixer Bestandteil der Streitkultur wahrgenommen wird.<sup>108</sup>

Der ÖNM ist ein Dachverband für Mediation. Sein Ziel ist die Kooperation der unterschiedlichen Mediationsverbände und Ausbildungsinstitute und die Förderung der Entwicklung der Mediation. Die Rolle der Mediation soll in der Gesellschaft und deren Streitkultur zunehmend verbessert werden.<sup>109</sup>

§ 107 Abs 3 AußStrG bietet eine neue gesetzliche Grundlage für Mediation und ist daher aus Sicht der Mediationsverbände sehr begrüßenswert. Trotzdem besteht die Meinung, dass der Gesetzgeber weiterhin zu wenig regelt.<sup>110</sup>

Er definiert nämlich weder Maßnahmen noch Stellen, die dafür zuständig sein sollen. Zudem fehlt eine Klarstellung, dass es sich bei der Mediation um eine Mediation iSd

---

<sup>106</sup> Vgl. *Philadelphy/Schuster* in *Gitschthaler* 321 f.

<sup>107</sup> Vgl. Stellungnahme des ÖBM und ÖNM zum Entwurf des KindNamRÄG, [www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME\\_00432\\_14/imfname\\_273943.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00432_14/imfname_273943.pdf). [10.06.2013].

<sup>108</sup> Vgl. ÖBM, [www.oebm.at/cms/index.php](http://www.oebm.at/cms/index.php) [10.06.2013].

<sup>109</sup> Vgl. ÖNM, [www.netzwerk-mediation.at/](http://www.netzwerk-mediation.at/) [10.06.2013].

<sup>110</sup> Vgl. Stellungnahme des ÖBM und ÖNM, [www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME\\_00432\\_14/imfname\\_273943.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00432_14/imfname_273943.pdf). [10.06.2013].

ZivMediatG handelt. Aber eine solche Klarstellung wäre im Bezug auf sämtliche Details des Erstgesprächs sinnvoll. Unter anderem ergibt sich der Beginn einer Mediation, der ab der ersten Mediationssitzung erfolgt, aus dem ZivMediatG. Zudem werden Rechte und Pflichten des Mediators geregelt und ein gewisser Qualitätsstandard gewahrt.<sup>111</sup> Wichtig ist es auch klarzustellen, ob es sich beim Erstgespräch um mehr als ein reines Informationsgespräch handelt und ob somit bereits der Schutz des ZivMediatG zur Anwendung kommt, der sich auf die Verschwiegenheit und die Fristenhemmung bezieht und den Parteien zugutekommt.<sup>112</sup>

Durch diese Rechtsunsicherheit wird die Anwendbarkeit in der Praxis erheblich erschwert.

Um diese Unsicherheit zu überwinden könnte man in Bezug auf die Mediationsstellen, Stellen bzw. Mediatoren heranziehen, die bereits jetzt im Rahmen der „geförderten Familienmediation“ mit dem Problembereich zu tun haben. Die geförderte Familienmediation ist eine Art von Mediation, die vom BMWFJ unterstützt wird, genauer aus dem Familienlastenausgleichsfonds. Sie wird hier von zwei Mediatoren durchgeführt, davon muss einer eine psychosoziale und der andere eine juristische Ausbildung haben. Diese Art der Mediation wird als die sogenannte Co-Mediation bezeichnet.<sup>113</sup> Die Kosten einer Mediationsstunde richten sich nach der Höhe des Familieneinkommens. Das BMWFJ gewährt hier gegebenenfalls auch Zuschüsse.<sup>114</sup> Zudem werden vom BMWFJ bestimmte ausgewählte Vereine gefördert, deren Mitglieder ausgebildete Familienmediatoren sind. Eine Familienförderung kann somit nur in Anspruch genommen werden, wenn sich die Parteien für Mediatoren entschieden haben, die in der Liste des BMJ genannt werden. Die Qualifikationen der Mediatoren sowie alle sonstigen Bestimmungen zur geförderten Familienmediation werden in den "Richtlinien zur Förderung der Mediation" näher erläutert.<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> Zivilrechts-Mediations-Gesetz idF BGBl I 2003/29.

<sup>112</sup> Vgl. Stellungnahme des ÖBM und ÖNM, [www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME\\_00432\\_14/imfname\\_273943.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00432_14/imfname_273943.pdf) [10.06.2013].

<sup>113</sup> Vgl. *Stadlmaier*, Familienmediation: Einladung zum konstruktiven Miteinander, in *iFamZ* Jänner 2011, 54 ff.

<sup>114</sup> Vgl. geförderte Mediation, [www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Seiten/Mediation.aspx](http://www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Seiten/Mediation.aspx) [10.06.2013].

<sup>115</sup> Vgl. Familienmediation -geförderte Mediation, [www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Seiten/Mediation.aspx](http://www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Seiten/Mediation.aspx) [10.06.2013]; *Stadlmaier*, in *iFamZ*, 54 ff.

In der Praxis spricht vieles für den Weiterausbau dieser Art von Mediation, weil sie auch für den Bereich der Obsorgeverfahren aus Kostengründen günstig wäre und weil somit die Parteien eine größere Motivation aufbringen sich diesem Verfahren zu öffnen.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass auf Seiten der Mediatoren und deren Verbänden die Neureglung positiv zur Kenntnis genommen wurde. Da sie jedoch erst seit Februar 2013 in Kraft ist, gibt es bisher wenig bis gar keine speziellen Erfahrungen damit. Man kann sich somit nur auf theoretische Aussagen berufen.

Auch bei den Bezirksgerichten, ist man mit dem Maßnahmenkatalog des § 107 Abs 3 AußStrG noch nicht vertraut. Richter Dr. Brandstätter meint *„Ich habe bisher keine Erfahrungen mit dem Maßnahmenkatalog gemacht. Seit der neuen Rechtslage hatte ich zwei Verhandlungen im Februar, in denen ich es in Erwägung gezogen habe, eine solche Maßnahme anzuordnen. Das hat sich schlussendlich jedoch nicht als notwendig erwiesen. [...] Da die Regelung noch zu neu ist, bestehen kaum Erfahrungen damit.“* (II/30-34)

Trotzdem wird die neue Maßnahme von ihm als richtig angesehen *„Ich halte die Maßnahmen des § 107 Abs 3 AußStrG durchaus für sinnvoll. [...] Eltern sind oft nicht in der Lage zu sehen, wo die Bedürfnisse des Kindes liegen. Die Eltern sind zerstritten und streiten oft sogar vor dem Kind. Was heißt das für das Kind? Es bedeutet zum einen, einen Loyalitätskonflikt, den das Kind austragen muss, und zum anderen fühlt es sich für die Streitigkeiten der Eltern verantwortlich. Am schlimmsten ist natürlich wenn ein Elternteil den anderen beim Kind anschwärzt. Darunter haben die Kinder oft sehr zu leiden. Eltern sollten so für die Bedürfnisse der Kinder die Augen geöffnet werden. [...]*

*Die Einstellung der Eltern soll geändert werden. Ich könnte mir zudem vorstellen, dass man Mediation und Beratung zusammen anordnet. [...]*

*Zusammengefasst finde ich die Neureglung schon sinnvoll, vorausgesetzt es handelt sich bei diesen Maßnahmen nicht um bloße Formalitäten, die die Parteien nur annehmen, weil es im Gesetz vorgeschrieben ist. Man braucht Stellen mit fähigen Leuten, wie bei allen Institutionen. Ob das alles in der Praxis jedoch zustande kommt, ist fraglich.“* (II/39-58).

Die theoretische Anwendung in der Praxis schildert Richter Dr. Brandstätter in Bezug auf die zuständigen Stellen *„Hier verweise ich die Leute auf die Liste der Homepage des Bundesministeriums im Internet. Die Parteien können sich selbst die*

*Mediationsstelle aussuchen. Sie können demnach selbst entscheiden, welchen Mediator sie kontaktieren. Meistens wird das vermutlich jemand sein, der in der näheren Umgebung der Parteien angesiedelt ist. Ich habe bereits mit einer Mediatorin in Wien sehr gute Erfahrungen gemacht, jedoch bezweifle ich, dass die Parteien bereit sind nach Wien zu fahren.“ (II/73-79)*

Zum Ablauf nach Auswahl einer Stelle äußert er sich wie folgt: *„Nach Auswahl einer Stelle warte ich auf die Rückmeldung. Das kann zirka drei bis vier Monate dauern, je nachdem. Es hängt vom Mediator und von der Entwicklung der Personen ab. Oft gibt man auch einen bestimmten Zeitrahmen für die Rückmeldung. Die Mediation stellt ein Mittel dar, um die Parteien in der Sache selbst weiterzubringen. Der Idealfall wäre somit, dass die Parteien beim Mediationsverfahren auf eine Lösung gestoßen sind. Dann würde eventuell der Antrag zurückgezogen.“ (II/85-90).*

Als Zwischenfazit ist somit zu sagen, dass es aufgrund der kurzen Zeitspanne, die seit dem Inkrafttreten des KindNamRÄG 2013 vergangen ist, in Österreich noch wenig praktische Erfahrungen damit gibt. Aufgrund des theoretischen Wissens über ihre Möglichkeiten und der guten Voraussetzungen, die sowohl auf Seiten der Justiz als auch auf Seiten der Mediatoren bestehen, steht der vermehrten Anwendung der Mediation in obsorgerechtlichen Verfahren zukünftig nichts mehr im Weg.

## **E. SCHLICHTUNG**

### **I. Begriff und Abgrenzung**

Der Begriff Schlichtung kann vom althochdeutschen Wort „slihten“ abgeleitet werden und kann mit „ebnen“ oder „glätten“ übersetzt werden. Die Schlichtung wird als Maßnahme verstanden, bei der ein unbeteiligter Dritter zwischen streitenden Parteien vermittelt, um deren Streit zu klären. Das klingt zunächst gleich wie der Begriff der Mediation. Bei der Schlichtung handelt es sich jedoch um ein Verfahren der Konfliktlösung, bei dem ein beauftragter Dritter die Parteien dadurch unterstützen soll, indem er ihnen einen Lösungsvorschlag unterbreitet.<sup>116</sup> Der Schlichter erarbeitet somit keine Lösung mit den Parteien, sondern er gibt eine solche vor. Daher kann man sagen, dass die Schlichtung auch eng mit dem Schiedsverfahren verwandt ist.<sup>117</sup>

Die Schlichtung gilt nicht mehr wie im umgangssprachlichen Gebrauch als Oberbegriff für alle Verfahren der Streitvermittlung, denn sie stellt eine eigene Art derselben dar.<sup>118</sup>

Das Schlichtungsverfahren kann sowohl gegenüber der Mediation, als auch gegenüber dem Schiedsverfahren deutlich abgegrenzt werden. Zur Unterscheidung siehe Kap. D I.

### **II. Entstehung und Zweck**

Wie das Mediationsverfahren entwickelte sich auch das Schlichtungsverfahren schon vor geraumer Zeit. Da man in der Vergangenheit kaum beziehungsweise sehr wenige Unterschiede zwischen den beiden Verfahren annahm, ist ihre Entstehung größtenteils als einheitlich zu betrachten.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Vgl. *Greger*, Recht der alternativen Konfliktlösung in *Greger/Unberath*, Mediationsgesetz/Recht der alternativen Konfliktlösung, 2012, Rz 4 ff; *Trossen*, Streitvermittlung, [www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation](http://www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation) [10.06.2013].

<sup>117</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz 56 ff; *Trossen*, Streitvermittlung, [www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation](http://www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation) [10.06.2013].

<sup>118</sup> Vgl. *Trossen*, Streitvermittlung, [www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation](http://www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation) [10.06.2013].

<sup>119</sup> Vgl. Entstehung der Mediation in Kap. D. II.

Aufgrund der ähnlichen Entwicklung ist auch der Zweck des Schlichtungsverfahrens mit dem des Mediationsverfahrens vergleichbar.

Beide geben den Parteien außergerichtliche Möglichkeiten ihre Streitigkeiten zu lösen. Es handelt sich um ein rein informelles Verfahren, das den Vorteil hat, dass sich die Parteien nicht nur erhebliche Summen an Geld sparen, sondern auch, dass ihre zwischenmenschlichen Beziehungen in gewisser Weise geschont werden.<sup>120</sup>

### **III. Einsatzbereiche**

Die Schlichtung kommt allgemein immer dort zum Tragen, wo sich zwei Parteien nicht auf eine vertragliche Regelung einigen können.

Wichtige Bereiche sind somit die Bankenschlichtung, die Schlichtung bei Familienkonflikten, im Bauwesens, Nachbarrecht und Arbeitsrecht. Immer dort wo persönliche Beziehungen drohen an Konflikten zu zerbrechen, ist ein solches Verfahren relevant.<sup>121</sup> Es gibt jedoch nicht immer geeignete Schlichtungseinrichtungen, was ein großes Problem für die praktische Anwendung darstellt.<sup>122</sup>

Wie in Deutschland gibt es auch in Österreich bestimmte Einrichtungen, die vor Anrufung des Gerichtsverfahrens mit der Sache befasst werden müssen. Man nennt eine solche Vorgehensweise „obligatorisches Schlichtungsverfahren“.<sup>123</sup> Ein solches ist beispielsweise im Nachbarschaftsrecht<sup>124</sup> vorgesehen. Die Parteien werden verpflichtet, vor Anrufung des Gerichts, unter Mithilfe der Schlichtungsstelle eine Lösung zu finden. Wenn sie zu keiner Einigung kommen, steht ihnen in weiterer Folge noch der Rechtsweg zur Verfügung.<sup>125</sup>

---

<sup>120</sup> Vgl. Zweck des Schlichtungsverfahrens, [www.schlichtungsverfahren.ch/zweck-des-schlichtungsverfahrens](http://www.schlichtungsverfahren.ch/zweck-des-schlichtungsverfahrens) [10.06.2013].

<sup>121</sup> Vgl. Greger, Schlichtungsverfahren, [www.reinhard-greger.de/aber/schlichtung.htm](http://www.reinhard-greger.de/aber/schlichtung.htm) [10.06.2013]

<sup>122</sup> Vgl. dazu Kap. E. VIII.

<sup>123</sup> Vgl. Unberath in Greger/Unberath, Rz 63.

<sup>124</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch ÜR idF BGBl. I Nr. 91/2003 Art 3.

<sup>125</sup> Vgl. Außergerichtliche Streitschlichtung, [www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/101/Seite.1010140.html](http://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/101/Seite.1010140.html) [10.06.2013].

## **IV. Zuständigkeit und Ablauf**

In Österreich gibt es bisher keine Stellen, die für die Familienschlichtung zuständig sind. Beim Entwurf des KindNamRÄG 2013 war die Einrichtung einer solchen gefordert worden, was jedoch vom Gesetzgeber nicht umgesetzt wurde.<sup>126</sup> In anderen Bereichen lassen sich Schlichtungseinrichtungen finden, wie beispielsweise im Bank- oder Mietrecht, im Zivilrecht bei Nachbarschaftsstreitigkeiten<sup>127</sup> sowie in Konsumentenschutzangelegenheiten.<sup>128</sup>

Somit sind weder die zuständigen Stellen noch der Ablauf einer solchen Schlichtung im Zusammenhang mit der Neuregelung des § 107 Abs 3 AußStrG geklärt. Man kann sagen, dass die Situation im Vergleich zur Mediation noch wesentlich unklarer und daher auch komplizierter ist.

## **V. Maßnahmen und Funktionen**

Die Funktion des Schlichtungsverfahrens in familienrechtlichen Streitigkeiten ist, ähnlich wie bei der Mediation, sowohl die Entlastung der Gerichte als auch der Eltern, denen auch hier Kosten, Zeit und eine vermehrte Familienzerrüttung erspart werden soll.

Maßnahmen sind ebenso im Falle der Schlichtung das Erstgespräch, das vom Gericht verpflichtend angeordnet werden kann, und in weiterer Folge das Schlichtungsverfahren.

## **VI. Rechtliche Regelung**

In Österreich gibt es kein Gesetz, das speziell die Schlichtung und das Schlichtungsverfahren regelt. Das Verfahren, die zuständigen Stellen und ihre Anwendbarkeit befinden sich in den einzelnen Materiengesetzen. Im Bezug auf

---

<sup>126</sup> Siehe Kap. E VII.

<sup>127</sup> Vgl. Schlichtungsstellen in Österreich, [www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/101/Seite.1010140.html](http://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/101/Seite.1010140.html) [10.06.2013].

<sup>128</sup> Vgl. Schlichtungsstellen in Konsumentenschutzsachen und Mietrecht, [www.konsumentenfragen.at/konsumentenfragen/Mein\\_Alltag/Themen/Rechtsdurchsetzung/Schlichtungsstellen](http://www.konsumentenfragen.at/konsumentenfragen/Mein_Alltag/Themen/Rechtsdurchsetzung/Schlichtungsstellen) [10.06.2013]; Bankenschlichtung, [www.bankenschlichtung.at](http://www.bankenschlichtung.at) [10.06.2013].



Familiensachen und somit auch auf das Obsorgeverfahren kann man keine solche Regelung finden. Diese Tatsache trägt somit zusätzlich zu dem Mangel an zuständigen Stellen zur Rechtsunsicherheit in diesem Bereich bei.

## **VII. Verpflichtendes Schlichtungserstgespräch gem § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG**

Als notwendige Maßnahme zum Schutz des Kindeswohls im Obsorgeverfahren wird in § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG auch die Teilnahme an einem Erstgespräch über ein Schlichtungsverfahren aufgezählt. Hier lassen sich, wie man bereits erahnen kann, noch zahlreiche ungeklärte Fragen finden. Wie beim Mediationsverfahren<sup>129</sup> ist auch beim Schlichtungsverfahren fraglich, welche Ansichten der Gesetzgeber im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung des Erstgesprächs hatte.<sup>130</sup>

Unklar ist, ob aufgrund der Aufzählung in Z 2, in der von „*Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation oder über ein Schlichtungsverfahren*“<sup>131</sup> die Rede ist, die Anordnung zur Teilnahme an einem Schlichtungserstgespräch als echte Alternative zum Mediationserstgespräch zu sehen ist. Es handelt sich zwar bei beiden um eine außergerichtliche Methode zur Konfliktlösung, jedoch bleibt abzuwarten, ob eine Schlichtung genauso gut wie eine Mediation eine solche herbeiführen kann.<sup>132</sup>

Man könnte meinen, dass der Gesetzgeber aufgrund der gemeinsamen Aufzählung die Schlichtung in den Bereich der Mediation einbeziehen wollte. Meines Erachtens spricht dafür, dass die anderen Ziffern des § 107 Abs 3 AußStrG jeweils eine für sich getrennte Maßnahme darstellen. Wenn der Gesetzgeber also sowohl ein Schlichtungs- als auch ein Mediationsverfahren als Möglichkeiten angestrebt hätte, wäre ein Verfahren in einer weiteren Ziffer erwähnt worden.

Eine ganz andere Herangehensweise stellt sich mit der Frage, ob in § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG das Schlichtungsverfahren im Rahmen eines obligatorischen Verfahrens gemeint sein könnte, wie es in anderen Bereichen der Rechtsordnung bereits vorgesehen ist. Bisher lassen sich dazu keine Hinweise finden. In den Gesprächen

---

<sup>129</sup> Vgl. ähnliche Problematik zum Erstgespräch über Mediation Kap. D. VII.

