

NJW-Sonderheft
5. Hannoveraner
ZPO-Symposium

Universität Hannover 



Verlag C.H. Beck · München · Frankfurt a. M.

Inhalt

Geleitwort	1
Jürgen Oehlerking, Grußwort zum 5. Hannoveraner ZPO-Symposium	2
Elisabeth Koch, Befriedung durch Verfahren	4
Brigitte Meyer-Wehage, Der Richter und die Parteien	8
Ingeborg Rakete-Dombek, Der Anwalt und die Parteien	10
Joseph Salzgeber, Die Innensicht der Parteien	16
Volker Lipp, Ausschluss der Öffentlichkeit: Rechtsprechung im Dunkeln?	21
Christoph Althammer, Einstweiliger Rechtsschutz und Hauptsache	27

Zitiervorschlag: NJW-Sonderheft 5. Hannoveraner ZPO-Symposium, 2011, S. ...

Neue Juristische Wochenschrift (NJW)

Redaktion:

Rechtsanwalt *Tobias Freudenberg*
(verantwortlich für den Textteil);
Rechtsanwalt *Dr. Stephan Tausch*,
Beethovenstraße 7b, 60325 Frank-
furt a.M., Postanschrift: Postfach
11 02 41, 60037 Frankfurt a.M.,
Telefon: (0 69) 75 60 91-0, Telefax:
(0 69) 75 60 91-49,
E-Mail: Redaktion@beck-frankfurt.de
Internet: www.njw.de

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in
dieser Zeitschrift veröffentlichten Bei-
träge sind urheberrechtlich geschützt.
Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber
Datenbanken und ähnlichen Einrich-
tungen. Kein Teil dieser Zeitschrift
darf außerhalb der engen Grenzen des
Urheberrechtsgesetzes ohne schrift-
liche Genehmigung des Verlags in
irgendeiner Form – durch Fotokopie,
Mikrofilm oder andere Verfahren –
reproduziert oder in eine von Maschi-
nen, insbesondere von Datenverarbei-
tungsanlagen verwendbare Sprache,
übertragen werden.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H. Beck,
Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9,
80801 München, Postanschrift: Post-
fach 40 03 40, 80703 München, Tele-
fon: (0 89) 3 81 89-6 01, Telefax: (0 89)
3 81 89-5 89.
E-Mail: media-service@beck.de

Disposition: (Herstellung Anzeigen,
technische Daten); Telefon: (0 89)
3 81 89-6 04/-6 06. Telefax: Auftrags-
service (0 89) 3 81 89-5 99.
Verantwortlich für den Anzeigenteil:
Fritz Lebbetz.

Verlag: Verlag C.H. Beck oHG, Wil-
helmstr. 9, 80801 München, Post-

anschrift: Postfach 40 03 40, 80703
München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0,
Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank
München: Nr. 6 229-8 02, BLZ
700 100 80.

Bestellungen an:

NJW-Redaktion
Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt
a.M., Fax: (0 69) 75 60 91-49.
E-Mail: NJW@beck-frankfurt.de

Druck: Druckerei C.H. Beck (Adresse
wie Verlag). Lieferanschrift: Versand
und Warenannahme, Berger Str. 3-5,
86720 Nördlingen.

NJW-Sonderheft

5. Hannoveraner ZPO-Symposium

7. November 2009

Herausgegeben von Professor Dr. Christian Wolf, Universität Hannover –
Rechtsanwalt beim BGH Professor Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe – Rechtsanwalt Dr. Thomas Remmers,
Rechtsanwaltskammer Celle – Rechtsanwalt Professor Dr. Achim Schunder, Frankfurt a. M.

Redaktion: Rechtsanwalt Tobias Freudenberg und Rechtsanwalt Dr. Stephan Tausch,
Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

Geleitwort

„Familienstreit Soft – wie geht das?“ Unter diesem Motto versammelten sich im November 2009 hochrangige Vertreter von Wissenschaft und Praxis in Hannover, um bereits zum fünften Mal aktuelle Fragen des Prozessrechts zu diskutieren. Mit dem FamFG wollte der Gesetzgeber zweierlei erreichen: Zum einen soll an die Stelle eines potenziellen Rosenkrieges eine konsensuale Erledigung treten. Das Zauberwort heißt dabei Mediation, die in § 156 FamFG angesprochen wird. Im ersten Teil des Symposiums gingen folglich die Referenten und Teilnehmer der Frage nach, in welchem Umfang ein „Familienstreit Soft“ überhaupt möglich ist und ob ein solches Unterfangen durch das neu geregelte FamFG tatsächlich befördert werden kann. In ihren Vorträgen gingen die Referenten aus Sicht der Wissenschaft (*Elisabeth Koch*, Jena), der richterlichen Praxis (*Brigitte Meyer-Wehage*, AG Cloppenburg), der Rechtsanwaltschaft (*Ingeborg Rakete-Dombek*, Berlin) und der Psychologie (*Joseph Salzgeber*, München) der Frage nach, ob und wie der gesetzgeberische Wunsch und die Rechtswirklichkeit zusammengehen.

Zweites gesetzgeberisches Anliegen war eine prozessrechtsdogmatische Reform des Familien- und FGG-Verfahrens. Das unübersichtliche Nebeneinander verschiedener Verfahrensordnungen und dissonanter Regelungstechniken sollte beseitigt werden. Im zweiten Teil des Symposiums gingen die Referenten anhand von drei ausgewählten Problemstellungen der Frage nach, ob dies gelungen ist. *Volker Lipp* (Göttingen) untersuchte den Ausschluss der Öffentlichkeit, *Christian Wolf* (Hannover) ging der Frage nach, wieweit es unterschiedlichen Prozessgrundsätzen möglich ist, eine in sich konsistente Regelung zu schaffen und schließlich setzte sich *Christoph Althammer* (Konstanz) mit dem Zusammenspiel von einstweiligem Rechtsschutz und Hauptsacheverfahren auseinander.

Das lebendige Zusammenspiel von Wissenschaft und Praxis ist Teil der Charakteristika und großen Vorzüge des Deutschen Rechtssystems. Mehr als auf vielen anderen Gebieten gilt dies für das Zivilprozessrecht. Prozessuale Institute sind nicht rein theoretisch-dogmatisch zu fassen, sondern bedürfen für ihre wirkliche Durchdringung der Spiegelung im Prozess. Diesem Anliegen sind die Referenten und Diskussionsteilnehmer des 5. Hannoveraner ZPO-Symposiums erneut auf besondere Weise gerecht geworden. Der besondere Dank der Veranstalter gilt dabei Frau *Eva Moll-Vogel*, Vorsitzende Richterin am OLG Celle, und Herrn *Dr. Christian Meyer-Seitz*, Ministerialrat im Bundesjustizministerium, die die Diskussionsrunden jeweils mit Impulse Statements befruchtet haben.

Thomas Remmers, Achim Schunder, Volkert Vorwerk, Christian Wolf

Staatssekretär Dr. Jürgen Oehlerking, Hannover*

Grußwort zum 5. Hannoveraner ZPO-Symposion

Haben Sie vielen Dank für die Einladung zum 5. Hannoveraner ZPO-Symposion. Ich bin gern zu diesem Symposion gekommen, widmet es sich doch einem der größten abgeschlossenen Gesetzgebungsvorhaben der letzten Jahre. Denn unbestritten handelte es sich bei der Neukodifikation des Verfahrensrechts in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit um eine Aufgabe, die durchaus eines *Herakles* würdig gewesen wäre. Es ist zu begrüßen, dass sich wenige Wochen nach dem Inkrafttreten der Reform eine derart angesehene und hochkarätig besetzte Veranstaltung dem neuen Familienverfahren widmet. Nur durch eine konstruktiv kritische Begleitung durch Wissenschaft und Praxis kann die neue Verfahrensordnung ihre Ziele erreichen.

Das 5. Hannoveraner ZPO-Symposion setzt die Tradition der vorangegangenen Symposien fort: Es bietet ein Forum, das die verschiedenen juristischen Berufsgruppen durch Aktualität und Dringlichkeit anspricht. Die Begründung einer solchen Tradition ist ohne den außerordentlichen Einsatz der Personen hinter dem Konzept nicht denkbar. Mein herzlicher Dank gilt daher Herrn Professor *Dr. Wolf* und Herrn Rechtsanwalt am Bundesgerichtshof Professor *Dr. Vorwerk* für die Vorbereitung. Dank gebührt auch den Mitveranstaltern, der Rechtsanwaltskammer Celle und der Neuen Juristischen Wochenschrift, deren Chefredakteur, Herr Rechtsanwalt Professor *Dr. Schunder*, uns als Moderator durch die Veranstaltung begleitet.

Ich möchte zunächst in Erinnerung rufen, welche Aufgabe sich der Gesetzgeber der vergangenen Legislaturperiode mit der Neuregelung des Verfahrensrechts in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gestellt hat. Das bislang geltende Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. 5. 1898, das zusammen mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch am 1. 1. 1900 in Kraft getreten ist, ist allein nach dem Zweiten Weltkrieg durch nicht weniger als 112 Gesetze geändert, erweitert und ergänzt worden. Eine grundlegende Überarbeitung ist allerdings nie erfolgt, obwohl die Reformbedürftigkeit des FGG bereits frühzeitig erkannt worden ist. Anders als etwa die Zivilprozessordnung war das FGG kein in sich geschlossenes Verfahrensgesetz, sondern ein lückenhaftes, unübersichtliches Regelungswerk, das große Anleihen bei der Zivilprozessordnung nahm und eine Vielzahl von Sonderregelungen enthielt. Besonders unübersichtlich und auch für erfahrene Praktiker nicht immer leicht handhabbar war das familiengerichtliche Verfahrensrecht, das bei Verbundverfahren von einem Nebeneinander von ZPO und FGG geprägt war. Die 1964 eingesetzte Kommission zur Ausarbeitung von Gesetzesvorschlägen für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat unter Rückgriff auf einen Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit aus dem Jahr 1961 Empfehlungen für eine Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben, die dem heute Interessierten äußerst bekannt vorkommen:

- die vollständige Kodifizierung des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch Ausbau der lückenhaften Regelungen des FGG zu einer zusammenhängenden Verfahrensordnung,
- Koordinierung mit den anderen Verfahrensordnungen und
- die rechtsstaatliche Ausgestaltung des Verfahrens im Sinne einer ausdrücklichen Benennung der Beteiligtenrechte und der Wege ihrer Durchsetzung.

Der in der Folgezeit bis 1977 erarbeitete Entwurf einer Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit wurde

nach einer Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge 1979 und der Schaffung eines eigenen Gesetzes für das Beurkundungsrecht allerdings nicht mehr für dringlich erachtet und niemals umgesetzt. Erst seit dem Jahr 2000 haben dann die Vorarbeiten zu den jetzt geltenden Regelungen begonnen. Nach Anhörung der Landesjustizverwaltungen, Workshops mit Praktikern und Wissenschaftlern und der Arbeit in Expertengruppen konnte 2005 der Referentenentwurf vorgestellt werden. Neben den schon in den 60er-Jahren benannten Zielen bekennt sich der Entwurf zu einem anwenderfreundlichen Gesetzesaufbau und einer verständlicher Gesetzessprache sowie zur Stärkung von konfliktvermeidenden und konfliktlösenden Elementen im familiengerichtlichen Verfahren. Der Bundesrat hat sich bei seiner ersten und äußerst kritischen Befassung im Juli 2007 mit dem FGG-Reformgesetz in über 120 Änderungswünschen, Anmerkungen und Prüfbitten auseinandergesetzt. Allein an der Zahl zeigt sich die Bedeutung, die dem Projekt bei den Landesjustizverwaltungen beigemessen wurde. Nach Sachverständigenanhörungen ist der Entwurf dann in der Fassung des Berichts des Rechtsausschusses durch den Bundestag beschlossen worden. In dieser Fassung wurde das Gesetz schließlich im Dezember 2008 verkündet.

Die Vielschichtigkeit und Verzahnung der betroffenen Gesetze haben es trotz des großen Aufwands im Vorfeld nicht zugelassen, ein gänzlich fehlerfreies Gesetzeswerk zu erstellen. So sind nicht wenige Regelungen des FGG-Reformgesetzes bereits vor dem Inkrafttreten noch einmal geändert worden. Inwieweit die praktische Umsetzung einen weiteren Änderungsbedarf aufzeigt, bleibt abzuwarten.

Die kritische Begleitung eines der Ziele der umfassenden Reform des Familienverfahrens ist unser heutiges Thema. Konfliktvermeidende und konfliktlösende Elemente möchte der Gesetzgeber stärken. Sie fragen: „Familienstreit – Soft: Wie geht das?“ Mit der Vorstellung der Befriedung von streitig gewordenen Rechtsverhältnissen durch einen „Richterspruch“ scheint dies nicht in Einklang zu bringen zu sein.

Dabei fand sich in der zurückliegenden fachlichen Diskussion um Verbesserungen der Maßnahmen zum Schutz des Kindeswohls auch die Forderung nach Nutzbarmachung der Autorität der Gerichte. Dem Familiengericht wird dabei im positiven Sinne unterstellt, dass es eher als andere Beteiligte in der Lage sei, beispielsweise bei Eltern eine kritische Reflexion zurückliegenden Verhaltens auslösen zu können. Eine solche Reflexion ist in familiengerichtlichen Verfahren oft der erste, aber auch der entscheidende Schritt zu einer Verhaltensänderung der Beteiligten. Sie kann die Grundlage für die Wiedererlangung der Handlungskompetenz der betroffenen Personen sein. Mir scheint es allerdings nicht ausreichend, auf ein auch zeitlich so begrenztes Einwirken des Gerichts zu vertrauen.

Wir dürfen nicht vergessen: Die Regelungsgegenstände der familiengerichtlichen Verfahren berühren die Beteiligten in ihrem ureigenen persönlichen Bereich. Die emotionale Betroffenheit dürfte in kaum einem anderen Rechtsgebiet derart tief reichen. Unter der Oberfläche einer Auseinandersetzung um das Umgangs- oder Sorgerecht, Unterhalt, Zuzug, Hausrat, Wohnung oder Altersversorgung liegen oft Motivationen neben dem eigentlichen Streitgegenstand. Das

* *Dr. Jürgen Oehlerking* ist Staatssekretär im Niedersächsischen Justizministerium. – Für die Mitarbeit an dem Beitrag danke ich Herrn Richter am AG *Strube*.

