

Kinderrechtekommission des DFGT (KIRK)

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes vom 4.8.2010

I. Die folgende Stellungnahme konzentriert sich - der Aufgabenstellung der KIRK entsprechend - auf die familienrechtlichen, speziell die kindschaftsrechtlichen Aspekte des Entwurfs, bezieht aber auch allgemeine Fragen zur Mediation mit ein. Insgesamt erscheinen die Regelungen des Entwurfs zum Mediationsgesetz wie auch die Änderungen zum FamFG als grundsätzlich brauchbarer, auch der EU-Richtlinie 2008/52/EG genügender Ansatz. Dennoch ergeben sich einzelne Problem- oder Kritikpunkte, auf die im folgenden einzugehen ist.

II. Mediation im allgemeinen

1. In § 1 Abs. 1 MediationsG ist nur von *einem* Mediator die Rede. Die Entwurfsbegründung geht selbst auf S. 20, Abs. 4 davon aus, dass es auch zwei oder sogar mehrere Mediatoren geben kann. Singular und Plural werden etwa auch verwendet in Art.1 Abs. 3 UNCITRAL ML Conciliation . Der Einfachheit halber sollte in § 1 Abs. 1 MediationsG klargestellt werden: „... mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren...“.

2. Nach § 3 Abs. 1 MediationsG sind Umstände offen zulegen, die die Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators "beeinträchtigen können". In ähnlichen Zusammenhängen wird in anderen Gesetzen klargestellt, dass es nicht nur auf die tatsächliche innere Haltung des Mediators ankommt, sondern auch auf den für einen objektiven Dritten erzeugten Anschein (§ 1036 Abs. 1 ZPO: „Umstände..., die Zweifel... wecken können“; § 1036 Abs. 2 ZPO: "Umstände..., die berechtigte Zweifel... aufkommen lassen"). Die besondere Relevanz des äußeren Anscheins für die Reputation und Vertrauenswürdigkeit der Mediation und des Mediators kommt auch in der Entwurfsbegründung zum Ausdruck ("als neutral wahrgenommen", "als unbeschriebenes Blatt wahrgenommen", S.19). Entsprechend sollte auch § 3 Abs. 1 MediationsG gefasst sein.

Desweiteren fragt man sich bei der Offenbarungspflicht gem. § 3 Abs. 1 MediationsG, welches die Sanktionen bei ihrer Verletzung sein sollen. Ist dann der Mediationsvertrag nichtig (§§ 134 BGB iVm § 3 Abs. 1 MediationsG) ? Kann die Vollstreckbarerklärung verweigert werden (vgl. § 796 d ZPO-E)?

3. Ähnliches gilt für die Regelung der Verschwiegenheitspflicht in **§ 4 MediationsG**: Auch hier wird es im Einzelfall viele Zweifelsfälle geben, ob ein Mediator der Schweigepflicht unterliegt oder nicht. Zwar sind einige Berufsgruppen, die als Mediatoren tätig sein können, bereits in § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO und § 203 StGB erfasst. Es gibt aber auch andere Mediatoren, die nicht zu diesen Berufsgruppen zählen und die unter Umständen keinem Berufsrecht unterliegen. Insoweit erweist es sich als problematisch, dass der Gesetzentwurf darauf verzichtet, das Berufsbild des Mediators näher zu formulieren. Hier sind Unklarheit und Streit vorprogrammiert, ob und welche Personen im konkreten Fall der Verschwiegenheitspflicht unterliegen oder nicht.

Die Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation (BAFM) hat in ihrer Stellungnahme an das BMJ vom 28.8.2006 unter Ziffer 1 e vorgeschlagen, die Mediatoren in § 203 StGB aufzunehmen. Dies wäre sicherlich sinnvoll, damit eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nicht sanktionslos bleibt; auf der anderen Seite wirft die Unklarheit des Mediatorenbegriffs in seinen Randbereichen gerade bezüglich strafrechtlicher Sanktionen rechtsstaatliche Bedenken auf. Es sollte erwogen werden, den personenbezogenen Einsatz des § 4 MediationsG *gegenstandsbezogen* zu formulieren: Demnach wären Informationen über die Mediation und die in der Mediation ausgetauschten Informationen einem Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot zu unterstellen. Ein solcher Ansatz findet sich in der vorerwähnten UNCITRAL-Regelung und dem US-amerikanischen Uniform Mediation Act.