<sup>130</sup> Vgl. *Philadelph/Schuster* in *Gitschthaler* 322 f.

<sup>131</sup> Außerstreitgesetz idF BGBl. I Nr. 15/2013 § 107.

<sup>132</sup> Vgl. *Philadelph/Schuster* in *Gitschthaler* 322 ff.

zur Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs zum KindNamRÄG 2013 wurde diese Forderung jedoch erhoben.<sup>133</sup>

Dabei wurde allerdings darauf hingewiesen, dass bestimmte familiäre Konfliktsituationen auf keinen Fall Fragen seien, mit denen sich die Familiengerichte belasten sollten. Eine geeignete Schlichtungsstelle mit ausgebildeten Sozialarbeitern und Psychologen könnte sich besser um die Streitlösung bemühen und ein geeignetes Ergebnis herbeiführen, bevor die Sache vor einem Richter getragen wird.<sup>134</sup>

Eine solche Institution würde zu ihrer Wirksamkeit voraussetzen, dass die Anrufung des Gerichts erst dann möglich ist, wenn zuerst das Schlichtungsverfahren in Anspruch genommen worden und in weiterer Folge gescheitert ist. Ein derartiges Rechtsinstitut würde im Spannungsverhältnis zu Art 6 EMRK stehen. Dieser besagt, dass jede Person ein Recht darauf hat, dass über Streitigkeiten im Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen von einem unabhängigen und unparteiischen, auf dem Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.<sup>135</sup> Der Gesetzgeber hat jedoch von dieser Regelung Abstand genommen.<sup>136</sup>

Da folglich das Problem der fehlenden Benennung einer Schlichtungsstelle<sup>137</sup> besteht und somit in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu den noch nicht erledigten Anliegen gehört, wird die Umsetzung noch einige Zeit in Anspruch nehmen.<sup>138</sup>

Um eine solche unbefriedigende Situation zu erleichtern, könnte man die Familiengerichtshilfe (FGH) als "Quasischlichtung" heranziehen, wie das im Rahmen eines Vortrages einer familienrechtlichen Tagung erläutert worden ist.<sup>139</sup>

Die Familiengerichtshilfe ist in §§ 106a, 106b und 106c AußStrG geregelt. Ihre Ziele sind die Verfahrensbeschleunigung, die Lösung der Rollenkonflikte der Richter sowie die Herbeiführung einvernehmlicher Lösungen.<sup>140</sup>

Die Aufgaben der FGH sind äußerst vielschichtig. Sie reichen von Rat und Hilfe an Elternteilen über die Vorbereitung von Vergleichen bis hin zu Berichten an das

---

<sup>133</sup> Vgl. Jugendanwältin zum Entwurf des KindNamRÄG 2013, <http://derstandard.at/1348285638420/Jugendanwaeltin-Monika-Pinterits-zur-gemeinsamen-Obsorge> [10.06.2013].

<sup>134</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 19.

<sup>135</sup> Europäische Menschenrechtskonvention idF BGBl III 2010/47

<sup>136</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 19.

<sup>137</sup> Vgl. *Philadelphly/Schuster* in *Gitschthaler* 323.

<sup>138</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 18 f.

<sup>139</sup> Vgl. *SC Hon.-Prof. Dr. Kathrein, Georg*, Das KinNamRÄG 2013- Ziele und Schwerpunkte, Vortrag bei Tagung zum Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013 an der Karl Franzens Universität Graz, 15.03.2013.

<sup>140</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 17.

Gericht. Personen, welche die FGH durchführen, kommen aus dem psychologischen, pädagogischen oder sozialarbeiterischen Bereich. In diesem Rahmen können auch Gutachten erstellt werden, die dann an das Gericht herangetragen werden und dem Richter bei der Entscheidungsfindung behilflich sein sollen.<sup>141</sup>

Eine konkrete Aufgabe stellt das Clearing dar. Dieses soll möglichst rasch zu Beginn des Verfahrens durchgeführt werden und die Möglichkeiten einer gütlichen Einigung ausloten und anbahnen. Die Parteien werden über diese Möglichkeit informiert und die wesentlichsten Streitpunkte werden eruiert. Das Ergebnis dieses Clearings kann als Entscheidungsgrundlage verwendet werden.<sup>142</sup> Dieses Clearing könnte somit als „Quasischlichtung“ angesehen werden.

Bisher handelt es sich bei der Familiengerichtshilfe nur um ein Modellprojekt, das jedoch bis Mitte 2014 flächendeckend in ganz Österreich verwirklicht werden soll.<sup>143</sup>

Äußerst fraglich ist natürlich in diesem Sinne die praktische Anwendbarkeit der Maßnahme. Derselben Meinung ist auch Richter Dr. Brandstätter, der die Familiengerichtshilfe nicht als geeignetes Schlichtungsinstrumentarium, im Sinne des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG ansieht. Er meint dazu: *„Nein, ich sehe sie nicht als Schlichtungseinrichtung, weil die Familiengerichtshilfe eigens im Gesetz geregelt ist. Daher ist es nicht nötig, den Umweg über § 107 Abs 3 Z 2 zu gehen. (II/93-94).*

Die Familiengerichtshilfe ist jedoch im Sinne der Mediation und auch der Schlichtung begrüßenswert, weil sie einen leichteren Zugang zu beiden Verfahren schafft. Es bleibt somit abzuwarten, wie die Gerichte mit der derzeitigen Situation umgehen.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Vgl. Engel, Das Modellprojekt Familiengerichtshilfe in iFamZ 2012, 43.

<sup>142</sup> Vgl. SC Hon.-Prof. Dr. Kathrein, Georg, Das KinNamRÄG 2013- Ziele und Schwerpunkte, Vortrag bei Tagung zum Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013 an der Karl Franzens Universität Graz, 15.03.2013.

<sup>143</sup> Vgl. SC Hon.-Prof. Dr. Kathrein, Georg, Das KinNamRÄG 2013- Ziele und Schwerpunkte, Vortrag bei Tagung zum Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013 an der Karl Franzens Universität Graz, 15.03.2013.

<sup>144</sup> Vgl. Philadelphia/Schuster in Gitschthaler 324 ff.

## VIII. Umsetzung der Neuregelung in der Praxis

In der praktischen Anwendung stößt die Neuregelung des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG, im Rahmen des Schlichtungsverfahrens auf erhebliche Schwierigkeiten und ist somit in der Praxis als äußerst kritisch einzustufen<sup>145</sup>. Problematisch ist, dass das Schlichtungsverfahren im Gesetz nicht näher beschrieben wird. Aus Sicht der Rechtssicherheit und einfachen Anwendbarkeit wäre eine Legaldefinition des Begriffes sinnvoll. Da verschiedene Schlichtungsmodelle bestehen, wäre auch eine Klarstellung, ob das Ergebnis der Schlichtung verbindlich ist, wichtig. Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Zuständigkeit. Es wird keine konkrete Stelle genannt, und eine solche Einrichtung ist auch nicht geplant. Das erschwert in der Praxis die Anordnung des Schlichtungsverfahrens durch das Gericht enorm.<sup>146</sup>

Auch Richter Dr. Walter Brandstätter meint in diesem Zusammenhang: *„Bezüglich der Schlichtung ist es meines Erachtens problematisch, weil die Stellen, an die man sich wenden sollte, weithin unbekannt sind. Für mich kommt aus diesem Grund die Anordnung eines Schlichtungsverfahrens vorerst nicht in Betracht, denn ich wüsste gar nicht, wohin ich die Parteien verweisen sollte.“* (II/50-53).

Weiters meint er: *„In Bezug auf die Schlichtungsstellen ist die Situation nicht so einfach, weil es, wie gesagt, keine bestimmten Schlichtungsstellen gibt.“* (II/80-81).

Der Ablauf eines solchen Schlichtungsverfahrens lässt die Anwender ebenso rätseln: *„Bei den Schlichtungsstellen wäre vermutlich ähnlich vorzugehen, was man derzeit aber noch nicht genau sagen kann, da bisher noch keine eingerichtet wurde.“* (II/91-92). Gemeint ist hier, dass man den Ablauf des Schlichtungsverfahrens mit dem des Mediationsverfahrens vergleichen kann und somit auf ein ähnliches Verfahren kommt.

Um all diese Ungereimtheiten in Einklang zu bringen und dem Schlichtungsverfahren in Obsorgeverfahren größere Bedeutung zu schenken, müsste der Gesetzgeber genauere Regelungen treffen. Soweit das nicht der Fall ist, kann man sich bei der Anwendung der Regelung durch Heranziehung der deutschen Rechtslage und Rechtspraxis weiterhelfen.

---

<sup>145</sup> Vgl. *Philadelphia/Schuster* in *Gitschthaler* 325.

<sup>146</sup> Vgl. Stellungnahme des ÖBM und ÖNM, [www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME\\_00432\\_14/imfname\\_273943.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00432_14/imfname_273943.pdf) [10.06.2013].

## **F. DEUTSCHE RECHTSLAGE**

### **I. Ausgangssituation und EGMR Urteile**

Das Kindschaftsrecht ist in der Bundesrepublik Deutschland im 4. Abschnitt des BGB geregelt. Es behandelt das zivile Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern und bildet das Pendant zum österreichischen ABGB. Die darin enthaltenen Materien stimmen weitgehend überein.

Die Obsorge ist hier unter dem Begriff der „Elterlichen Sorge“ zu finden und in §§ 1626 - 1698b BGB geregelt.<sup>147</sup> Das Verfahren in Kindschaftssachen regelt dagegen das FamFG<sup>148</sup> sowie die ZPO. Das FamFG stellt, anders als in Österreich das AußStrG, kein allgemeines Regelwerk des Verfahrens dar, sondern beinhaltet nur spezielle verfahrensrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit Familiensachen. Es ist seit September 2009 in Kraft und hat seither zahlreiche Novellierungen erfahren.

Die für die Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung bisher bedeutendste Neuerung stellt die Einführung des Mediationsgesetzes<sup>149</sup> dar, welches seit 26.07.2012 wirksam ist. Dadurch wurden das FamFG und die Regelungen für das familienrechtliche Verfahren geändert und die Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung in das FamFG, genauer in den Bereich des Sorgerechts, verstärkt eingeführt.

Nicht nur in Österreich, sondern auch in Deutschland gaben die Urteile des EGMR<sup>150</sup> Anlass für die Neuregelung. Der EGMR und auch das BVerfG kamen zu dem Ergebnis, dass es sich bei familienrechtlichen Verfahren um Verfahren mit unzumutbar langer Verfahrensdauer handle, und rügten in Deutschland ebenfalls diesen Mangel. Darüber hinaus wurden bestimmte Situationen im materiellen Bereich der Obsorge beanstandet. Die für die deutsche Rechtslage relevantesten

---

<sup>147</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) der Bundesrepublik Deutschland idF 21.03.2013, BGBl. I S. 556, 559.

<sup>148</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) idF BGBl. I S. 2586.

<sup>149</sup> Mediationsgesetz, idF 21. Juli 2012, BGBl. I S. 1577.

<sup>150</sup> Vgl. Kap. C. II.

Urteile sind das Urteil von 3.12.2009, 22028/04, Zaunegger/Deutschland, und vom 21.12.2010, 20578/07 Anayo/Deutschland.<sup>151</sup>

Zudem wurde, wie bereits erwähnt, großes Augenmerk auf die Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung gelegt.

## **II. Mediation in Kindschaftssachen**

Der Begriff „Mediation“ wird in Deutschland ebenso wie in Österreich definiert.<sup>152</sup> Zudem bestehen auch hier zahlreiche verschiedene Formen und Ausgestaltungen. Die Übergänge zu anderen Arten der alternativen Konfliktlösung sind fließend. Ihre speziellen Wesensmerkmale sind die besondere Verfahrensqualität, die Eigenverantwortlichkeit, die Freiwilligkeit sowie die Verfahrensleitung durch einen neutralen Dritten und das Ziel einer einvernehmlichen Konfliktlösung.<sup>153</sup>

Mediation kann in Bezug auf Gerichtsverfahren, Schiedsverfahren und Schlichtung abgegrenzt werden.<sup>154</sup> Die Unterscheidung zwischen Mediation und Zivilprozess sowie Mediation und Schiedsverfahren wird im deutschen Recht ähnlich gehandhabt wie in der österreichischen Rechtsordnung.<sup>155</sup>

Die Differenzierung im Bereich der Schlichtung ist in Deutschland bereits weiter vorangeschritten, wodurch sie auch für die österreichische Klarstellung herangezogen werden kann.

*Trossen* meint in diesem Zusammenhang, dass es sich, sowohl bei der Mediation als auch bei der Schlichtung, um zwei unterschiedliche Unterkategorien des Oberbegriffs der „Streitvermittlung“ handelt.<sup>156</sup>

Diese von ihm getroffene Unterscheidung wird durch die Erwähnung der Mediation als Mediationsverfahren und der Schlichtung als Schlichtungsverfahren im deutschen Mediationsgesetz untermauert.

Durch diese genaue sprachliche Differenzierung soll ausgedrückt werden, dass sowohl der Mediator als auch der Schlichter Streitvermittler sind. Der wesentlichste Unterschied zwischen den beiden Verfahren zeigt sich somit in der Rolle des Streitvermittlers. Der Schlichter bietet in der Regel die fertigen Lösungen an,

---

<sup>151</sup> Vgl. Kap. C. II.

<sup>152</sup> Vgl. Kap. D. I.

<sup>153</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz 30 ff.

<sup>154</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz 58, 96 ff.

<sup>155</sup> Vgl. Kap. D. I.

<sup>156</sup> Vgl. *Trossen*, Streitvermittlung, [www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation](http://www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation) [10.06.2013].

während der Mediator lediglich das Verstehen als Grundlage der Lösung anbietet. *Trossen* verwendet zur Abgrenzung somit die beiden Vermittlungsarten, nämlich die „Lösungsvermittlung“ oder die „Verstehensvermittlung“.<sup>157</sup>

Grundsätzlich müssen drei Arten von Mediation unterschieden werden, nämlich die „Facilitative Mediation“, die „Evaluative Mediation“ und die „Transformative Mediation“. Während die erste Form als eine der einfachsten Formen gilt, wird die „Evaluative Mediation“ großteils in der Wirtschaft zur Anwendung gebracht. Für die Familienmediation ist die letzte Form, nämlich die „Transformative Mediation“, am geeignetsten. Diese Art hat einen ausgeprägten Verfahrenscharakter, stellt aber in Bezug auf die Ausbildung, die Erfahrung und die persönlichen Eigenschaften des Mediators die höchsten Anforderungen. Sie stellt vor allem den Menschen mit seinen Gefühlen und Bedürfnissen in den Vordergrund.<sup>158</sup> Zudem ist sie besonders sinnvoll wenn es sich um nichtjustiziable Bereiche handelt.<sup>159</sup>

Zudem kann sowohl in Deutschland als auch in Österreich, noch zwischen gerichtsnaher und außergerichtlicher Mediation unterschieden werden.

Bei der gerichtsnahen Mediation ist bereits ein Rechtsstreit anhängig, und den Parteien wird im Zuge dessen das Mediationsverfahren angeboten, das jedoch nicht von einem Richter durchgeführt wird. Die außergerichtliche Mediation steht in keiner Beziehung zum Gerichtsverfahren und wird deshalb auch von einem Mediator und nicht von einem Richter durchgeführt.<sup>160</sup>

In Deutschland findet sich weiters die gerichtinterne Mediation. Sie kommt bei einem bereits anhängigen Rechtsstreit zur Anwendung und wird von einem dafür ausgebildeten Richter in den Räumlichkeiten des Gerichts durchgeführt.<sup>161</sup>

Wie bereits erwähnt erlebte die Mediation durch die Einführung des Mediationsgesetzes einen bedeutenden Aufschwung. Mediation gibt es nicht nur im Bereich der familiären Konflikte, sondern in vielen unterschiedlichen Bereichen.<sup>162</sup>

Der Familienmediation kommt durch ihre stets steigende Bedeutung in Deutschland

---

<sup>157</sup> Vgl. *Trossen*, Streitvermittlung, [www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation](http://www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation) [10.06.2013].

<sup>158</sup> Vgl. *Hösl*, Das Potential der Transformativen Mediation, ZKM 5/2011, 137.

<sup>159</sup> Vgl. Mediation nach dem §156 FamFG, <http://bohnet-mediation.de/mediationsgesetz4.html>, [10.06.2013].

<sup>160</sup> Vgl. *Burschel*, §36a in *Hahne/Munzig* (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zum FamFG, Edition 7, 2013, Rz. 2.

<sup>161</sup> Vgl. Gerichtsinterne und gerichtsnaher Mediation, [www.in-mediation.eu/das-mediationsgesetz](http://www.in-mediation.eu/das-mediationsgesetz) [10.06.2013].

<sup>162</sup> Vgl. Wirtschaftsmediation, [www.cfk-wirtschaftsmidiation.eu/itemacms/cms/default.asp?Page=1](http://www.cfk-wirtschaftsmidiation.eu/itemacms/cms/default.asp?Page=1) [10.06.2013].

und auch in vielen anderen Ländern die Vorreiterrolle zu.<sup>163</sup> Sie hat sich in der BRD als erste Form der Mediation etabliert und ist durch ihre Standards, ihre Ausbildungsordnung und durch ihre organisierte Vernetzung der Mitglieder institutionalisiert. Damit kommt es zu einer Qualitätssicherung. Aufgrund dieser Faktoren hat sie eine „hohe Ausstrahlungswirkung“<sup>164</sup> auf andere Formen der Mediation.<sup>165</sup>

Weiterführend stellt sich nun die Frage, in welchen Materiengesetzen man Mediation in der deutschen Rechtsordnung finden kann und wie ihre Anwendung in Bezug auf das Sorgerechtsverfahren aussieht.

## 1. Das Mediationsgesetz

Das Mediationsgesetz stellt das in Deutschland relevanteste Werk für die Mediation dar. Die am 21.05.2008 verabschiedete Europäische Mediationsrichtlinie<sup>166</sup> stellt die Grundregelung für das Gesetz dar. Zudem sollen mit ihr bestimmte Rahmenregelungen eingeführt werden, um die Nutzung der Mediation zu fördern. Ein wichtiger Punkt in dieser Hinsicht ist, dass die Flexibilität der Mediation erhalten bleibt.<sup>167</sup> Weiters soll sichergestellt werden, dass sich die Parteien, welche Mediation in Anspruch nehmen, ungefähr wissen, welche Situation sie dabei erwartet. Durch das Mediationsgesetz, das am 26.07.2012 in Kraft getreten ist, wird der nicht bindende Teil der Mediationsrichtlinie in nationales Recht umgesetzt.<sup>168</sup>

Da sich das Mediationsverfahren immer noch im Wandel bzw. in der Entwicklung befindet, war die Ausarbeitung eines solchen Gesetzes nicht einfach zu bewerkstelligen.<sup>169</sup> Der ursprüngliche Entwurf hatte die Unterscheidung zwischen Mediation außerhalb eines Gerichtsverfahrens und gerichtsnaher Mediation vorgesehen, die später jedoch verworfen wurde. Das Mediationsgesetz selbst enthält

---

<sup>163</sup> Vgl. *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 2002, 896, RZ 10; *Gläßer*, Mediation und Beziehungsgewalt, 2008, 31.

