

gerichte, die von der Möglichkeit einer eindeutigen Zuweisung zur Beratung oder einer Anweisung kaum Gebrauch machen, sondern es bei einer mehr oder weniger unverbindlichen Empfehlung belassen. Doch erweisen wenig nachdrücklich und verbindlich wirkende allgemeine Aufforderungen des Gerichts, eine Beratungsstelle aufzusuchen, sich oftmals als nicht zielführend²⁸.

Hinsichtlich der Frage, ob bei einer Initiierung der Beratung durch das Familiengericht das Jugendamt als Ver- oder Übermittler fungiert oder ob ein direkter Kontakt vom Familiengericht zur Beratungsstelle hergestellt wird, erscheint die Praxis gleichfalls sehr heterogen²⁹.

Wie der Weg vom Gericht zur Beratung also sehr verschieden gestaltet wird, so gibt es auch sehr unterschiedliche Positionen zu der Frage, welche Fakten und welche Erkenntnisse aus der Beratung wie dem Gericht übermittelt werden. In einer Veröffentlichung der Bundeskonferenz³⁰ wird dazu formuliert: „Beratung ist vertraulich und unterliegt dem Schutz des Privatgeheimnisses (§ 65 SGB VIII, § 203 StGB). Gerade bei schwierigen Konfliktkonstellationen entstehen durch die zugesicherte Vertraulichkeit spezifische Möglichkeiten der Problemlösung. Dies gilt auch im Kontext des familiengerichtlichen Verfahrens. Deshalb muss der Vertrauensschutz auch hier gewährleistet bleiben. Andererseits erfordert das familiengerichtliche Verfahren, dass das die Beratung initiiende Gericht Rückmeldungen erhält und darüber informiert wird,

- ob der eingeleitete Beratungsprozess stattfindet oder beendet ist,
- wie die als Ergebnis der Beratung von den Beteiligten erzielte einvernehmliche Regelung aussieht, damit sie als Vergleich gebilligt werden kann (§ 156 II FamFG),
- dass – im negativen Falle – ein einvernehmliches Ergebnis nicht zustande gekommen ist, damit das Familiengericht dann neue Maßnahmen veranlassen oder selbst ergreifen kann.“

An anderer Stelle³¹: „Der kritische Fall ist ein Scheitern der Beratung. In diesem Fall muss das Familiengericht neue Entscheidungen treffen und/oder neue Maßnahmen einleiten. Ohne Berücksichtigung der in der Beratung gewonnenen Einsichten wäre die Gefahr einer (neuen) Fehleinschätzung, welche Intervention zielführend sein kann, groß. Oder es würde, etwa durch die Erstellung eines Sachverständigengutachtens, erneut Zeit verstreichen, in der das Kind weiterhin durch die gegebenen Probleme belastet wird. Besonders für diesen Fall eines möglichen Scheiterns ist vor der Beratung mit den Eltern zu vereinbaren, dass die Beratungsstelle dem Familiengericht die Informationen übermitteln darf, die notwendig sind, um weitere geeignete Maßnahmen zum Wohle des Kindes zu treffen.“

b) *Beratung und Anwälte.* Anwälte sind oft erste und wichtige Ansprechpartner streitender Eltern. Schon im ersten Gespräch zwischen Anwalt und Mandant können sich wichtige Weichenstellungen ergeben. Die herkömmliche und „naive“ Erwartung des in Streitigkeiten verwickelten Mandanten an seinen Anwalt im Familienverfahren ist, dass er ihm zum Sieg verhilft und dass er jedem, insbesondere dem Richter, klarmacht, dass er der Unschuldige und der andere der Böse ist³². Doch verlangt die Ausrichtung des FamFG vom Anwalt, dass er das Recht im Interesse seines Mandanten aktiv vertritt, jedoch so, dass dies eine eher *konfliktentschärfende Wirkung* entfaltet³³. Das bedeutet auch für ihn ein neues Rollenverständnis. Es geht um das Verstehen der Situation des Mandanten und seines Anliegens statt um seine Ansprüche, um die Lösung des gegebenen Konfliktes und nicht um einen Sieg gegen die andere Partei³⁴. Nehmen Anwälte eine solche Haltung ein, können Beratungsstellen gerade mit ihnen positiv kooperieren, z. B. indem die Anwälte beider Parteien gemeinsam mit einem neutralen Berater Vereinbarungen aushandeln³⁵. Auch ist es aus Sicht der Beratung häufig hilfreich, bei geschickten Klienten, die z. B. unzuverlässig mit vereinbarten Terminen umgehen, Kontakt zu deren Anwalt zu suchen. Ein solches Vorgehen wird von diesen (den Klienten) als weniger „feindlich“ erlebt als eine Mitteilung an das Gericht.

III. Schlussbemerkung

Die Ausgestaltung des FamFG befindet sich unter vielen Aspekten noch in einem experimentellen Stadium, was auch dazu führt, dass es regional eine sehr heterogene Praxis gibt. Bedeutet dies ohnehin ein Spannungsfeld für die beteiligten Professionen, so gilt für die Beratung, dass die durch das FamFG nahegelegten Arbeitsperspektiven in wichtigen Aspekten zusätzlich in einem deutlichen Spannungsverhältnis zum hergebrachten Selbstverständnis der Beratung stehen. Es ist notwendig, das fachliche Instrumentarium für den Kontext Familienverfahren weiter zu entwickeln, dabei auf den Einbezug von Kindern zu achten und fachliche Kooperation zu fördern. ■

28 Niedersächsisches Ministerium für Soziales, Frauen, Familie, Gesundheit und Integration/Niedersächsisches Justizministerium, Das Familienverfahren bei Trennung und Scheidung und bei Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung, 2010, S. 74.

29 Quelle: Expertise *Weber/Alterstötter* (o. Fußn. 23).

30 *Menne/Weber* (o. Fußn. 10), 98.

31 *Menne/Weber* (o. Fußn. 10), S. 99.

32 *Fröblich*, in: *Menne/Schilling/Weber*, Kinder im Scheidungskonflikt: Beratung von Kindern und Eltern bei Trennung und Scheidung, 2. Aufl. (1997), S. 328

33 *Voigt* (o. Fußn. 13), S. 82.

34 *Weber*, in: *Jüdt/Kleffmann/Weinreich*, Formularbuch des Fachanwalts FamilienR, 2. Aufl. (2011), S. 571.

35 *Weber*, in: *Jüdt/Kleffmann/Weinreich* (o. Fußn. 34), S. 570.

Professor Dr. Roland Fritz, Elisabeth Fritz*

Richter als gerichtsinterne Mediatoren

In familiengerichtlichen Verfahren können Richter den Beteiligten in ganz unterschiedlichen Rollen begegnen: Es kann dies die Rolle des autoritativen Entscheiders, die des mediativ Verhandlenden oder die des neutralen Dritten ohne Entscheidungsbefugnis sein. Wie Richter den Beteiligten gegenüber treten, ob sie sich beispielsweise den „Hut des Richters“ oder den „Hut des Mediators“ aufsetzen, ist von einer Vielzahl von Faktoren abhängig. Der vorliegende

Beitrag untersucht in einem einleitenden Teil zunächst Entwicklung und Besonderheiten der familiengerichtlichen Verfahren einschließlich der Bedingungen und Umstände, die

* Die Autorin ist Präsidentin des AG *Offenbach a.M.*, Mediatorin (BAFM) und Lehrbeauftragte an der FH Frankfurt, der Autor ist Präsident des VG *Frankfurt a.M.*, Mediator M.A. und Honorarprofessor an der Justus-Liebig-Universität in Gießen.

richterliches Handeln prägen. Sodann werden die unterschiedlichen Rollen dargestellt, in denen Richter tätig werden; ein Schwerpunkt der Ausführungen liegt dabei auf der gerichtsinernen Mediation und den durch das Mediationsgesetz zu erwartenden gesetzlichen Vorgaben.