Zerbrechen einer Lebensplanung, die Kränkung der oder des Verlassenen, die Angst vor Einsamkeit, die Furcht vor Entfremdung der eigenen Kinder und nicht zuletzt die Ungewissheit eigener wirtschaftlicher Absicherung versetzen die Beteiligten familienrechtlicher Verfahren in einen Zustand, der einen rationalen und ausgewogenen Umgang mit aufkommenden Konfliktpunkten zumindest vorübergehend unmöglich machen kann. Eine Kommunikation ist dann zwischen den ehemaligen Ehe- oder Lebenspartnern deutlich erschwert oder durch eine Häufung von Missverständnissen begleitet. Dies kann Ausgangspunkt für neue Auseinandersetzungen sein, die abermals einer Klärung vor Gericht bedürfen. Im schlimmsten Fall werden die gerichtlichen Verfahren zum Ersatz für eine anders nicht mehr mögliche Verständigung.

Können Sie sich vorstellen, dass getrennt lebende Eltern bei Ausübung der gemeinsamen Sorge für ihr Kind sich in so vielen bedeutenden Punkten nicht verständigen können, dass in jeder dieser Angelegenheiten das Familiengericht angerufen werden muss? Diese Fälle sind Realität! Mir sind Familien geschildert worden, die im Abstand von weniger als drei Monaten regelmäßig „ihren“ Familienrichter in Anspruch nehmen, um eine gerichtliche Entscheidung bei einer Meinungsverschiedenheit nach § 1628 BGB zu erwirken. Eine Entscheidung des Gerichts hat in diesen Konstellationen keine mittel- und langfristige befriedigende Wirkung mehr. Sie wird oft als persönliche Niederlage begriffen und ist Motivation, es bei der nächsten klärungsbedürftigen Frage mit gleicher Münze heimzahlen zu wollen. Die benannte Familie hat es geschafft, ihren Streit bis zur Volljährigkeit ihres Sohnes fortzusetzen, dessen Entwicklung durch die ständigen Auseinandersetzungen der Eltern gelitten hat.

Mit dieser Darstellung möchte ich deutlich machen: Die im familiengerichtlichen Verfahren zu verhandelnden Streitigkeiten können und dürfen nicht behandelt werden wie Auseinandersetzungen nach der Beendigung eines beliebigen Dauerschuldverhältnisses. Mögen Parteien eines schuldrechtlichen Vertrags in noch so komplexen Rechtsbeziehungen gestanden haben, deren Auflösung und Rückabwicklung teuer und ärgerlich ist, es ist nicht der Kernbereich ihres privaten Lebens, der zumindest für das Gericht öffentlich wird und den sie einer Wertung ausgesetzt sehen.

Kann und soll eine Verfahrensordnung auf die beschriebenen, in der Person der Beteiligten liegenden Besonderheiten überhaupt eingehen? Es dürfen keine Zweifel daran aufkommen, dass jeder an das Gericht herangetragene Streitfall letztlich in angemessener Zeit einer Entscheidung durch Beschluss zugänglich ist. Der Eindruck jeder Beliebigkeit, des Schacherns oder des unangemessenen Drängens auf einen Vergleich, wo eigentlich kein Raum für ein wechselseitiges Nachgeben ist, muss vermieden werden. Eine angemessene Reaktion kann aber darin liegen, Alternativen zur der gerichtlichen Entscheidung aufzuzeigen und diesen durch ausdrückliche Erwähnung im Gesetz den notwendigen Stellenwert zu verschaffen. Diesen Weg ist der Gesetzgeber z. B. bei der Vorschrift des § 135 FamFG gegangen, wonach

„... das Gericht anordnen kann, dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung anhängiger Folgesachen bei einer vom dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen.“

Selbstverständlich kann eine tragfähige, einvernehmliche Regelung nicht unter Zwang zu Stande kommen. Die Regelung geht dementsprechend über die Möglichkeit der Anordnung der Teilnahme an einer Informationsveranstaltung auch nicht hinaus. Mit dem Druck der möglichen gerichtlichen

Anordnung werden die Beteiligten jedoch in die Lage versetzt, sich ohne „Gesichtsverlust“ gegenüber dem ehemaligen Ehegatten oder Lebenspartner überhaupt mit den Möglichkeiten alternativer Streitbeilegung auseinanderzusetzen. Die große Chance der streitenden Parteien liegt in der Überwindung ihrer gestörten Kommunikation. Die Techniken der Mediation oder auch nur der moderierte Dialog im Rahmen einer Scheidungs- und Trennungsberatung eröffnen einen zunächst geordneten und angeleiteten Austausch, der zwischen konfliktbelasteten Trennungspartnern oft nicht mehr möglich war. Wenn es gelingt, diesen Austausch zu verselbstständigen und zu perpetuieren, erlangen die Beteiligten ein Stück eigene Handlungskompetenz zurück, die im Zusammenhang mit der emotionalen Belastung durch die Trennung verloren gegangen war.

Die Chance, eine Entwicklung zur Rückerlangung von Handlungs- und Kommunikationskompetenz anzustoßen, sollte nicht ungenutzt bleiben. Der gerichtlich ausgetragene familienrechtliche Konflikt zeigt, dass bei den Beteiligten keine Ressourcen für eine eigenständige Lösung vorhanden sind. Welches Stadium, wenn nicht das des gerichtlichen Verfahrens, soll genutzt werden, um eine Kette von Auseinandersetzungen oder auch Resignation trotz berechtigter Interessen zu verhindern?

Ich habe angedeutet, dass das Aufzeigen außergerichtlicher Lösungen und das Hinwirken auf Einvernehmen kein Selbstzweck sein dürfen. Es wird Konstellationen geben, in denen das Gericht die Beteiligten nicht erreicht oder eine Regelung derart dringlich ist, dass eine Selbstbesinnung nicht abgewartet werden kann.

Ich kann zudem für die Einführung der neuen Elemente anführen, dass die gerichtliche Praxis in Niedersachsen wie in anderen Ländern bereits selbst aktiv geworden ist. In den Sorge- und Umgangsstreitigkeiten ist am auffälligsten, welche beklagenswerten Folgen ein dauerhafter Konflikt zwischen getrennten Paaren haben kann. Ein permanenter Streit der Eltern belastet die Kinder bis hin zur möglichen Ausbildung psychischer Erkrankungen. Das Projekt der Hannoverschen Familien-Praxis hat bereits im Jahr 2006 einen Verfahrensablauf ausgearbeitet, der Eltern wieder in die Lage versetzen will, ihrer Verantwortung gerecht zu werden. Zu diesem Konzept gehört auch, die Möglichkeiten der Trennungs- und Erziehungsberatung offensiv zu nutzen. Nicht selten kann damit die Fähigkeit der Eltern zu Absprachen oder zur gemeinsamen Entscheidungsfindung wiederhergestellt werden. Kinder haben mehr von Eltern, die gemeinsame Verantwortung auch nach einer Trennung wahrnehmen können, als von jedem noch so gut begründeten Beschluss zur Regelung des Umgangs. Dieser Erkenntnis folgt auch ein aktuelles Projekt am AG *Hannover*. Hier wird Mediation in hochstrittigen Sorge- und Umgangsverfahren auch für gewaltgeprägte Familien angeboten. Die ersten Erfahrungen lassen hoffen, dass sogar in diesem Bereich die Mediation durch eine ausgebildete Fachkraft dauerhaft stabilisierende Wirkungen entfalten kann. Sie werden verstehen, dass wir uns im Justizministerium auch über jedes Verfahren freuen, das nicht zu den Gerichten gelangt. Jede Lösung, die Eltern oder getrennte Paare selbst herbeiführen, hilft, einer steigenden Belastung der Richterinnen und Richter entgegenzuwirken.

Gelingen kann eine Verwirklichung des heute thematisierten Ziels des FamFG nur durch Ihre konstruktive Mitarbeit. Es liegt an Praxis und Wissenschaft, die teilweise neuen Begrifflichkeiten durch Auslegung und Handhabung mit Leben zu erfüllen. Dies schließt Anregungen zur Änderung von Regelungen, die sich nicht bewähren, natürlich nicht aus. ■

Professorin Dr. Elisabeth Koch, Jena*

Befriedung durch Verfahren

Unter der Annahme, dass die Beteiligten zur eigenständigen Konfliktregelung fähig sind, sieht das FamFG in seinem 2. Buch unterschiedliche Mittel und Wege vor, diese Fähigkeit zur Selbstregulierung des Konflikts zu aktivieren, um zu eigenständig erarbeiteten, von Einvernehmen getragenen Lösungen zu kommen. Gericht, Sachverständige, Verfahrensbeistände der Kinder – und wohl auch Notare und Rechtsanwälte, soweit es deren Pflicht zur parteilichen Interessenswahrnehmung zulässt (dazu Rakete-Dombek, NJW-Sonderheft 5. Hannoveraner ZPO-Symposium, 2011, S. 10 [in diesem Heft]) – sollen in diese Richtung um Streitbeilegung bemüht sein und die Selbststeuerungskompetenzen der Beteiligten fördern.

I. Terminologie des § 113 V FamFG

Zum Abbau der Streitatmosphäre bedient sich das FamFG zunächst einer neuen Terminologie. Schon sprachlich soll die Gegnerschaft im Verfahren heruntergespielt werden – mit dem Ziel, die Beteiligten dafür zu sensibilisieren, dass es nicht um Kampf geht, sondern darum, ein neues Miteinander zu erarbeiten.

Zu diesem Zweck heißen Kläger und Beklagter „Antragsteller“ und „Antragsgegner“ – das kennen wir bereits aus ZPO-Zeiten in Scheidungs- und Scheidungsfolgesachen (§ 622 V ZPO a. F.). Neu ist, dass die Antragsteller und -gegner nicht mehr in einem Prozess agieren, sondern in einem „Verfahren“. Dort erheben sie keine Klagen, sondern stellen durchgängig „Anträge“. Es gibt also keine Stufenklagen, Teilklagen oder Widerklagen mehr, sondern Stufenanträge, Teilanträge, Wideranträge usw. – ob der Klageantrag künftig „Antrag“ heißen wird, bleibt abzuwarten. Wichtig ist jedenfalls auch, dass das FamFG keine Parteien mehr kennt: Es kennt nur noch „Beteiligte“.

II. Vergleich, § 36 FamFG

Wie in allen zivilgerichtlichen Prozessen soll das Gericht auch in den Verfahren des FamFG auf eine gütliche, vergleichsweise Einigung hinwirken (§ 36 I 2 FamFG). Speziell in Familienstreitsachen, also in Unterhalts- und Güterrechtsachen, ergibt sich diese richterliche Pflicht zur Förderung einer gütlichen Streitbeilegung allerdings nach wie vor aus der ZPO (§ 278), auf deren allgemeine Vorschriften § 113 I FamFG für diese Verfahren verweist. Soweit die Pflicht des Gerichts zur Förderung einer vergleichweisen Einigung aus dem FamFG resultiert, nimmt § 36 I 2 GewSchG hiervon aus. In diesen Verfahren ist die vergleichsweise Erledigung des Konflikts vom Gericht aus also nicht mit Nachdruck zu verfolgen. Das hat seinen Grund darin, dass die in einem Vergleich enthaltenen Verpflichtungen in GewSchG nicht effektiv durchgesetzt werden können. § 4 GewSchG bewehrt nur Zuwiderhandlungen gegen gerichtliche (Schutz)Anordnungen mit Strafe, nicht aber Verstöße gegen vergleichsweise ausgehandelte Regelungen.

III. Außergerichtliche Streitbeilegung in Scheidungsverfahren, § 135 FamFG

1. Informationsanordnung, § 135 I FamFG

Auf die Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung setzt das FamFG in Scheidungsfolgesachen in besonderem

Maße. Nach § 135 I 1 FamFG kann das Gericht die Ehegatten verpflichten, sich über außergerichtliche Konfliktlösungsmöglichkeiten zu informieren – und zwar bei einem Anbieter solcher Maßnahmen. Was dessen Auswahl angeht, so vertraut der Gesetzgeber darauf, dass die Gerichte schon bald einen Überblick über den Markt in ihrem Bezirk haben werden und die Eheleute gezielt zu bestimmten Dienstleistern schicken können¹. Nur vorübergehend also müssen sich die Scheidungsparteien den Informator selbst aussuchen.

a) *Inhalt der Anordnung.* Inhaltlich kann das Gericht die Ehegatten nur verpflichten, sich über die Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung zu informieren – die Teilnahme an einer solchen Maßnahme, sei es Mediation oder was auch immer sonst, steht den Eheleuten frei und kann nicht angeordnet werden². Die Eheleute können also nach dem Informationsgespräch frei entscheiden, ob sie die Mediation durchführen und finanzieren wollen.

Die Teilnahme an dem angeordneten Informationsgespräch kann sich das Gericht durch Beibringung einer entsprechenden Bestätigung nachweisen lassen. Im Übrigen kann das Gericht die Ehepartner einzeln, aber auch zusammen zu dem Gespräch schicken. Nur einen zu schicken wird in Betracht kommen, wenn einer der beiden über Mediation etc. schon alles weiß und auch zur Teilnahme bereit ist, der andere aber offensichtlich wegen Ignoranz nicht mitspielen will.

b) *Voraussetzungen der Anordnung.* Die Anordnung, die Eheleute zur Information zu schicken, steht im freien Ermessen des Gerichts. Voraussetzungen hierfür stellt das Gesetz nicht auf.

Fehlerfrei ausgeübt wird das Ermessen allerdings nur, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Ehepartner einer außergerichtlichen Streitbeilegung überhaupt zugänglich sind. Es darf nicht dazu kommen, dass in Scheidungsverfahren nun alle Eheleute automatisch verpflichtet werden, sich bei einem Mediator oder anderen Berater über das Streitschlichtungsangebot zu informieren³. Nicht nur im Fall häuslicher Gewalt jedenfalls – über den ist man sich inzwischen schon einig⁴ – kann es für Ehepartner unzumutbar sein, sich mit außergerichtlichen Einigungsmöglichkeiten zu beschäftigen.

Unabhängig von solchen in der Beziehung liegenden Gründen ist Ehepartnern die Einholung der Information auch dann unzumutbar, wenn dies mit Kosten verbunden ist. Entstehen ihnen in nicht ganz zu vernachlässigender Höhe Reisekosten oder Gesprächskosten, ist die Anordnung des Informationsgesprächs unzulässig⁵. Eheleute, die in einer ländlichen Mediationsdiaspora leben, werden mithin zum Informationsgang in der Regel nicht aufgefordert werden können.