<sup>164</sup> *Mähler/Mähler/Büchting*, Rechtsanwaltshandbuch, §47, Rz 113.

<sup>165</sup> Vgl. *Mähler/Mähler/Büchting*, Rechtsanwaltshandbuch, §47, Rz 113.

<sup>166</sup> Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, AB L 136 vom 24/05/2008, 0003 – 0008.

<sup>167</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz. 40.

<sup>168</sup> Das Mediationsgesetz, <http://gesetzgebung.beck.de/news/mediationsgesetz> [10.06.2013]; *Burschel*, in *Hahne/Munzig*, § 36a, Rz 1 f.

<sup>169</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz. 38.



eine allgemeine Definition des Begriffs, berufsrechtliche Bestimmungen zum Erwerb des Titels eines zertifizierten Mediators, Rechte und Pflichten des Mediators sowie Tätigkeitsbeschränkungen und einige wenige Verfahrensregeln.<sup>170</sup> Die Regelungen über die gerichtsnahe Mediation, also die Mediation während eines Gerichtsverfahrens, sind nicht im Mediationsgesetz enthalten, sondern wurden in die einzelnen Verfahrensordnungen eingefügt. Das geschieht in § 36a FamFG und §278a ZPO.<sup>171</sup>

Ziel des Gesetzes ist die Förderung der Mediation sowie aller anderen Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung.<sup>172</sup> Zudem sollen, die verschiedenen Arten der außergerichtlichen Streitbeilegung aufzuzeigen sowie gesetzliche Anreize zur einverständlichen Streitbeilegung zu schaffen. Die Konfliktlösung soll beschleunigt, und der Rechtsfrieden nachhaltig gefördert werden. Zudem sollen die staatlichen Gerichte entlastet werden. Die Regelung stellt auch die Vollstreckbarkeit von Mediationsvereinbarungen sicher.<sup>173</sup>

## 2. Das FamFG

Wie oben bereits erwähnt ist das Mediationsverfahren auch im FamFG zu finden. Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist im September 2009 erstmals in Kraft getreten und wurde seither Gegenstand zahlreicher Novellen. Durch die Einführung des Mediationsgesetzes am 26.07.2012 ist es geändert und im Hinblick auf die Möglichkeiten der Konfliktlösung durch außergerichtliche Streitbeilegung erweitert und die Paragraphen 23, 28, 36, 36a, 81, 135, 150, 155, 156 FamFG erneuert worden.<sup>174</sup> In Folge dessen wurde auch § 278a ZPO neu geregelt, der für diese Bereiche zur Lösung zahlreicher Unklarheiten herangezogen werden kann.

Auf §§ 36a, 135, 156 FamFG und § 278a ZPO wird daher genauer eingegangen, weil sie im Zusammenhang mit den Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung

---

<sup>170</sup> Mediationsgesetz, idF 21. Juli 2012, BGBl. I S. 1577.

<sup>171</sup> Vgl. *Burschel*, in *Hahne/Munzig*, §36a, Rz 2 f.

<sup>172</sup> Vgl. *Ewig*, Mediationsgesetz 2012: Aufgabe und Rolle des beratenden Anwalts, ZKM 2012, 4.

<sup>173</sup> Vgl. Das Mediationsgesetz, <http://gesetzgebung.beck.de/news/mediationsgesetz> [10.06.2013].

<sup>174</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), idF 18.02.2013, BGBl. I S. 266.

stehen. § 135 und § 156 FamFG sind die bedeutendsten, weil beide zusätzlich einen Bezug zum Kindschaftsrecht aufweisen.

Den Ausgangspunkt, der für den Vergleich zwischen österreichischer und deutscher Rechtslage von zentraler Bedeutung ist, bildet § 156 FamFG, der in weiterer Folge mit § 107 AußStrG verglichen werden soll. Alle anderen genannten Paragraphen dienen lediglich der Untermauerung des Gesagten.

a. § 156 FamFG Hinwirken auf Einvernehmen

*§ 156 (1) Das Gericht soll in Kindschaftssachen, die die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Es weist auf Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Kinder- und Jugendhilfe insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung hin. 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. Es kann ferner anordnen, dass die Eltern an einer Beratung nach Satz 2 teilnehmen. Die Anordnungen nach den Sätzen 3 und 4 sind nicht selbständig anfechtbar und nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar.<sup>175</sup>*

Die Vorschriften entsprechen im Wesentlichen dem bisherigen § 52 FGG, der jedoch am 01. 09. 2009 außer Kraft getreten,<sup>176</sup> und durch das FamFG abgelöst worden ist.<sup>177</sup>

Die Norm des § 156 FamFG kann auf alle in § 151 FamFG aufgezählten Kindschaftssachen angewendet werden.<sup>178</sup> Genannt werden hier die elterliche Sorge, das Umgangsrecht, die Kindesherausgabe, die Vormundschaft, die Pflegschaft oder

---

<sup>175</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) idF BGBl. I S. 2586.

<sup>176</sup> Vgl. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) idF BGBl. I S. 470.

<sup>177</sup> Vgl. *Schulte-Bunert/Weinreich*, Kommentar des FamFG<sup>3</sup> 2012, § 156 RN 1.

<sup>178</sup> Vgl. Mediation nach dem §156 FamFG, <http://bohnet-mediation.de/mediationsgesetz4.html> [10.06.2013].

die gerichtliche Bestellung eines sonstigen Vertreters für einen Minderjährigen, die Genehmigung der freiheitsentziehenden Unterbringung eines Minderjährigen oder auch die Aufgaben nach dem Jugendgerichtsgesetz.<sup>179</sup>

In diesen Verfahrensbereichen soll das Gericht auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken. Abs 1 S 1 besagt, dass das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine einvernehmliche Lösung hinwirken soll, jedoch nur unter der Voraussetzung dass das dem Kindeswohl entspricht. Diese Norm macht deutlich, dass ein Hinwirken auf ein Einvernehmen besonders in den Fällen, in denen dies dem Wohl des Kindes nicht entsprechen würde, sowie bei häuslicher Gewalt, nicht in Betracht kommt. Trotzdem kann man von einer Pflicht des Gerichts zum Hinwirken auf Einvernehmen sprechen.<sup>180</sup>

Vorrangig richtet sich die Forderung nach Herbeiführung einer einvernehmlichen Lösung an das Gericht, aber auch die Kinder- und Jugendhilfe hat die Eltern und auch das Kind bei der Entwicklung einer Lösung zu unterstützen. Es kommt sozusagen zu einem „Wechselspiel zwischen Jugendhilfe und Justiz“.<sup>181</sup> Ebenso sollte der Rechtsanwalt, als gewählter Vertreter der Eltern, seine Klienten konfliktvermeidend und streitschlichtend begleiten. Zudem unterliegen auch beide Elternteile nach § 27 Abs 1 FamFG der allgemeinen Mitwirkungspflicht. Des Weiteren sollten sich auch Verfahrensbeistände und gegebenenfalls Sachverständige für eine einvernehmliche Lösung einsetzen.<sup>182</sup>

Satz 3 der Vorschrift sieht eine gerichtliche Anordnung vor, mit der die Eltern verpflichtet werden können, einzeln oder gemeinsam an einem Informationsgespräch teilzunehmen. Dieser Satz entspricht § 135 FamFG. Sie sollen, bei einer vom Gericht benannten Person oder Stelle, über Mediation oder sonstige Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung aufgeklärt werden. Über diese Teilnahme haben sie in weiterer Folge eine Teilnahmebescheinigung vorzulegen. Das Gericht hat laut dieser Vorschrift und auch laut dem Verweis in Satz 4 auf Satz 2, nicht die Kompetenz, die Teilnahme an einer Mediation anzuordnen. Das würde dem Ziel der Mediation widersprechen. Es würde wieder zu einem Konflikt im Rahmen der Freiwilligkeit der Mediation führen. Aus diesem Grund bezieht sich die den Eltern

---

<sup>179</sup> Vgl. Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), idF BGBl. I S. 2586.

<sup>180</sup> Vgl. *Schlünder*, § 156 FamFG, in *Hahne/Munzig* (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zum FamFG, Edition 8, 2013, Rz. 2; *Prütting/Helms*, FamFG Kommentar<sup>2</sup> 2011, § 156 RN 1.

<sup>181</sup> Vgl. *Johannsen/Henrich*, Familienrecht<sup>5</sup> 2010, § 156 FamFG, Rz. 1.

<sup>182</sup> Vgl. *Schlünder* in *Hahne/Munzig*, Rz. 3.

auferlegte Pflicht nur auf die Teilnahme an einem Informationsgespräch und zur Vorlage einer Bescheinigung hierüber.<sup>183</sup>

Die Anordnung des Gerichts zu einem solchen Informationsgespräch kommt generell immer dann in Betracht, wenn eine Einigung im ersten gerichtlichen Termin nicht erreicht werden kann.

Satz 3 ist als „Kannvorschrift“ definiert, was bedeutet, dass es im Ermessen des Gerichts steht, ob es die Anordnung zur Teilnahme an einem Informationsgespräch erteilt. Es sollte daher nur in geeigneten Fällen auf eine solche Möglichkeit hinweisen.<sup>184</sup>

Ein solcher Fall liegt jedenfalls vor, wenn die Parteien bereit sind, sich zur Lösung des Konflikts zusammensetzen und einander auch zuzuhören. Sie müssen natürlich auch akzeptieren, dass eine unparteiliche Stelle den Blick auf andere Lösungen eröffnen kann. Wenn die Bereitschaft der Parteien in diesem Umfang gegeben ist, kann man den § 156 leg cit als besonders geeignetes Instrument dafür ansehen, dass die Betroffenen quasi eigenständig und im Interesse aller den Umgang mit ihrem Kind regeln. Die Zukunftsfähigkeit einer solchen Vereinbarung ist weitaus größer als dies bei einer vorgegebenen Lösung der Fall ist. Genau diese Zukunftsorientiertheit ist jedoch nötig, da die Parteien in der Regel noch öfter miteinander zu tun haben. Sie sollten so zumindest eine grundlegende Basis für Gespräche schaffen.<sup>185</sup>

Eine wichtige tatsächliche Voraussetzung für die Annahme einer solchen Maßnahme ist allerdings, dass entsprechende Angebote zeitnah sind und sich auch in erreichbarer Entfernung befinden, ansonsten macht die Anordnung wenig Sinn. In Bezug auf die Kostentragung kann angemerkt werden, dass ein Anspruch gegen den Staat auf Kostenersatz nach derzeitiger Rechtslage nicht besteht.<sup>186</sup>

Aus verfahrenstechnischer Sicht ist außerdem wichtig zu erwähnen, dass die Anordnung eine Zwischenentscheidung darstellt, welche nicht selbständig anfechtbar und auch nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar ist. Dies geht aus Satz 5 eindeutig hervor. Der Grund dafür ist, dass die Bereitschaft der Parteien, die für die Streitbeilegung nötig ist, wohl kaum mit solchen Mitteln herbeizuführen ist. Kommt es zu dem Fall, dass sich die Eltern weigern an einem Gespräch nach Satz 3 teilzunehmen, ist sofort nach Abs 3 Satz 2 und 3 vorzugehen. Das bedeutet, dass eine

---

<sup>183</sup> Vgl. *Keidel/Engelhardt/Sternal*, Kommentar zum FamFG<sup>17</sup> 2011, § 156, Rz. 6.

<sup>184</sup> Vgl. *Keidel/Engelhardt/Sternal*, FamFG, § 156, Rz. 7.

<sup>185</sup> Vgl. *Keidel/Engelhardt/Sternal*, FamFG, § 156, Rz. 7.

<sup>186</sup> Vgl. *Keidel/Engelhardt/Sternal*, FamFG, § 156, Rz. 7.

Entscheidung darüber zu treffen ist, ob ein Umgang zu regeln oder auszuschließen ist.<sup>187</sup>

Ebenso wichtig ist, dass das Beschleunigungsgebot des § 155 FamFG<sup>188</sup> auch zur Anwendung kommen sollte, wenn ein Mediationsverfahren in Anspruch genommen wird. Oft wird aber gerügt, dass dieses nicht mit den Grundsätzen einer Mediation vereinbar ist. Diese Aussage ist jedoch nicht zutreffend, denn die Mediation benötigt im Großteil der Fälle viel weniger Zeit als ein Prozess. Sollte die Mediation im Einzelfall doch einmal länger dauern, kann angenommen werden, dass das von den Parteien akzeptiert bzw. toleriert wird.<sup>189</sup>

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Einführung der Familien- Mediation in gerichtliche Verfahren schon seit längerer Zeit angestrebt wird<sup>190</sup> was durch diese Regelung nun gesetzlich verankert worden ist.

#### b. § 135 FamFG Außergerichtliche Konfliktbeilegung über Folgesachen

*§ 135 Das Gericht kann anordnen, dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung anhängiger Folgesachen bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen. Die Anordnung ist nicht selbständig anfechtbar und nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar.*<sup>191</sup>

In § 135 FamFG kann das Gericht also anordnen, dass ein Informationsgespräch besucht wird und darüber auch eine Bestätigung vorgelegt wird. Es handelt sich um eine Vorschrift, die in Kindschaftssachen dem § 156 FamFG größtenteils entspricht, aber im Bereich der Scheidung und deren Folgesachen eingeordnet ist.

Ein wesentlicher Unterschied zu § 156 FamFG ist jedoch, dass § 135 FamFG einen kleineren Anwendungsbereich hat. Während in § 156 leg cit von den „Eltern“ die Rede ist, werden in § 135 leg cit nur die „Ehegatten“ erfasst. § 156 geht also

---

<sup>187</sup> Vgl. Keidel/Engelhardt/Sternal, FamFG, § 156, Rz. 10.

<sup>188</sup> Vgl. dazu Kap. F. IV.

<sup>189</sup> Vgl. Mediation, <http://bohnet-mediation.de/mediationsgesetz4.html> [10.06.2013].

<sup>190</sup> Vgl. Paul, Die Familienmediation in Deutschland, in Greger /Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, 153 f.

<sup>191</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit idF BGBl. I S. 2586.

wesentlich weiter und regelt auch Kindschaftssachen im Fall nicht verheirateter Elternteile.<sup>192</sup>

c. § 36a FamFG Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung

*§ 36a (1) Das Gericht kann einzelnen oder allen Beteiligten eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. In Gewaltschutzsachen sind die schutzwürdigen Belange der von Gewalt betroffenen Person zu wahren.*

*(2) Entscheiden sich die Beteiligten zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, setzt das Gericht das Verfahren aus.*

*(3) Gerichtliche Anordnungs- und Genehmigungsvorbehalte bleiben von der Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unberührt.<sup>193</sup>*

§ 36a FamFG ist durch die Neuregelung des FamFG aufgrund des Mediationsgesetzes neu geschaffen worden. Er legt fest, dass das Gericht den Beteiligten eine Mediation vorschlagen und das Verfahren aussetzen kann.

§ 36a FamFG entspricht in Bezug auf Regelungszweck und Systematik § 278a ZPO.<sup>194</sup>

Im Unterschied zu § 156 und § 135 FamFG handelt es sich hier nur um die Möglichkeit eines Vorschlages. Wird dieser angenommen, ist jedoch in weiterer Folge vom Gericht im Sinne des § 156 FamFG vorzugehen.

### **3. §278a ZPO**

Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung finden sich außerhalb des FamFG auch in der Zivilprozessordnung. Der Wortlaut des § 278a ZPO lautet:

*(1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen.*

---

<sup>192</sup> Vgl. Grabow, Das kostenfreie Informationsgespräch nach § 135 FamFG, FPR, 2011, 33.

<sup>193</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit idF BGBI. I S. 2586.

<sup>194</sup> Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung<sup>71</sup> 2013, §278a, Rz 2 f.

*(2) Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an.*<sup>195</sup>

Das Gericht hat auch gem § 278a ZPO die Pflicht einvernehmliche Konfliktlösungen zu fördern. Das kann, wie oben erwähnt durch Anordnung, aber auch durch Vorschlag des Gerichts erreicht werden.

Ein solcher kann erteilt werden, wenn der Streit dafür geeignet ist und wenn sich dadurch eine Entscheidung über den Streitgegenstand ganz oder zum Teil erübrigt. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat Gericht in jeder Lage des Streites zu überprüfen. Hält es ein außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren für sinnvoll, hat es das den Parteien so früh wie möglich mitzuteilen. Die Betroffenen sollen auf diese Weise so früh wie möglich in diese Richtung gelenkt werden.

Kommen die Parteien dem Vorschlag des Richters nicht nach, drohen jedoch keine Sanktionen. Es steht ihnen auch kein Rechtsbehelf zur Verfügung, für den Fall, dass der Richter den Vorschlag unterlässt oder in ungeeigneter Weise ausspricht. In besonderen Ausnahmefällen könnte jedoch ein Ablehnungsgesuch zugelassen werden.<sup>196</sup>

Es handelt sich hier wie bei § 36a FamFG lediglich um einen Vorschlag. Die Vorgehensweise im Zuge der Mediation kann zwar mit der des § 156 FamFG verglichen werden, sie ist aber logischer Weise nicht vollkommen gleichzusetzen.

#### **4. Organisation und Ad hoc- Mediation**

In Bezug auf die Institutionalisierung der Mediation müssen zwei Arten unterschieden werden. Bei der ersten handelt es sich um die sogenannte Ad hoc-Mediation, bei der ein von den Parteien gewählter Mediator das Verfahren in einem von ihm zur Verfügung gestellten Vertragsentwurf regelt. Im Vorhinein bestehen keine Regelungen, was für die Parteien unter anderem das Risiko von erhöhten Kosten in sich birgt.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit idF BGBl. I S. 2586.

<sup>196</sup> Vgl. *Ulrici/Becker-Eberhard/Gehrlein*, Münchener Kommentar zur ZPO<sup>4</sup> I, 2013, § 278a, Rz 4 ff.

<sup>197</sup> Vgl. *Unberath in Greger/Unberath*, Rz 48 ff.

Bei der institutionellen Mediation handelt es sich um die Mediation im Rahmen von bestimmten Mediationsorganisationen. Diese Art, welche die relevantere darstellt, gewinnt zunehmend an Bedeutung, weil durch sie ein gewisser Grad an Qualität gewährleistet ist und auch die Kosten für die Parteien durch Standardisierung vorhersehbar sind. Das wird unter anderem auch dadurch sichergestellt, dass an die Mediatoren bestimmte Ausbildungs- und Erfahrungsvoraussetzungen gestellt werden.<sup>198</sup>

Die Familienmediation ist die in Deutschland am weitgehendste institutionalisierte Form der Mediation. Die wichtigste Organisation in dem Bereich ist die Bundesarbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation, kurz BAFM genannt. Diese ist im Jahr 1992 gegründet worden und ist heute im Bereich der Familienmediation von zentraler Bedeutung. Als ordentliche Mitglieder werden nur solche Personen zugelassen, die nach der speziellen Ausbildungsordnung der BAFM qualifiziert worden sind. Zugelassen sind Personen mit Hochschulabschluss aus dem psychosozialen Bereich und Juristen. Zusätzlich zu diesen Ausbildungsregeln hat die BAFM Richtlinien für Familienmediation verabschiedet, in denen Voraussetzungen, Ziele, Aufgaben und Prinzipien für die Praxis näher beschrieben werden<sup>199</sup> und an denen sich Richter, Anwälte, aber auch Mediatoren und Eltern orientieren können.<sup>200</sup> Aufgrund dieser Faktoren wird die Anwendbarkeit in der Praxis alle beteiligten Personen erleichtert.