I. Familienrechtliche Anforderungen, richterliche Sozialisation und gesetzgeberisches Handeln – die lange Suche nach dem „warum?“

Scheidungsverfahren mit ihren einschlägigen Folgesachen wie Unterhalt, Zugewinnausgleich, Ehewohnungs- und Haushaltssachen, ferner Verfahren in Kindschaftssachen mit Regelung der elterlichen Sorge und dem Umgangsrecht – dies sind die „großen“ Themen, die den Familiengerichten zur Entscheidung angetragen werden. Prozessleitung und Entscheidungsfindung kann dabei auf höchst unterschiedliche Weise erfolgen, abhängig vom Konflikt, den jeweiligen Beteiligten und den zur Entscheidung berufenen Richtern¹.

1. Rechtsbasierende Entscheidung versus interessensbasierende Konfliktlösung

Familienrichter orientieren sich bei der Bearbeitung ihrer Verfahren überwiegend an dem traditionellen Muster juristischer Fallbearbeitung, das da lautet: „wer, will was, von wem?“. Dies entspricht der hergebrachten beruflichen Sozialisation. Während eines vierjährigen Studiums der Jurisprudenz mit anschließendem ersten Staatsexamen, einem zwei Jahre dauernden Vorbereitungsdienst nebst zweitem Staatsexamen erlernt der angehende Richter „Falllösungen“ – orientiert nach Anspruchsgrundlagen und einer gefilterter Wahrnehmung der zur Entscheidung unterbreiteten Konflikte nach Rechtspositionen. Noch immer stehen daher auch im Familienrecht normenzentrierte Überlegungen im Vordergrund, bestimmt der „Kampf um's Recht“² das Verfahren und das Denken. Die entscheidende Frage nach dem „warum“, die die Interessen und Bedürfnisse der Konfliktparteien zu erkunden sucht – sie spielt in einer Vielzahl von familiengerichtlichen Verfahren (zunächst) keine Rolle. So orientiert sich beispielsweise der Unterhaltsprozess der getrennt lebenden Ehefrau ausschließlich danach, ob ein bestimmter Bedarf nachgewiesen werden kann und ob die Gegenpartei leistungsfähig ist. Die Frage nach den tieferliegenden Motiven einer bestimmten Unterhaltsforderung (z. B. Sicherheitsbedürfnis, berufliche Weiterentwicklung, Genugtuung für erlittene Verletzungen etc.) wird dabei nicht gestellt. Diese Motive, Interessen und Bedürfnisse in das Verfahren zu integrieren, kann jedoch dann wichtig und bedeutsam sein, wenn getrennt lebenden Ehepartner über gemeinsame Kinder noch weiterhin miteinander verbunden sind und daher auch zukünftig miteinander zu tun haben werden. Eine angemessene Berücksichtigung dieser Umstände vermag daher zu konfliktangemessenen Lösungen zu führen und dazu beizutragen, weiterführende Prozesse oder auch neue Verfahren zu vermeiden.

Rückblickend betrachtet waren es zunächst einzelne Familienrichter und im Familienrecht tätige Anwälte, die die Frage nach dem „warum“ gezielt stellten. Über Richterakademien und Fortbildungsinstitute bemühten sie sich um die notwendigen Kenntnisse für die Interessen und Motivforschung, um gezielt fragen und die jeweiligen Antworten verstehen zu können³.

Teils parallel, teils zeitlich versetzt hierzu reagierte die Praxis zudem mit innovativen Ideen und Methoden, um das gelegentlich als unzureichend empfundene familiengerichtliche Verfahren den Bedürfnissen der Prozessbeteiligten anzupas-

sen: Das Cochemer Modell⁴ oder das Königsteiner Modell⁵ seien hier beispielhaft für ein anderes gerichtliches Procedere benannt, mit dem namentlich in Kindschaftssachen neue Wege auf der Suche nach dem „warum“ beschritten wurden. Und auch das mittlerweile vorzufindende breite Angebot gerichtsinerner Mediation⁶ nahm seinen Anfang in der Familiengerichtbarkeit⁷, zumal richterliche Pioniere wie *Trossen*⁸ oder *Spangenberg*⁹ sich schon frühzeitig mediativer Elemente in ihren Verfahren bedienten, ehe sich dann auch Justizverwaltungen entschlossen, konkrete Mediationsprojekte zu unterstützen¹⁰.

2. Förderung der Mediation durch gesetzgeberisches Handeln

Der Gesetzgeber benötigte lange Zeit, um hier nachzuziehen und um den Mediationszug auf gesetzliche Gleise zu stellen:

a) *Juristenausbildung*. Erst mit der zum 1. 7. 2003 in Kraft getretenen Novelle¹¹ zum Juristenausbildungs-Gesetz wurde dem Deutschen Richtergesetz der § 5 a eingefügt, nach dessen Absatz 3 die Inhalte des Studiums nunmehr neben der rechtsprechenden, verwaltenden und rechtsberatenden Praxis auch die hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit berücksichtigen. Ein zweifellos zutreffender Ansatz, der die Bedeutung der Frage nach dem „warum“, nach den hinter den Rechtspositionen stehenden Bedürfnissen und Interessen erkannt hat und in die juristische Ausbildung einzubeziehen versucht. Allein in der Studienwirklichkeit harrt dies zum Teil noch immer einer umfassenden und fundierten Umsetzung¹².

b) *Reform des Familienrechts*. Mit dem umfassenden Regelwerk des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat der Gesetzgeber sodann im Jahre 2009 einen weiteren Ansatz unternommen, um dem familiengerichtliche Verfahren mit seinen vielseitigen Facetten ein neues Design zu geben und – wenngleich nur zaghaft – die Mediation „offiziell“ in das familiengerichtlichen Verfahren zu integrieren¹³: Danach kann das Gericht gem. § 135 FamFG anordnen, dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung anhängiger Folgesachen¹⁴ bei einer von dem Gericht benannten Per-