4. Der Gesetzesentwurf spricht einen Problemkreis gar nicht an, der in der Mediationsdebatte in Deutschland seit jeher umstritten ist: das **Verhältnis von Mediation und Rechtsberatung** (dazu m.w.N.. *Coester*, KindPrax 2003, 119, 121 f.). Nur in der Entwurfsbegründung wird auf S. 12 eine Abgrenzung versucht:

Demnach soll jedem Mediator erlaubt sein die "Erörterung des Rechts als wesentlicher Orientierungspunkt für mögliche Konfliktlösungen", während "konkrete rechtliche Beratung über die dem Konflikt zu Grunde liegenden Rechtsfragen" als Rechtsberatung den Anwälten vorbehalten bleiben sollen.

Es erscheint zweifelhaft, ob die Praxis (gerade auch nichtjuristische Mediatoren) die damit angedeutete Grenzlinie verstehen und in der Lage sein wird, sie auch praktisch einzuhalten.

Die rechtliche Beurteilung einer von den Medianten konkret ins Auge gefassten einvernehmlichen Lösung dürfte wohl unter die zweite Alternative fallen (vgl. Entwurfsbegründung S. 19 oben). Unklar bleibt die Einstufung der Formulierung und Protokollierung der von den Parteien gefundenen Einigung: Die Gesetzgebungsgeschichte zu § 2 Abs. 3 Nr. 4 Rechtsdienstleistungsgesetz (dazu *Krenzler-Teubler*, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2010, § 2 Rn. 150 ff) spricht dafür, auch schon diese Tätigkeit einem Anwaltsmediator vorzubehalten. Auch die Richtlinie der BAFM geht unter 4.1. und 5.1. hiervon aus (ebenso wohl auch *Hess*, Gutachten zum 67. DJT, S. F 138). Nachdem der Gesetzgeber des Rechtsdienstleistungsgesetzes mit seiner Formulierung in § 2 Abs. 3 Nr. 4 dem Problem eher ausgewichen ist, erscheint eine klare Regelung dieser bedeutsamen Frage für die Praxis im künftigen MediationsG unverzichtbar.

III. Speziell FamFG/Verfahren in Kindschaftssachen

1. Die in § 23 Abs. 1 S. 3 FamFG-E (= § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO-E) vorgeschriebene Pflicht, schon im verfahrenseinleitenden Antrag Angaben zu Versuchen außergerichtlicher Konfliktlösung zu machen, ist gut gemeint, wird aber wohl wenig praktische Bedeutung entfalten. Es ist zu befürchten, dass die Angabe zu einer Floskel verkommt wie nach früherem Recht die Angaben zum Sühneversuch vor einem Scheidungsverfahren.

2. Richterlicher Vorschlag einer Mediation, § 36 a Abs. 1 S. 1 FamFG-E

Diese neue Bestimmung im allgemeinen Teil des FamFG erscheint nicht hinreichend abgestimmt mit der thematisch verwandten Vorschrift des § 156 Abs. 1 FamFG im Kindschaftsrecht.