### **III. Andere Arten der außergerichtlichen Streitbeilegung in Kindschaftssachen**

Abgesehen vom Mediationsverfahren gibt es auch noch andere Arten der außergerichtlichen Streitbeilegung die für den Bereich der Kindschaftssachen von Bedeutung sind.

---

<sup>198</sup> Vgl. *Unberath in Greger/Unberath*, Rz 48 ff.

<sup>199</sup> Vgl. *Mähler/Mähler/Büchting*, RechtsanwaltsHandbuch, §47, Rz 111.

<sup>200</sup> Vgl. Informationsblätter des BAFM zur Familienmediation, [www.bafm-mediation.de](http://www.bafm-mediation.de) [10.06.2013].



## 1. Das FamFG

Ausgangspunkt ist wieder § 156 FamFG, der im Bereich des Sorgeverfahrens von zentraler Relevanz ist und auch in diesem Fall die Grundlage zum Vergleich mit § 107 AußStrG darstellt. Sein Wortlaut besagt:

*“Das Gericht kann anordnen, dass die Eltern einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch [...] über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen.“<sup>201</sup>*

Anders als im AußStrG, dem österreichischen Pendant dazu, ist hier nicht von „Schlichtungsverfahren“ die Rede, sondern ganz allgemein von „Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung“.

Die Situation stellt sich hier, abweichend vom Bereich der Mediation, die schon höheren Bekanntheitsgrad und Anwendungsdichte erfahren hat, als wesentlich komplizierter dar als im Mediationsverfahren. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber die Möglichkeiten außergerichtlicher Konfliktbeilegung nicht näher erläutert. Anders als bei der Mediation<sup>202</sup>, ist der Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung, abgesehen von der Mediation, noch relativ offen. Somit stellt sich die Frage, was mit „sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung“ gemeint sein könnte. Um eine Antwort darauf und eine entsprechende Definition zu erlangen, wird im Folgenden ein Blick ins Mediationsgesetz und den entsprechenden Kommentaren geworfen.

## 2. Das Mediationsgesetz

Allgemeines zum Mediationsgesetz, das auch für den Bereich der Schlichtung gilt, ist in Kap. F II 1 bereits erwähnt worden. In Bezug auf die außergerichtlichen Streitbeilegung müssen die Kommentare und Erläuterungen genau durchblickt und

---

<sup>201</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) idF 18.02.2013, BGBl. I S. 266.

<sup>202</sup> Siehe Kap. F II.

hinterfragt werden. Darin findet man eine Aufzählung aller Verfahren, die zur außergerichtlichen Streitbeilegung zählen.<sup>203</sup>

Zu den Verfahren gehören das Mediationsverfahren, die in zahlreichen Landesgesetzen vorgesehenen Schlichtungs- Schieds- und Gütestellenverfahren, die Verfahren vor Ombuds- oder Clearingstellen, und besondere Ausformungen wie Shuttle-Schlichtung, Adjudikation, Mini Trial, Early Neutral Evaluation und Online-Schlichtung.<sup>204</sup> Diese Verfahren werden in den verschiedensten Ausprägungen und Zusammensetzungen praktiziert und es ist davon auszugehen, dass die Entwicklung neuer und fortschrittlicher Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung weiter voranschreiten wird.<sup>205</sup>

### **3. Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung**

Zuallererst stellt sich für jedes der genannten Verfahren die Frage, wann dieses zur Anwendung kommt. Es muss geklärt werden, ob ein Konflikt überhaupt geeignet ist, mittels solcher Methoden gelöst zu werden. Das ist der Fall, wenn ein Streit aufgrund der Eigenart des bestimmten Verfahrens erfolgsversprechend gelöst werden kann, also eine Beilegung des Konflikts möglich erscheint. Außerdem muss das Verfahren für die Parteien Vorzüge gegenüber einem Gerichtsverfahren aufweisen. Diese können in der „Zukunftsfähigkeit“, aber auch in den Kosten oder dem Zeitaufwand liegen. Das alles hängt im Ergebnis neben den Eigenarten der einzelnen Verfahren, sowie von objektiven und subjektiven Umständen ab.<sup>206</sup>

Objektive Umstände sind der Gegenstand und die Natur des Konflikts, während es sich bei den subjektiven um die Person und die Bereitschaft dieser zur Teilnahme an einem solchen Verfahren handelt. Die objektive Eignung kann durch das Gericht meistens leichter beurteilt werden als die personelle, weshalb ihr auch eine vorrangige Bedeutung zukommt. Als Grundlage der Prüfung werden alle Informationen, die dem Gericht zum Konflikt bekannt sind, herangezogen. Vorteilhaft ist hier, dass das Gericht mit seinem Vorschlag bzw. seiner Anordnung positiv auf die Grundeinstellung der Parteien zum Streit aber auch zu den außergerichtlichen Verfahren zur Streitbeilegung hinwirken kann. Es bringt dadurch

---

<sup>203</sup> Vgl. *Ulrici/Becker-Eberhard/Gehrlein*, ZPO, § 278a, Rz 4.

<sup>204</sup> Vgl. *Ulrici/Becker-Eberhard/Gehrlein*, ZPO, § 278a, Rz 4.

<sup>205</sup> Vgl. Beck, Das Mediationsgesetz, <http://gesetzgebung.beck.de/node/1006535> [10.06.2013].

<sup>206</sup> Vgl. *Ulrici/Becker-Eberhard/Gehrlein*, ZPO, § 278a, Rz 4 ff.

zum Ausdruck, dass es für ein solches Verfahren steht und übermittelt so eine positive Ausgangslage.<sup>207</sup>

Wenn das Gericht ein solches Verfahren anordnet, dann wird vorausgesetzt, dass der Streitgegenstand, der mit dem Konflikt naturgemäß nicht ident ist, wenigstens Teil des Konflikts ist, da sonst keine Eignung vorliegt. Daraus ergibt sich die Auffassung, dass vor Gericht oft nicht um den eigentlichen Streitgegenstand gefochten wird, sondern dass der dahinterstehende Konflikt im Fokus steht.<sup>208</sup>

Aus der Sicht des Gerichts muss somit eine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass außerhalb des gerichtlichen Verfahrens eine von allen Konfliktbeteiligten akzeptierte Lösung gefunden wird. Für die Beurteilung dieser Wahrscheinlichkeit müssen sowohl bestimmte Erfahrungssätzen als auch der Gegenstands des Konflikts herangezogen werden. Es muss jedoch nicht selbst konkrete Vorstellungen von Lösungsansätzen entwickeln. Allerdings sollte, sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht ein ausreichender Gestaltungsspielraum für Lösungen bestehen. Das setzt auch der Grundsatz der Dispositionsbefugnis der Parteien voraus, weil ansonsten eine einvernehmliche Lösung in der Regel nicht erzielt werden kann. Es ist jedoch keine notwendige Voraussetzung, dass die Betroffenen in Bezug auf alle vom Konflikt betroffenen Belange, dispositionsbefugt sind. Ein Gestaltungsspielraum innerhalb des Gesamtkonfliktes genügt.<sup>209</sup>

Besonders geeignet für die außergerichtliche Streitbeilegung sind Rechtsverhältnisse von längerer Dauer. Für sie ist die Zukunftsorientiertheit dieser Verfahren von großer Bedeutung. Dies betrifft Dauerschuldverhältnisse, wie etwa Dienst- und Arbeitsverhältnisse, dauernde Geschäftsbeziehungen und sachen-, familien- oder gesellschaftsrechtliche Beziehungen, aber auch bei einfachen Rechtsbeziehungen wird eine außergerichtliche Konfliktlösung in Erwägung gezogen.<sup>210</sup>

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass ein solches Verfahren, aufgrund seiner Eigenheiten und seiner Charakteristika sehr gut zur Lösung familiärer Problemsituationen geeignet ist. Welches Verfahren aufgrund seiner Struktur und Anwendbarkeit speziell für Familiensachen zur Anwendung kommt bzw. kommen sollte, ist noch zu klären.

---

<sup>207</sup> Vgl. *Ulrici/Becker-Eberhard/Gehrlein*, ZPO, § 278a, Rz 6.

<sup>208</sup> Vgl. *Ulrici/Becker-Eberhard/Gehrlein*, ZPO, § 278a, Rz 7.

<sup>209</sup> Vgl. *Ulrici/Becker-Eberhard/Gehrlein*, ZPO, § 278a, Rz 8.

<sup>210</sup> Vgl. *Ulrici/Becker-Eberhard/Gehrlein*, ZPO, § 278a, Rz 9.

### a. Das Mediationsverfahren

Das Mediationsverfahren, das der Vollständigkeit halber auch bei den Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung genannt wird, erscheint in diesem Zusammenhang als das wichtigste Verfahren, weil es vom Gesetzgeber besonders bedacht wird und von allen aufgezählten Verfahren die größte praktische Relevanz hat.<sup>211</sup>

### b. Schlichtungs-, Schieds- und Gütestellenverfahren

Der deutsche Gesetzgeber hat den Begriff der Schlichtung nicht genau festgelegt. Ein gesetzlicher Anhaltspunkt wäre § 15a EGZPO, welcher besagt, dass die Anrufung des Gerichts erst nach Scheitern der Schlichtung bei bestimmten Gütestellen möglich ist. Durch § 15a EGZPO<sup>212</sup> werden die Länder ermächtigt, die Zulässigkeit einer Klage an die Bedingung einer vorherigen außergerichtlichen Einigung zu knüpfen. Hierbei handelt es sich um eine obligatorische Schlichtung.<sup>213</sup> Oft wird sie auch als Gütestellenverfahren bezeichnet.<sup>214</sup> Unter dem Begriff „Gütestelle“ versteht man eine unabhängige Stelle, die staatlich anerkannt ist und vor der sich die Streitparteien außergerichtlich einigen können.<sup>215</sup> Zahlreiche Länder haben von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht. Laut *Unberath* sind die Verfahren vor solchen Gütestellen prägend für alle anderen Schlichtungsverfahren.<sup>216</sup>

Problematisch im Bereich der Familiensachen ist jedoch, dass sie nicht vom Anwendungsbereich des § 15a *leg. cit.* erfasst werden, was zu Abgrenzungsschwierigkeiten und zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führt.

Das allgemeine Schlichtungsverfahren, das auch im Hinblick auf das Kindschaftsrecht relevant ist, kann somit nur definiert werden, indem man es von den beiden gesetzlich geregelten Verfahren der Mediation und der Schiedsgerichtsbarkeit abgrenzt.<sup>217</sup>

---

<sup>211</sup> Vgl. Kap. F. II.

<sup>212</sup> Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung, idF BGBl. I S. 434.

<sup>213</sup> Vgl. *Rauscher/Wax/Priütting*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung<sup>4</sup>, 2013, § 278, Rz. 42.

<sup>214</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz 63 f.

<sup>215</sup> Vgl. Schlichtungsverfahren, [www.east-law.com/rechtsberatung/schlichtungsverfahren/](http://www.east-law.com/rechtsberatung/schlichtungsverfahren/) [10.06.2013].

<sup>216</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz 63 f; Zum Schlichtungsverfahren siehe Kap. F. IV. 3.

<sup>217</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz 54 ff.

Dazu bestehen verschiedene Meinungen. Einerseits wird die Auffassung vertreten, dass man unter „Schlichtung“ alle Verfahren versteht, bei denen ein neutraler Dritter auf die Konfliktregulierung Einfluss nimmt. Zu unterscheiden sind demnach “Non-Binding Arbitration“, also das Schlichtungsverfahren, und “Binding Arbitration“, das Schiedsverfahren, welches in der ZPO geregelt ist. Im Gegensatz zum Schiedsverfahren sind die Betroffenen bei der Schlichtung nicht an den Ausspruch des Schlichters gebunden. Wird das Verhandlungsergebnis von einer Partei abgelehnt, so ist das Verfahren gescheitert, während sich beim Schiedsverfahren, die Parteien dem Spruch eines Schiedsrichters unterwerfen müssen und an diesen gebunden sind.<sup>218</sup>

*Unberath* vertritt eine ähnliche Auffassung, aber mit einem engeren Schlichtungsbegriff. Er ist der Meinung, dass Schiedsverfahren und Schlichtung vollkommen getrennt voneinander zu sehen sind, obwohl sie in einem Verwandtschaftsverhältnis stehen.<sup>219</sup>

Beim Schlichtungsverfahren kann man zwischen zwei Arten unterscheiden. Zum einen das obligatorische Schlichtungsverfahren<sup>220</sup> und zum anderen das nicht verpflichtende Schlichtungsverfahren. Dabei handelt es sich um eine individuell vereinbarte Schlichtung. Im Unterschied zum obligatorischen Verfahren können die Gerichte hier immer angerufen werden, sobald eine Partei mit dem Schlichtungsverfahren nicht einverstanden ist. Soweit die Parteien die Expertise eines neutralen Dritten einholen, sich aber den Weg zu den Gerichten offenhalten wollen, ist dieses Verfahren empfehlenswert. Es kann auf die Bedürfnisse des Einzelfalls zugeschnitten werden und bietet sich somit für alle möglichen Bereiche an.<sup>221</sup> Meines Erachtens ist dieses Verfahren das sinnvollste in Bezug auf Obsorge- und Kindschaftsangelegenheiten.

Zusätzlich gibt es noch die institutionelle Schlichtung. Sie hat zwar kaum Bezug zum familienrechtlichen Verfahren, ist meines Erachtens aber trotzdem zu erwähnen, da man sich im Hinblick auf den Ablauf der Schlichtung und die Einrichtung der Stellen an solchen institutionell eingerichteten Verfahren orientieren kann.<sup>222</sup> Zu nennen sind

---

<sup>218</sup> Vgl. Schlichtung und Mediation,

[www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu\\_id=50&page\\_id=145&filter\\_id=1](http://www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu_id=50&page_id=145&filter_id=1) [10.06.2013].

<sup>219</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz 54 ff.

<sup>220</sup> Siehe dazu Kap. F. III. 3. B.

<sup>221</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz 65.

<sup>222</sup> Siehe dazu Kap. F. IV. 3.

hier lediglich die spezialisierten Schlichtungsstellen der Ärztekammern, Banken und auch bei Verbraucherstreitigkeiten.<sup>223</sup>

Für die Parteien ist besonders wichtig, sich zu allererst darüber zu informieren, ob ein solches Schlichtungsverfahren in ihrem Fall überhaupt zu einem zweckmäßigen Ergebnis kommt, da die Zuständigkeit der Schlichtungsstellen eher im fachlichen und weniger im rechtlichen Bereich liegen. Bei einem sehr komplexen Streitgegenstand kann eine Lösung auf diese Weise oft nicht erreicht werden. Wichtig ist somit die Information und Beratung der Parteien.<sup>224</sup> Genau dazu ist ein solches Informationsgespräch sinnvoll.

Das Schlichtungsverfahren hat aber auch diverse Nachteile, die beispielsweise darin liegen, dass dem Schlichter keine richterlich prozessualen Instrumente zur Verfügung stehen. Damit ist gemeint, dass es keine Ladung, keine förmliche Beweiserhebung, keine Beiziehung von Akten aus einem anderen Gerichtsverfahren sowie Instanzenzug bei Unzufriedenheit mit dem Ergebnis gibt.<sup>225</sup>

Vom Schiedsgerichtsverfahren grenzt sich die Schlichtung dahingehend ab, dass der Schlichter keine Entscheidungskompetenz hat, weil die Parteien an seine Entscheidung nicht gebunden sind. Im Gegensatz zur Mediation greift der Schlichter jedoch mit direkten Lösungsvorschlägen in den Prozess der Konfliktlösung ein.<sup>226</sup>

In der Praxis zeigt sich, dass es noch einige Probleme mit der konkreten Anwendung aller Arten der Schlichtung gibt und dass somit die Justiz nur wenig entlastet wird.<sup>227</sup>

### **c. Adjudication und „Shuttle-Mediation“**

“Dispute Adjudication“ ist ein außergerichtliches Streitbeilegungsinstrument, welches ursprünglich im angelsächsischen Rechtskreis entwickelt worden ist. Es ist ein summarisches Verfahren, welches den Vorteil hat, den Parteien bei Auftreten eines Konfliktes in kurzer Zeit eine gewisse Rechtssicherheit zu verschaffen.<sup>228</sup> Der Adjudikator trifft innerhalb kürzester Frist für alle aufkommenden Konflikte eine

---

<sup>223</sup> Vgl. *Unberath in Greger/Unberath*, Rz 69; Zum Ablauf eines solchen Verfahrens siehe Kap. F. IV. 3.

<sup>224</sup> Vgl. Obligatorische Streitbeilegung, [www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu\\_id=6844&page\\_id=1368&filter\\_id=1](http://www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu_id=6844&page_id=1368&filter_id=1) [10.06.2013].

<sup>225</sup> Vgl. Essay zur Schlichtung, [www.sv-rlp.de/bilder/essay\\_kolloquium\\_final.pdf](http://www.sv-rlp.de/bilder/essay_kolloquium_final.pdf) [10.06.2013].

<sup>226</sup> Vgl. Kap. D. I.

<sup>227</sup> Vgl. [www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu\\_id=6844&page\\_id=1368&filter\\_id=1](http://www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu_id=6844&page_id=1368&filter_id=1) [10.06.2013].

<sup>228</sup> Vgl. *Unberath in Greger/Unberath*, Rz 72.

Entscheidung im Rahmen eines Gutachtens, die aber innerhalb eines Gerichtsverfahrens überprüfbar ist. Sie wird daher als vorläufig bindend bezeichnet. Dabei handelt es sich um eine Besonderheit, denn sie kann von den Parteien angefochten werden.<sup>229</sup>

Es ist dies ein englisches Modell der außergerichtlichen Streitbeilegung, das aber zunehmend auch in Deutschland an Bedeutung gewinnt. Trotzdem steht man auf Seiten der Anwaltschaft einem solchen Verfahren sehr skeptisch und ablehnend gegenüber, weil man der Meinung ist, dass Adjudikatoren keine Richter sind und somit das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt wird und dass das Gesetz letztendlich verfassungswidrig ist.<sup>230</sup>

Das Verfahren wird hauptsächlich in Bauangelegenheiten zur Anwendung gebracht. Für familienrechtliche Streitigkeiten ist diese Art der Streitbeilegung jedoch bisher nicht in Betracht gezogen worden.

Die Shuttle-Mediation ist eine besondere und auch äußerst umstrittene Art der Mediation. Der Mediator hat hier noch speziellere Aufgaben zu bewältigen, da in der Regel solche Verfahren zur Anwendung gebracht werden, die ein hohes Eskalationspotential haben. Seine Aufgabe ist es zwischen den Parteien zu vermitteln, was dadurch geschieht, dass er die Ansicht jeder Partei einholt und sie selbst der anderen überbringt. Die Parteien, deren Verhältnis in der Regel extrem zerrüttet ist, müssen sich somit nicht an einem Ort zusammensetzen. Der Mediator gilt hier als „die Drehscheibe des Streits“.<sup>231</sup>

Der Mediator macht abwechselnd eine oder mehrere Sitzungen mit jeder Partei. Das wird so lange fortgesetzt, bis alle Seiten bereit sind, zusammen Lösungen zu erarbeiten. Diese Art von Verfahren bringt naturgemäß höheren Aufwand für den Mediator mit sich. Die Möglichkeit der Lösung einer extrem verfahrenen Situation spricht jedoch jedenfalls dafür.<sup>232</sup> Aufgrund dieser Eigenheiten ist sie auch für familienrechtliche Streitigkeiten geeignet.