- 1 In Bezug auf die Geschlechterbezeichnung wird die männliche Variante gewählt, gemeint ist zugleich die weibliche Variante.
- 2 *Ibering*, in: *Wolff*, Deutsches Rechtsdenken, Heft 10, 8. Aufl., 2003.
- 3 *Mähler/Mähler*, in: *Haft/Schlieffen*, Hdb. Mediation, 2002, S. 1393.
- 4 Das Cochemer Modell – die Lösung aller streitigen Trennungs- und Scheidungsfälle?, FF 2006, 215.
- 5 www.ag-koenigstein.justiz.hessen.de – m. w. Nachw.
- 6 Vgl. nur die Beiträge zu „Gericht und Mediation“ in: *perspektive mediation*, 2010, S. 105 ff sowie zu „Gerichtliche Mediation“ in: *Spektrum der Mediation*, Ausgabe 40/2010.
- 7 *Proksch*, ZKM 2000, 211.
- 8 *Kempff/Trossen*, ZKM 2000, 166.
- 9 Aktuell *Spangenberg*, *Praxis der Rechtspsychologie* 2009, 321; früher bereits *ders.*, *FamRZ* 2001, 466.
- 10 Was die Etablierung gerichtsinerner Mediation in zahlreichen Gerichten anbelangt, so bezeichnet dies *Seibert*, *NVwZ* 2008, 365, zutreffend als „kleine richterliche Justizreform“.
- 11 Ges. zur Reform der Juristenausbildung v. 11. 7. 2002, BGBl. I, S. 2592.
- 12 Vgl. aber beispielhaft die Angebote der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt a. O., der Justus-Liebig-Universität in Gießen oder der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg, die Vorlesungen und Seminare zur Mediation und anderen Schlüsselqualifikationen anbieten.
- 13 *Proksch*, ZKM 2010, 39.
- 14 Die Vorschrift bezieht sich nur auf Folgesachen, nicht auf die Scheidung selbst: *Zöller/Philippi*, ZPO, 28. Aufl. (2010), § 135 FamFG Rdnr. 1.

son oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen¹⁵. Ferner soll das Gericht in geeigneten Fällen den Ehegatten eine außergerichtliche Streitbeilegung anhängiger Folgesachen vorschlagen; für Kindschaftssachen findet sich in § 156 FamFG eine vergleichbare Regelung.

c) *Mediationsgesetz*. Eine nachhaltige Stärkung der Mediation, namentlich im Familienrecht, wird zweifelsohne durch die Umsetzung der Europäischen Mediationsrichtlinie¹⁶ in nationales Recht erfolgen: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung¹⁷ sieht – neben den auch für das familiengerichtliche Verfahren anzuwendenden Vorschriften des Mediationsgesetzes selbst und den Novellierungen der ZPO – allein im Bereich des FamFG fünf zum Teil markante Veränderungen vor. So sollen sich beispielsweise in geeigneten Fällen die Beteiligten und deren Bevollmächtigte spätestens bei Einreichung der Antragsschrift damit auseinandersetzen, ob und wie sie den der beabsichtigten Antragstellung zugrunde liegenden Konflikt außergerichtlich beilegen können und dies dem Gericht in der Antragsschrift mitteilen¹⁸. Das Gericht seinerseits kann den Konfliktbeteiligten unter anderem eine gerichtsinterne Mediation vorschlagen¹⁹. Entscheiden sich die Beteiligten hierfür – sei es auf Vorschlag des Gerichts, sei es aus eigener Überlegung – so hat das Gericht das Verfahren auszusetzen und darf es nicht vor Ablauf von drei Monaten wieder aufnehmen²⁰.

3. Aktueller Stand und Ausblick

Es sind im Wesentlichen drei Aspekte, die den gegenwärtigen Stand konsensualer Streitschlichtung in den Familiengerichten prägen: Dazu zählt zunächst die oben beschriebene gerichtliche Praxis mit ihren Bemühungen um Einbeziehung von Interessen und Bedürfnissen in das Verfahren, zum anderen die anstehenden legislativen Entscheidungen hinsichtlich eines nationalen Mediationsgesetzes und schließlich die verfassungsgerichtliche Judikatur. Denn das *BVerfG* hat der Mediation den Weg dadurch geebnet, dass es in Fortentwicklung seiner bisherigen Rechtsprechung bereits 2007 ausführte, „eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung“²¹.

Aus all dem lässt sich für das familiengerichtliche Verfahren folgende Vision ableiten: Der Kampf um das Recht soll mehr und mehr in den Hintergrund treten, stattdessen sollen vielfältige Formen der Kooperation gefördert werden und die Konfliktbeilegung durch Mediation soll verstärkt an Bedeutung gewinnen.

Doch welche Konsequenzen hat dieser Ansatz für die Arbeit in den Familiengerichten, inwieweit entspricht diese Vision der Rechtswirklichkeit und welche Auswirkungen hat sie für Richter wie Beteiligte?

II. Traditionelle Lösung familienrechtlicher Streitigkeiten durch Richterspruch

Im Verfahren vor den Familiengerichten sind die Einflussmöglichkeiten auf den einmal anhängig gemachten Prozess und seinen Ausgang für die Beteiligten insbesondere dann beschränkt, wenn es ihnen in erster Linie um die juristische Bewältigung ihres Konfliktes geht. Zwar können die Beteiligten in gewissem Maße über den Prozess verfügen, als sie den Beginn des Verfahrens, seinen Umfang und seine Beendigung bestimmen; aber bereits im Ehe- und Kindschaftsstreit finden sich Einschränkungen dieser Dispositionsmaxime, weil dort der Wille der Streitbeteiligten dem im Gesetz angeführten öffentlichen Interesse (z. B. dem „Kindeswohl“) un-

terzuordnen ist. Geht es aber beispielsweise um ein Verfahren wegen einer Ehewohnungs- oder Haushaltssache, geht es um eine durch die Ehe begründete Unterhaltspflicht oder um das Umgangsrecht mit einem ehelichen wie nicht-ehelichen Kind, so können die Beteiligten wie folgt auf das Verfahrensergebnis Einfluss zu nehmen: Sie können das Verfahren durch Anerkenntnis oder Antragsrücknahme beenden, mit der Gegenseite eine Vereinbarung schließen (soweit sie über den Streitgegenstand verfügen können und das Gesetz nicht, wie bei der Scheidung oder in Abstammungssachen, einen richterlichen Spruch verlangt) oder einen vom Gericht unterbreiteten Vorschlag einer gerichtsnahen oder gerichtsinernen Mediation²² annehmen und eine konsensuale Lösung anstreben.

Ob sich die Beteiligten hierauf einlassen oder nicht, obliegt ausschließlich ihrer Disposition. Vielfältige Gründe sind in diesem Zusammenhang denkbar, warum für sie unter Umständen eine gütliche Regelung, wie sie oben beschrieben wurde, nicht in Betracht kommt und stattdessen eine (familien-)gerichtliche Entscheidung erforderlich ist: So kann es sich beispielsweise um einen so genannten hocheskalierten Konflikt handeln. Bei einem solchen Konflikt, der auf der von *Glasl*²³ entwickelten und nach ihm benannten Eskalationsleiter die Stufen 7, 8 oder 9 erreicht hat, sind die Beteiligten erfahrungsgemäß rationalen Argumenten Dritter nicht mehr zugänglich, so dass es einer Machtintervention durch das Gericht bedarf. Denkbar ist auch, dass ein nicht ausgleichbares Machtungleichgewicht zwischen den Beteiligten besteht, so dass sich eine vergleichsweise oder selbstbestimmte Lösung des bei Gericht anhängig gemachten Konflikts verbietet²⁴. Schließlich kann es den Beteiligten auch darum gehen, dass eine Rechtsfrage entschieden werden soll.