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

1 BT-Dr 16/6308, S. 229.

2 Was sonstige Maßnahmen außergerichtlicher Streitbeilegung sind, weiß offensichtlich noch niemand so recht, konkretisierende Beispiele jedenfalls finden sich nirgends, vgl. Bork/Jacoby/Schwab/Löhmig, FamFG, 2009, § 135; Friederici/Kemper, FamilienverfahrensR, 2009, § 135 Rdnrn. 3, 13; Bumiller/Harders, FamFG, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 9. Aufl. (2009), § 135; Keidel/Weber, FamFG, 2009, § 135 Rdnr. 4.

3 So richtig Bork/Jacoby/Schwab/Löhmig (o. Fußn. 2), § 135 Rdnr. 5.

4 Vgl. auch BT-Dr 16/6308, S. 229.

5 BT-Dr 16/6308, S. 229.

Im Übrigen steht zu erwarten, dass die außergerichtlichen Streitschlichter schon bald Informationsgespräche und –veranstaltungen unentgeltlich in gerichtsnah angemieteten Räumen als Akquise-Gespräch anbieten und steuerlich als Werbekosten verbuchen werden⁶.

c) *Durchsetzung der Anordnung.* Die Anordnung der Information erfolgt durch Beschluss. Auch wenn dieser von Gesetz wegen nicht begründet werden muss, wird sich eine Erläuterung empfehlen, um die Eheleute von der Sinnhaftigkeit der Anordnung zu überzeugen⁷.

Wehren gegen den Beschluss können sie sich nicht, die Anordnung ist nicht anfechtbar (§ 135 I 2 FamFG). Sie ist allerdings auch nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar (§ 135 I 2 FamFG). Spielt jedoch ein Ehepartner nicht mit und geht, ohne dies hinreichend entschuldigt zu haben, nicht zu dem gerichtlich angeordneten Informationsgespräch, drohen ihm Kostennachteile. Er muss damit rechnen, dass ihm die Kosten des Verfahrens auferlegt werden, weil dem Gericht die in Scheidungssachen nach § 150 I FamFG an sich vorgesehene Kostenaufhebung im Hinblick darauf, dass er sich dem Informationsgespräch verweigert hat, unbillig erscheint (§ 150 IV 2 FamFG). Wer also im Scheidungsverfahren sein Bemühen um einverständliche Lösung und Befriedung nicht in bestimmter Weise dokumentiert, wird vom Gesetz offensichtlich als Verursacher der Kosten für das streitige Verfahren vermutet.

Gegen den Verdacht, dass die Missachtung der Informationsanordnung die richterliche Entscheidung auch inhaltlich beeinflusst, werden sich die Gerichte wehren – ganz von der Hand zu weisen ist er gleichwohl nicht. Unabhängig hiervon ist die im Gesetz vorgesehene Kostensanktion jedenfalls als solche bereits insofern bedenklich, als ein Ehegatte durchaus aner kennenswerte höchstpersönliche Gründe für die Informationsverweigerung haben kann, die er auch um den Preis, damit die hinreichende Entschuldigung liefern zu können, nicht offenlegen will⁸.

Wirkungslos ist die in § 150 IV 2 FamFG vorgesehene Kostensanktion jedenfalls dann, wenn sich beide Ehepartner dem Gespräch beim Mediator verweigern – dann ist man ja wohl wieder bei der gegenseitigen Kostenaufhebung.

2. Gerichtlicher Vorschlag, § 135 II FamFG

„In geeigneten Fällen“ soll das Gericht selbst, so bestimmt es § 135 II FamFG, den Ehegatten in Scheidungsfolgesachen die außergerichtliche Streitbeilegung vorschlagen. Statt sie zu verpflichten, sich über Mediation etc. zu informieren, macht das Gericht ihnen hier also direkt den Vorschlag, das gerichtliche Verfahren sein zu lassen und sich außergerichtlich zu einigen. Geeignet für einen solchen Vorschlag ist der Scheidungsfall allerdings nur bei Eheleuten, bei denen eine realistische Chance für eine außergerichtliche Einigung besteht.

Neu ist die Idee, gerichtlicherseits die außergerichtliche Streitbeilegung anzuregen, allerdings nicht. § 135 II FamFG ist § 278 V 2 ZPO nachgebildet, der diese Anregung dem Gericht allerdings nur als eine „Kann“-Option vorschlägt. Mit dem Wechsel von der Kannvorschrift, die so gut wie keine praktische Bedeutung erlangt hat⁹, zum „Sollen“ hofft der Gesetzgeber in Familienverfahren auf verstärktes gerichtliches Bemühen.

IV. Aussetzung des Scheidungsverfahrens, § 136 FamFG

Eheerhaltende Funktion hat die in allen Instanzen bestehende Möglichkeit, das Scheidungsverfahren zum Stillstand zu bringen und eine Eheberatung nahezulegen, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts Aussicht auf Fortsetzung der Ehe besteht (§ 136 I, IV FamFG).

Diese Aussetzungsregelung ist kein Novum des FamFG. Die Durchbrechung des Verfahrensautomatismus mit dem Hinweis auf Eheberatung, wenn Aussicht auf Beilegung des Ehekonflikts bestand, war bereits in § 614 II und V ZPO a.F. vorgesehen. Es sollte – und soll – eben alles getan werden, um die Scheidung zu verhindern. Von daher gilt auch die zu § 614 ZPO a.F. entwickelte Ansicht weiter, dass das Gericht bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine Versöhnungsmöglichkeit keinen Ermessensspielraum hat und zur Aussetzung des Verfahrens verpflichtet ist¹⁰. Dass Ehepartner dem Gericht im Scheidungsverfahren solche Anhaltspunkte für Versöhnungsbereitschaft liefern, ist allerdings auch unter der Geltung der forciert auf einvernehmliche Konfliktbeilegung zielenden Verfahrensregeln des FamFG nicht zu erwarten.

Unzulässig ist die Aussetzung jedenfalls nach wie vor, wenn die Ehegatten bereits länger als ein Jahr getrennt leben und beide der Aussetzung widersprechen (§ 136 II 1 FamFG, § 614 II 2 ZPO a.F.). In diesem Fall nämlich gilt die Ehe nach materiellem Recht als gescheitert und ist zu scheiden (§ 1566 I BGB).

Beantragt der Antragsteller selbst die Aussetzung, darf das Gericht die Scheidung nicht aussprechen, bevor das Verfahren ausgesetzt war (§ 136 II FamFG, § 614 III ZPO a.F.). Allerdings ist in diesem Fall auch unter der Geltung des FamFG zu prüfen, ob der Antragsteller die Aussetzung nicht nur beantragt, um Zeit zu gewinnen und den verfrüht gestellten Scheidungsantrag vor der Abweisung zu retten. Mit einem solchen ohne Versöhnungsbereitschaft gestellten Antrag nämlich wird das Recht, die Unterbrechung des Verfahrens zu verlangen, missbräuchlich ausgeübt, weshalb das Gericht nicht gehalten ist, ihm stattzugeben.

V. Hinwirken auf Einvernehmen in Kindschaftssachen, § 156 FamFG

In Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, also in Verfahren über das Sorge- und Umgangsrecht, den Aufenthalt und die Herausgabe des Kindes, soll das Gericht „in jeder Lage des Verfahrens“ auf das Einvernehmen der Beteiligten hinwirken und zu diesem Zweck auf die Beratungsmöglichkeiten durch die Kinder- und Jugendhilfe hinweisen (§ 156 I 1 u. 2 FamFG).

Eine solche Pflicht zum Hinwirken auf eine einvernehmliche Regelung war bereits im FGG enthalten (§ 52 FGG). Neu im FamFG ist die Pflicht, die Beteiligten in geeigneten Fällen auf die Möglichkeiten außergerichtlicher Konflikterledigung hinzuweisen (§ 156 I 3 FamFG). Wie im Scheidungsverfahren kommen jetzt also auch in Kindschaftsverfahren Mediation und artverwandte Streitbeilegungen von Amts wegen ins gerichtliche Spiel.

Im Übrigen verfolgt das FamFG das Ziel, auch in den die Person des Kindes betreffenden Verfahren möglichst zu eigenständigen Konfliktlösungen der Eltern zu kommen, nachdrücklicher als das FGG. Eltern können jetzt verpflichtet werden, die Beratungskompetenz der Kinder- und Jugendhilfe in Anspruch zu nehmen. Nach § 156 I 4 FamFG kann ihnen per Beschluss eine solche Beratung angeordnet werden. Zwar ist diese Anordnung nicht mit Zwangsmitteln durch-

⁶ So auch *Rakete-Dombek*, NJW 2009, 2769.

⁷ *Friederici/Kemper* (o. Fußn. 2), § 135 Rdnr. 8.

⁸ Vgl. *Rakete-Dombek*, FPR 2009, 16.

⁹ *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis, 2006, Kap. 3, 7.5, S. 84.

¹⁰ OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 609; *Bernreuther*, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl. (2000), § 614 Rdnr. 1.

setzbar (§ 156 I 5 FamFG), doch ist ihre Nichtbefolgung mit Kostennachteilen verbunden. Nach § 81 II Nr. 5 FamFG soll das Gericht nämlich dem Elternteil, der sich ohne hinreichende Entschuldigung der angeordneten Beratung verweigert hat, die Kosten des Verfahrens auferlegen. Eltern müssen sich also kooperativ zeigen und ihren Willen zur einvernehmlichen Streitbeilegung dokumentieren, sonst müssen sie zahlen. Mit dieser Kostenregelung ist der in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach wie vor geltende Grundsatz der Kostenselbsttragung¹¹ zu Gunsten einer am Verfahrensverhalten orientierten Kostentragung aufgeweicht worden. Wie in Scheidungssachen läuft die Sanktion allerdings auch in Kindschaftssachen ins Leere, wenn sich beide der Beratung verweigern. Dann ist man wieder bei der Kostenteilung.

Bei aller Förderung der eigenständigen Bereinigung des Konflikts durch die Eltern – die Grenze zieht das Gesetz beim Kindeswohl. Nur dann darf das Gericht auf die autonome Konfliktlösung durch die Eltern hinwirken, und eine solche auch nur in dem Fall akzeptieren, in dem die Lösungsvorstellungen der Eltern dem Kindeswohl nicht widersprechen.

Im Übrigen haben die Eltern die Möglichkeit, eine einvernehmliche Umgangs- oder Herausgabebefreiung als gerichtlichen Vergleich beurkunden zu lassen. Diese Vergleichsmöglichkeit sieht § 156 II FamFG vor, bindet sie allerdings an die Billigung der von den Eltern gefundenen Lösung durch das Gericht. Mit dem Erfordernis der gerichtlichen Billigung der vergleichsweise gefundenen Regelung trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass der Streitgegenstand nicht der Disposition der Eltern unterliegt (vgl. § 36 I FamFG). Nur eine Einigung, die der gerichtlichen Überprüfung unter Kindeswohlaspekten standhält, kann mithin Vollstreckungsgrundlage für den Umgangs- oder Herausgabebefreiung sein.

VI. Gerichtliches Vermittlungsverfahren in Umgangs-sachen, § 165 FamFG

Das Ziel, in Streitigkeiten über die Vollziehung einer Umgangsregelung zu einer einvernehmlichen Lösung der Eltern zu kommen, verfolgt das FamFG, wie schon das FGG, mit detaillierten Vorgaben für das richterliche Handeln.

§ 165 übernimmt hier die geschwätzig lange Regelung des Vermittlungsverfahrens in § 52 a FGG. Obgleich in der Vergangenheit praktisch bedeutungslos¹², setzt das FamFG weiterhin auf dieses Verfahren, wenn es Schwierigkeiten bei der Durchsetzung einer gerichtlich getroffenen oder zumindest gerichtlich gebilligten Umgangsregelung gibt. Auf Antrag eines Elternteils schaltet sich das Gericht in den Konflikt um die Vollziehung einer gerichtlichen Entscheidung oder eines gerichtlich gebilligten Vergleichs über den Umgang mit dem gemeinschaftlichen Kind ein.

Gerichtet ist die gerichtliche Vermittlungstätigkeit darauf, die zwangsweise Durchsetzung der Umgangsregelung zu vermeiden und dem Kind gerichtliche Vollstreckungsmaßnahmen zu ersparen. Was zu diesem Zweck zu tun ist, gibt § 165 im Einzelnen vor. Nach § 165 II FamFG beraumt das Gericht zunächst einen Vermittlungstermin an, zu dem die Eltern persönlich zu erscheinen haben. Dabei sollen ihnen schon in der Ladung die Konsequenzen bei Erfolglosigkeit des Vermittlungsverfahrens vor Augen geführt werden: Ordnungsmittel wegen Zuwiderhandlung gegen einen Vollstreckungstitel (§ 89 FamFG), Änderung der Umgangsregelung (§ 1696 BGB), Ergreifung von Sorgerechtsmaßnahmen (§§ 1666, 1671 BGB).

Da die Anberaumung des Vermittlungstermins, zu dem in geeigneten Fällen auch das Jugendamt zu laden ist, eine so genannte Zwischenentscheidung ist, stehen den Eltern Rechtsmittel gegen sie nicht zur Verfügung (vgl. § 58 FamFG). Im Termin hat das Gericht dann mit den Eltern die Folgen ihres Verhaltens für das Kindeswohl zu erörtern und

sie noch einmal auf die rechtlichen Konsequenzen der Nichtlösung ihres Umgangsstreits – Ordnungsmittel, umgangs- oder sorgerechtliche Maßnahmen – hinzuweisen. Ein weiterer Hinweis ist auf die Beratungsstellen der Kinder- und Jugendhilfe zu machen (§ 165 III FamFG).

Bei all diesen Kontakten hat das Gericht nach § 165 IV FamFG darauf hinzuwirken, dass die Eltern zu einer einvernehmlichen Lösung ihres Umgangsstreits finden und diese möglichst in einem gerichtlich gebilligten Vergleich (§ 156 II FamFG) festhalten.

Führen die Vermittlungsbemühungen weder zu einer einvernehmlichen Regelung noch zur Verabredung außergerichtlicher Beratung oder ist ein Elternteil überhaupt nicht erschienen, so stellt das Gericht die Erfolglosigkeit des Verfahrens durch Beschluss fest. Von gerichtlicher Seite aus ist dann nur noch zu prüfen, ob die angedrohten Ordnungsmittel zu ergreifen bzw. die in Aussicht gestellte Änderung der Umgangsregelung oder des Sorgerechts vorzunehmen sind (§ 165 V FamFG).