---

<sup>229</sup> Vgl. Adjudikation, [www.eucon-institut.de/conflict\\_management\\_adjudication.html](http://www.eucon-institut.de/conflict_management_adjudication.html) [10.06.2013].

<sup>230</sup> Vgl. Kritik an Adjudikation, [www.zeit.de/2011/48/Anwaltslobby-Baurecht](http://www.zeit.de/2011/48/Anwaltslobby-Baurecht) [10.06.2013].

<sup>231</sup> Vgl. Shuttle Mediation, [www.mediation-so.ch/de/posts/shuttle-mediation-was-ist-das-19.php](http://www.mediation-so.ch/de/posts/shuttle-mediation-was-ist-das-19.php) [10.06.2013].

<sup>232</sup> Vgl. Shuttle Mediation, [www.mediation-so.ch/de/posts/shuttle-mediation-was-ist-das-19.php](http://www.mediation-so.ch/de/posts/shuttle-mediation-was-ist-das-19.php) [10.06.2013].

#### **d. Mini Trial und Early Neutral Evaluation**

Beim Mini Trial Verfahren handelt es sich um eine spezielle Abwandlung der Schlichtung. Diese hat jedoch viel weniger praktische Relevanz. Entwickelt worden ist dieses Verfahren für Konflikte zwischen Gesellschaften.<sup>233</sup>

Es ist ein, wie der Name vielleicht vermuten lässt „kleines Gerichtsverfahren“. Seine Besonderheit ist, dass der neutrale Dritte hier zwei Beisitzer hat, welche gleichzeitig auch die Rechtsvertreter der Betroffenen sind. Der Begriff wurde 1976 von der New York Times kreiert. In ihrem Bericht ging es um die außergerichtliche Lösung eines größeren, seit längerem bei Gericht anhängigen, patentrechtlichen Rechtsstreites.<sup>234</sup>

Der Ablauf des Verfahrens sieht so aus, dass man zuerst den Parteien eine Möglichkeit einräumt sich zur rechtlichen und sachlichen Situation zu äußern

Eine Besonderheit dieses Verfahrens ist zudem, dass die Entscheidung durch ein spezielles Gremium getroffen wird. Dieses setzt sich aus den Rechtsvorständen der Parteien zusammen. Es wird vor allem der Zweck verfolgt, die „Konfliktblindheit“ der Parteien zu bewältigen und so, aus neutraler Position, eine sinnvolle, emotionsfreie Lösung zu finden. Das Ziel ist somit, dass zwischen den Parteien ein Vergleich erreicht wird.<sup>235</sup>

Diese Art von Verfahren, das eher bei Konflikten in der Wirtschaft zur Anwendung kommt<sup>236</sup>, wäre für familienrechtliche Angelegenheiten zu kompliziert und wird daher auch nicht in Erwägung gezogen.

Unter Early Neutral Evaluation versteht man ein Verfahren, in dem ein Dritter, meist ein Rechtsanwalt, den Streitfall auf rechtlicher Ebene in einem frühen Stadium beurteilt. Zunächst ermittelt er die Sach- und Rechtslage. Danach zieht er sich zurück, um die rechtliche Beurteilung vorzubereiten. Im Anschluss daran befragt er die Betroffenen, ob sie sich inzwischen geeinigt hätten. Wenn das zutrifft, was sich bei ca. 25% der Fälle zeigt, moderiert er die Vergleichsverhandlungen. Einigen sich die Parteien nicht, gibt er seinen Vergleichsvorschlag bekannt. Folgen die Beteiligten

---

<sup>233</sup> Vgl. *Hager*, *Konflikt und Konsens*, 2001, 97.

<sup>234</sup> Vgl. *Mähler/Mähler/Büchting*, *Rechtsanwaltshandbuch*, §47, Rz 12

<sup>235</sup> Vgl. *Mähler/Mähler/Büchting*, *Rechtsanwaltshandbuch* §47, Rz 12; *Schlichtung und Mediation*, [www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu\\_id=50&page\\_id=145&filter\\_id=1](http://www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu_id=50&page_id=145&filter_id=1) [10.06.2013].

<sup>236</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz 67.



dem Vorschlag nicht, erörtert er mit ihnen, wie sie einen gerichtlichen Prozess möglichst effizient und zügig durchführen könnten.<sup>237</sup>

Dieses Verfahren kann durchaus auch in familienrechtlichen Belangen zur Anwendung gebracht werden.

#### **4. Organisation**

Bestimmte Organisation, die für Kindschaftssachen relevant sind, gibt es im Bereich der Schlichtung nicht. Anders als bei der Mediation ist das Verfahren in diesen Angelegenheiten noch nicht so weit fortgeschritten.

Man könnte hier nur die gesetzlich eingerichteten Schlichtungsstellen als besondere Organisationsform heranziehen. Diese finden sich in der Regel bei den Verbänden bzw. Kammern der spezifischen Branche und besitzen oft eigene Schlichtungsordnungen.<sup>238</sup> Diese Art der Schlichtungsstelle ist aber für den Bereich des Familienrechts nicht von Bedeutung.

### **IV. Praxis der außergerichtlichen Streitbeilegung in Sorgerechtsverfahren**

#### **1. Allgemeines und Ablauf**

Allgemein ist zu allen Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung zu sagen, dass ihr vorrangiges Ziel ist, die Verfahren so anzulegen, dass sie mit wenig Aufwand und Bürokratie auskommen und rasch durchgeführt werden können. Trotzdem sollten gewisse Standards beachtet werden, die zur Rechtssicherheit beitragen. Diese Standards können jedoch variieren wodurch sich in der Praxis eigene Modelle bzw. Abwandlungen bilden.<sup>239</sup>

Von den oben genannten Möglichkeiten, die alle zu den Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung zählen, sind nur wenige wirklich zur Lösung

---

<sup>237</sup> Vgl. *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz 66; *Mähler/Mähler/Büchting*, Rechtsanwaltsbandbuch §47, Rz 8.

<sup>238</sup> Vgl. Unterschiede zwischen Schlichtung, Mediation und Schiedsverfahren, [www.dolceta.eu/deutschland/Mod1/Was-sind-die-Unterschiede-zwischen.html](http://www.dolceta.eu/deutschland/Mod1/Was-sind-die-Unterschiede-zwischen.html) [10.06.2013].

<sup>239</sup> Vgl. *Montada*, Modelle der Mediation: Vielfalt bedeutet nicht Beliebigkeit, PM 1/2011, 13.

familienrechtlicher Streitigkeiten geeignet, und von diesen werden in der Praxis wenig bis gar keine in Betracht gezogen. Theoretisch wären das Schlichtungsverfahren, das Schieds- und Gütestellenverfahren, das Mediationsverfahren und auch die Ombuds- und Clearingstellen sowie die Early Neutral Evaluation denkbar.

Für die Praxis sind vor allem der theoretische Hintergrund und der Ablauf von Bedeutung. Wie haben sich Richter, Parteien, Parteienvertreter und auch Mediatoren laut gesetzlicher Regelung zu verhalten?

Um darauf eine Antwort zu finden, müssen wiederum die Kommentare zu den jeweiligen Gesetzesstellen herangezogen werden.

Bis auf die oben genannten Unterschiede muss hier nicht zwischen dem Vorschlag des Gerichts laut § 135 FamFG und § 278a ZPO und der Anordnung des § 156 FamFG unterschieden werden. Die Anwendbarkeit der Mediation ist ident. In Betracht kommt hier nur die gerichtsnahe Mediation.<sup>240</sup>

Aus § 156 FamFG, § 36a FamFG und § 278a ZPO ergibt sich, dass das Hinwirken auf eine einvernehmliche Lösung zu den Aufgaben des Gerichts gehört. Eine im Sinne des Vorrangs der Selbstregulierung vor hoheitlicher, fremdbestimmter Entscheidung durch die Beteiligten selbst gefundene Lösung sollte angestrebt werden.<sup>241</sup> Obwohl in den genannten Paragraphen zum einen von einer Anordnung und zum anderen von einem Vorschlag des Gerichts gesprochen wird, unterscheiden sich die Abläufe der Konfliktlösung während des Gerichtsverfahrens nur unwesentlich voneinander.

Beim Vorschlag muss den Parteien unter anderem genügend Bedenkzeit eingeräumt werden. Das gilt vermutlich ebenfalls für die Anordnung, weil die Betroffenen auch hier Zeit brauchen, um sich endgültig zu entscheiden, ob sie Mediation in Anspruch nehmen.

Der Vorschlag kann in der Verhandlung schriftlich oder mündlich unterbreitet werden. Kommt es zur Zustimmung, ruht das Verfahren und kann nur durch Fortsetzungsantrag wieder aufgenommen werden.<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> Vgl. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, § 278a, Rz 4.

<sup>241</sup> Vgl. *Greger*, Alternative Konfliktlösung während des Gerichtsverfahrens, in *Greger/Unberath*, Mediationsgesetz, Rz 43 f.

<sup>242</sup> Vgl. *Greger* in *Greger/Unberath*, Rz 49.

Bei der Anordnung des Erstgesprächs hingegen handelt es sich um eine verfahrensleitende Zwischenentscheidung, also um einen Beschluss, dessen Begründung nicht rechtlich verpflichtend, jedoch eine Anstandspflicht ist.<sup>243</sup>

Er bedarf keiner Zustellung an die Parteien und auch keiner Begründung durch den Richter, aber die Parteien werden aufgefordert, gemeinsam oder getrennt, bei einem kostenlosen Erstgespräch teilzunehmen. Das Gericht kann entweder eine genaue Stelle benennen, oder muss, wenn mehrere zur Auswahl stehen, diese konkretisieren. Der gewählte Mediator kann die Mediation ohne Angabe von Gründen ablehnen. Es besteht somit Annahmefreiheit auf Seiten der Mediatoren. Die Dauer des Verfahrens ist keinesfalls befristet, sondern hat sich der Situation im Einzelfall anzupassen. Die Anordnung führt nicht zum Stillstand des Verfahrens, aber § 156 Abs 3 FamFG schreibt jedoch vor, dass das Gericht bei Sorgerechtsachen den Umgang durch einstweilige Anordnung regeln soll.<sup>244</sup>

Erfüllen nun die Parteien die Anordnung, müssen sie darüber eine allgemeine Bestätigung vorlegen, wobei Dauer, Inhalt, Verlauf und Ergebnis nicht angegeben werden müssen. Wenn die Beteiligten der Anordnung des Gerichts nicht nachkommen, dies aber mit Entschuldigung geschieht, oder ist die benannte Stelle nicht zur Durchführung bereit, muss das Gericht prüfen, ob ein weiterer Versuch zumutbar ist.<sup>245</sup>

Bei unentschuldigter Nichterfüllung der Anordnung muss differenziert werden. Kommt eine Partei ohne Entschuldigung, kann- so zumindest *Greger*- das bei der Kostenverteilung zu ihren Lasten ausfallen. Kommen jedoch beide Parteien ohne Entschuldigung, bleibt das sanktionslos.<sup>246</sup>

Für die Praxis relevant ist außerdem § 155 FamFG, bei dem es sich um den Beschleunigungs- und Vorrangsgrundsatz handelt, welcher besagt:

*§ 155 (1) Kindschaftssachen, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, sowie Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls sind vorrangig und beschleunigt durchzuführen.*

*(2) Das Gericht erörtert in Verfahren nach Absatz 1 die Sache mit den Beteiligten in einem Termin. Der Termin soll spätestens einen Monat nach Beginn des Verfahrens stattfinden. Das Gericht hört in diesem Termin das Jugendamt an. Eine Verlegung*

---

<sup>243</sup> Vgl. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung § 135 FamFG, Rz 3.

<sup>244</sup> Vgl. *Greger* in *Greger/Unberath*, Rz 49 ff.

<sup>245</sup> Vgl. *Greger* in *Greger/Unberath*, Rz 73 f.

<sup>246</sup> Vgl. *Greger* in *Greger/Unberath*, Rz 73 ff.

*des Termins ist nur aus zwingenden Gründen zulässig. Der Verlegungsgrund ist mit dem Verlegungsgesuch glaubhaft zu machen.*

*(3) Das Gericht soll das persönliche Erscheinen der verfahrensfähigen Beteiligten zu dem Termin anordnen.*

*(4) Hat das Gericht ein Verfahren nach Absatz 1 zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ausgesetzt, nimmt es das Verfahren in der Regel nach drei Monaten wieder auf, wenn die Beteiligten keine einvernehmliche Regelung erzielen.<sup>247</sup>*

§ 155 leg cit sieht in bestimmten Kindschaftsverfahren die Notwendigkeit vor, dass das Gericht schnell entscheidet. Die Verfahrensbeschleunigung stellt ein zentrales Element im neuen FamFG dar. Man hat dazu auch einige Elemente der „Cochemer Praxis“ in den Gesetzestext miteinbezogen. Ein beschleunigtes Verfahren kann dann angenommen werden, wenn die Frist von einem Monat nicht überstiegen wird. Bei Kindeswohlgefährdung ist eine noch kürzere Dauer anzustreben. Das Beschleunigungsgebot wird durch § 156 FamFG ergänzt und umgekehrt.<sup>248</sup>

Mediation ist noch ein in der Entstehung begriffenes Verfahren, das von Flexibilität und Autonomie bestimmt werden soll, wobei ein genauer gesetzlicher Rahmen nicht zweckdienlich wäre. Mediatoren und Gerichte müssen im Einzelfall die konkreten rechtlichen Fragen klären, wobei es möglich ist, auf die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts zurückzugreifen, weil auch die Mediation quasi eine vertraglich vereinbarte Dienstleistung ist.<sup>249</sup>

Kommt es dazu, dass sich die Parteien zu einem Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung entschließen, ruht das Verfahren. Während dieser Zeit laufen nur die Notfristen und die Rechtsmittelbegründungs- sowie Wiedereinsetzungsfristen. Sonstige Fristen beginnen mit der Wiederaufnahme des Rechtsstreits neu zu laufen. Die durch die Klage bewirkte Hemmung der Verjährung dauert auch während der Mediation oder des anderen Verfahrens an.<sup>250</sup>

---

<sup>247</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), idF 18.02.2013, BGBl. I S. 266.

<sup>248</sup> Vgl. *Schnitzler*, Anmerkungen zum einstweiligen Rechtsschutz bei Kindschaftssachen im Verhältnis zum Hauptverfahren und kritische Betrachtung des Beschleunigungsgrundsatzes, in *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit*, Alles zum Wohle des Kindes? Aktuelle Probleme des Kindschaftsrechts, 2012, 222 ff.

<sup>249</sup> *Unberath*, in *Greger/Unberath*, Rz. 39.

<sup>250</sup> Vgl. *Greger* in *Greger/Unberath*, Rz 58 f.

## 2. Mediationspraxis- Meinungsstand

Die vom Gesetzgeber mit der Vorschrift verbundene Erwartung, Mediation und außergerichtliche Streitbeilegung verstärkt zur Anwendung zu bringen, hat sich, laut *Grabow* bis zum Inkrafttreten des Mediationsgesetz nicht erwartungsgemäß erfüllt.<sup>251</sup> Auch nach Inkrafttreten des Gesetzes wurden diese Erwartungen, laut *Greger*, nicht bestätigt.<sup>252</sup>

Im Folgenden werden bestimmte Vor- und Nachteile für die Praxis aufgezeigt und Meinungen dazu erläutert.

Eine vom BMJ durchgeführte Studie, die den Vergleich zwischen Mediation und Gerichtsverfahren bei Sorge- und Umgangsrechtskonflikten darlegen sollte, kam zu dem Ergebnis, dass Mediation die geeigneten Voraussetzungen besitzt, sich in der Praxis zu bewähren. Folgendes Fazit kann daraus gezogen werden:

*„Die Studie hat ergeben, dass in der Mediation erarbeitete Regelungen des Umgangs- oder Sorgerechts zu einer wesentlich nachhaltigeren Befriedigung führen als Gerichtsentscheidungen, die von den Eltern in sehr vielen Fällen nicht akzeptiert werden und neue rechtliche Auseinandersetzungen hervorrufen.“*<sup>253</sup>

Ein weiterer Praxisfall der Familienmediation zeigt, dass eine solche Form der außergerichtlichen Streitbeilegung auch bei großteils verfahrenen Situationen einen Ausweg schaffen kann.<sup>254</sup>

Trotz dieser Vorteile gibt es laut *Grabow* bestimmte bestehende Nachteile, die die Anwendbarkeit in der Praxis erschweren. Als problematisch in der Praxis wurde zum einen empfunden, dass der Gesetzgeber nicht genau geregelt hat, auf welche Bereiche die Vorschrift des § 156 FamFG angewendet wird, und dass die Beratungsperson nur eventuell dann auch die Mediation leitet. Es war somit denkbar, dass sich die Parteien auf einen Mediator des Informationsgespräches einigen, diesen jedoch dann gar nicht bekommen.<sup>255</sup> Dieser Mangel wurde aber mit der Neuregelung, die auf § 151 FamFG verweist, beseitigt.

---

<sup>251</sup> Vgl. *Grabow*, § 135 FamFG, FPR 2011, 33.

<sup>252</sup> Vgl. *Greger* in *Greger/Unberath*, Rz 63.

<sup>253</sup> *Greger*, Abschlussbericht/ Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten, 2010, 131, [www.reinhard-greger.de/ikv2.htm](http://www.reinhard-greger.de/ikv2.htm) [10.06.2013].

<sup>254</sup> Vgl. *Rost*, Praxisfall Familienmediation/Der wechselseitige Neid, in ZKJ 12, 2012, 503.

<sup>255</sup> Vgl. *Grabow*, § 135 FamFG, FPR 2011, 33 f.

*Grabow* vertritt zudem die Meinung, dass an die Stelle der Verpflichtung zur Teilnahme an einer Information eine verpflichtende Teilnahme an einer Mediation treten sollte.<sup>256</sup>

Im Rahmen des § 135 FamFG ist laut *Grabow* bisher festzustellen, dass diese Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung so gut wie gar nicht zur Anwendung gelangt. Trotz des großen Angebots an bestehenden Mediatoren, die mitunter auch Rechtsanwälte sind, besteht diese Problemsituation, obwohl die Familiengerichte über fortlaufend aktualisierte Listen der Mediatoren verfügen. Es stellt sich die Frage, worauf dieses, von *Grabow* bezeichnete, Phänomen zurückzuführen ist. Problematisch könnte hier sein, dass beim Informationsgespräch für die Parteien der Eindruck entsteht, dass es sich nur um ein Werben für Mediation handelt. *Grabow* vertritt nun die Ansicht, dass sowohl für die Folgesachen der Scheidung iSd § 135 FamFG als auch für die Kindschaftssachen nach § 151 FamFG, die von § 156 FamFG erfasst werden, eine verpflichtende Teilnahme an einer Mediation selbst veranlasst werden sollte.<sup>257</sup>

Anders als von *Grabow* wird die Einführung dieses kostenfreien Informationsgespräches von der Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation (BAFM) begrüßt.<sup>258</sup>

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass trotz der unterschiedlichen Meinungen zur Sinnhaftigkeit des § 156 FamFG die Mediation als Mittel der Konfliktlösung in Sorgerechtsverfahren als sinnvoll angesehen wird und dem Kindeswohl auf jeden Fall förderlich ist.