In all diesen Fällen werden Familienrichter den „Hut des Richters“ aufbewahren, sich auf sicherem Terrain bewegen und den ihnen unterbreiteten Konflikt vornehmlich juristisch bewältigen: Sie werden – ausgehend von den jeweiligen Rechtspositionen und den gesetzlichen Vorgaben – in herkömmlicher Weise entscheiden, und zwar so, wie sie es gelernt haben. Die Frage nach dem „warum“, mithin nach den hinter den Rechtspositionen stehenden Interessen und Bedürfnissen der Beteiligten, wird für ihr Judiz keine bzw. allenfalls eine untergeordnete Rolle spielen. Dabei werden sie neutral, unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen judizieren.

15 Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Anderson*, Vom Gerichtssaal zur Mediation, *Spektrum der Mediation* 40/2010, S. 51.

16 Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21. 5. 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl L 136 v. 24. 5. 2008, S. 3.

17 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, BT-Dr 17/5335, S. 1 ff. v. 1. 4. 2011. Es handelt sich um ein Artikelgesetz, dessen Art. 1 das eigentliche Mediationsgesetz umfasst, die anderen Artikel hingegen Änderungen in Fachgesetzen wie beispielsweise der ZPO (Art. 3) und dem FamFG (Art. 4). Soweit in diesem Beitrag der Begriff „MediationsG“ verwendet wird, ist damit Art. 1 des oben genannten Gesetzentwurfes gemeint.

18 Vgl. Gesetzentwurf (o. Fußn. 17) zu § 23 I 2 FamFG.

19 Vgl. Gesetzentwurf (o. Fußn. 17) zu § 36 a FamFG. Das Gesetz sieht eine Abstufung vor, aus der wohl eine Vorrang der gerichtsnahen Mediation (vgl. hierzu § 1 I Nr. 2 MediationsG) gegenüber der gerichtsinernen Mediation abgeleitet werden kann. Der vorliegende Beitrag umfasst – entsprechend der redaktionell vorgegebenen Thematik – ausschließlich den richterlichen Mediator, nicht hingegen den in der gerichtsnahen oder außergerichtlichen Mediation Tätigen.

20 Vgl. Gesetzentwurf (o. Fußn. 17) zu § 155 IV FamFG.

21 *BVerfG*, Beschl. v. 14. 2. 2007 – 1 BvR 135/01 = ZKM 2007, 128.

22 Vgl. Gesetzentwurf (o. Fußn. 17) zu § 36 a FamFG.

23 *Konfliktmanagement*, 5. Aufl. (1977), S. 218 ff.

24 Umfassend hierzu schon *Gläser*, ZKM 2000, 206; *dies.*, Mediation und Beziehungsgewalt, 2008.

Auch wenn sie den streitenden Beteiligten wertschätzend und einfühlsam, ja emphatisch gegenüber treten, sich gegebenenfalls sogar um neue Formen des gerichtlichen *Procedere*²⁵ bemühen: Die Konsequenz für die streitenden Beteiligten besteht gleichwohl darin, dass der Verlauf des einmal eingeleiteten Verfahrens überwiegend fremdbestimmt ist und bleibt, beginnend mit dem nach dem Geschäftsverteilungsplan des Gerichts vorgegebenen gesetzlichen Richter über Terminierungen und Anhörungen bis hin zu Zwischenentscheidungen darüber, wer als weiterer Beteiligter am Prozess zu beteiligen ist.

Gleiches gilt für den Verfahrensausgang, der nicht ausgehandelt, sondern autoritativ entschieden wird und dessen Ergebnis sich als Win-lose-Lösung präsentiert, die – wenn überhaupt – umzukehren in der Regel einen weiteren Kosten auslösenden und Zeit bedingenden Prozess im Rechtsmittelverfahren erfordert.

Und die Familienrichter selbst, was folgt für sie aus dieser Vorgehensweise? Sie nehmen die Rolle wahr, die ihnen von der Verfassung und von den Gesetzen zugewiesen ist und die die Beteiligten von ihnen erwarten: die der juristischen Entscheider über die ihnen angetragenen Konflikte.

III. Verwendung mediativer Elemente in familiengerichtlichen Streitigkeiten

Von der ausschließlich juristischen Bewältigung zu unterscheiden sind solche Fallgestaltungen, in denen Richter tätig werden, die über einschlägige Kenntnisse in den Schlüsselqualifikationen verfügen, unter Umständen sogar als Mediatoren ausgebildet sind.

Von ihnen ist zu erwarten, dass sie den Prozess anders angehen, neben dem traditionellen „wer, will was, von wem“ insbesondere das „warum“ in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen stellen. Denn auch dann, wenn eine gerichtsinterne Mediation nicht in Betracht kommt – sei es wegen fehlender Zustimmung der Beteiligten, sei es wegen Ungeeignetheit des Konfliktes etc. oder sei es nur deshalb, weil in bestimmten familienrechtlichen Bereichen wie dem Unterhaltsrecht die herkömmliche Vergleichsquote bereits sehr hoch ist – stellt sich gleichwohl die Frage, ob es sich nicht lohnt, bewährte Elemente der Mediation in das familiengerichtliche Verfahren einzubringen²⁶. Dazu zählen insbesondere die (Wieder-)Herstellung einer gemeinsamen Kommunikation, die Herausarbeitung der jeweiligen Interessen und eine zukunftsgerichtete Lösung. Um im bisher gewählten Bild zu bleiben: Sollen bzw. können sich Richter neben ihrem „richterlichen Hut“ zugleich den „Hut des Mediators“ aufsetzen?

Im Schrifttum finden sich nur wenige Stimmen, die sich ausführlich mit der Frage auseinandersetzen, ob und wie sich richterliches Handeln an den Erkenntnissen zu orientieren vermag, die aus den konsensualen Streitbeilegungsmethoden folgen. Dazu zählt beispielsweise *Henke*²⁷, der sich schon früh damit beschäftigt hat, wie sich mediative Elemente in den (Arbeits-)Gerichtsprozess integrieren lassen. Aus jüngerer Zeit wären *Walther*²⁸ und *Seibert*²⁹ für das verwaltungsgerichtliche und *Spangenberg/Spangenberg* für das familiengerichtliche Verfahren zu nennen. Letztere haben in einem Beitrag dargelegt, welche aus der Mediation bekannten Techniken und Methoden nutzbringend eingesetzt werden können, um erfolgreiche und die Verfahrensbeteiligten zufriedenstellende Vergleichsverhandlungen zu führen³⁰; in einer weiteren Veröffentlichung haben sie sich mit den Chancen für mediative Möglichkeiten in Unterhaltsverfahren, beim Zugewinnausgleich und in Kindschaftssachen befasst³¹.

Der Bedeutung von (mündlichen) Terminen, Anhörungen, Erörterungen, Güteverhandlungen vor dem Familiengericht hat der Gesetzgeber durch zahlreiche Normen wie §§ 32, 34, 113, 175, 207, 221 FamFG Rechnung getragen. Diese Vorschriften stellen die zentralen Einbruchstellen dar, um unter Umständen Phasen, Methoden und Techniken des Mediationsverfahrens in das herkömmliche familiengerichtliche Verfahren zu integrieren, um Interessen und Bedürfnisse der Konfliktparteien stärker berücksichtigen und die Beteiligten zu einer effektiven Mitarbeit bewegen zu können. Keinem Familienrichter ist es untersagt, die Beteiligten nach ihren Motiven, Interessen und Visionen zu befragen, Optionen herauszuarbeiten und diese dann als Basis für Verhandlungen und Vergleichsgespräche zu nehmen³², im Gegenteil: Für bestimmte familiengerichtliche Verfahren wie beispielsweise Kindschaftssachen fordert das Gesetz ausdrücklich die Berücksichtigung der einschlägigen Interessen und gibt dem Gericht auf, in jeder Lage des Verfahrens auf eine einvernehmliche Lösung hinzuwirken.