VII. Erörterungen

Neben den genannten Mitteln kennt das FamFG Erörterungen als Medium der Förderung eigenständiger Konfliktlösung durch die Beteiligten. Über den Verweis des § 113 I FamFG auf die Vorschriften der ZPO gilt in Ehe- und Familienstreitsachen nach wie vor der Grundsatz der Mündlichkeit¹³. Unabhängig von dieser Geltung des Mündlichkeitsprinzips sind in bestimmten Verfahren mündliche Termine vorgeschrieben, in denen, jeweils gesetzlich genannte, spezielle Themen zu erörtern sind.

1. Erörterung in Kindschaftssachen, § 155 FamFG

In Kindschaftssachen setzt das FamFG unter zwei Aspekten auf Einvernehmen fördernde gerichtlich anberaumte Erörterungen.

Der eine Termin steht im Zusammenhang mit dem Vorrang- und Beschleunigungsgebot in Kindschaftssachen und ist obligatorisch. Nach § 155 II FamFG hat das Gericht in Streitigkeiten um Aufenthalt, Umgang oder Herausgabe des Kindes sowie in Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls innerhalb eines Monats nach Beginn des Verfahrens einen mündlichen Termin anzuberaumen, in dem alle (verfahrensfähigen) Beteiligten einschließlich des Jugendamtes anzuhören sind. Dieser so genannte frühe Termin dient der Beschleunigung des Verfahrens – im Interesse des Kindes soll dieses zügig durchgeführt werden, weshalb unentschuldigtes Fernbleiben der geladenen Beteiligten mit Ordnungsgeld geahndet werden kann (§ 33 III FamFG). Mit der gesetzlichen Anordnung dieses frühen Termins wird der richterliche Spielraum zur Verfahrensgestaltung begrenzt. Dem Richter ist die Entscheidung genommen, die Sache zunächst schriftsätzlich zu klären – er muss sich sofort mit den Beteiligten zusammensetzen und sich von diesen den Konflikt mündlich ausbreiten lassen¹⁴.

Ob das schnelle Zusammentreffen aller Beteiligten in der Frühphase des Verfahrens, wie es sich der Gesetzgeber vorstellt, wirklich die Eskalation des Elternkonflikts vermeidet und eine zügige und einvernehmliche Konfliktlösung fördert, bleibt abzuwarten¹⁵. Aus der Jugendamtspraxis wird jedenfalls jetzt schon zu bedenken gegeben, dass die vorgegebene

11 Bumüller/Harders (o. Fußn. 2), § 81 Rdnr. 10.

12 Motzer, FamRZ 2000, 925 (930); van Els, Rezension zu Bumüller/Winkler, FGG (2006), in: JAmt 2006, 270.

13 § 32 FamFG, der die Ansetzung eines mündlichen Termins in das freie Ermessen des Gerichts stellt, gilt in diesen Verfahren mithin nicht.

14 Kretzschmar/Meysen, FPR 2009, 1 (4).

15 Bork/Jacoby/Schwab/Zorn (o. Fußn. 2), § 155 Rdnr. 4. Krit. zur Eskalationsvermeidung auch Flüge, Streit 2008, 7 (9).

Frist von nur vier Wochen in aller Regel zur hinreichenden Aufklärung des Sachverhalts nicht ausreicht und von daher die Basis einer sinnvollen Erörterung des Streits fehlen wird¹⁶. Dass das Erscheinen eines Vertreters des Jugendamts angesichts der knappen personellen Ressourcen Schwierigkeiten begegnen wird, ist ebenfalls abzusehen. Ohne konkrete terminliche Abstimmung mit dem Jugendamt und den Anwälten der Beteiligten wird das Gericht den frühen Termin wohl kaum zu Stande bringen.

2. Erörterung der Kindeswohlgefährdung, § 157 FamFG

Neben dem der Beschleunigung dienenden obligatorischen Erörterungstermin in den genannten, die Person des Kindes betreffenden Verfahren gibt es in Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls (§ 1666 BGB) noch einen weiteren, speziellen Erörterungstermin.

Nach § 157 FamFG soll das Gericht – die Anberaumung dieses Termins steht im Ermessen – mit den Eltern erörtern, wie einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls begegnet werden kann¹⁷. Das Jugendamt soll zu diesem Termin immer geladen werden, das Kind selbst nur dann, wenn seine persönliche Einbeziehung sinnvoll scheint. Das ist etwa denkbar, wenn es um Drogenabhängigkeit oder Straffälligkeit eines Jugendlichen geht und der Termin Gelegenheit gibt, unmittelbar auch auf den Jugendlichen einzuwirken¹⁸. Auslöser dieses Erörterungstermins ist nicht die bereits eingetretene Kindeswohlgefährdung, sondern ihr möglicher Eintritt. Das Gericht wirkt hier also im Vorfeld eines Verfahrens nach § 1666 BGB mit. Es geht im Termin nach § 157 FamFG nicht um Maßnahmen zur Abwendung einer Gefährdung des Kindeswohls, sondern um Klärung der Frage, ob eine solche Gefährdung vorliegt.

Dass es in diesem Vorstadium überhaupt schon zu einem gerichtlichen Verfahren nach § 1666 BGB kommt, erklärt sich von einer Vorschrift des SGB VIII über die Kinder- und Jugendhilfe her¹⁹. Nach § 8 a III 1 Halbs. 2 SGB VIII nämlich hat das Jugendamt das Familiengericht bereits dann anzurufen, wenn es das Risiko einer Gefährdung des Kindeswohls sieht, die Eltern aber die Kooperation verweigern und nicht bereit sind, bei der Aufklärung und Abschätzung des Gefährdungsrisikos mitzuarbeiten.

Auf genau diesen Fall nun zielt der Erörterungstermin des § 157 FamFG. Das Gericht erhebt hier nicht Beweis auf Grund Sachvortrags des Jugendamts zum Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1666 BGB, sondern erörtert mit den Beteiligten den Ernst der Lage. Die Eltern sollen dazu gebracht werden, freiwillig öffentliche Hilfen in Anspruch zu nehmen, damit es nicht zur Gefährdung ihres Kindes und gerichtlichen Maßnahmen nach § 1666 BGB kommen muss. In der Sache hilft das Gericht im Termin nach § 157 mit, sich selbst entbehrlich zu machen, indem es versucht, den Eintritt der Tatbestandsvoraussetzungen der Norm, auf Grund derer es einschreiten müsste, zu verhindern.

Zu diesem Zweck sollen den Eltern und dem Kind, so es dabei ist, auch die Folgen der Nichtannahme der als notwendig angebotenen öffentlichen Hilfe vor Augen geführt werden. Die Eltern können etwa auf die Möglichkeit des Sorgerechtsentzugs oder der Heimunterbringung ihres Kindes hingewiesen, dem drogenabhängigen Jugendlichen die Konsequenzen einer Suchtkarriere vorgehalten werden. Ziel des Gesprächs vor und mit dem Familiengericht ist jedenfalls, die Eltern zur Einsicht und zur Kooperation mit dem Jugendamt zu bewegen, um aus der verfahrenen Situation herauszukommen. Die gerichtliche Erörterung appelliert an die Selbststeuerungskräfte der Eltern und zielt auf deren Aktivie-

rung, um gerichtliche Maßnahmen nach § 1666 BGB entbehrlich zu machen²⁰.

Von daher unterscheidet sich die gerichtliche Erörterung nach § 157 FamFG grundlegend von den gerichtlichen Anhörungen der Eltern und des Kindes nach §§ 159 und 160 I 2 FamFG. Diese erfolgen im Verfahren nach § 1666 BGB selbst und dienen der Gewährung rechtlichen Gehörs bei der Aufklärung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm und der zu ergreifenden Maßnahmen²¹.

3. Erörterung in Abstammungssachen, § 175 FamFG

Die gerichtliche Erörterungspflicht in Abstammungssachen, ausgestaltet als Sollpflicht, hat je nach Verfahrensgegenstand unterschiedliche Funktionen.

So betrifft die in § 175 I FamFG geregelte Terminanberaumung vor einer Beweisaufnahme die in § 169 Nrn. 1 und 4 FamFG genannten Verfahren über die Wirksamkeit eines Vaterschaftsanerkennnisses bzw. über die Anfechtung einer rechtlich bestehenden Vaterschaft – nur in diesen Verfahren kommt eine Beweisaufnahme ja überhaupt in Betracht. Bei der Regelung dieses Termins hatte der Gesetzgeber die Kostenersparnis in Anfechtungsverfahren im Blick²². Vor der Beweisaufnahme, also bevor ein kostenaufwendiges Vaterschaftsgutachten eingeholt wird, soll geklärt werden, ob die Anfechtung der Vaterschaft in zeitlicher Hinsicht überhaupt noch zulässig ist. Im Gespräch mit den Beteiligten soll das Gericht herausfinden, wer wann was von den gegen die Vaterschaft sprechenden Umständen gewusst hat und ob im Hinblick hierauf die zweijährige Anfechtungsfrist des § 1600 b BGB nicht schon abgelaufen ist. Nur wenn dies nicht der Fall ist, lohnt sich schließlich das kostspielige genetische Gutachten.

Unabhängig vom Kostenaspekt ist die Anhörung in Vaterschaftsanfechtungsverfahren jedoch bereits materiell-rechtlich im Hinblick darauf geboten, dass in den Fällen des § 1600 I Nrn. 2 und 5 die Anfechtungsberechtigung des Mannes bzw. die der Behörde voraussetzt, dass zwischen dem Kind und dem rechtlich als Vater geltenden Mann keine sozial-familiäre Beziehung besteht (§ 1600 II u. III BGB). Auch diese Frage muss nach materiellem Recht also geklärt sein, bevor die teure Vaterschaftsbegutachtung angeordnet wird – diesen Aspekt hat der allein auf die Verfristung abstellende Gesetzgeber offensichtlich übersehen²³.

Nicht der Kostenersparnis, sondern der friedlichen Konfliktlösung soll die Erörterung dienen, wenn es um die von einem Familienmitglied von den anderen nach § 1598 a BGB verlangte genetische Untersuchung geht, um zu klären, ob das rechtlich bestehende Abstammungsverhältnis dem genetischen entspricht. Wie in dieser Frage die vom Gesetzgeber mit der Anhörung intendierte einvernehmliche Lösung herzustellen ist, erschließt sich allerdings nicht so recht. Dass es dem Gericht in dem Erörterungstermin gelingt, das Miss-

16 *Flemming*, FPR 2009, 339 (341); *Bork/Jacoby/Schwab/Zorn* (o. Fußn. 2), § 155 Rdnr. 9 m. w. Nachw. zu krit. Stimmen.

17 § 157 FamFG entspricht dem durch „Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ v. 4. 7. 2008 eingeführten § 50 f FGG (BGBl I, 1188).

18 *Bork/Jacoby/Schwab/Zorn* (o. Fußn. 2), § 157 Rdnr. 7.

19 Vgl. *Münder/Meysner/Trenczek*, Frankfurter Komm. z. SGB VIII, 6. Aufl. (2009), § 8 a Rdnr. 52.

20 *Röchling*, FamRZ 2008, 1495 (1497).

21 *Olzen*, in: MünchKomm, Nachtrag zur 5. Aufl. (2010), § 1666 Rdnr. 224 ff.

22 BT-Dr 16/6308, S. 245.

23 *Coester-Waltjen/Hilbig*, in: MünchKomm-ZPO, Bd. 4, 2010, § 175 FamFG Rdnr. 5.

trauen eines an der Abstammung des Kindes von ihm zweifelnden Vaters zu zerstreuen und ihn zum Verzicht der Aufklärung zu bewegen, steht ebenso wenig zu erwarten wie es umgekehrt kaum wahrscheinlich scheint, dass die Mutter dazu zu bewegen ist, mit vollem Herzen der Abstammungsüberprüfung des – von ihr dem zweifelnden Mann zugeordneten – Kindes zuzustimmen.

4. Erörterung in Ehewohnungs- und Hausratssachen, § 207 FamFG

Auch in Ehewohnungs- und Hausratssachen soll das Gericht die Eheleute in einem mündlichen Termin persönlich zusammenbringen, um die streitigen Punkte aufzuklären, rechtliches Gehör zu gewähren und eine einvernehmliche Lösung zu finden bei der Verteilung von Dingen, zu denen die Eheleute einen besonderen persönlichen Bezug haben²⁴.

5. Erörterung in Versorgungsausgleichssachen, § 221 FamFG

Das Erörterungsgebot in Versorgungsausgleichssachen ist bedeutsam im Hinblick auf den erweiterten Spielraum für Vereinbarungen, die das Versorgungsausgleichsgesetz einräumt (§§ 6-8 VersAusglG). Das Gericht soll mit den Eheleuten und den betroffenen Versorgungsträgern die bestehenden Anwartschaften etc. durchgehen – letztlich mit dem Ziel, zu einer Vereinbarung über die Verteilung zu kommen.

VIII. Mitwirken des Verfahrensbeistands an einvernehmlicher Regelung, § 158 IV FamFG

Auch der Verfahrensbeistand eines minderjährigen Kindes wird vom FamFG in den Kreis der Streitschlichter einbezogen und kann verpflichtet werden, an einer einvernehmlichen Konfliktlösung mitzuwirken. Auch wenn er primär die Interessen des Kindes im Blick zu haben hat (§ 158 IV 1 FamFG), kann das Gericht ihm aufgeben, sich nicht einseitig hierauf zu beschränken, sondern auch die Lage der Eltern

mit zu bedenken. Konkret kann das Gericht ihm insoweit zusätzlich die Aufgabe übertragen, sich mit den Eltern und sonstigen Bezugspersonen des Kindes in Gesprächen um einvernehmliche Regelungen über den Verfahrensgegenstand zu bemühen (vgl. § 158 II FamFG).

IX. Hinwirken auf Einvernehmen durch Sachverständigen, § 163 II FamFG

Neu im FamFG ist, dass auch der Sachverständige, der in einem Kindschaftsverfahren zur Erstellung eines Gutachtens eingeschaltet wurde, als Akteur der friedlichen Konfliktlösung einbezogen werden kann.

Nach § 163 II FamFG kann das Gericht den Gutachtenauftrag an den Sachverständigen erweitern und ihn ergänzend beauftragen, bei der Gutachtenerstellung auf die Herstellung von Einvernehmen hinzuwirken. Er ist dann verpflichtet, bei den Eltern Verständnis für die von ihm vorgeschlagene Lösung zu wecken und sie zu bewegen, ihr zuzustimmen²⁵. Konkret wird der Sachverständige also im mündlichen Termin erscheinen müssen, um dort den Eltern sein Gutachten zu erläutern und zu erklären – in der Hoffnung, dass diese seinen Vorschlag akzeptieren.

X. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die rechtlichen Instrumentarien, die das FamFG zur Förderung konsensualer Streitschlichtung bereitstellt, teils neu, teils bereits aus der ZPO und dem FGG bekannt sind, in diesem Fall aber beträchtlich erweitert wurden. Ob und inwieweit dies alles den gewünschten dialogisch erzielten Frieden bringen wird, bleibt abzuwarten. ■

24 Bork/Jacoby/Schwab (o. Fußn. 2), § 207 Rdnr. 2.

25 Vgl. Keidel/Weber (o. Fußn. 2) § 164 Rdnrn. 5 f.

Richterin am AG Brigitte Meyer-Wehage, Cloppenburg*

Der Richter und die Parteien

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen, als Prof. Dr. Vorwerk mich bat, einen Vortrag zum Thema – „Familienstreit – Soft: Wie geht das?“ – zu halten, war mein erster Gedanke, das schließt sich doch – schon begrifflich – aus. Denn entweder ist der familiäre Konflikt gelöst, dann bedarf es eines verfahrensrechtlichen Hilfsmittels im Sinne eines „Weichspülers“ nicht oder der Konflikt besteht weiter; in diesen Fällen sind „softe“ Verfahrenskonstrukte (was immer man darunter verstehen mag) jedoch häufig wirkungslos und führen im Ergebnis zu (teilweise) erheblichen Verfahrensverzögerungen, die nicht im Interesse der Parteien (richtig: der Beteiligten, § 113 V Nr. 5 FamFG) und auch des Gerichts sind.

I. Das FamFG – ein „Gesetz wie Weihnachten“?

Ich möchte meine nachfolgenden Ausführungen als den Erfahrungsbericht einer erstinstanzlich tätigen Familienrichterin bezeichnen, wobei mir durchaus bewusst ist, dass das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (im Folgenden: FamFG) erst zum 1. 9. 2009 in Kraft getreten ist.

Nachdem das neue FamFG in einer überregionalen Tageszeitung (SZ) als ein „Gesetz wie Weihnachten“ bezeichnet worden ist, habe ich mich auf die Suche nach den „Geschenken“ gemacht.

1. Neuerungen des FamFG

Wie bereits Prof. Dr. Koch ausgeführt hat, ist verfahrensrechtlich neu ausschließlich § 135 I FamFG. Danach kann das Gericht anordnen, dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung anhängiger Folgesachen bei einer vom Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen.

a) *Beschränkung auf Folgesachen.* Was nach dem FamFG Folgesachen sind, bestimmt § 137 FamFG. Gemäß § 137 II FamFG gehören dazu unter anderem der Versorgungsausgleich (Nr. 1) und die Ehewohnungs- sowie Haushaltssachen (Nr. 3). In der Praxis bedeutsamer sind in diesem Zusam-

* Die Autorin ist Stv. Direktorin des AG Cloppenburg. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

menhang aber die Nrn. 2 und 4 der genannten Vorschrift, d. h. Unterhaltssachen (Kindes- und Ehegattenunterhalt) und Güterrechtssachen.

Kindschaftssachen, die die Übertragung und Entziehung der elterlichen Sorge, das Umgangsrecht oder die Herausgabe eines gemeinschaftlichen Kindes betreffen sind/bleiben nur dann Folgesachen, wenn es das Gericht für sachgerecht hält (§§ 137 III FamFG, 140 II Nr. 3 FamFG).

Ausgehend davon stellt sich die Frage, wer für die Informationsgespräche über eine Mediation oder eine anderweitige Möglichkeit zur außergerichtlichen Streitbeilegung (vgl. hierzu auch § 15 a EGZPO) zur Verfügung steht. Denn das Gericht hat die Stelle oder Person zu benennen.

Aus meiner Praxis kann ich nicht berichten, dass seit dem 1. 9. 2009 bei mir die „Bewerber“ Schlange stehen oder gar schriftliche Bewerbungen (ähnlich wie in Insolvenzverfahren) Aktenordner „sprengen“. Im Gegenteil: Zur Verfügung steht nur „Alt-Bewährtes/-Bekanntes“, d. h. vor dem Hintergrund der *kostenfreien Beratung* nur die Sozialverbände, wie z. B. der Sozialdienst katholischer Frauen (SKF), Diakonie und Stiftungen. Dass diese künftig Informationsgespräche zur Streitbeilegung in Bezug auf eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung der Beteiligten führen können (wollen), erscheint mir mehr als zweifelhaft. M. E. werden sich die Verbände eher auf „bekannte“ Tätigkeitsfelder zurückziehen, wie Umgangs- und Sorgerechtsstreitigkeiten. Wenn das der focus bleibt, geht die Anordnung des Gerichts ins Leere. Sie ist – kurz gesagt – auch überflüssig. Denn in den genannten Verfahren ist gem. § 156 FamFG auf ein Einvernehmen hinzuwirken, wobei die Vorschrift nicht „neu“ ist, da bereits durch das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 4. 7. 2008 („KiWoMaG“) schon vor dem 1. 9. 2009 eingeführt (§§ 50 e und f FGG a. F.).

Nun kommen nicht nur Verbände in Betracht, die den Gedanken der Mediation, insbesondere deren Grundvoraussetzung – Freiwilligkeit –, den Beteiligten näherbringen können, sondern auch ausgebildete Mediatoren (von dieser Berufsgruppe hat sich noch niemand bei mir gemeldet). Das Problem in diesem Zusammenhang ist nach meiner Auffassung der „Kostenfaktor“. Denn ausgebildete Mediatoren werden ein kostenfreies Informationsgespräch nur anbieten (können), wenn ein Folgeauftrag in Betracht kommt, der dann nicht (mehr) kostenfrei ist.

Damit schließt sich jedoch der Kreis: Denn in der Mehrzahl der Bundesländer (mit Ausnahme u. a. von Bayern und Baden-Württemberg) wird für mehr als 80% aller Scheidungen und Folgesachen Prozess-/Verfahrenskostenhilfe gewährt (§ 113 I 1 u. 2 FamFG).

b) *Folgen des Nichtbeachtens der Anordnung.* Die Anordnung als solche ist weder selbstständig anfechtbar noch mit Zwangsmitteln durchsetzbar.

Allenfalls „drohen“ kostenrechtliche Sanktionen (§ 150 IV 2 FamFG). Aus richterlicher Sicht ein „stumpfes Schwert“. Denn ich wage die Prognose, dass eine plausible Entschuldigung immer vorgebracht werden kann und wird (Kind erkrankt, Bus weggefahren, kein Geld für eine Fahrkarte – dem Erfindungsreichtum der Beteiligten sind da keine Grenzen gesetzt).

Außerdem ist die Kostenfolge, die von „Billigkeitserwägungen“ abhängt, kein probates Mittel, die Beteiligten zu einem solchen Gespräch ernsthaft zu bewegen. Denn die außergerichtliche Streitbeilegung „steht und fällt“ mit dem Gedanken der Freiwilligkeit; darauf hat das Gericht indes keinen

Einfluss. Wer sich entschlossen hat, die Sache „aus Prinzip“ auszufechten, den schreckt keine Kostenquote, wie immer diese auch aussehen mag.

Eine untergeordnete Rolle spielt in diesem Zusammenhang meiner Auffassung nach die Frage, ob künftig die Kostenentscheidung selbstständig gem. § 58 ff. FamFG angefochten werden kann, da § 150 FamFG nicht auf die ZPO und damit nicht auf § 99 ZPO verweist.

2. Vorschlag außergerichtlicher Streitbeilegung gem. § 135 II FamFG

Diese Regelung ist weder ein „Geschenk“ noch ein verfahrensrechtliches novum. Denn über § 608 ZPO a. F. war § 278 V 2 ZPO bereits vor dem 1. 9. 2009 anwendbar.

Für Familienstreitsachen gilt die genannte Norm weiterhin (§ 113 I 2 FamFG); allerdings nicht für Ehesachen (§ 113 IV Nr. 4 FamFG).

a) *Anwendungsbereich.* Die Botschaft – Vorschlag des Gerichts in geeigneten Fällen – werden die Beteiligten vernehmen; sie wird – nach meinem Dafürhalten – jedoch nicht zur Befriedung führen.

Ein gewichtiges Argument ist zunächst (wiederum) der Kostenfaktor. Denn regelmäßig wird auf die Anregung des Gerichts mit den Worten reagiert, dass man selbstverständlich zu einvernehmlichen Lösungen bereit sei, aber die Kosten nicht aufbringen könne. Unabhängig von dem Kostenargument erscheint mir aber auch die Bereitschaft der Beteiligten in diesem Punkt zunehmend gering. Zwar wollen die Beteiligten „so schnell wie möglich geschieden werden“, insoweit besteht immer Konsens, allerdings – im wahrsten Sinne des Wortes – nicht um „jeden Preis“. Hier sind aus meiner Sicht zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

b) *Unterhaltssachen und Güterrechtssachen.* aa) *Unterhaltsverfahren.* Im (Verfahrens-)Verbund wird überwiegend der nahezeitliche Unterhalt anhängig gemacht.

In diesen Verfahren kommt eine außergerichtliche Streit-schlichtung oftmals schon aus grundsätzlichen Erwägungen nicht in Betracht. Denn der in der Regel unterhaltsverpflichtete Ehemann strebt den völligen Ausschluss des Anspruchs, jedenfalls aber eine Begrenzung/Befristung gem. § 1578 b BGB an. Die Ehefrau benötigt indes eine Entscheidung, damit sie diese gegebenenfalls zur Überprüfung stellen kann. Denn die Rechtsprechung, insbesondere der Oberlandesgerichte (51 Entscheidungen von 18 Oberlandesgerichten bis zum 30. 9. 2009 allein bei „juris“ abrufbar), lässt „Prognosen“ nicht zu, da durchgängig auf den Einzelfall abgestellt wird, wie vom BGH vorgegeben.

Aus den genannten Gründen scheitern deshalb häufig gerichtliche Einigungsbemühungen/Vergleichsvorschläge, jedenfalls dann, wenn die Ehefrau eine langfristige Sicherung anstrebt (OLG Oldenburg – Befristung auf zehn Jahre bei 49-jähriger Frau).

bb) *Güterrecht.* In Güterrechtssachen „spitzt“ sich die Situation meiner Meinung nach zu. Denn ist „überschaubares“ Vermögen vorhanden (z. B. ein Einfamilienhaus), kommt eine einvernehmliche Lösung schon mit Rücksicht auf die finanziellen Gegebenheiten des Ausgleichspflichtigen häufig nicht in Betracht, da er nicht in der Lage ist, aus eigenen – vorhandenen – Mitteln den Berechtigten zu befriedigen. Grundbuchrechtlichen Möglichkeiten (Eintragung einer Grundschuld) stehen in der Praxis häufig die in Abt. II eingetragenen Rechte entgegen (entgeltliches oder unentgeltliches Dauerwohnrecht/Altenteil oder Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs). Ein Rangrücktritt ist nur dann möglich,

wenn der Berechtigte noch bereit, willens und in der Lage ist, selbst zu entscheiden, andernfalls kommt diese „Lösung“ nicht in Betracht, da bei angeordneter Betreuung eine solche Erklärung in der Regel nicht abgegeben wird. Die Bereitschaft zum (freiwilligen) Rangrücktritt zu Gunsten des „Schwiegerkindes“ – in anders gelagerten Fällen – ist jedoch vergleichsweise gering.

Bei erheblichen Vermögenswerten stellt sich die Situation anders dar. Hier besteht oftmals nach eingehender Erörterung der Sach- und Rechtslage und dem Hinweis des Gerichts auf eine langjährige Verfahrensdauer, z. B. mit Rücksicht auf einzuholende Gutachten die Bereitschaft, sich zu einigen. Eine außergerichtliche Mediation wird auf Anregung des Gerichts durchaus aufgegriffen, da der Kostenfaktor in der Regel nachrangig ist.

Aber: Spannungen im familialen Konflikt versperren meiner Erfahrung nach den Weg für eine einvernehmliche Lösung, selbst unter Mitwirkung professioneller Mediatoren. Denn die im Verfahren bekundete Freiwilligkeit ist ein reines „Lippenbekenntnis“. Die Praxis zeigt, dass bei tatsächlicher Einigungsbereitschaft der Gang zum Notar angetreten wird, d. h. bei Gericht ist nur noch die Scheidung auszusprechen. Sind aber vermögensrechtliche Folgesachen erst einmal anhängig gemacht, haben die Beteiligten etwas „Grundsätzliches“ auf-

zuarbeiten, was dem Gericht verschlossen ist und bleibt. Die Mediation ist in diesen Fällen – mangels Freiwilligkeit – schon im Ansatz zum Scheitern verurteilt, selbst wenn sie betrieben wird.

Ein verfahrensrechtliches Problem kommt hinzu: Gelingt die Mediation nicht und kommen die Akten nach Monaten zurück, ist die „Verfahrensverzögerung“ erheblich und wird dem Gericht „vorgehalten“. Folge ist ein sogleich gestellter Abtrennungsantrag, der die Einigungsbereitschaft – wenn die Ehe erst einmal geschieden ist – nicht unbedingt erhöht (die Voraussetzungen der Abtrennung ergeben sich aus § 140 FamFG – gesonderter Beschluss, der nicht anfechtbar ist, vgl. § 140 VI FamFG).

II. Schlussbetrachtung

Ob das FamFG ein „Gesetz wie Weihnachten“ ist (SZ), möchte ich nicht beurteilen, da mir Vergleiche dieser Art im Zusammenhang mit Gesetzen eher fernliegen. Die – angeordnete – außergerichtliche Streitbeilegung wird ihre „Bewährungszeit“ brauchen. Ob sie zu einer Entlastung der Gerichte führt, erscheint mir eher zweifelhaft, zumal der verfahrensrechtliche Ansatz nicht „neu“ ist, sondern man auch von „altem Wein in neuen Schläuchen“ sprechen kann. ■

Rechtsanwältin und Notarin Ingeborg Rakete-Dombek, Berlin*

Der Anwalt und die Parteien

I. Problemstellung

Das am 1. 9. 2009 in Kraft getretene FamFG versucht, das Verfahren in Familien- und Kindschaftssachen durch neue Regeln auf das vorrangige Ziel einer Einigung der Parteien zu lenken. Gleichzeitig wird die gewünschte Verfahrensharmonie auch durch die Wortwahl¹ des Gesetzes unterstützt, so dass man meinen könnte, der Anwalt sei in Zukunft ein „Gütebeistand“, der bisherige Gerichtssaal sei nun ein „Saal der Harmonie“, der Familienrichter ein „Schlichtungsobmann“ und der Sachverständige ein „Konsensassistent des Schlichtungsobmanns“². „Parteien“ heißen – und das ist jetzt ernst gemeint – zukünftig im FamFG „Beteiligte“ oder „Beteiligter“. Fraglich ist, ob die dem Anwalt im FamFG, aber auch in einigen örtlichen „Modellen“ der Gerichte zugeordnete Rolle seinem gesetzlichen, aber auch dem von dem Mandanten erteilten Auftrag und dem zwischen beiden bestehenden Vertrauensverhältnis entspricht.