### **3. Schlichtungspraxis**

Da diese Art von Verfahren in Deutschland, und auch in Österreich in Familiensachen noch wenig Anklang gefunden hat, tritt sie in ihrer Relevanz hinter das Mediationsverfahren zurück. Die Situation stellt sich, ähnlich wie hierzulande,

---

<sup>256</sup> Vgl. *Grabow*, § 135 FamFG, FPR 2011, 33 f.

<sup>257</sup> Vgl. *Grabow*, § 135 FamFG, FPR 2011, 33.

<sup>258</sup> Vgl. Stellungnahme des BAFM, [www.bafm-mediation.de/wichtige-texte/2012-bafm-erklaerung-zum-inkrafttreten-des-gesetzes-zur-foerderung-der-mediation-und-anderer-verfahren-der-aussergerichtlichen-konfliktbeilegung/](http://www.bafm-mediation.de/wichtige-texte/2012-bafm-erklaerung-zum-inkrafttreten-des-gesetzes-zur-foerderung-der-mediation-und-anderer-verfahren-der-aussergerichtlichen-konfliktbeilegung/) [10.06.2013].

größtenteils ungeregt dar, weil auch vom deutschen Gesetzgeber, zu wenige und zu ungenaue Regelungen getroffen worden sind.

In Bezug auf den Ablauf und das Verfahren in der Praxis könnte man sich an den von den Ländern eingerichteten Schlichtungsstellen orientieren. Diese sind jedoch nicht für Familiensachen zuständig, weil sie in den Schlichtungsordnungen nicht vom Anwendungsbereich erfasst sind. Trotzdem hat laut *Unberath* das Verfahren vor diesen Schlichtungsstellen „*einen gewissen Mustercharakter für die Schlichtung insgesamt*“.<sup>259</sup>

Im Rahmen dieser Arbeit wird deshalb kurz auf den theoretischen Ablauf eines solchen Verfahrens eingegangen, um allgemein das Schlichtungsverfahren aufzuzeigen. Es handelt sich hier um das Darlegen der Besonderheiten dieses Verfahrens, die ergänzend zum allgemeinen Ablauf eines außergerichtlichen Verfahrens der Streitbeilegung erörtert werden sollen. Dargestellt wird, wie ein solches Verfahren unter Berücksichtigung aller gesetzlichen Vorschriften und der derzeit im Bereich der Schlichtung geltenden Rechtspraxis im Bereich der Familiensachen aussehen könnte.

Als Beispiel wird hier das Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsstelle des Landes Baden- Württemberg herangezogen. Es handelt sich hierbei um eine Stelle im Sinne des § 15a EGZPO.<sup>260</sup> Meist wird hier ein Rechtsanwalt zum Schlichter erklärt. Dieser muss unparteiisch sein. Die Parteien werden von ihm zuerst vorgeladen und haben persönlich zu erscheinen. Kann eine Einigung in der Schlichtungsverhandlung erzielt werden, wird sie vom Schlichter protokolliert und kann wie ein Vergleich vollstreckt werden.<sup>261</sup>

Eine weitere Orientierungshilfe für ein familienrechtliches Schlichtungsverfahren bilden branchenspezifische Schlichtungsordnungen, wie sie etwa bei Verbraucherstreitigkeiten relevant sind. Als Beispiel für einen solchen Verfahrensablauf wird hier das Schlichtungsverfahren des europäischen Verbraucherzentrums in Kehl herangezogen. Dabei handelt es sich nicht um eine Schlichtungsstelle im Sinne des § 15a EGZPO<sup>262</sup>. Außerdem ist gem § 15a Abs 3 EGZPO anzumerken, dass eine obligatorische Schlichtung nach Abs 1 auch nicht mehr in Betracht kommt, wenn bereits bei einer branchengebundenen

---

<sup>259</sup> *Unberath* in *Greger/Unberath*, Rz 64.

<sup>260</sup> Vgl. dazu Kap. F. II. 3. A.

<sup>261</sup> Vgl. Schlichtungsverfahren, [www.justizportal-bw.de/servlet/PB/menu/1149367/index.html?ROOT=1155174#f](http://www.justizportal-bw.de/servlet/PB/menu/1149367/index.html?ROOT=1155174#f) [10.06.2013].

<sup>262</sup> Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (EGZPO) idF BGBI. I S. 434.

Schlichtungsstelle die Herbeiführung eine Einigung versucht wurde. Sie kommt also vor der Schlichtung nach § 15a EGZPO zur Anwendung.

In diesem Fall besteht die Schlichtungsstelle in der Regel aus nur einem Schlichter. Dieser ist ein Jurist mit besonderen Kenntnissen im Hinblick auf die zu verhandelnde Materie. Es gelten die Verschwiegenheitspflicht und der Vorrang eines mündlichen Verfahrens. Ob es in der Praxis ein mündliches Schlichtungsverfahren gibt, hängt von der Schlichtungsordnung und davon ab, ob die Schlichtungsstelle mündliche Ausführungen für sinnvoll hält. In Bezug auf die Beweisführung ist zu sagen, dass schriftliche Beweisstücke berücksichtigt werden, eine Zeugenbeweisaufnahme führen die Schlichtungsstellen jedoch meist nicht durch. Das Ergebnis des Verfahrens kann eine verbindliche Entscheidung, eine Empfehlung oder auch ein Einigungsvorschlag oder Vergleich sein. Es üblicherweise, unter Berücksichtigung der Rechtslage sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben kurz begründet. Manche Schlichtungsstellen setzen auf ein Gespräch der Parteien noch während des Verfahrens. Dabei sollen diese Schritt für Schritt an eine Lösung herangeführt werden, die ihnen in jedem Fall schriftlich mitgeteilt wird. Der Rechtsweg ist offen, es sei denn, es ist eine wirksame Schiedsvereinbarung getroffen worden, die dies ausschließt.<sup>263</sup>

Jedes der aufgezählten Schlichtungsverfahren könnte auch in Bezug auf das Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung in § 156 FamFG herangezogen werden.

Eine weitere Möglichkeit stellt die Anwendung bestimmter Mischformen dar. Es ist denkbar, dass Mediation, Schlichtung und auch Schiedsverfahren gemeinsam angewendet werden, wobei die Schlichtung sinnvoller Weise nach dem Mediationsverfahren durchgeführt wird. Es kommt zu einer Verzahnung von Mediation und Schlichtung, was die Vorteile beider Verfahren mit sich bringt.<sup>264</sup>

Meiner Meinung nach besteht auch hier der Grund des Fehlens praktischer Erfahrungen, zuständiger Stellen und Abläufe darin, dass der Gesetzgeber die Schlichtung, also die „*anderen Möglichkeiten außergerichtlicher Streiteilegung*“, nicht als echte Alternative zur Mediation gesehen hat, sondern nur zum Ausdruck

---

<sup>263</sup> Vgl. o.V., Schlichtungsleitfaden für Verbraucher vom europäischen Verbraucherzentrum Deutschland-Kehl, 12.2009, [www.eu-verbraucher.de/de/publikationen/broschueren/](http://www.eu-verbraucher.de/de/publikationen/broschueren/) [10.06.2013].

<sup>264</sup> Vgl. Mediation, Schlichtung und Schiedsgerichtsbarkeit, [www.rvr.de/fem/157/Mediation,-Schlichtung-und-Schiedsgerichtsbarkeit.html](http://www.rvr.de/fem/157/Mediation,-Schlichtung-und-Schiedsgerichtsbarkeit.html) [10.06.2013].



bringen wollte, dass die Anwendung eines außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens in Sorgerechtsstreitigkeiten sinnvoll wäre.

#### 4. Cochemer Praxis

Für die praktische Ausgestaltung der Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung ist zusätzlich zu den oben genannten „Musterverfahren“ die „Cochemer Praxis“ relevant. Darunter versteht man ein „*Handlungsmodell der interdisziplinären Zusammenarbeit in Familiensachen*“.<sup>265</sup>

Es ist nicht genau festgelegt, ob es sich um ein Mediations- oder Schlichtungsverfahren handelt. Somit zeigt sich, dass die Praxis nicht dem genauen Gesetzeswortlaut folgt, sondern ihre eigenen Formen ausbildet.

Mittlerweile gibt es in ein paar Ländern Pilotprojekte, die das Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung fördern, wie etwa „*Das Projekt Elternkonsens: Eine Schlichtungspraxis in Sorge- und Umgangsrechtsstreitigkeiten*“ darstellt, welches den Vorgaben des § 156 FamFG entspricht, jedoch eine völlig andere Sichtweise auf das Schlichtungsverfahren enthält.<sup>266</sup> Meines Erachtens wird hier nur der Begriff des Schlichtungsverfahrens gewählt, denn das Verfahren enthält sowohl Elemente der Mediation als auch der Schlichtung. Man kann sagen, dass es sich daher um eine neue Mischform handelt.

Der Ursprung des Pilotprojektes findet sich vor zirka 20 Jahren im kleinen Bezirk Cochem. Die Grundidee ist, dass man „*die interdisziplinäre Zusammenarbeit der Institutionen und Professionen, die bei Elternkonflikten nach Scheidung oder Trennung an entsprechenden familiengerichtlichen Verfahren beteiligt sind, Familienrichter, Anwälte, Jugendämter, Beratungsstellen und Sachverständige*“<sup>267</sup> fördert.

Ziel ist, eine möglichst rasche Lösung zu finden und so eine Doppelbelastung der Kinder, durch Trennung und Gerichtsverfahren, zu vermeiden. Das Kindeswohl ist der zentrale Grundsatz im Sorge- und Umgangsrecht. Das genannte Ziel kann jedoch

---

<sup>265</sup> Vgl. Cochemer Praxis, [www.kindergefuehle.at/fileadmin/pdf/Cochem%20Interview.pdf](http://www.kindergefuehle.at/fileadmin/pdf/Cochem%20Interview.pdf) [10.06.2013].

<sup>266</sup> Vgl. *Balomatis/Röhm/Utecht*, Arbeitsgemeinschaft Tübingen, am Bundeskongress Elternkonsens, Tübinger Arbeitskreis „Kindeswohl bei Trennung und Scheidung“, 5. Und 6. November 2012, Tübingen.

<sup>267</sup> *Preims*, Familienrecht, <http://derstandard.at/1353208464459/Familienrecht-Keine-Schlichtungskultur-in-Sicht> [10.06.2013].

nur erreicht werden, wenn es auch im Interesse der Eltern gelegen ist ihr Kind in dieser Art und Weise zu schützen. Das Ergebnis soll von allen Parteien unterstützt werden und so auch bessere Akzeptanz gefunden werden, was auch die praktische Umsetzung erleichtert.<sup>268</sup>

Mit dieser Absicht treffen sich die verschiedenen Berufsgruppen regelmäßig in Arbeitskreisen, um Eckpunkte und einzelfallübergreifende Probleme zu besprechen. Es gibt bestimmte Kernpunkte, auf die sie sich geeinigt haben. Der erste wäre, dass das Gericht einen möglichst schnellen Termin anberaumt, in etwa binnen eines Monats. Bei diesem Gerichtstermin haben beide Elternteile Gelegenheit, alle Punkte vorzubringen, die sie für wesentlich halten. Wichtig ist, dass das Jugendamt sofort in das Verfahren eingebunden wird und am Gerichtstermin teilnimmt. Zusätzlich werden von den Mitarbeitern des Jugendamtes Gespräche mit Eltern und Kindern geführt, um die genauen Standpunkte abzuklären. Zusätzlich zum Richter und Jugendamt wirken Anwälte, Beratungsstellen und auch Sachverständige auf ein Einvernehmen hin.<sup>269</sup>

Ist es nicht möglich beim ersten Gerichtstermin einen Konsens der Beteiligten zu erzielen, kommt es zu einer Beratung, bei der zudem unter bestimmten Umständen ein Sachverständiger zugezogen werden kann. Dieser hat die Aufgabe mit den Eltern zusammen ein Gutachten zu erstellen. Diese Vorgehensweise hat laut Baden-Württembergischem Justizministerium den Vorteil, dass sich die Eltern in der Regel während des ersten Gerichtstermins oder spätestens zum Zeitpunkt der Beratung einigen. Das führt zu einer wesentlich befriedigerenden Lösung für alle Beteiligten.<sup>270</sup>

Wichtig zu erwähnen ist, dass es in der „Praxis Elternkonsens“ keine übergeordnet festgelegte Verfahrensweise gibt. Es soll vielmehr auf örtlicher und lokaler Ebene eng zusammengearbeitet werden, damit auf die verschiedenen Verhältnisse bzw. Unterschiede der einzelnen Fälle eingegangen und so eine auf den Einzelfall zugeschnittene Lösung erarbeitet werden kann. Ziel ist somit eine Zusammenarbeit und Vernetzung der involvierten Berufsgruppen. Dieses Eingehen auf die Umstände im Einzelfall zeichnet die besondere Verfahrensweise des Projektes aus. Es gibt kein

---

<sup>268</sup> Vgl. Projekt Elternkonsens: Schlichtungspraxis in Sorge- und Umgangsrechtsstreitigkeiten, [www.justiz.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1231805/index.html?ROOT=1155174](http://www.justiz.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1231805/index.html?ROOT=1155174) [10.06.2013].

<sup>269</sup> Vgl. *Preims*, Familienrecht, <http://derstandard.at/1353208464459/Familienrecht-Keine-Schlichtungskultur-in-Sicht> [10.06.2013].

<sup>270</sup> Vgl. *Preims*, Familienrecht, <http://derstandard.at/1353208464459/Familienrecht-Keine-Schlichtungskultur-in-Sicht> [10.06.2013].

schematisch einheitliches Verfahren, das auf alle Fälle angewendet wird. Die Umstände müssen immer im Einzelfall Beachtung finden, wobei somit sehr gut auch auf bestimmte Problembereiche wie etwa Gewalt in der Familie eingegangen werden kann. Solche Problemfälle zeigen gut, dass das Projekt auch Ausnahmen zulässt, da es in diesem Fall nicht zur Anwendung gebracht wird.<sup>271</sup>

Die beteiligten Berufsgruppen sind dazu angehalten vor Ort eng zusammen zu arbeiten, damit man auf die Probleme im Einzelfall flexibel reagieren kann und das bestmögliche Verfahren für die Parteien findet<sup>272</sup>, wessen praktischer Ablauf mit der Antragsstellung beginnt. Nach Eingangsverfügung und Zustellung kommt es zu einem Appell an die Eltern, sich einvernehmlich zu einigen und der Flyer des Projekts wird vorgelegt. Eine entsprechende Vereinbarung bzw. Zwischenvereinbarung wird seitens der Eltern an die Beratungsstelle weitergegeben, wobei bestimmte Termine einzuhalten sind. Das Beratungsergebnis gilt als Abschlussvereinbarung. Vorteile dabei sind, dass in erster Linie die Kinder die Gewinner dieser Vorgehensweise sind und dass die Belastung der Gerichte sinkt. Diese Vorgehensweise entspricht den Vorgaben der §§ 155, 156 FamFG.<sup>273</sup>

Trotz der verstärkten Anwendung einer solchen Praxis findet sich in diesem Zusammenhang auch Kritik, denn dazu meint beispielsweise *Schnitzler*, dass die Bedingungen in Großstädten andere wären, als in dem kleinen Bezirk Cochem.<sup>274</sup> Somit ergeben sich Probleme, was die Anwendung dieses Modells betrifft. Da das Modell aber bereits in vielen Ländern angenommen wird, ist dieser Kritikpunkt hinfällig.

Für die Mediations- und Schlichtungspraxis in Sorgerechtsverfahren könnte die Heranziehung eines solchen Modells helfen, Probleme in der praktischen Ausgestaltung zu lösen. Bestimmte Vorgangsweisen, die sich bisher im Rahmen des Modells bewährt haben, könnten in viele unklare Bereiche eingeflochten werden, um so die Anwendbarkeit von Vorschriften wie § 156 FamFG zu erhöhen.

In Deutschland kommt diesem Modell bisher eine Vorreiterrolle zu.<sup>275</sup> In Österreich wird diese Praxis zwar von bestimmten Seiten im Rahmen eines Pilotprojektes

---

<sup>271</sup> Vgl. *Balomatis/Röhm/Utecht*, Arbeitsgemeinschaft Tübingen, am Bundeskongress Elternkonsens, Tübinger Arbeitskreis „Kindeswohl bei Trennung und Scheidung“, 5. - 6. November 2012, Tübingen.

<sup>272</sup> Vgl. Projekt Elternkonsens, [www.justiz.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1231805/index.html?ROOT=1155174](http://www.justiz.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1231805/index.html?ROOT=1155174) [10.06.2013].

<sup>273</sup> Vgl. *Balomatis/Röhm/Utecht*, Arbeitsgemeinschaft Tübingen, 2012, Tübingen.

<sup>274</sup> Vgl. *Schnitzler* in *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit*, 225.

<sup>275</sup> Vgl. *Preims*, Familienrecht, <http://derstandard.at/1353208464459/Familienrecht-Keine-Schlichtungskultur-in-Sicht> [10.06.2013].

gefordert, bisher wurde sie aber noch nicht umgesetzt.<sup>276</sup> Man könnte anmerken, dass in Österreich die Familiengerichtshilfe<sup>277</sup>, die durch das KindNamRÄG 2013 gesetzlich verankert wurde, auch einen ähnlichen Zweck verfolgt. Wie bei der „Cochemer Praxis“ wirken auch hier mehrere Professionen, wie Pädagogen, Sozialarbeiter, Jugendwohlfahrtsträger und Richter zusammen.<sup>278</sup>

---

<sup>276</sup> 2211/A(E) XXIV. GP – Entschließungsantrag.

<sup>277</sup> Siehe dazu Kap. C. III. 2. und Kap. E. VII.

<sup>278</sup> Vgl. *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht 17.

## **G. UNTERSCHIEDE ZU ÖSTERREICH**

### **I. Unterschiede zwischen § 107 Abs 3 Z 2 und § 156 FamFG**

Die Basis dieses Vergleichs bilden auf österreichischer Seite § 107 AußStrG und auf deutscher § 156 FamFG. Anhand dieser Paragraphen, zahlreichen „Hilfsparagraphen“, Erläuterungen<sup>279</sup> und Kommentaren sowie Erfahrungen aus der Praxis sollen die Unterschiede hervorgehoben werden.

Es werden in weiterer Folge das Mediationsverfahren und das Schlichtungsverfahren in obsorgerechtlichen Streitigkeiten verglichen. Zwischen diesen Maßnahmen bestehen in Österreich und Deutschland in unterschiedlichem Grad Abweichungen.

Der offensichtlichste Unterschied ist, dass im Normtext der österreichischen Regelung von „Informationsgespräch“ und in der deutschen von „Erstgespräch“ die Rede ist. Dabei handelt es sich meines Erachtens jedoch nur um eine andere begriffliche Formulierung. Beide Gespräche können in dem Sinn aufgefasst werden, dass sie dazu dienen, die Parteien über ihre Möglichkeiten zu informieren, denn in beiden Fällen sollte den Betroffenen eine weitere Handlungsoption gegeben werden.