a) Die erste Unklarheit betrifft das **Verhältnis von § 36 a zu § 156 Abs. 1 S. 2, 4, 5 FamFG**. Auch die vom Jugendamt angebotene Beratung und Unterstützung nach § 17 SGB VIII könnte als "anderes Verfahren" im Sinne von § 36 a Abs. 1 S. 1 verstanden werden. Die Möglichkeit, dass die Inanspruchnahme einer solchen Beratung und Unterstützung nach § 156 Abs. 1 S. 4 FamFG sogar angeordnet werden kann, steht der Subsumtion unter den Mediationsbegriff nicht entgegen (Entwurfsbegründung S.17). Auf der anderen Seite stehen nach der Regelung des Referentenentwurfs dessen § 36 a Abs. 1 S. 1 und der fortbestehende § 156 Abs. 1 FamFG nebeneinander. Nach letzterer Vorschrift soll das Gericht auf die Jugendamtsdienste "hinweisen" und kann sie gegebenenfalls sogar "anordnen"; nach § 36 a Abs. 1 S. 1 soll das Gericht die Inanspruchnahme "vorschlagen". Eine sprachliche und gesetzssystematische "Flurbereinigung" erscheint insoweit unverzichtbar.

b) Entsprechendes gilt, was die Mediation betrifft, für das **Verhältnis des § 36 a Abs. 1 S. 1 zu § 156 Abs. 1 S. 3 FamFG**. Ein fortbestehendes Nebeneinander beider Vorschriften erscheint nicht sinnvoll. Bei einer Harmonisierung wäre zu überlegen, ob nicht auch die Mediation, ähnlich der Jugendamtsberatung, gerichtlich *angeordnet* werden könnte (wie auch in § 135 Abs. 1 FamFG bei den Scheidungsfolgen). Das Freiwilligkeitsprinzip der Mediation wäre wohl im Hinblick auf § 156 Abs. 1 S. 5 FamFG nicht verletzt (allerdings mittelbare Sanktionsmöglichkeit bei den Verfahrenskosten, § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG).

Insgesamt bedarf der Text von § 156 Abs. 1 FamFG einer Neugestaltung im Lichte von § 36 a Abs. 1 S. 1 FamFG-E. Auch § 135 FamFG bedarf insoweit der Überprüfung.

3. Aussetzung des Verfahrens, § 36 a Abs. 1 Satz 2 FamFG-E

Das Verhältnis dieser Vorschrift zu § 21 FamFG ist unklar. Hilfreich wäre ein Verweis in § 21 FamFG auf die neue Vorschrift, einschließlich § 155 Abs. 4 FamFG-E.

Der Ausgleich zwischen Förderung der Mediation durch Aussetzung des Verfahrens und Verfahrensbeschleunigung gemäß § 155 FamFG scheint im vorgeschlagenen Abs. 4 vertretbar gelungen.

4. Vergleich und Vollstreckbarkeit

a) Die Aufnahme der einvernehmlichen Lösung in einen gerichtlichen Vergleich ist in § 36 a Abs. 2 S. 5 FamFG-E nicht umfassend geregelt: Sie betrifft nur die richterliche Mediation. Demgegenüber geht die Entwurfsbegründung (S. 14 unter II.,4. Absatz) offenbar davon aus, dass (entsprechend § 796 d ZPO-E) alle einvernehmlichen Lösungen gerichtlich festgesetzt und für vollstreckbar erklärt werden können - also auch solche, die durch außergerichtliche Mediation erzielt worden sind. Diese gehen thematisch über die in § 156 Abs. 2 FamFG angesprochenen Regelungspunkte durchaus hinaus. Solche elterlichen Einigungen gewinnen in der Praxis zunehmend an Bedeutung (vgl. § 36 FamFG sowie *Staudinger/Coester* (2009) § 1671 BGB Rn.51, 61, 261 aE). Es sollte deshalb den Eltern, entsprechend § 796 d ZPO-E, generell der Weg eröffnet werden, ihre wie auch immer gewonnenen Vereinbarungen in einem gerichtlichen Vergleich feststellen zu lassen. Dabei muss sich der Gesetzgeber auch mit der Frage auseinandersetzen, ob und inwieweit die Vereinbarungen im Hinblick auf das Kindeswohl - entsprechend § 156 Abs. 2 FamFG und § 36 a Abs. 2 S. 6 FamFG-E - einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollen (dazu noch unten 5. b)).

b) Unklar ist auch, ob die richterliche Festsetzung des Vergleichs gem. § 36 a Abs. 2 S. 5 FamFG-E vom Willen der Parteien abhängt. In § 796 d Abs. 1 S. 1 ZPO-E ist dies ausdrücklich bestimmt. Soll der richterliche Mediator an diesbezüglichen elterlichen Konsens nicht gebunden sein? Soll es darauf ankommen, ob das Einigungsthema (ganz oder teilweise) der elterlichen Disposition entzogen ist? Die Entwurfsverfasser werden sich mit diesen Fragen unbedingt auseinandersetzen müssen.