II. Das „Spannungsverhältnis“ des Anwalts im Familienverfahren

Schon im Vorfeld des Inkrafttretens des so genannten beschleunigten Verfahrens gem. § 50e FGG (a. F.) und des § 155 FamFG gab es einige Vorschläge für einen besonderen Kodex für Familienanwälte, um eine Überidentifikation von Familienanwälten mit ihren Mandanten einzuschränken und zu vermeiden. Daneben existierten in zahlreichen Gerichtsbezirken Modelle, die ohne gesetzliche Grundlage Regelungen aufstellten, wie im Familienverfahren vor ihrem Gericht zukünftig zu verfahren sei. Diese Modellregelungen dürften durch das seit dem 1. 9. 2009 geltende Recht nun obsolet sein. Sie sind aber deshalb interessant, weil sie zeigen, in welcher Weise die Rolle und die Aufgaben der Familienanwälte durch die Gerichte oder vor Ort gebildete Arbeits-

kreise definiert werden und welche Eingriffe in das Mandatsverhältnis hierdurch erfolgen sollen. Die dahinterstehenden Erwartungen an die Anwaltschaft dürften weiterhin wirksam sein.

Die Modelle lehnen sich alle mehr oder weniger an die so genannte Cochemer Praxis³ an. Allen Modellen gemeinsam ist, dass sie Hinweise an die Anwälte enthalten, möglichst wenig oder besser gar nichts vorzutragen oder zu erwidern und unangebrachte Herabsetzungen der Gegenseite sowie jede „Stimmungsmache“⁴ zu vermeiden. Die Rolle des Anwalts im Familienverfahren, insbesondere im beschleunigten Verfahren, definieren die Berliner Arbeitskreise für ein beschleunigtes Familienverfahren so:

„Der Anwalt ist der parteiliche Vertreter eines Elternteils auch im Beschleunigten Familienverfahren. Während die anderen Beteiligten wie Gericht, Jugendamt, Gutachter etc. eine unparteiliche Haltung gegenüber den Eltern einnehmen, setzt sich der Anwalt konsequent für die Interessen seines Mandanten ein. Hierzu ist der Anwalt gesetzlich verpflichtet (§ 43 a BRAO, § 3 BORA, § 356 StGB). Diese Rolle des Anwalts verschafft ihm das Vertrauen des von ihm vertretenen Elternteils. Der Anwalt verfügt über Wissen zum Streitgegenstand und zur Interessenlage seines Mandanten. Der Mandant kann sich darauf verlassen, dass der Anwalt seine Sichtweise und seine Interessen in das Verfahren einbringen wird.“⁵

* Die Autorin ist Fachanwältin für Familienrecht in Berlin und Mitherausgeberin der NJW. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

1 Grandel, FF 2009, 133.

2 Nachw. o. Fußn. 1.

3 <http://www.ak-cochem.de/>

4 http://www.muenchener.anwaltverein.de/Muenchener_Modell/Fragen.pdf.

5 http://www.berlin.de/imperia/md/content/senatsverwaltungen/justiz/gerichte/familiengerichte/beschleunigtesfamilienverfahren/pr_sentation_beschleunigtes_familienverfahren.ppt#256,1,Das_Beschleunigte_Familienverfahren.

Dem ist wenig hinzuzufügen. Das Modell akzeptiert das besondere Vertrauensverhältnis im Mandat und die berufrechtlichen Pflichten des Anwalts. Die Probleme des Anwalts zwischen Auftrag und Rolle in diesen Verfahren werden gesehen und wie folgt beschrieben:

„Im beschleunigten Familienverfahren geht es darum, den Elternteil darin zu unterstützen, seine Haltung im Interesse des Kindes zu überprüfen und zu verändern. Der Anwalt benötigt dazu gelegentlich einen gewissen Abstand zum Mandanten, der vom Mandanten nicht als mangelnde Parteilichkeit missverstanden werden sollte. Dies erfordert vom Anwalt nicht nur eine gute juristische Sachkenntnis, sondern auch einige Erfahrung von der Spezifik menschlichen Verhaltens im Beziehungskonflikt und mit der besonderen Situation von Trennungskindern“⁶.

Damit ist das „Spannungsverhältnis“ zwischen Parteilichkeit und Distanz, in dem sich der Anwalt im Mandat befindet, gut beschrieben, aber nicht gelöst. Es ist schon fraglich, ob es Aufgabe des Anwalts ist, die Haltung des Mandanten und Auftraggebers zu ändern. Entscheidend für das Verhalten des Anwalts ist der Augenblick der Annahme des Mandats, jeweils abhängig von dem Auftrag, den der Mandant ihm erteilen will. Dass dies keine einfache Aufgabe ist, soll nachfolgend aufgezeigt werden.

1. Der Auftrag des Mandanten

a) *Der Auftrag, Einvernehmen zu erzielen.* Lautet der Auftrag des Mandanten, Streit zu vermeiden und eine einvernehmliche Lösung zu finden, sind die Probleme des Anwalts zwischen Auftrag und seiner Rolle im FamFG auf den ersten Blick gering. Es können alle probaten Mittel eingesetzt werden: Abstimmung mit dem Anwalt der Gegenseite, Vierergespräch, Abstimmung, ob sich eine Mediation empfiehlt etc. Ist ein gerichtliches Verfahren bereits anhängig, könnte es problematisch werden, wenn der so beauftragte Anwalt sich übermäßig in den Dienst auch der anderen Beteiligten am Verfahren stellt, so dass er die Interessen des Mandanten aus dem Auge verliert. Es besteht die Gefahr, dass der Anwalt die zu erzielende Einigung anders definiert als der Mandant, und zwar eher so, wie die Gegenseite oder das Gericht dies für wünschenswert hält. Er könnte in einer Weise agieren, die dazu führen könnte, dass er die Interessen anderer höher stellt als die des Mandanten, was berufsrechtswidrig wäre.

Der Mandant ist der Auftraggeber, nicht etwa die Familie, das Gericht oder das Kind. Ein kooperatives Verhalten des Anwalts in Bezug auf alle anderen Beteiligten soll damit keineswegs ausgeschlossen werden – wenn es den Interessen des Mandanten nicht schadet. Zu den anwaltlichen Aufgaben gehört es auch nicht, zu einer Entlastung der Gerichte beizutragen. Der Familienanwalt hat die Interessen seines Mandanten – parteilich – wahrzunehmen. Dies gilt auch in Verfahren, die auf ein Einvernehmen ausgerichtet sind.

In Kindschaftssachen sind jeweils Grundrechtspositionen der Beteiligten, wie das *BVerfG* in zahllosen Fällen ausgeführt hat⁷, berührt. Gerichtliche Verfahren können sowohl nach ihrem Ablauf, als auch durch die Entscheidung selbst einen verfassungswidrigen Eingriff in die Grundrechte aus Art. 6 II 1 und Art. 2 I GG des Mandanten darstellen⁸. Der Mandant ist also in jedem Fall vor drohenden Rechtsverlusten – gerade auch in Kindschaftsverfahren – durch seinen Anwalt zu schützen. Dies hat der mit der Erzielung eines Einvernehmens beauftragte Anwalt im Auge zu behalten.

Manche Anwälte versuchen, sich bereits nach außen als solche zu erkennen zu geben, die ein auf Einvernehmen ausgelegtes Verfahren bevorzugen. Sie unterwerfen sich einem

entsprechenden Kodex und veröffentlichen diesen auf ihrer Internetseite oder geben ihre „Spezialisierung“ auf besondere Verhaltensregeln in anderer Weise bekannt⁹. Der Verhaltenskodex der Anwälte, die sich beispielsweise dem so genannten Münchener Modell¹⁰ angeschlossen haben, wird dort wie folgt beschrieben:

„Der Verhaltenskodex definiert aus Sicht der Anwaltsinitiative Münchener Modell das Selbstverständnis der Anwälte im Modell. ... Der Verhaltenskodex ist eine freiwillige Selbstverpflichtung, über die jeder Anwalt eigenverantwortlich entscheidet. Es steht im freien Ermessen jedes Kollegen, in welcher Form er sich dem Kodex verpflichtet und wie er ihn verwendet, ihn z. B. im Verfahren *der Antragschrift beiheftet* oder seinem Mandanten aushändigt.“

Man fragt sich, warum ein Anwalt einen Kodex, dem er sich freiwillig unterworfen hat, einer Antragschrift beifügen sollte, es sei denn, dies würde zu einer Besserstellung vor dem angerufenen Gericht und zu einer Bevorzugung seines Mandanten führen. Das wird hier nicht nur zwischen den Zeilen suggeriert.

Die Unterwerfung unter einen derartigen Kodex ist jedoch nur eine Marketingmaßnahme, die Mandanten, die eine friedliche Lösung und keine Gerichtsentscheidung anstreben, anziehen und andere dadurch natürlich auch abwehren soll. Ein Kodex kann nicht – von außen – auf alle im Familienrecht tätigen Anwälte übertragen werden. Jeder Anwalt muss selbst entscheiden, ob er sich dem Kodex unterwirft. Da die Anwaltschaft im Familienrecht nicht einheitlich agiert, darf die Unterwerfung unter diesen Kodex auch gerichtlich nicht von Bedeutung sein. Dies hieße, dass die Mandanten derjenigen Anwälte, die sich einem derartigen Verhaltenskodex nicht unterworfen haben, schlechter sogar in Bezug auf das Ergebnis des Verfahrens behandelt würden, als die, die einen mit Kodex ausgestatteten Anwalt beauftragt haben.

Die Anwälte im Familienrecht werden nicht auf ein gemeinsames (besonders friedliches) Verhalten eingeschworen werden können. Auch ein mittelbarer Zwang, sich einem solchen Kodex zu unterwerfen, um im Verfahren erfolgreich zu sein, ist nicht vertretbar. Die Gerichte werden sich damit abfinden müssen, dass die im Familienrecht agierenden Anwälte nicht zu vereinheitlichen sind. Die Verordnung einer gemeinsamen Ethik im Familienrecht ließe sich daneben weder kontrollieren noch existieren über die berufsrechtlichen Regeln hinaus Möglichkeiten, Verstöße gegen einen solchen ethischen Kodex zu ahnden. Im Gegenteil: Der Rechtsanwalt darf keine Bindungen eingehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden (§ 43 a I BRAO). Eine solche unzulässige Bindung könnte auch im Eingehen eines Kodex liegen, wenn dieser Regeln enthält, die die Unabhängigkeit des Anwalts in Frage stellen. Das ist in Bezug auf jeden dieser Kodexe im Familienverfahren, die nicht kodifiziert sind, zu prüfen.

Es mag sein, dass den Anwälten, die den Kodex für sich akzeptieren, Mandatsaufträge von hartnäckig streitenden konfliktverhafteten Mandanten von vorneherein erspart bleiben. Dies scheint mir das wirkliche Ziel der Unterwerfung

6 Wie o. Fußn. 3, sowie Präsentation: http://www.berlin.de/imperia/md/content/senatsverwaltungen/justiz/gerichte/familiengerichte/beschleunigtesfamilienverfahren/pr_sensation_beschleunigtes_familienverfahren.ppt#256,1, Das Beschleunigte Familienverfahren.

7 Zuletzt krit. hierzu *Coester*, FF 2010, 10.

8 *BVerfG*, NJW 2001, 961; FamRZ 2009, 1472 = BeckRS 2009, 35227.

9 http://www.muencheneranwaltsverein.de/Muenchner_Modell/VERHAL_TENSKODEX_Gewalt_12_08.pdf.

10 http://www.muencheneranwaltsverein.de/Muenchner_Modell/Fragen.pdf.

unter diesen Kodex zu sein. Diese Anwälte sind diese Art von Streit schlicht leid. Damit geht es ihnen ähnlich wie vielen Richtern, die die dargestellten Modelle auch deshalb unterstützen.

b) *Der Auftragswechsel nach Mandatsannahme.* Zunächst sind viele Parteien an einer einvernehmlichen Lösung interessiert („Ich will keinen Rosenkrieg“). Dies ist jedoch eine labile Haltung, die sich jederzeit ändern kann. Probleme ergeben sich mit dem „friedlichen“ Mandanten für den Anwalt beispielsweise sehr schnell dann, wenn der Mandant auf Grund einer unbedachten Aktion seines Partners oder einer herabsetzenden Bemerkung des gegnerischen Anwalts den ursprünglichen Auftrag, Einvernehmen zu erzielen, in sein Gegenteil verkehren, also zum Angriff und zum streitigen Verfahrenshandeln übergehen will. Er verlangt nun (auch von dem einem friedlichen Kodex unterworfenen Anwalt), die von ihm festgestellten „Fehler“ im Verhalten des jeweils anderen akribisch dem Gericht unverzüglich und ausufernd vorzutragen, streitet um jede ärztliche Behandlung des Kindes, die Einschulung, die Umschulung, jede Stunde des Umgangsrechts, den Aufenthalt und die Urlaube. Der friedliebende Mandant ist nun keiner mehr. Familienanwälte, die versuchen, die gerichtliche Austragung ständiger Konflikte mit der Begründung zu verweigern, der gewünschte Vortrag diene weder der rechtlichen Begründung des Standpunkts noch sei er geeignet, den Weg zu einem möglichen Einvernehmen offenzuhalten, dieser geänderte Auftrag entspreche weder den Bedürfnissen der Kinder noch ihrem Kodex, haben nun einen Konflikt mit dem eigenen Mandanten.