Aber auch wenn entsprechend ausgebildete Familienrichter mediative Elemente in das familiengerichtliche Verfahren integrieren, ihre Verhandlungs- und Vorgehensweise stellt gleichwohl kein Mediationsverfahren dar. Auch sie werden von den Konfliktbeteiligten durchgängig als Richter erlebt, wenngleich als „Richter mit Doppelhut“:

Wenn nämlich die Bemühungen um konsensuale Lösungen scheitern, dann werden sie den „Hut des Mediators“ wieder abnehmen, als Richter den Streit entscheiden und das Verfahren zu Ende bringen. Von daher können sie den Konfliktbeteiligten während des Verfahrens auch keine Vertraulichkeit in dem Sinne zusichern, dass während des Prozesses preisgegebene Informationen und offen gelegte Intentionen im Falle des Scheiterns ihrer konsensualen Bemühungen von ihnen dann nicht im gerichtlichen Verfahren verwendet werden. Damit findet ein zentrales, das Mediationsverfahren prägende Prinzip keine Anwendung³³. Denn nur der, der sich der Vertraulichkeit sicher ist, wird bereit sein, sich in Verhandlungen zu öffnen. Muss er jedoch – wie in der Fallkonstellation des „Richters mit Doppelhut“ – befürchten, dass Informationen im Nichteinigungsfall vom Richter verwendet werden, dann wird er sich nicht vorbehaltlos auf Verhandlungen einlassen und seine Interessen offenlegen. Gleichwohl kommen auch hier zahlreiche Prinzipien eines Mediationsverfahrens – wenn auch in angepasster Form – zur Anwendung: Allparteilichkeit, Informiertheit, Zukunftsorientierung, Selbstbestimmtheit und auch Freiwilligkeit sind in diesem Zusammenhang zu nennen³⁴.

Festzuhalten bleibt jedenfalls so viel: Ein in einem solchen Verfahren erzielter Kompromiss, der zu einem Vergleich oder einer sonstigen Vereinbarung nebst Verfahrensbeendigung führt, kann ebenso wie eine Mediationsvereinbarung

25 S. oben Fußn. 4 und 5.

26 Ebenso *Kaminski*, *Contra gerichtliche Mediation*, Spektrum der Mediation 40/2010, S. 42 f.

27 ZJP 1997, 91; *ders.*, NZA 2000, 929.

28 ZKM 2006, 144.

29 NVwZ 2008, 365 (370); vgl. zudem *Fritz*, KRZ 2009, 281.

30 ZKM 2008, 26.

31 Praxis der Rechtspsychologie 2009, 321.

32 *Bösch*, Schweizer Richterzeitung 2006, Heft 2, Rdnr. 53 m. w. Nachw. (www.richterzeitung.ch).

33 Vgl. Gesetzentwurf (o. Fußn. 17) zu § 4 MediationsG.

34 So ist das Verfahren beispielsweise freiwillig in dem Sinne, als die Konfliktbeteiligten zwar zur Teilnahme beispielsweise an einer Anhörung oder einem Güteverfahren verpflichtet werden können, nicht jedoch zum Mitwirken mit dem Ziel einer konsensualen Einigung. Vgl. umfassend und grundsätzlich zu Planung und Design einer mediativen Erörterung: *Fritz*, LKRZ 2009, 281.

eine effiziente, die Interessen der Beteiligten aufnehmende Form der Streitbeilegung darstellen.

Sollte sich im Einzelfall ein solcher Weg als nicht gangbar erweisen, so zeitigt dies für Familienrichter keine Konsequenzen, weil sie stets in ihrer bereits beschriebenen Richterrolle verhaftet sind und bleiben: Verfahrens- und Entscheidungsherrschaft obliegen ausschließlich ihnen. Sie bestimmen, mit welchen Mitteln und wie lange der Versuch einer konsensualen Einigung unternommen wird, sie werden sich der Bitte um eine rechtliche Einschätzung des Konflikts nicht entziehen können, sie werden – bevor die Beteiligten scheitern – gegebenenfalls einen Vorschlag unterbreiten und bei fehlender Einigung eine Entscheidung treffen.

IV. Richterliche Mediatoren im familiengerichtlichen Verfahren – bislang und nach dem vorgesehenen Mediationsgesetz

1. Zur Entwicklung des Rollenverständnisses

Anders als in den oben beschriebenen Konstellationen der ausschließlich streitentscheidenden (s. oben II) oder mediativ (s. oben III) verhandelnden Richter ändert sich die Rolle für die als Mediatoren in einer gerichtsinernen Mediation tätigen (Familien-)Richter grundlegend: Sie sind nicht länger Entscheider des ihnen unterbreiteten Konflikts, sondern treten nunmehr, wie es im Entwurf des Mediationsgesetzes definiert wird, als eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis auf, die die Parteien durch die Mediation führt³⁵. Diese für alle Mediationen geltende Regelung erheischt besondere Bedeutung im Rahmen der gerichtsinernen Mediation, in der die Rolle des Mediators von Richtern wahrgenommen wird: Richterliche Mediatoren sind nicht befugt, in derselben Streitsache zu entscheiden³⁶, müssten – worauf bereits hingewiesen wurde – die Beteiligten doch sonst befürchten, dass Richter die ihnen in ihrer Eigenschaft als Gerichtsmediatoren bekannt gewordenen Tatsachen ihren Entscheidungen zugrunde legen. Mediationen leben jedoch von einer offenen und vertrauensvollen Atmosphäre, in der die Beteiligten bereit sind, ihre hinter den jeweiligen Rechtspositionen stehenden Interessen zu offenbaren³⁷. Die vorgesehene Änderung der Zivilprozessordnung sieht deshalb in dem neu einzufügenden § 41 Nr. 7 ZPO vor, dass die Mitwirkung an einem Mediationsverfahren mit der Ausübung des Richteramtes in Verfahren, die den gleichen Streitgegenstand betreffen, unvereinbar ist. Mit dieser Inkompatibilitätsregelung zeichnet der Gesetzgeber nach, was an den Gerichten, die gerichtsinterne Mediation eingeführt haben, bislang schon gängiges Verständnis und gehandhabte Praxis ist³⁸: Der richterliche Mediator trägt ausschließlich den „Hut des Mediators“.

Welche Konsequenzen zeitigt dieses Rollenverständnis für Richter, die nur in einigen Verfahren als Gerichtsmediatoren, in der Mehrzahl der anderen jedoch als streitentscheidende Richter tätig werden? Können richterliche Mediatoren dem von ihnen verlangten Spagat entsprechen, gelingt es ihnen, jeweils aus der Rolle des Entscheiders in die des „Brückenbauers“ zu schlüpfen?