Ein weiterer Unterschied, der sich auch aus der Formulierung des Gesetzestextes ergibt, ist, dass in der deutschen Fassung von den Parteien eine Bestätigung über das geführte Gespräch vorgelegt werden muss. Daraus lässt sich ableiten, dass der deutsche Gesetzgeber offensichtlich mehr Wert darauf gelegt hat, dass die Parteien dieser Anordnung wirklich Folge leisten. Der österreichische Gesetzgeber hat, trotz der bereits bekannten deutschen Fassung, darauf verzichtet, aber ob dieser Umstand darauf zurückzuführen ist, dass er dies nicht für wichtig erachtet, ist fraglich.

Im Rahmen des § 155 FamFG hat die deutsche Legislative, auch im Hinblick auf § 156 FamFG ein Beschleunigungs- und Vorrangsgebot verankert. Es soll damit sichergestellt werden, dass zum Wohle des Kindes auf ein langwieriges Verfahren verzichtet werden. In der österreichischen Regelung finden wir keine solche explizite Anordnung. Man könnte nur das oberste Prinzip des Kindeswohls, das durch das KindNamRÄG 2013 näher konkretisiert worden ist, heranziehen, um ebenfalls eine kurze Verfahrensdauer zu gewährleisten.

---

<sup>279</sup> RV 2004 BlgNR 24. GP; AB 2087 BlgNR 24. GP.

Im Hinblick auf die Schlichtung ist zu sagen, dass sie sowohl in Österreich als auch in Deutschland nur partiell gesetzlich verankert ist. Sie findet sich hauptsächlich nicht im Bereich der Familienrechtssachen und begründet somit einige Unklarheiten. Der von der gesetzlichen Regelung her markanteste Unterschied ist aber, dass in Österreich explizit von Schlichtung die Rede ist, während in der deutschen Fassung alle denkbaren Formen der außergerichtlichen Streitbeilegung genannt werden. Man könnte meinen, dass die größere Vielfalt an möglichen Verfahren einen breiteren Anwendungsbereich und somit auch eine größere Akzeptanz in der Praxis schafft. Das ist meines Erachtens jedoch nicht der Fall. Die Situation wird durch die noch unklarere Regelung noch verwirrender. Das ist jedoch vermutlich nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen, der in der weiten Regelung eventuell versucht hat, möglichst viele Formen der außergerichtlichen Streitbeilegung zu integrieren und in weiterer Folge zu stärken.

Diese verstärkte Einbindungsabsicht des Gesetzgebers kann man anhand zahlreicher Gesetzesstellen erahnen, in denen oft von Vorschlägen des Gerichts in Bezug auf ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren die Rede ist.

Ganz allgemein kann man verstärkte Bemühungen des deutschen Gesetzgebers ausmachen, der bestrebt ist, dass die Parteien wirklich über ihre Möglichkeiten informiert werden. Das äußert sich zum einen, wie bereits oben erwähnt, in der verpflichtenden Bestätigung der Teilnahme und zum anderen auch in einer Art Sanktion für die Nichtbefolgung. Nachteile in der Kostentragung zu Lasten einer Partei, die keine Bestätigung vorlegt, stellen eine Art Strafe dar und sollen so verhindern, dass die Parteien die Anordnung des Gerichts missachten. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass in Deutschland verstärkt auf Zwang gesetzt und so die Parteienautonomie zusätzlich eingeschränkt wird. Meiner Meinung nach ist das, trotz aller Kritik aufgrund des Freiwilligkeitsprinzips des Mediationsverfahrens, der richtige Weg, um diese Regelung auch praktisch wertvoll zu gestalten.

## **II. Lösungsansätze für Österreich durch Heranziehung der deutschen Regelung**

Da wie bereits oben ausgeführt die Situation in Deutschland aufgrund einer etwas länger in Kraft stehenden Regelung und einer verstärkten Anwendungspraxis<sup>280</sup> weiter fortgeschritten ist, kann man für die österreichische Praxis durchaus bestimmte Verfahrens- und Anwendungsmuster heranziehen.

Im Hinblick auf die Mediation kann sich der österreichische Rechtsanwender aus der deutschen Praxis nützliche Regelungsansätze ableiten.

Bei eventuell in der Praxis auftretenden Problemen, in der Hinsicht, dass die Eltern für eine Mediation oder Schlichtung nicht bereit sind, könnte man, wie in der deutschen Rechtslage, auch eine Bestätigung fordern oder Kostenstrafen auferlegen. Das könnte als Konsequenz mit sich bringen, dass die Eltern die Anordnung des Gerichts ernster nehmen und sich offen mit ihren Möglichkeiten auseinandersetzen würden.

Zudem könnte man beispielsweise auf ein verstärktes Engagement der österreichischen Mediationsvereine setzen. Diese könnten, wie das im Rahmen der BAFM in Deutschland gemacht wurde, auch bestimmte Richtlinien aufstellen, an denen sich alle Beteiligten orientieren können.

Schwieriger ist die Situation im Bereich der Schlichtung. Dabei handelt es sich jedoch um den eigentlichen Problembereich, mit dem auch die österreichischen Rechtsanwender konfrontiert sind. Österreich kann in Bezug auf die Schlichtung jedoch aus der deutschen Regelung bzw. Rechtspraxis nicht wirklich Lösungen heranziehen. Die Situation ist in dieser Hinsicht ähnlich unklar wie auf österreichischer Seite. Erwähnenswert sind lediglich bestimmte Modellprojekte, welche die Umsetzung der rechtlichen Regelungen versuchen. So könnte man beispielsweise eine Form der „Cochemer Praxis“ auch in Österreich etablieren und so die Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung auch in dieser Art und Weise stärken und zur Anwendung bringen.

---

<sup>280</sup> Siehe dazu „Cochemer Modell“, Kap. F. IV. 4.

## H. SCHLUSS

Zusammenfassend ist zu sagen, dass sowohl in Österreich als auch in Deutschland die Mediation und auch andere Formen der außergerichtlichen Streitbeilegung zunehmend an Bedeutung gewinnen. Die gesetzgeberischen Bemühungen sind anzuerkennen, wenngleich auch die Ausgestaltung in der Praxis noch einige Schwierigkeiten bereitet.

Man kann sagen, dass sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber noch relativ viel offen bzw. ungeklärt lassen. Somit herrscht in vielen Bereichen, besonders im Verfahren der Schlichtung, noch Rechtsunsicherheit. Das führt in weiterer Folge dazu, dass die Regelung in der Praxis weniger oft zur Anwendung kommt, als vorgesehen war.

Besonders im Bereich der Schlichtung ist die Situation noch nicht genau geregelt. Es gibt keinerlei Hinweise auf zuständige Stellen oder den Ablauf eines solchen Verfahrens.

Meines Erachtens stellt die Schlichtung in Österreich und auch in Deutschland nicht wirklich eine Alternative zur Mediation dar. Sie wurde vom Gesetzgeber nur genannt, um auszudrücken, dass sich die Gerichte einer Form der außergerichtlichen Streitbeilegung bedienen sollen. Das zeigt sich auch darin, dass beide Verfahren in § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG, sowie § 156 FamFG im selben Satz geregelt sind.

Meiner persönlichen Meinung nach wurde durch § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung gesetzt. Die Intention des Gesetzgebers außergerichtliche Verfahren der Streitbeilegung vermehrt in bestimmte Konfliktsituationen einfließen zu lassen, muss auf jeden Fall als sehr positiv gewertet werden. Durch diese Neuregelung kann auch in den Köpfen der Streitenden ein Umdenken bewirkt werden. Vielleicht wird in Zukunft eher versucht eine einvernehmliche Lösung zu erzielen, als den Konflikt sofort vor Gericht auszutragen. Wie die Regelung nun in weiterer Folge in der Praxis angenommen und wie oft im Endeffekt Mediation oder Schlichtung durch das Gericht angeordnet werden, wird die Zukunft zeigen.



## **I. LITERATURVERZEICHNIS**

### **I. Lehrbücher, Kommentare und Monographien**

*Amthor, Hilke/Proksch, Roland/Sievering, Ulrich, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation/5. Kleiner Arnoldhainer Familiengerichtstag, Frankfurt am Main, 1993.*

*Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, 71. Auflage, München, 2013.*

*Burschel, Hans Otto, §36a in Hahne, Meo-Micaela/Munzig, Jörg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zum FamFG, Edition 8, 2013.*

*Deixler-Hübner, Astrid/Fucik, Robert/Huber, Markus, Das neue Kindschaftsrecht, Wien, 2013.*

*Diez, Hannelore/Krabbe, Heiner/Thomsen, Sabine, Familien-Mediation und Kinder/Grundlagen- Methodik- Techniken, Wien 2009.*

*Falk, Gerhard/Koren, Gernot, Zivilrechts-Mediations-Gesetz, Wien, 2005.*

*Falk, Gerhard, Die Entwicklung der Mediation, in Töpel, Elisabeth/Pritz, Alfred, Mediation in Österreich/Die Kunst der Konsensfindung, 2. Auflage, Wien, 2005.*

*Ferz, Sascha /Filler, Ewald, Mediation, Gesetzestexte und Kommentar, Wien, 2003.*

*Ferz, Sascha, Mediation. An der Schnittstelle zum staatlichen Rechtssystem, in Posch Willibald/Schleifer, Wolfgang/Ferz Sascha (Hrsg.), Konfliktlösung im Konsens/ Schiedsgerichtsbarkeit, Diversion, Mediation, 7. Fakultätstag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz, Graz, 2010.*

*Ferz, Sascha/Lison, Alexander/Wolfart, Eva Maria, Zivilgerichte und Mediation, Wien, 2004.*

*Gitschthaler*, Erwin, Kindschafts- und Namenrechtsänderungsgesetz 2013, Wien 2013.

*Gläßer*, Ulla, Mediation und Beziehungsgewalt, Nomos, 2008.

*Greger*, Reinhard/*Unberath*, Hannes, Mediationsgesetz/Recht der alternativen Konfliktlösung, München, 2012.

*Greger*, Reinhard, Alternative Konfliktlösung während des Gerichtsverfahrens, in *Greger/Unberath*, Mediationsgesetz, München 2012.

*Greger* Reinhard/*Unberath* Hannes, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, München, 2008.

*Haft*, Fritjof/*Schlieffen*, Katharina, Handbuch Mediation, München 2002.

*Hager*, Günther, Konflikt und Konsens, Tübingen, 2001.

*Henssler*, Martin/*Koch*, Ludwig, Mediation in der Anwaltspraxis, Bonn, 2000.

*Hinteregger*, Monika, Familienrecht, 5. Auflage, Wien, 2011.

*Ihde*, Katja, Mediation, Freiburg, 2012.

*Johannsen*, Kurt H./*Henrich*, Dieter, Familienrecht, 5. Auflage, München, 2010.

*Keidel*, Theodor/*Engelhardt*, Helmut/*Sternal*, Werner, Kommentar zum FamFG, 17. Auflage, München, 2011.

*Kleindienst-Passweg*, Susanna/*Wiedermann*, Eva, Handbuch Mediation, Wien, 2000.

*Koziol*, Helmut/*Welser*, Rudolf, Bürgerliches Recht, 13. Auflage, Wien, 2006.

*Kriwanek, Sabine, Das neue Außerstreitverfahren, Wien 2004.*

*Mähler, Gisela/Mähler, Hans Georg/Büchting, Hans-Ulrich u.a., Beck'sches Rechtsanwaltslexikon, 10. Auflage, München, 2011, §47 außergerichtliche Streitbeilegung.*

*Neumayr, Matthias, Außerstreitverfahren, 4. Auflage, Wien, 2012.*

*Metha, Gerda/Rückert, Klaus, Mediation/Instrument der Konfliktregelung und Dienstleistung, Wien, 2008.*

*Montada, Leo/Kals, Elisabeth, Mediation/Ein Lehrbuch auf psychologischer Grundlage, 2. Auflage, Weinheim, 2007.*

*Öhlinger, Theo, Verfassungsrecht, 9. Auflage, Wien, 2012.*

*Paul, Christoph C., Die Familienmediation in Deutschland, in Greger Reinhard/Unberath Hannes, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, München, 2008.*

*Philadelphly, Valentina/Schuster, Mathias, Mediation zur Sicherung des Kindeswohls, in Gitschthaler (Hrsg.), KindNamRÄG 2013, Wien, 2013.*

*Prokop-Zischka, Andrea/Langer, Bärbel, Konzepte der Mediation, in Töpel, Elisabeth/Pritz, Alfred, Mediation in Österreich/Die Kunst der Konsensfindung, Wien, 2005.*

*Prütting, Hanns/Helms, Tobias, FamFG Kommentar, 2. Auflage, Köln, 2011.*

*Rauscher, Thomas/Wax, Peter/Prütting, Hanns, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage, München, 2013.*

*Rechberger, Walter/Simotta, Daphne-Ariane, Zivilprozessrecht, 8. Auflage, Wien, 2010.*

*Schlünder, Rolf*, Kommentar zu § 156 FamFG, in Hahne, Meo-Micaela/*Munzig, Jörg* (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zum FamFG, Edition 8, 2013.

*Schnitzler, Klaus*, Anmerkungen zum einstweiligen Rechtsschutz bei Kindschaftssachen im Verhältnis zum Hauptverfahren und kritische Betrachtung des Beschleunigungsgrundsatzes, in *Coester-Waltjen, Dagmar/Lipp, Volker/Schumann, Eva/Veit, Barbara*, Alles zum Wohle des Kindes? Aktuelle Probleme des Kindschaftsrechts/ 2. Familienrechtliches Forum in Göttingen, Göttingen, 2012.

*Schulte-Bunert, Kai/Weinreich, Gerd*, Kommentar des FamFG, 3. Auflage, Köln, 2012.

*Töpel, Elisabeth/Pritz, Alfred*, Mediation in Österreich/Die Kunst der Konsensfindung, 2. Auflage, Wien, 2005.

*Ulrici, Bernhard/Becker-Eberhard, Eckehard/Gehrlein, Markus* u.a., Münchener Kommentar zur ZPO I, 4. Auflage, München, 2013.

## **II. Artikel in Fachzeitschriften**

*Fucik, Robert*, BMJ gibt das neue Familienrechtspaket in Begutachtung, ÖJZ 2012/06.

*Engel, Martin*, Das Modellprojekt Familiengerichtshilfe, iFamZ 2012.

*Ewig, Eugen*, Mediationsgesetz 2012: Aufgabe und Rolle des beratenden Anwalts, ZKM 4/2012.

*Grabow, Michael*, Das kostenfreie Informationsgespräch nach § 135 FamFG, FPR 2011.

*Hösl, Gattus*, Das Potential der Transformativen Mediation, ZKM 5/2011.

*Montada, Leo*, Modelle der Mediation: Vielfalt bedeutet nicht Beliebigkeit, PM 1/2011.

*o.V.*, Das neue Familienrechtspaket, GÖD, Jänner 2013.

*Pörnbacher, Karl/Wortmann, Daniel*, Schiedsgerichtsbarkeit: Eine wertvolle Alternative zu staatlichen Gerichtsverfahren, ZKM 5/2012.

*Rost, Elisabeth*, Praxisfall Familienmediation/Der wechselseitige Neid, ZKJ 12/2012.

*Scheuer, Ursula*, Zum Stand der Mediation in Österreich, ZKM 1/2012.

*Stadlmaier, Jan*, Familienmediation: Einladung zum konstruktiven Miteinander/Geförderte Familienmediation – Erfolgskriterien – Methodik – Stellenwert in der Praxis, iFamZ Jänner 2011.

*Thunhart, Raphael*, Können Eltern gegen ihren Willen zur Zusammenarbeit mit

außergerichtlichen Institutionen gezwungen werden?/Mediation,  
Erziehungsberatung, Familientherapie und Besuchsbegleitung im  
pflegschaftsgerichtlichen Verfahren, iFamZ Mai 2011.

### III. Internetquellen

Adjudication [www.eucon-institut.de/conflict\\_management\\_adjudication.html](http://www.eucon-institut.de/conflict_management_adjudication.html)  
[10.06.2013].

Außergerichtliche Streitschlichtung  
[www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/101/Seite.1010140.html](http://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/101/Seite.1010140.html)  
[10.06.2013].

Außergerichtliche Obligatorische Streitbeilegung  
[www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu\\_id=6844&page\\_id=1368&filter\\_id=1](http://www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu_id=6844&page_id=1368&filter_id=1)  
[10.06.2013].

Beck aktuell Gesetzgebung <http://gesetzgebung.beck.de/node/1006516> [10.06.2013].

Beck Gesetzgebung Aktuell: Das Mediationsgesetz  
<http://gesetzgebung.beck.de/node/1006535> [10.06.2013].

BMJ: Mediation, Schlichtung, Internationale Konflikte in Kindschaftssachen  
[www.bmj.de/cln\\_164/DE/Recht/Rechtspflege/MediationSchlichtungInternationaleKonflikteKindschaftssachen/doc/artikel.html](http://www.bmj.de/cln_164/DE/Recht/Rechtspflege/MediationSchlichtungInternationaleKonflikteKindschaftssachen/doc/artikel.html) [10.06.2013].

BMWfJ: Familienmediation bei Trennung und Scheidung- geförderte Mediation  
[www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Seiten/Mediation.aspx](http://www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Seiten/Mediation.aspx)  
[10.06.2013].

“Cochemer Praxis“ – ein Handlungsmodell zur interdisziplinären  
Zusammenarbeit im Familienkonflikt, Interview mit Jürgen Rudolph, Richter am AG  
Cochem [www.kindergefuehle.at/fileadmin/pdf/Cochem%20Interview.pdf](http://www.kindergefuehle.at/fileadmin/pdf/Cochem%20Interview.pdf)  
[10.06.2013].

Essay „Warum Schlichtung immer wichtiger wird“, Nachteile des  
Schlichtungsverfahrens [www.sv-rlp.de/bilder/essay\\_kolloquium\\_final.pdf](http://www.sv-rlp.de/bilder/essay_kolloquium_final.pdf)  
[10.06.2013].

Gerichtsinterne und gerichtsnahе Mediation

[www.in-mediation.eu/das-mediationsgesetz](http://www.in-mediation.eu/das-mediationsgesetz) [10.06.2013].

Greger, Abschlussbericht/ Mediation und Gerichtsverfahren

in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten/Pilotstudie zum Vergleich von Kosten und Folgekosten, 2010, [www.reinhard-greger.de/ikv2.htm](http://www.reinhard-greger.de/ikv2.htm) [10.06.2013].

Informationsblätter des BAFM zur Familienmediation [www.bafm-mediation.de](http://www.bafm-mediation.de) [10.06.2013].

Jugendanwältin zum Entwurf des KindNamRÄG 2013  
<http://derstandard.at/1348285638420/Jugendanwaeltin-Monika-Pinterits-zur-gemeinsamen-Obsorge> [10.06.2013].

Kritik an Adjukation in Deutschland [www.zeit.de/2011/48/Anwaltslobby-Baurecht](http://www.zeit.de/2011/48/Anwaltslobby-Baurecht) [10.06.2013].

Mediation, Schlichtungsverfahren und Schiedsverfahren in Deutschland  
[www.dolceta.eu/deutschland/Mod1/Was-sind-die-Unterschiede-zwischen.html](http://www.dolceta.eu/deutschland/Mod1/Was-sind-die-Unterschiede-zwischen.html) [10.06.2013].