Vorauszusehen ist dieser „Auftragswechsel“ vom Einvernehmen zum Kampf nicht. Er hängt von vielen für den Anwalt nicht voraussehbaren Faktoren ab. Der Mandant kann den Familienanwalt mit einem solchen plötzlichen Motivwechsel in arge Bedrängnis bringen, da er diesen kämpferischen Auftrag vielleicht nicht angenommen hätte und nun Schwierigkeiten hat, die Wünsche des Mandanten im bestehenden Mandat – erst recht wenn er im Prozesskostenhilfverfahren bereits beigeordnet wurde – zurückzuweisen. Derart gegenläufige Interessen zwischen Anwalt und Partei treten oft erst im Laufe der Entwicklungen des Mandats zu Tage. Sie haben Auswirkungen auf das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant.

aa) *Mandatsniederlegung?* Wenn sich der Auftrag des Mandanten umkehrt und mit dem, was der Anwalt für ihn bereit ist zu tun, kollidiert, kann der Anwalt nur das Mandat niederlegen. Eine Vergütung lässt sich dann nicht mehr oder nur schwer verwirklichen, so dass dies für den Anwalt zwar der sauberste, nicht aber der wirtschaftlichste Weg ist. Er muss sich das nämlich „leisten können“. Ist er beigeordnet, ist es für ihn noch schwieriger, das Mandat zu beenden, da zweifelhaft ist, ob seine Beiordnung aufgehoben wird und dieser Konflikt als Begründung für ein nicht mehr vorhandenes Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant akzeptiert wird.

bb) *Beendigung des Mandats durch den Mandanten?* Der andere, noch schwierigere, Weg ist es, sich dem Mandanten bei dem, was er wünscht, zu verweigern und Aufträge abzulehnen, die mit der eigenen Vorstellung, wie das Verfahren zu führen ist, kollidieren. Dann wäre es der Mandant, der das Mandat beenden müsste, weil der Anwalt seinem Auftrag nicht entsprechen will. Auch hier drohen Auseinandersetzungen um die Vergütung. Es bleibt nur die Hoffnung, dass das über den Gebührenanspruch des Anwalts entscheidende Gericht dem Anwalt hilft und ihm bestätigt, dass die

Wünsche und Aufträge des Mandanten nicht sachgemäß waren, der Rat des Anwalts jedoch der richtige und somit die Vergütung trotz des Konflikts zwischen Anwalt und Mandant zu zahlen ist.

c) *Das Konfliktmandat.* Weiterhin wird es Verfahren geben, in denen Konflikte auszutragen sind. Es gibt zahlreiche derartige objektive Konflikte unter sich trennenden Partnern, die sich vor allem auf die Kinder auswirken. Darum muss man nicht herumreden oder versuchen, dies mit dem Argument zu ignorieren, die Parteien würden „lediglich“ auf der „Paarebene“ streiten. Auf welcher Ebene sollen die Parteien denn sonst streiten?

aa) *Der Konflikt liegt in der Sache selbst.* Da es objektive Ursachen solcher Konfliktfälle gibt, kann das jeweilige Anliegen des Mandanten nicht als querulatorisch oder beziehungsbezogen abgewiesen werden. Eine objektive Streitsituation entsteht nämlich auch durch das materielle Recht, das die unterhaltsrechtliche Lage, den Bezug des Kindergelds, oder die weitere Nutzung der Ehewohnung jeweils an die (überwiegende) Betreuung der Kinder knüpft. Dies sorgt neben allen erlittenen Verletzungen für weitere Konflikte, vor allem um den Aufenthalt und die Betreuung der Kinder. Das materielle Recht programmiert den Konflikt gewissermaßen, vor allem in engen wirtschaftlichen Verhältnissen.

Der Streit um den Aufenthalt des Kindes, wenn ein Elternteil mit dem Kind zu seinem neuen Partner ins Ausland ziehen will, ist ein weiteres Beispiel für ein schwieriges und konfliktreiches Mandat. Hier geht es für den Mandanten im Grunde um „alles oder nichts“. Schwierig sind auch Fälle, in denen man gemeinsam mit dem Mandanten zu der Auffassung gelangt, dass das Wohl des Kindes durch das Verhalten des anderen Elternteils zwar nicht gefährdet, aber doch erheblich beeinträchtigt ist. Es stellt sich dann die Frage, in welchem dem Einvernehmensauftrag des Verfahrensrechts entsprechenden „Stil“ Probleme der Ungeeignetheit eines Elternteils (Alkohol, Drogen, psych. Erkrankung, Gewalt gegen das Kind, schwere Beeinflussungen des Kindeswillens etc.) vorzutragen sind.

Umgekehrt ist ein Mandant, der einen Antrag gestellt bekommt, mit dem der andere Elternteil die alleinige elterliche Sorge beansprucht, und dessen Vorwürfe nicht der Wahrheit entsprechen (Missbrauchs- oder Gewaltvorwurf), natürlich engagiert zu vertreten. Gelegentlich müssen einem selbstgerechten und eigenmächtigen Verhalten des anderen Elternteils auch durch anwaltliche Schriftsätze in klarer Sprache Grenzen gesetzt werden.

Selbstverständlich hat der Anwalt den oft emotional vortragenen Sachverhalt des Mandanten einer eingehenden und kritischen Realitätsprüfung zu unterziehen. Mandanten versuchen verständlicherweise – auch durch Weglassungen und Übertreibungen – den Anwalt auf ihre Seite zu ziehen. Der Anwalt sollte auf unsachlichen und herabsetzenden Vortrag der Gegenseite niemals seinen eigenen sachlichen Stil verlassen und Gleiches mit Gleichem vergelten, auch wenn der Mandant dies noch so sehr wünscht. Er sollte auch den eigenen guten Ruf nicht gefährden und dem Mandanten deutlich machen, dass er nur wahrheitsgemäß vorträgt. Es ist seine Aufgabe, das Vertrauen seines Mandanten darin zu stärken, dass dieses Verhalten ihm nützlich ist. Das ist nicht einfach, da der Mandant dies oft als Misstrauen oder als eine stark distanzierte Haltung erlebt, die ihm vermittelt, sein Anwalt stehe nicht an seiner Seite und wolle ihn nicht unterstützen.

bb) *Der Konflikt besteht allein im Erleben und Agieren des Mandanten.* Viele Mandanten wünschen ausdrücklich kämpferische Anwälte an ihrer Seite und wollen vor allem

ihren früheren Partner herabsetzen und aus ihrem weiteren Leben möglichst tilgen. Dass dieses Bestreben mit den Bedürfnissen ihrer Kinder nicht übereinstimmt, vermögen sie nicht zu sehen. Sie sind nicht bereit, zu kooperieren, auch nicht zu Gunsten gemeinsamer Kinder. Dies sind hochkonfliktvolle Fälle, deren Bedingungen und Entstehung vielfältig sind und nun gerichtlich ausgetragen werden. Nimmt man ein solches Mandat an, sollte man die Hoffnung, man könne den Mandanten von seiner z. T. zerstörerischen Strategie abhalten und im Mandat „erziehen“, zwar nicht fahren lassen, aber auch nicht überschätzen. Ein solches Mandat zu führen ist äußerst schwierig, anstrengend und zeitraubend, wenn man weiterhin an seinem eigenen anwaltlichen Stil und Ethos festhalten will. Es geht diesen Mandanten um kleinste Formulierungen in jedem Schriftsatz, deren Änderung sie – natürlich zum Schärferen – wünschen. Sie wünschen nachdrücklich, dass Ereignisse, die völlig irrelevant sind, unbedingt vorgetragen werden, nicht, um rechtlich zu überzeugen, sondern um den anderen zu treffen und herabzusetzen.

Hiermit umzugehen, ist nicht einfach und braucht einige Erfahrung. Gelegentlich mag es gelingen, die destruktive Haltung des Mandanten zu ändern. Oft ist der Einfluss des Anwalts auf seinen Mandanten jedoch gering. Der Aufwand, jedes Anliegen des Mandanten mit ihm zu diskutieren, ist gelegentlich derart aufwändig, dass viele Anwälte es als weitaus nerven- und zeitsparender erleben, dem Anliegen des Mandanten und seinen Wünschen unkritisch nachzukommen. Den Mandatsentzug vor Augen („Vertreten Sie eigentlich meine Interessen oder die meiner Frau?“) erscheint ihnen die Auseinandersetzung mit dem Mandanten zu riskant. Sie tragen daher ungefiltert all das vor, was er wünscht, teilweise sogar durch wörtliche Übernahme in ihre Schriftsätze. Sie sind vom Kampf mit dem Mandanten um den „richtigen Weg“ im Mandat schlicht erschöpft. Andere, die dies so handhaben, sind überidentifiziert und nicht in der Lage, das Anliegen des Mandanten mit der erforderlichen Distanz auf seine Erfolgsrelevanz zu prüfen.

Jeder Anwalt weiß, wann er Dinge vorträgt oder in sein Schreiben an die Gegenseite aufnimmt, die er selbst für überflüssig, nicht sachgerecht oder für überzogen hält. Oft wird der Gegenseite mit welchem Übel auch immer gedroht, kein Schreiben wird ohne eine unzumutbar kurze Frist zur Erledigung versandt etc. Die juristische Durchsetzbarkeit des Verlangens des Mandanten wird zuvor nicht ausreichend geprüft. Das ist misslich, aber dem Wunsch des Mandanten geschuldet. Die Konflikte schaukeln sich dadurch weiter hoch. Ob es dem Gericht (oder anderen mit der Sache befassten Dritten) schließlich im Verfahren nach dem FamFG gelingt, noch rettend einzugreifen, ist angesichts der bis dahin schon „verbrannten Erde“ fraglich. Es gelingt nur selten.

2. Weitere Anforderungen an den Anwalt und seine Partei im neuen Verfahrensrecht

a) *Möglichst kurzer, besser kein schriftlicher Vortrag.* Hinter dem Wunsch, Anwälte sollten wenig oder gar nichts schriftsätzlich vortragen, steht das Bedürfnis nach Sachlichkeit gerade in hochemotionalen Verfahren. Der Anwalt darf sich aber schon nach dem Berufsrecht bei seiner Berufsausübung nicht unsachlich verhalten (§ 43 a III BRAO). Unsachlich ist insbesondere ein Verhalten, bei dem es sich um die bewusste Verbreitung von Unwahrheiten oder solche herabsetzenden Äußerungen handelt, zu denen andere Beteiligte oder der Verfahrensverlauf keinen Anlass gegeben haben.

Dass dies gerade in Familiensachen häufig nicht beachtet wird, ärgert nicht nur die Gerichte, sondern natürlich auch die Anwälte, die selbst um Sachlichkeit bemüht sind. Es erschwert allen Beteiligten eine zielführende Arbeit. Das Anliegen aller Modelle im Zusammenhang mit dem neuen Familienverfahren ist daher nachvollziehbar. Die Anwaltschaft hat sich diese offene Kritik an ihrem Verhalten wohl selbst zuzuschreiben. Es könnte zur Vermeidung unsachlichen Vortrags durchaus nützlich sein, sich auf diese Regeln gegenüber dem hochkonfliktvollen eigenen Mandanten zu berufen und ihm zu vermitteln, dass dem Anwalt der gewünschte Vortrag schon berufsrechtlich untersagt ist.

Soweit den Anwälten allerdings nahegebracht werden soll, sie sollten am besten gar nichts oder jedenfalls nur äußerst kurz vortragen und erwidern, scheint dies vor allem in der Angst begründet, jeder anwaltliche Vortrag sei unsachlich und herabsetzend und erschwere daher die einvernehmliche Erledigung der Sache. Beispielhaft sind hier erneut die Vorgaben des Münchner Modells¹¹ darzustellen:

„Was ist in den gerichtlichen Antrag aufzunehmen?“

... *Keine Stimmungsmache*

Je kürzer die Antragschrift, umso besser. In jedem Fall sollten alle herabsetzenden Äußerungen, die geeignet sind, eine Eskalation herbeizuführen, vermieden werden.

Was steht in der Antragsabweisung?

Sie kann unterbleiben, ohne dass hieraus Rechtsnachteile erwachsen. Soweit sich der Anwalt *ausnahmsweise* zu einer schriftlichen Antragsabweisung entschließt, sollte es um eine Ergänzung noch fehlender Kontaktdaten, einen eigenen, weitergehenden Antrag oder eine Vervollständigung oder Richtigstellung der Sachinformationen gehen. Auch in der Erwidern soll auf jegliche herabsetzende Äußerungen unbedingt verzichtet werden. Auch hier gilt, *je kürzer die Erwidern umso besser. Im Zweifel lieber keine schriftliche Antragsabweisung.*“

Nicht alle Mandanten verfügen über ausreichende rhetorische Fähigkeiten, um ihr Anliegen mündlich im Anhörungstermin vor Gericht selbst darzustellen. Deshalb bedienen sie sich ihres Anwalts. Sprachschwierigkeiten eines nicht deutschsprachigen Mandanten sind ein weiteres Hindernis für dessen mündliche Darstellung seines Anliegens im Anhörungstermin. Die größte Sachnähe zum tatsächlichen Geschehen hat der Anwalt wegen seines engen Kontakts zum Mandanten. Im Familienverfahren besitzen deshalb nur die Anwälte ausreichendes Wissen über den streitigen Sachverhalt. Wenn *sie* diesen nicht (sachlich) vortragen, wer dann? Der Anwaltschaft wie im Leitfaden des Münchner Modells vorschreiben zu wollen, welche Länge und welchen Inhalt deren Schriftsätze haben sollen, ist vermessen und darüber hinaus zum Scheitern verurteilt. Es würde genügen, sie gegebenenfalls zur Sachlichkeit zu ermahnen und unnötige Herabsetzungen der Gegenseite – auch im Anhörungstermin – zu unterbinden.

Das Bestreben aller Familiengerichte, herabsetzende Äußerungen im Verfahren zu vermindern und möglichst ganz zu vermeiden, ist zwar verständlich. Es handelt sich dennoch um einen untauglichen Versuch der Erziehung von Anwälten – und ihrer Mandanten –, aus dessen Erfolglosigkeit sich keinesfalls Nachteile ergeben dürfen. Aus dem Sachlichkeitsgebot folgt nicht, die Länge der einzureichenden Schriftsätze zu beschränken. Dies lässt sich auch nicht mit der besonderen Bedeutung des ersten schnellen Anhörungstermins begründen. Diese Beschränkung würde erneut mit dem Auftrag des Anwalts kollidieren. Dem Mandanten ist nicht zu ver-

11 http://www.muenchener.anwaltverein.de/Muenchner_Modell/Fragen.pdf.

mitteln, warum er sich auf einen – unsachlichen und herabsetzenden – Antrag nicht – sachlich – verteidigen soll und weshalb er den Vorwürfen der Gegenseite nicht schriftlich entgegentreten kann.