Die ehrliche Antwort der Autoren, die in vielen Berufsjahren als richterliche „Entscheider“ sozialisiert wurden und die sich erst nach über zwei Jahrzehnten mit der neuen Rolle als Mediator befasst haben, lautet: Es ist ein langwieriges Unterfangen, die Rolle des ratgebenden, vorschlagenden, verfahrensbeendenden und streitentscheidenden „Machers“ zu verlassen und die des emphatisch vorgehenden, die Autonomie der Konfliktbeteiligten akzeptierenden, auf Rat- und Vor-

schläge verzichtenden und nach langer Verhandlung unter Umständen ohne Ergebnis dastehenden neutralen Dritten anzunehmen³⁹. Hilfreich auf diesem Weg waren und sind – sieht man einmal von denjenigen Personen ab, denen die Natur entsprechende Talente bereits in die Wiege gelegt hat – eine umfassende und solide, die Verfahrensabläufe immer wieder einübende Ausbildung⁴⁰, eine selbstkritische Haltung zu eigenem Verhalten und Rollenverständnis, Praxiserfahrung und Supervision.

Dementsprechend hat es etlicher Mediationsverfahren bedurft, bis das innere Erstaunen darüber gewichen ist, dass die als scheinbar naheliegend und konfliktbeendend gedachte Lösungshypothese eben nicht den Interessen der Konfliktbeteiligten entsprach und diese daher zu völlig anderen Ergebnissen gelangten: Beispielhaft sei hier die Streitigkeit um ein väterliches Umgangsrecht benannt, wobei dessen vorgeblich fehlendes Erziehungskonzept und die Ablehnung des Umgangs durch das Kind selbst zunächst im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen standen. Lösungen mussten jedoch scheitern, solange nicht die Mutter offengelegt hatte, dass sie tief gekränkt war durch die Präsenz der neuen Lebensgefährtin des Vaters bei den Umgangsterminen und daher eine gemeinsame Vereinbarung eines völlig anderen Ansatzes bedurfte.

Ebenso war umfangreiche Praxiserfahrung erforderlich, um ohne Empathieverlust für die Konfliktbeteiligten zu akzeptieren, dass schwierige Themen unter Umständen umfangreicher Verhandlungen bedürfen und nicht durch eine scheinbar zeitsparende Entscheidung einer als gerecht empfundenen Lösung zugeführt werden können:

Dazu zählt beispielsweise der lang andauernde Streit darüber, welcher der geschiedenen Ehegatten nunmehr für die Rückzahlung einer Hypothek für das frühere Familienheim zuständig ist, in dem die geschiedene Frau mit den Kindern lebte. Während der Mann auf einem geringeren Anteil bestand und eine hälftige Teilung ablehnte, sah die Frau die Rückzahlungsverpflichtung ausschließlich beim Mann. Dies sei schon deshalb gerechtfertigt, weil er sie verlassen habe. Eine schnelle Entscheidung hätte auf eine anteilige Lösung gesetzt. Die nach langen Verhandlungen gefundene und von den Beteiligten als Win-win-Situation empfundene Übereinkunft stellte darauf ab, dass der Mann zwar weniger als die Hälfte auf die Hypothek zu zahlen hatte, dafür aber regelmäßig einen weiteren Betrag für die zukünftige Ausbildung der gemeinsamen Kinder auf ein Sonderkonto entrichtet.

2. Das Setting

Noch immer kommt es vor, dass das Setting in der gerichtsinernen Mediation belächelt, seine Bedeutung für das konsensuale Verfahren unterschätzt wird. Denn dass die Mediation nicht in einem Verhandlungssaal, sondern in einem speziellen Raum an einem gemeinsamen (runden) Tisch stattfindet, ist für alle am Verfahren Teilnehmenden – Konfliktbeteiligte, Prozessbevollmächtigte, Mediatoren⁴¹ – von immens wichtiger Bedeutung: Nicht allein für die – zumeist erstmals an einer Mediation teilnehmenden – Konfliktparteien wird

35 Vgl. Gesetzentwurf (o. Fußn. 17) zu § 1 II MediationsG.

36 Vgl. Gesetzentwurf (o. Fußn. 17) zu § 1 I Nr. 3 MediationsG.

37 Vgl. Begründung BT-Dr 17/5335, S. 20 zu § 41 ZPO.

38 Vgl. Orloff, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 20. Aufl. (2010), § 104 Rdnr. 80; von Barga, in: Haft/Schlieffen, Hdb. Mediation, 2. Aufl. (2009), S. 949.

39 Vgl. hierzu auch Trenczek/Mattioli, Spektrum Mediation 2010, 4.

40 Vgl. hierzu die Mindeststandards der Mediationsverbände unter www.in-mediation.eu/offizielle-zertifizierungsstandards.

41 U. U. auch weitere Dritte, die nicht formal in das familiengerichtliche Verfahren eingebunden sind.

dadurch offenkundig, dass sie an keiner formalisierten Gerichtsverhandlung beteiligt sind, Gerichtsmediatoren gerade nicht als Richter fungieren und die Beteiligten für getroffene Maßnahmen, Absprachen und Vereinbarungen selbst verantwortlich sind. Auch den richterlichen Mediatoren hilft die veränderte Umgebung sich deutlich zu machen, dass sie nicht als Richter und Entscheider in einem Verhandlungssaal auftreten, sondern den „Hut des Mediators“ tragen und als „Brückenbauer“ in einer anderen Funktion und mit einem anderen Rollenverständnis den Konfliktparteien gegenüber sitzen⁴².

3. Anforderungen an richterliche Mediatoren nach dem Mediationsgesetz

a) *Ausbildung.* Der Gesetzentwurf für das Mediationsgesetz enthält keine inhaltlichen Vorgaben zur Aus- und Fortbildung⁴³, obgleich doch im Schrifttum die Notwendigkeit einer soliden theoretischen und in hinreichendem Maße Praxiselemente beinhaltenden Ausbildung allgemein anerkannt ist⁴⁴. Den Mediatoren wird zukünftig lediglich auferlegt, in eigener Verantwortung durch eine geeignete Ausbildung und eine regelmäßige Fortbildung sicherzustellen, dass sie über theoretische Kenntnisse sowie praktische Erfahrungen verfügt, um die Parteien in sachkundiger Weise durch die Mediation führen zu können⁴⁵. Ob dies als ausreichend zu erachten ist, ist höchst umstritten⁴⁶. Für die gerichtsinterne Mediation gilt jedenfalls so viel: Besondere Qualitätsstandards im Sinne eines geeigneten Mediatorenprofils darf der Bürger erwarten, der auf Vorschlag des Gerichts zunächst von einer Fortführung seines gerichtlichen Verfahrens Abstand nimmt und stattdessen einer gerichtsinternen Mediation zustimmt⁴⁷. Denn er geht davon aus, dass die gleiche Professionalität, die er von Richtern her kennt und erwartet, auch von Gerichtsmediatoren an den Tag gelegt wird⁴⁸.

b) *Aufgaben.* Ein Kriterienkatalog von Aufgaben und Pflichten, die Mediatoren zugewiesen sind, lässt sich dem vorgesehenen § 2 II–VI MediationsG entnehmen. Mit dieser Regelung vollzieht der Gesetzgeber überwiegend nach, was bereits jetzt gängige Praxis ist⁴⁹:

Das Mediationsverfahren ist ein freiwilliges Verfahren. Und da Freiwilligkeit Informiertheit voraussetzt, haben sich die Mediatoren, weil sie allen Beteiligten gleichermaßen verpflichtet sind, zu vergewissern, dass diese die Grundsätze und den Ablauf des Mediationsverfahrens verstanden haben. Der Gesetzgeber erachtet in diesem Zusammenhang ausweislich der Gesetzesbegründung eine Verfahrensvereinbarung für zielführend, die grundlegende Verfahrens-, Kommunikations- und Verhaltensregeln enthält, beispielsweise über Geheimhaltung, Beweisverwertung, Akteneinsichtsrecht und respektvollem Umgang miteinander⁵⁰. Dies entspricht schon der bisherigen Vorgehensweise, wonach die Beteiligten zu Beginn einer gerichtsinternen Mediation auf Vorschlag des Mediators einen Mediationsvertrag unterzeichnen.