Mediation, Schlichtung und Schiedsgerichtsbarkeit [www.rvr.de/fem/157/Mediation,-Schlichtung-und-Schiedsgerichtsbarkeit.html](http://www.rvr.de/fem/157/Mediation,-Schlichtung-und-Schiedsgerichtsbarkeit.html) [10.06.2013].

Mediationserstgespräch [www.mediation-wolfratshausen.de/erstgespraech/erstgespraech.html](http://www.mediation-wolfratshausen.de/erstgespraech/erstgespraech.html) [10.06.2013].

Mediationsgesetz <http://gesetzgebung.beck.de/news/mediationsgesetz> [10.06.2013].

Mediation Methode [www.mediationwien.at/mediation-methode](http://www.mediationwien.at/mediation-methode) [10.06.2013].

Mediation nach dem §156 FamFG/ Platzregen in der Familie, Wer denkt an Mediation? <http://bohnet-mediation.de/mediationsgesetz4.html> [10.06.2013].



*Munzig, Jörg/Hahne, Meo-Micaela, Beckscher Onlinekommentar FamFG, Ed. 8, 2013, [http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%5ckomm%5cbeckok\\_famfgr\\_6%5cfamfg%5ccont%5cbeckok.famfg.p156.htm](http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%5ckomm%5cbeckok_famfgr_6%5cfamfg%5ccont%5cbeckok.famfg.p156.htm) [10.06.2013].*

ÖBM [www.oebm.at/cms/index.php](http://www.oebm.at/cms/index.php) [10.06.2013].

ÖNM [www.netzwerk-mediation.at/](http://www.netzwerk-mediation.at/) [10.06.2013].

*Preims, Hansjörg, Familienrecht: Keine Schlichtungskultur in Sicht <http://derstandard.at/1353208464459/Familienrecht-Keine-Schlichtungskultur-in-Sicht> [10.06.2013].*

*o.V., Schlichtungsleitfaden für Verbrauchersachen, Broschüre 2009, <http://www.eu-verbraucher.de/de/publikationen/broschueren/> [10.06.2013].*

*Projekt *Elternkonsens*: Eine Schlichtungspraxis in Sorge- und Umgangsrechtsstreitigkeiten [www.justiz.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1231805/index.html?ROOT=1155174](http://www.justiz.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1231805/index.html?ROOT=1155174) [10.06.2013].*

Schlichtungsstellen in Deutschland [www.schlichtungsstellen.eu/index.php?id=12](http://www.schlichtungsstellen.eu/index.php?id=12) [10.06.2013].

Schlichtungsstellen in Konsumentenschutzsachen und Mietrecht [www.konsumentenfragen.at/konsumentenfragen/Mein\\_Alltag/Themen/Rechtsdurchsetzung/Schlichtungsstellen](http://www.konsumentenfragen.at/konsumentenfragen/Mein_Alltag/Themen/Rechtsdurchsetzung/Schlichtungsstellen) [10.06.2013].

Schlichtungsstellen in Österreich [www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/101/Seite.1010140.html](http://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/101/Seite.1010140.html) [10.06.2013].

Schlichtung und Mediation

[www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu\\_id=50&page\\_id=145&filter\\_id=1](http://www.konfliktbehandlung.de/main.php?menu_id=50&page_id=145&filter_id=1)

[10.06.2013].

Schlichtungsverfahren- außergerichtliche Beilegung eines Rechtsstreits, [www.east-law.com/rechtsberatung/schlichtungsverfahren/](http://www.east-law.com/rechtsberatung/schlichtungsverfahren/) [10.06.2013].

Schlichtungsverfahren im Land Baden-Württemberg [www.justizportal-bw.de/servlet/PB/menu/1149367/index.html?ROOT=1155174#f](http://www.justizportal-bw.de/servlet/PB/menu/1149367/index.html?ROOT=1155174#f) [10.06.2013].

Shuttle Mediation [www.mediation-so.ch/de/posts/shuttle-mediation-was-ist-das-19.php](http://www.mediation-so.ch/de/posts/shuttle-mediation-was-ist-das-19.php) [10.06.2013].

Stellungnahme des BAFM zum Mediationsgesetz [www.bafm-mediation.de/wichtige-texte/2012-bafm-erklarung-zum-inkrafttreten-des-gesetzes-zur-forderung-der-mediation-und-anderer-verfahren-der-ausergerichtlichen-konfliktbeilegung/](http://www.bafm-mediation.de/wichtige-texte/2012-bafm-erklarung-zum-inkrafttreten-des-gesetzes-zur-forderung-der-mediation-und-anderer-verfahren-der-ausergerichtlichen-konfliktbeilegung/) [10.06.2013].

Stellungnahme des ÖBM und ÖNM zum Entwurf des KinNamRÄG [www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME\\_00432\\_14/imfname\\_273943.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00432_14/imfname_273943.pdf) [10.06.2013].

*Trossen*, Arthur, Streitvermittlung (04.09.2012)

[www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation](http://www.in-mediation.eu/schlichtung-mediation) [10.06.2013].

Wirtschaftsmediation [www.cfk-wirtschaftsmediation.eu/itemacms/cms/default.asp?Page=1](http://www.cfk-wirtschaftsmediation.eu/itemacms/cms/default.asp?Page=1) [10.06.2013].

Zweck des Schlichtungsverfahrens [www.schlichtungsverfahren.ch/zweck-des-schlichtungsverfahrens](http://www.schlichtungsverfahren.ch/zweck-des-schlichtungsverfahrens) [10.06.2013].

#### **IV. Gesetzesquellen**

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) der Bundesrepublik Deutschland idF 21.03.2013, BGBl. I S. 556, 559.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) idF

Mediationsgesetz ,21. Juli 2012, BGBl. I S. 1577

Richtlinien zur Förderung der Mediation, GZ 42 5000/5-V/2/04

Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG) idF BGBl I 2003/29.

Außerstreitgesetz (AußStrG) idF BGBl. I Nr. 15/2013

Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) idF BGBl III 2010/47

Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) idF 18.02.2013, BGBl. I S. 266

Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung (EGZPO) idF BGBl. I S. 434

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) idF BGBl. I S. 470

Kindschafts- und Namenrechtsänderungsgesetz (KindNamRÄG) 2013 idF BGBl. I Nr. 15/2013

Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union (EU-MediatG) BGBl. I Nr. 21/2011

## V. Sonstige Quellen

Barth, Peter/Ferrari, Susanne/Hinteregger, Monika/Jesser- Huß, Helga/Kathrein, Georg/ Marchel, Robert/Simotta, Daphne- Ariane/Stvarnik, Monika/Trentinaglia, Derya, Tagung über das Kindschafts-und Namensrechtänderungsgesetz 2013, Karl Franzens Universität Graz am 15.03.2013.

*Balomatis, Röhm, Utecht*, Arbeitsgemeinschaft Tübingen, am Bundeskongress Elternkonsens, Tübinger Arbeitskreis „Kindeswohl bei Trennung und Scheidung“, 5. Und 6. November 2012, Tübingen.

1 **J. ANHANG**

2

3 **Experteninterview**

4

5 **Interview 1 wurde geführt mit:**

6 **Dr. Walter Brandstätter**

7 **Richter am Bezirksgericht Oberwart für Familiensachen**

8 **Bezirksgericht Oberwart**

9 **Hauptplatz 12**

10 **7400 Oberwart**

11 **22.03.2013**

12

13 *1. Wie zufrieden waren Sie bei Ihrem letzten Obsorgeverfahren mit den*  
14 *Instrumentarien, die Ihnen als Richter zur Verfügung standen?*

15 *Ich bin mit der Situation sehr unzufrieden, weil der Maßnahmenkatalog praktisch*  
16 *noch nicht richtig zur Verfügung steht. Die Familiengerichtshilfe ist meines*  
17 *Erachtens als Besuchsmittler sinnvoll, wenn sie wie geplant vollzogen werden kann.*  
18 *Ich bin deshalb auch nicht zufrieden mit den Instrumentarien, weil es in Krisenfällen*  
19 *nicht möglich ist, sofort in die Familie hinein zu finden. Es gibt keine Möglichkeit*  
20 *hierzu. Man braucht Zuständige, die zu den Parteien hingehen, schauen wo die*  
21 *Probleme liegen. Die Familiengerichtshilfe kann hier schon eine gute Möglichkeit*  
22 *bieten. Problematisch hier ist jedoch, dass die FGH noch fast nirgends eingerichtet*  
23 *wurde. In unser Gericht wird sie vermutlich nicht vor Mitte nächsten Jahres*  
24 *kommen. Das bisher zuständige Jugendamt stellt hier nicht wirklich eine Alternative*  
25 *dar, da es nur begrenzte Kapazitäten gibt und Probleme der Eltern oft am*  
26 *Wochenende auftreten, wo das Jugendamt keinen Dienstbetrieb hat. Es gibt somit*  
27 *kein aktuelles Nachschauen; der Grund dafür liegt eben auch in der Überlastung der*  
28 *Jugendämter.*

29

30 **2. Haben Sie Erfahrungen mit dem neuen Maßnahmenkatalog des § 107 Abs 3**  
31 **AußStrG bzw. haben Sie eine solche Maßnahme bereits angeordnet?**

32 *Ich habe bisher keine Erfahrungen mit dem Maßnahmenkatalog gemacht. Seit der*  
33 *neuen Rechtslage hatte ich zwei Verhandlungen im Februar, wo ich es in Erwägung*  
34 *gezogen habe, eine solche Maßnahme anzuordnen. Das hat sich schlussendlich*  
35 *jedoch nicht als notwendig erwiesen.*

36 **3. Wenn ja/nein, warum / warum nicht?**

37 *Da die Regelung noch zu neu ist, bestehen kaum Erfahrungen damit.*

38

39 **4. Halten Sie die Neuregelung für sinnvoll?**

40 *Ich halte die Maßnahmen des § 107 Abs 3 AußStrG durchaus für sinnvoll. Beratung*  
41 *ist in meinen Augen öfter sinnvoll. Eltern sind oft nicht in der Lage zu sehen, wo die*  
42 *Bedürfnisse des Kindes liegen. Die Eltern sind zerstritten und streiten oft sogar vor*  
43 *dem Kind. Was heißt das für das Kind? Es bedeutet zum einen, ein Loyalitätskonflikt,*  
44 *den das Kind austragen muss, und zum anderen fühlt es sich für die Streitigkeiten der*  
45 *Eltern verantwortlich. Am schlimmsten ist natürlich, wenn ein Elternteil den anderen*  
46 *Elternteil beim Kind anschwärzt. Darunter haben die Kinder oft sehr zu leiden.*  
47 *Eltern sollen so die Augen geöffnet werden für die Bedürfnisse der Kinder.*

48 *Bezüglich der Mediation gilt natürlich dasselbe. Die Einstellung der Eltern soll*  
49 *geändert werden. Ich könnte mir zudem vorstellen, dass man Mediation und*  
50 *Beratung zusammen anordnet.*

51 *Bezüglich der Schlichtung ist es meines Erachtens problematisch, da die Stellen, an*  
52 *die man sich wenden sollte, weithin unbekannt sind. Für mich kommt aus diesem*  
53 *Grund die Anordnung eines Schlichtungsverfahrens vorerst nicht in Betracht- ich*  
54 *wüsste gar nicht, wohin ich die Parteien verweisen sollte.*

55 *Zusammengefasst finde ich die Neuregelung schon sinnvoll, vorausgesetzt es handelt*  
56 *sich bei diesen Maßnahmen nicht um bloße Formalitäten, die die Parteien nur*  
57 *annehmen weil es im Gesetz vorgeschrieben ist. Man braucht Stellen mit fähigen*  
58 *Leuten, wie bei allen Institutionen. Ob das alles in der Praxis jedoch zustande*  
59 *kommt, ist fraglich.*

60

61 **5. Haben Sie bereits eine der beiden Maßnahmen des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG**  
62 **angeordnet?**

63

64 *Nein, ich habe bisher keine dieser Maßnahmen angeordnet.*

65

66 **6. Wenn ja, wie war die Erfahrung im Umgang mit einer solchen Maßnahme?**

67

68 *Keine Erfahrung.*

69

70 **7. An welche Mediations- / Schlichtungsstellen wird gedacht und aus welchen**  
71 **Gründen? Wie kommt es zu dem Kontakt? Warum werden genau diese Stellen**  
72 **ausgewählt und andere nicht bedacht?**

73

74 *Bezüglich der Mediationsstellen: Hier verweise ich die Leute auf die Liste der*  
75 *Homepage des Bundesministeriums im Internet. Die Parteien können sich selbst die*  
76 *Mediationsstelle aussuchen. Sie können demnach selbst entscheiden welchen*  
77 *Mediator sie kontaktieren. Meistens wird das vermutlich jemand sein, der in der*  
78 *näheren Umgebung der Parteien angesiedelt ist. Ich habe bereits mit einer*  
79 *Mediatorin in Wien sehr gute Erfahrungen gemacht, jedoch bezweifle ich, dass die*  
80 *Parteien bereit sind, nach Wien zu fahren.*

81 *Bezüglich der Schlichtungsstellen: Hier ist die Situation nicht so einfach, da es, wie*  
82 *gesagt, keine bestimmten Schlichtungsstellen gibt.*

83

84 **8. Was ist nach Auswahl einer Stelle zu tun? Wie schaut der Ablauf aus?**

85

86 *Nach Auswahl einer Stelle warte ich auf die Rückmeldung. Das kann ca. 3-4 Monate*  
87 *dauern, je nachdem. Es hängt vom Mediator und von der Entwicklung der Personen*  
88 *ab. Oft gibt man auch einen bestimmten Zeitrahmen für die Rückmeldung. Die*  
89 *Mediation stellt ein Mittel dar, um die Parteien in der Sache selbst weiterzubringen.*  
90 *Der Idealfall wäre somit, dass die Parteien beim Mediationsverfahren auf eine*  
91 *Lösung gestoßen sind. Dann würde eventuell der Antrag zurückgezogen.*

92 *Bei den Schlichtungsstellen wäre vermutlich ähnlich vorzugehen, was man derzeit*  
93 *aber noch nicht genau sagen kann, da bisher noch keine eingerichtet wurde.*

94

95 **9. Sehen Sie die neue Familiengerichtshilfe als geeignete Schlichtungseinrichtung**  
96 **an, die Sie als Maßnahme nach § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG anwenden würden?**

97

98 *Nein, ich sehe sie nicht als Schlichtungseinrichtung, weil die Familiengerichtshilfe*  
99 *eigenes im Gesetz geregelt ist. Da ist es nicht nötig, den Umweg über § 107 Abs 3 Z2*  
100 *zu gehen.*

101

102 **10. Wären Sie bereit, für offene Fragen weiterhin zur Verfügung zu stehen?**

103

104 *Ja, natürlich.*

105

106 **11. Was würden Sie als Experte noch ergänzen?**

107

108 *Weiters möchte ich den Ärger über den Gesetzgeber noch zum Ausdruck bringen.*  
109 *Das Gesetz gilt bereits, jedoch fehlen notwendige Einrichtungen, um es auch*  
110 *umzusetzen. Sinnvoll wäre, vorher die Einrichtungen zu planen und danach das*  
111 *Gesetz zu beschließen. Meines Erachtens handelt es sich bei der verpflichtenden*  
112 *Elternberatung um eine überschießende Regelung. Insgesamt sind die Anordnungen*  
113 *der Beratung etc. gut, wenn es in der Praxis dann auch Erfolge bringt.*

114 *Der große Ansturm, den die Gerichte mit erstem Februar befürchtet hatten, ist*  
115 *ausgeblieben. Der erste Fall für mich danach war der erste im Februar um 8.00 Uhr.*  
116 *Es ging um ein Kontaktrechtsverfahren. Bei der neuen Obsorge bin ich auch noch*  
117 *unschlüssig.*

118 *Grundsätzlich besteht für alle diese Maßnahmen das Problem der Umsetzbarkeit in*  
119 *der Praxis, weil oft konkrete Einrichtungen fehlen.*

120

121

122 **Herzlichen Dank für Ihre Unterstützung!**

123

124



125 **Interview 2 wurde geführt mit:**  
126 **HR Dr. Theodor Moor**  
127 **Vorsteher des Bezirksgerichts Oberwart**  
128 **Bezirksgericht Oberwart**  
129 **Hauptplatz 12**  
130 **7400 Oberwart**  
131 **22.03.2013**

132

133 *1. Wie zufrieden waren Sie bei Ihrem letzten Obsorgeverfahren mit den*  
134 *Instrumentarien, die Ihnen als Richter zur Verfügung standen?*

135 Ich war eher unzufrieden.

136

137 *2. Haben Sie Erfahrungen mit dem neuen Maßnahmenkatalog des § 107 Abs 3*  
138 *AußStrG bzw. haben Sie eine solche Maßnahme bereits angeordnet?*

139 Nein, ich habe keine Erfahrungen mit diesem Maßnahmenkatalog.

140

141 *3. Wenn ja/nein, warum / warum nicht?*

142 Aufgrund der Änderung der Geschäftsverteilung bin ich derzeit nicht für  
143 Familienrechtssachen zuständig.

144

145 *4. Halten Sie die Neuregelung für sinnvoll?*

146 Ich halte sie für sinnvoll, wenn sie praktisch umgesetzt werden kann.

147

148 *5. Haben Sie bereits eine der beiden Maßnahmen des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG*  
149 *angeordnet?*

150 Nein.

151

152 *6. Wenn ja, wie war die Erfahrung im Umgang mit einer solchen Maßnahme?*

153 Keine Erfahrung.

154

155 *7. An welche Mediations- / Schlichtungsstellen wird gedacht und aus welchen*  
156 *Gründen? Wie kommt es zu dem Kontakt? Warum werden genau diese Stellen*  
157 *ausgewählt und andere nicht bedacht?*

158 Keine Erfahrung.

159 **8. Was ist nach Auswahl einer Stelle zu tun? Wie schaut der Ablauf aus?**

160 Keine Erfahrung.

161

162 **9. Sehen Sie die neue Familiengerichtshilfe als geeignete Schlichtungseinrichtung**

163 **an, die Sie als Maßnahme nach § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG anwenden würden?**

164 KA.

165

166 **10. Wären Sie bereit, für offene Fragen weiterhin zur Verfügung zu stehen?**

167 Ja, natürlich.

168

169 **11. Was würden Sie als Experte noch ergänzen?**

170 Ob das alles, also dieser Maßnahmenkatalog und auch die Familiengerichtshilfe

171 allein ausreichend ist, wird von mir stark bezweifelt. Der Gesetzgeber hat sich nicht

172 weit genug vorgetraut. Es müsste sich um etwas Dauerhaftes handeln, nicht um einen

173 bloßen Versuch. Notwendig wäre beispielsweise bei der Familiengerichtshilfe eine

174 Sperre des Verfahrens für die Dauer von einem halben Jahr mit Anrufung der

175 Familiengerichtshilfe, damit das Verfahren nicht parallel dazu läuft. Weiters müsste

176 auch gegen das Rachebedürfnis, das viele Eltern an den Tag legen, eine langfristige

177 Lösung gefunden werden.

178

179 **Herzlichen Dank für Ihre Unterstützung!**

180

181

182

183

184

185

186

187

188

189