Dies betrifft auch die Frage einer richterlichen "Qualitätssicherung" (dazu *Hess*, Gutachten zum 67.DJT, S. F 13 f), wie sie für die ZPO in § 796 d des Entwurfs und in § 156 Abs. 2 FamFG sowie § 36 a Abs. 2 S. 6 FamFG-E vorgesehen ist.

5. Die Rolle des Kindes im Mediationsverfahren

a) Die KIRK begrüßt ausdrücklich die Regelung in § 4 Nr. 2 MediationsG, wonach die Verschwiegenheitspflicht des Mediators endet, wenn das Kindeswohl gefährdet ist. Eine solche Regelung hat Pilotfunktion für alle anderen mit Kindern befassten Professionellen im Rahmen eines künftigen Kinderschutzgesetzes.

b) Als einen erheblichen Mangel des Referentenentwurfs sieht es die KIRK hingegen an, dass für kindschaftsrechtliche Verfahren die Rolle des Kindes im Rahmen einer Mediation nicht einmal angesprochen wird. Die Person und Individualität des Kindes sind auf der Ebene des Jugendhilfe- (§ 8 Abs. 1 SGB VIII) und des Kindschaftsverfahrens (§§ 156 Abs. 3 S. 3, 159 Abs. 1, Abs. 2, 157 Abs. 1 S. 1 FamFG) gesetzlich hervorgehoben worden. Im privatautonomen elterlichen Einigungsprozess sind die Eltern gem. § 1626 Abs. 2 BGB zwar angehalten, das Kind altersentsprechend mit einzubeziehen - einer externen Kontrolle unterliegen sie insoweit jedoch nicht. Das Dilemma bei der Mediation besteht darin, dass diese sich konzeptionell als autonome Konfliktlösung durch die Konfliktbeteiligten versteht, das Kind als zentral betroffene Person mangels eigener Entscheidungsautonomie aber außerhalb des Einigungsprozesses steht. Schon das geltende FamFG lässt, soweit von "elterlichem Einvernehmen" die Rede ist (§ 156 Abs. 2 FamFG), nicht erkennen, welche Rolle das Kind dabei spielen soll. Lediglich für bestimmte Regelungsthemen ist Gerichtskontrolle im Lichte des Kindeswohls vorgesehen (§ 156 Abs. 2 S. 2 FamFG). Für die Mediation im allgemeinen ist die Problematik bei kindbezo-

genen Konflikten schon seit längerem erörtert worden (*Diez/Krabbe*, Familienmediation und Kinder (2002); *Krabbe*, ZKM 2005,14; *Bernhardt*, FPR 2005,95; *Coester*, in: Lipp/Schumann/Veit, Reform des familiengerichtlichen Verfahrens (2009) S. 39 ff, 55 f.). Um Stimmigkeit zwischen Mediationsgesetz und Kindschaftsrecht herzustellen, sollte die altersentsprechende Einbeziehung des Kindes in die Mediationsverhandlungen vorgeschrieben werden (aus der Praxis wird berichtet, dass eine solche Einbeziehung auch letztlich von den Eltern als außerordentlich hilfreich empfunden wird, vgl. *Salzgeber*, FamRZ 2008, 656, 660 mwN).

Die generelle Anordnung einer gerichtlichen Kindeswohlkontrolle, wenn die gerichtliche Festsetzung einer die Person des Kindes betreffenden Vereinbarung beantragt wird, würde hingegen mit dem sonstigen Konzept des elterlichen Sorgerechts nicht vereinbar sein (vgl. § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und scheidet deshalb aus.