Das Mediationsgesetz verpflichtet Mediatoren zur Neutralität, wobei diese im Sinne von Allparteilichkeit zu verstehen ist, Mediatoren mithin allen Beteiligten in gleicher Weise zur Verfügung stehen und ihnen behilflich sein sollen⁵¹; bei allseitigem Einverständnis kann hierzu auch die Durchführung von Einzelgesprächen zählen⁵². Sie tragen Sorge für die Einhaltung der vereinbarten Verfahrensregeln und dürfen, wenn eine eigenverantwortliche Kommunikation oder eine Einigung nicht zu erwarten ist, das Mediationsverfahren auch beenden. Zu den Aufgaben von Mediatoren zählt ferner darauf zu achten, dass die Beteiligten eine Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen,

gegebenenfalls auch externe Berater zur rechtlichen und/oder fachlichen Kontrolle einschalten. Im Hinblick auf die Vorschriften des Rechtsdienstleistungsgesetzes müssen auch richterliche Mediatoren die Grenzen des § 5 RDG einhalten und dürfen mithin keine unzulässige Rechtsdienstleistung erbringen. Und wenngleich sie von Gesetzes wegen nicht zur Dokumentation des Verfahrensablaufs verpflichtet sind, so werden sie doch im Hinblick auf eine mögliche Vollstreckbarerklärung einer erzielten Vereinbarung nach dem zukünftigen § 796 d ZPO hierfür die Schriftform wählen und dabei zu bedenken haben, dass in einer familiengerichtlichen Mediation gem. § 36 a III FamFG gerichtliche Anordnungs- und Genehmigungsvorbehalte unberührt bleiben. Nach dem Willen des Gesetzgebers⁵³ betrifft dies beispielsweise Entscheidungen des Gerichts nach § 1671 oder § 1666 BGB bei Gefährdungen des Kindeswohls sowie für den Vorbehalt der gerichtlichen Billigung nach § 156 II 2 FamFG, wenn Eltern über den Umgang mit einem Kind Einvernehmen erzielen.

c) *Offenbarungspflichten und Tätigkeitsbeschränkungen.* Richterliche Mediatoren sind verpflichtet, gegenüber den Beteiligten solche Umstände offen zu legen, die ihre Unabhängigkeit oder Neutralität beeinträchtigen könnten. Dazu zählen insbesondere persönliche oder geschäftliche Verbindungen zu einem Beteiligten oder ein finanzielles oder ein sonstiges eigenes Interesse am Ergebnis der Mediation⁵⁴. Als Mediatoren dürfen sie bei Vorliegen der genannten Umstände nur tätig werden, wenn die Beteiligten ausdrücklich zustimmen. Auch die vorgesehene Regelung des § 3 V MediationsG, wonach die Beteiligten Auskunft über den fachlichen Hintergrund sowie über die Art und Dauer der Mediationsausbildung und über die auf dem Gebiet der Mediation gemachten praktischen Erfahrungen verlangen kann, trifft auch für richterliche Mediatoren zu. Darauf, dass die Beteiligten gerade bei richterlichen Mediatoren besondere Qualitätsstandards erwarten dürfen, wurde oben bereits hingewiesen.

42 Zu neuen Entwicklungen wie dem Mediator als Zeitmanager vgl. *Krabbe/Fritz*, Die Kurz-Zeit-Mediation – und ihre Verwendung in der gerichtsinternen Praxis, ZKM 2009, 136 ff., 176 ff.

43 Art. 4 II der Europäischen Mediationsrichtlinie (o. Fußn. 16) gibt den Mitgliedstaaten auf, die Aus- und Fortbildung von Mediatoren zu fördern, um sicherzustellen, dass die Mediation für die Parteien wirksam, unparteiisch und sachkundig durchgeführt wird.

44 Vgl. umfassend *Haft/Schlieffen*, Hdb. Mediation, 2002, 7. Kapitel; früh bereits hierzu schon *Haynes/Bastine/Link/Mecke*, Scheidung ohne Verlierer, 2002, S. 316 ff.

45 Vgl. Gesetzentwurf (o. Fußn. 17), § 5 MediationsG; zur Intention ferner *Carl*, Referentenentwurf für ein Mediationsgesetz, Spektrum der Mediation 40/2010, S. 21 ff.

46 BT-Dr 17/5335, S. 29 f; BT-Dr 17/5496, S. 2 zu Nrn. 6 und 7. Umfassend, wenngleich kritisch gegenüber gesetzlichen Regelungen: *Wagner*, ZKM 2010, 172.

47 *Von Barga*, Die Verwaltung 2010, 405 (416); *Probst*, Die Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie – was bringt das neue Mediationsgesetz, SchlHA 2010, S. 40 (43); *Fritz*, in: *Fritz/Karber/Lambeck*, Mediation statt Verwaltungsprozess, Schriftenreihe Europäische Verwaltungsgerichtsbarkeit Band 2, 2004, S. 140.

48 *Werner*, perspektive mediation 2010, 118.

49 Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Europäischen Verhaltenskodex für Mediatoren (http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_de.pdf).

50 Vgl. Begründung BT-Dr 17/5335, S. 15 zu § 2 II MediationsG.

51 Die Neutralität verpflichtet den Mediator zudem zu einer unparteilichen Verhandlungsführung und Gleichbehandlung aller Beteiligten. Deshalb müssen grundsätzlich alle Informationen an alle gleichermaßen weitergegeben werden und alle am Fachwissen des Mediators in gleicher Weise partizipieren. Umfassend: *Tochtermann*, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators, 2008.

52 Im Rahmen von Einzelgesprächen dem Mediator mitgeteilte Informationen können jedoch, wenn ein Beteiligter dies so wünscht, der besonderen Vertraulichkeit unterliegen und dürfen dann nicht weitergegeben werden. Hier gilt es in besonderem Maße, dem Grundsätzen der Vertraulichkeit wie der Allparteilichkeit Rechnung zu tragen.

53 Vgl. Begründung BT-Dr 17/5335, S. 22 zu § 36 a III FamFG.

54 Vgl. Begründung BT-Dr 17/5335, S. 16 zu § 3 I MediationsG.

d) *Vertraulichkeit*. Der Bedeutung der Vertraulichkeit für das Mediationsverfahren (vgl. § 1 I 1 MediationsG) und dementsprechend der Verschwiegenheitspflicht von Mediatoren sowie der in die Durchführung des Verfahrens eingebundenen Personen⁵⁵ will der Gesetzgeber mit der Regelung des § 4 MediationsG entsprechen. Für richterlichen Mediatoren bedeutet dies, dass sie gem. § 383 I Nr. 6 ZPO in Zivilverfahren und in allen hierauf Bezug nehmenden Verfahren zeugnisverweigerungsberechtigt sind⁵⁶. Allerdings sieht das MediationsG auch Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht vor, wobei von besonderer Bedeutung für richterliche Mediationen in Familiensachen § 4 Nr. 2 MediationsG sein dürfte. Danach gilt die Verschwiegenheitspflicht nicht, soweit die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden. Es kommt hinzu, wie in der Begründung des Gesetzentwurfs besonders betont wird⁵⁷, dass für die gerichtliche Mediation weitere über § 4 Nrn. 1–3 MediationsG hinausgehende Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht bestehen, weil richterliche Mediatoren nach wie vor Richter und als Amtsträger nicht nur den Beteiligten verpflichtet sind. Es treffen sie daher weiterhin besondere Anzeigepflichten, zum Beispiel nach § 116 Abgabenordnung oder nach § 6 des Gesetzes gegen missbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen. Auf all diese Besonderheiten müssen richterliche Mediatoren die Beteiligten hinweisen; diesen steht es im Übrigen frei, richterliche Mediatoren im allseitigen Einverständnis von ihrer Verschwiegenheitspflicht zu entbinden.

4. Bestimmung und Auswahl richterlicher Mediatoren

Die bisherige Auseinandersetzung, wie richterliche Mediation im Gefüge der Gerichtsverfassung einzuordnen ist⁵⁸, wird durch das Mediationsgesetz dahingehend klargestellt, dass es sich bei der gerichtlichen Mediation um eine richterliche Tätigkeit eigener Art handelt⁵⁹: Der richterlichen Tätigkeit zugeordnet, weil durch Berufsrichter erfolgend, eigener Art, weil die Streitentscheidung als Kernelement der Rechtsprechung fehlt. Das hat Auswirkungen auf die Organisation richterlicher Mediation in einem Gericht. Sie bedarf daher einer Regelung in der Geschäftsverteilung, die durch

das Präsidium im Wege der richterlichen Selbstverwaltung erfolgen muss. Das Prinzip des gesetzlichen Richters kommt allerdings nicht zur Anwendung, weil den Beteiligten – als Ausfluss der Freiwilligkeit und Selbstbestimmtheit – ein Wahlrecht zusteht, ohne dass dies mit einem Anspruch auf einen bestimmten Mediator verbunden wäre. Steht der „Wunschmediator“ nicht zur Verfügung, so können die Beteiligten jedenfalls nicht verpflichtet werden, ein Verfahren mit einem alternativ vom Gericht dann vorgeschlagenen Mediator durchzuführen. Sofern die Beteiligten in der gerichtlichen Mediation eine Vereinbarung schließen, kann der richterliche Mediator mit Zustimmung der Beteiligten dem erkennenden Gericht Vorschläge für die Bemessung des Streitwerts unterbreiten⁶⁰.

V. Ausblick

Es bedarf keiner hellseherischer Fähigkeiten, um nach Verabschiedung des Mediationsgesetzes und entsprechender Rechtsverordnungen der Landesregierungen⁶¹ der gerichtlichen Mediation in der Familiengerichtsbarkeit eine starke Entwicklung vorherzusagen: Die Zahl der richterlichen Mediatoren wird sich in wenigen Jahren bemerkbar erhöhen, die Neigung der Familiengerichte, gerichtliche Mediation vorzuschlagen, wird sich deutlich verstärken und die Bereitschaft von Anwälten wie ihrer Mandanten, familienrechtliche Konflikte nicht ausschließlich durch Richterspruch entscheiden zu lassen, sondern selbstbestimmt einer Lösung zuzuführen, wird in erheblichem Maße zunehmen. ■

55 Z. B. Mitarbeiter der gerichtlichen Mediationsgeschäftsstelle.

56 Vgl. Begründung BT-Dr 17/5335, S. 17 zu § 4 MediationsG.

57 Vgl. Begründung BT-Dr 17/5335, S. 17 zu § 4 MediationsG.

58 Richterliche Mediation wird in einigen Mediationsprojekten wie beispielsweise dem der Hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit als Teil der Gerichtsverwaltung i. S. des § 4 II Nr. 1 DRiG qualifiziert (Waltner, Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *Pitschas/Waltner*, Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Speyerer Arbeitsheft Nr. 173, 2005, S. 16), überwiegend jedoch über eine analoge Anwendung des § 278 Abs. 5 ZPO für zulässig erachtet (von Bargen, Gerichtsinterne Mediation, 2008, S. 148 ff.; *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, 3243).

59 Vgl. Begründung BT-Dr 17/5335, S. 14 zu § 1 MediationsG; S. 20 zu § 278 a ZPO.

60 Vgl. Begründung BT-Dr 17/5335, S. 21 zu § 278 a ZPO.

61 Vgl. Gesetzentwurf (o. Fußn. 17), § 15 GVG.

Entscheidungen zum Thema

1. Unzulässige Auflage im Sorgerechtsverfahren – Psychotherapie

GG Art. 1 I, 2 I; BGB § 1666 I, III

Für die einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG) der Eltern darstellende Auflage in einem Sorgerechtsverfahren, zur Verbesserung der Erziehungsfähigkeit eine Psychotherapie durch- oder fortzuführen, gibt es keine gesetzliche Grundlage; insbesondere erlaubt § 1666 I, III BGB nicht einen solchen Eingriff. (Leitsatz der Redaktion)

BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 1. 12. 2010 – 1 BvR 1572/10

Zum Sachverhalt: Die Bf. wandte sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde gegen die ihr im Rahmen eines Sorgerechtsverfahrens erteilte Auflage, eine bereits begonnene Psychotherapie nach Weisung des Jugendamts fortzusetzen.

Die unverheiratete Bf. ist Mutter einer 2001 geborenen Tochter und eines 2005 geborenen Sohnes. Sie war für beide Kinder allein sorgeberechtigt. Mit Beschluss vom 4. 11. 2008 bestätigte das AG im Rahmen eines vom Jugendamt angeregten Verfahrens nach §§ 1666 f. BGB seine zuvor ergangene einstweilige Anordnung, mit der der Bf. das Aufenthaltsbestimmungsrecht und die Gesundheitsfürsorge sowie das Recht, Hilfen zur Erziehung zu beantragen, für ihren Sohn entzogen und auf das Jugendamt als Pfleger übertragen worden war. Zugleich traf es eine Umgangsregelung. Seit Dezember 2008 lebt der Sohn der Bf. in einer Dauerpflegefamilie. Mit Beschluss vom 6. 5. 2010 wies das OLG die gegen die amtsgerichtliche Entscheidung gerichtete Beschwerde der Bf. zurück. Es änderte den amtsgerichtlichen Beschluss in der Umgangsregelung sowie dahingehend ab, dass der Bf. im Hinblick auf ihre Tochter die Auflage erteilt wurde, „die bereits begonnene Psychotherapie bis zu dem Zeitpunkt fortzusetzen, den das Jugendamt – in Abstimmung mit dem jeweiligen Therapeuten – als erforderlich ansieht“. Die Auflage sei auf Antrag von Jugendamt und Verfahrenspflegerin zu verhängen, um zum Wohle des Mädchens zu gewährleisten, dass die bereits begonnene Therapie fortgesetzt werde. Das erscheine auf Grund der