Schriftsätze hätten nur dann keine Bedeutung, wenn es für die Entscheidung des Gerichts völlig unerheblich wäre, wie der Sachverhalt ist, da die Fokussierung der Verfahren auf eine Einigung der Parteien jede schriftliche Sachverhaltswürdigung – auch in der Beschwerdeinstanz – überflüssig machen könnte. Hierauf hat das KG in einer Entscheidung¹² über einen Beschluss im gesetzlich nicht geregelten „beschleunigten Verfahren“ hingewiesen. Dem Beschwerdegericht war offenbar nur ein unzureichender Akteninhalt vorgelegt worden, da das erstinstanzliche Verfahren weder den Anhörungstermin ordentlich dokumentiert, noch die Kinder vor der Entscheidung angehört hatte und die Anwälte sich mit ihren Schriftsätzen erwartungsgemäß äußerst kurz gehalten hatten. Ein solches Verfahren birgt daher Risiken¹³.

Das FamFG sieht zwar in § 156 FamFG ein *obligatorisches Hinwirken* auf ein Einvernehmen vor. Dies kann aber nicht bedeuten, dass die gütliche Einigung selbst als solche obligatorisch und alleiniges Ziel des Verfahrens wäre. Zur Rechtfertigung des übergeordneten Ziels einer obligatorischen Einigung werden als Begründung der Familienfrieden, das Wohl der Kinder und die fortwirkende Elternverantwortung angegeben, um das auf Einvernehmen ausgelegte Verfahren in seinem Ergebnis moralisch-ethisch durchzusetzen. Hochkonfliktvolle Eltern werden mit diesen konsensorientierten Regeln nicht erreicht, egal, wie sehr sich die Familienanwälte auch um eine Einigung bemühen. Gleiches gilt für die Fälle des objektiven Konflikts, der entschieden werden muss.

Ein Sachvortrag im Schriftsatz ist daher nicht von vorneherein überflüssig. Es ist auch weiterhin die Aufgabe des Gerichts, Entscheidungen zu treffen. Jedes Verfahren muss geeignet sein, diese Entscheidung vorzubereiten. Das Berliner Modell formuliert daher, dass die Gerichte im Unterschied zur Cochemer Praxis den Beteiligten im beschleunigten Verfahren eine gerichtliche Entscheidung, wenn diese im Interesse des Kindes notwendig und geboten ist, nicht verweigern¹⁴ werden. Darauf müssen Anwälte in jeder Lage des Verfahrens ausreichend vorbereitet sein.

b) *Zwang zur Kooperation*. Um ihrem Anliegen Nachdruck zu verleihen, schrecken Hinweise zum Gang des Verfahrens auch nicht vor Drohungen zurück. Die Aufgaben des Anwalts im Verfahren werden im Münchener Modell¹⁵ z. B. wie folgt beschrieben:

„Eine 2. Verhandlung soll nach Möglichkeit vermieden werden. Soweit der eigene Mandant *schlecht kooperiert*, können ihm die für ihn *eventuell negativen Folgen* einer Verhandlung deutlich gemacht werden.“

Auf die Frage „Was passiert, wenn die Gegenseite nicht mitmacht?“ wird die folgende Antwort erteilt:

„Wenn der gegnerische Kollege sich nicht an die Vorgaben des Modells hält, ist die Aufgabe des Anwalts in erster Linie, dem Mandanten zu vermitteln, dass sich hierdurch *die Chancen der gegnerischen Partei* im Verfahren *verschlechtern*. ...“

Um welche *negativen Folgen* und welche *Chancenverschlechterung* soll es sich handeln? Da die Gegenseite, wenn sie nicht bereit ist, zu kooperieren, schlechte Chancen im Verfahren hat, ist ein Zusammenhang zwischen einem negativen Ergebnis des Verfahrens und dem Verhalten des Mandanten bzw. seines Anwalts unverkennbar. Es handelt sich um eine offene Drohung mit dem Verfahrensverlust, sofern die gewünschte Kooperation unterbleibt. Einem Modell, das

derartige Grundsätze außerhalb der gesetzlichen Verfahrensordnung aufstellt, kann man sich als Anwalt nicht ernsthaft anschließen. Es handelt sich um einen schlecht verhüllten Auftrag zum Parteiverrat. Dass diese Grundsätze weiterhin über die Seite des Münchener Anwaltvereins zu erreichen sind, mutet daneben fragwürdig an¹⁶.

Da auch der eigene Mandant jeweils „gegnerische Partei“ sein kann, richtet sich die Drohung der Verschlechterung der Chancen für den Gegner im Verfahren, wenn er nicht kooperiert, gleichzeitig gegen ihn selbst, falls er den friedlichen Weg verlassen wollte. Das sollen Anwälte ihren Mandanten so vermitteln? Offenbar wird dies von den Anwälten erwartet. Die Modellregeln versuchen hier in das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant in der Weise einzugreifen, dass der Anwalt dem Mandant mit negativen Folgen für sein Anliegen ebenfalls drohen soll, falls der Mandant diese Regeln nicht bereit ist, zu akzeptieren.

Die hinter diesen Ratschlägen stehende Haltung gegenüber Anwälten und Parteien und die Erwartungen an sie könnten weiter lebendig sein. Durch unverhohlene Drohungen in Bezug auf das Verhandlungsergebnis und autoritäre Formulierungen wird der Eindruck vermittelt, dem Anwalt andere, nicht kodifizierte Pflichten auferlegen zu können. Andernfalls drohe seinem Mandanten Nachteil. Derartige Vorgaben sind nicht nur rigide sondern nach einem Beschluss des KG¹⁷ auch rechtlich nicht haltbar. Kindschaftsverfahren sind gerade keine „Schnellverfahren“¹⁸. Das alleinige Ziel, ein Einvernehmen erzielen zu wollen, ist nicht immer erreichbar und rechtfertigt nicht die Aufforderung an Anwälte, Parteiverrat zu begehen. Auch der Weg zu diesem Ziel sollte frei von derartigen Drohungen sein.

Jede Einigung muss nachhaltig sein, um zu wirken. Damit eine Einigung ein von beiden Beteiligten akzeptierter Weg zur Schaffung von Rechts- und Familienfrieden unter Wahrung der wechselseitigen Interessen sein kann, müssen die Beteiligten nach reiflicher Überlegung aus eigener Überzeugung hierzu bereit sein. Dies setzt voraus, dass ihnen ausreichend Zeit zur Überlegung und Beratung durch ihren Anwalt gewährt wird.

c) *Keine Terminverlegung, Anhörungstermine von mehreren Stunden*. Eine weitere Erwartung an den Anwalt und seinen Mandanten ist, dass sie zu dem – zuvor nicht abgesprochenen – Termin jeweils (viel) Zeit haben müssen, da Terminverlegungen nicht möglich seien. Die Frage „Welche Vor- und Nachteile hat das Modell für mich als Anwalt?“ beantwortet das Münchener Modell beispielsweise so:

„Der Anwalt kann sich auf die mündliche Verhandlung kaum vorbereiten, der Termin ist nicht verlegbar und es lässt sich nicht kalkulieren, wie lange er dauert. ...“

„Es sollte ausreichend Zeit eingeplant werden, da die Dauer der Verhandlung *mehrere Stunden* betragen kann. ...“

„Es erscheint sinnvoll, dem Mandanten bereits in der Erstberatung die Vorteile des neuen Verfahrens zu erläutern (u. a. *Zeitersparnis und nervliche Entlastung*).“

12 KG, NJW-RR 2009, 1012 = FamRZ 2009, 1428.

13 Menne, Zeitschr. f. KindschaftsR u. Jugendhilfe (ZKJ) 2009, 309.

14 Ernst, FamRZ 2009, 1430 (Anm. zu KG, FamRZ 2009, 1428 = NJW-RR 2009, 1012).

15 http://www.muenchener.anwaltverein.de/Muenchner_Model/Fragen.pdf.

16 http://www.muenchener.anwaltverein.de/Muenchner_Model/Fragen.pdf.

17 KG, NJW-RR 2009, 1012 = FamRZ 2009, 1428.

18 KG, NJW-RR 2009, 1012 = FamRZ 2009, 1428; Menne, ZKJ 2009, 309.

Ist das tatsächlich richtig? Die Familiengerichte wenden derzeit auf alle Angelegenheiten in Kindschaftsverfahren § 155 FamFG, also das Vorrangs- und Beschleunigungsgebot an. Die Beschleunigung sollte aber nicht zum Selbstzweck werden. Sie ist nur dann geboten, wenn der Antrag höchste Dringlichkeit aufweist. Es soll die Eskalation des Trennungskonflikts vermieden und das Kind geschützt werden. Beispielsweise ist es in einem Umgangskonflikt, bei dem es um die Frage geht, ob das Kind einen Tag länger den anderen Elternteil besucht, der Umgang sonst aber regelmäßig stattfindet, nicht erforderlich, „beschleunigt“ vorzugehen. Ebenso, wenn ein Antrag auf Übertragung des alleinigen Aufenthaltbestimmungsrechts wiederholt und ohne dass sich die zu Grunde liegenden Tatsachen geändert hätten, gestellt wird¹⁹. Nicht immer muss § 155 FamFG zur Anwendung kommen. Ausnahmen sind zulässig, wenn eine Kindeswohlgefährdung ersichtlich nicht zu befürchten ist²⁰. Die Gerichte sollten daher vor Anberaumung eines Termins im beschleunigten Verfahren zunächst prüfen, ob der Fall wirklich in diesem Verfahren zu behandeln ist.

Das Beschleunigungsgebot des § 155 FamFG ist in der Tat so formuliert, dass eine Verlegung des Termins nur aus dringlichen und glaubhaft gemachten Gründen möglich ist. Man kann es überspitzt so formulieren, dass ein Anwalt, der wegen einer Verteidigung in einer Haftsache die Verlegung eines Termins im beschleunigten Verfahren beantragt, damit nicht durchdringen kann, da § 155 FamFG dies als Verlegungsgrund nicht akzeptiert. Gerade weil der Gesetzgeber mit dieser Regelung weit über das Ziel seines Bestrebens, Kindschaftssachen schnell zu terminieren, hinausgeschossen ist, sollte eine Terminsverlegung und Terminsanberaumung durch die Gerichte kooperativ auch mit den beteiligten Anwälten gehandhabt werden²¹.

Die Nichtverlegung von Terminen greift massiv in das Mandats- und Vertrauensverhältnis ein. Der Mandant will in dem für ihn so wichtigen Termin von seinem Anwalt, der sein Vertrauen hat, begleitet werden und nicht von einem Vertreter. Der beauftragte Anwalt ist für den Mandanten nicht austauschbar. Derartige Eingriffe in ihr Mandatsverhältnis werden Anwälte nicht widerstandslos hinnehmen. Letztendlich kann die Verweigerung einer Terminsverlegung durch einen hierdurch herausgeforderten (wenn auch unzulässigen oder gar unbegründeten) Befangenheitsantrag und dem sich anschließenden Beschwerdeverfahren zu einem zeitlichen Aufwand führen, der einer prozessökonomischen Betrachtungsweise nicht standhält. Gerade die Verweigerung der Terminsverlegung kann eine Verzögerung des Verfahrens bewirken, um deren Vermeidung das Gericht zuvor bemüht war.

Anhörungstermine, die – wie man erfahren kann – teilweise über sechs Stunden andauern, ähneln eher einer Freiheitsentziehung an allen daran Beteiligten. Erschöpft und ermüdet werden schließlich Einigungen protokolliert, während die Kinder auf dem Gerichtsflur – unbeaufsichtigt – warten. Ob dies in der Tat der angepriesene Vorteil durch Zeitersparnis ist, darf bezweifelt werden. Auch hier hat der Anwalt die Interessen seines Mandanten zu wahren und darauf zu achten, dass keine ungewollten Einigungen unter dem Druck der Dauer des Termins zu Stande kommen, an denen der Mandant schon am nächsten Tag nicht mehr festhalten will. Auch dies dürfte nicht im Sinne des Gesetzesziels sein, da hierdurch neuer Streit programmiert wird.

Der Anhörungstermin sollte vielmehr der Suche nach Kompromissen dienen, die in der Praxis auch oft gefunden wer-

den, weil die Parteien schon aus Respekt vor dem Gericht häufig aufgeschlossener und gesprächsbereiter sind als außergerichtlich. Er darf deshalb nicht für autoritäre Maßnahmen (Druck durch die Dauer der Verhandlung, angedrohte Kostenfolgen, verweigerte Terminsverlegungen) missbraucht werden.

III. Zusammenfassung

Das Risiko, dass grundlegende Verfahrensregeln verletzt werden, könnte mit der Einführung des Beschleunigungsgrundsatzes für die Beteiligten gestiegen sein. Die Gerichte müssen daher trotz des freien Gestaltungsraums, der ihnen durch das FamFG zugewiesen wurde, besondere Aufmerksamkeit darauf verwenden, dass sie weiterhin an bestimmte Grundprinzipien eines fairen Verfahrens gebunden sind, insbesondere an den Grundrechtsrahmen, der unter dem Oberbegriff „fares Verfahren“ als allgemeines Prozessgrundrecht der Beteiligten eingeordnet wird. Das Verfahrensrecht dient der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen²². Wird durch ein faires Verfahren familiärer Frieden erreicht, ist das ein gutes Ergebnis. Das gute Ergebnis rechtfertigt jedoch nicht jeden Weg dorthin.

Anwälte werden gerade wegen der „Risiken und Nebenwirkungen“²³ des auf das Ziel einer Einigung angelegten Verfahrens sehr genau darauf achten müssen, ob die Familiengerichte die Verfahrensregeln gesetzeskonform anwenden und – falls dies nicht der Fall ist – im Interesse ihrer Mandanten wenn es die Situation erfordert, konfliktbereit sein müssen. Um das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Partei, dessen gute Qualität auch im Interesse der Gerichte liegt, nicht zu beschädigen, ist Folgendes zu beachten:

- Ein Verfahren wird von den Rechtsuchenden nur akzeptiert, wenn es nicht bloß als „Schnellverfahren“ von ihnen wahrgenommen wird.
- Es sollte eine Selbstverständlichkeit sein, dass eine einvernehmliche Beilegung eines Verfahrens nicht unter Druck erfolgen darf und weder eine Drohung mit dem Verfahrensverlust noch der Hinweis auf das Kostenrisiko oder eine lange Verfahrensdauer als Druckmittel eingesetzt werden dürfen, um Beteiligte einigungsbereit zu machen.
- Eine Einigung darf nicht als einziges Ziel des Verfahrens dienen, um Arbeit oder jedenfalls die Beschlussfassung zu ersparen. Es kann auch nicht Zweck des FamFG (Beschleunigungsgrundsatz) sein, schwierigen Rechtsfragen oder grundsätzlich bedeutenden Rechtsproblemen bzw. tatsächlichen und lästigen Problemen (Zeitaufwand, Amtsermittlungspflichten etc.) auszuweichen²⁴.

Alle Erwartungen an die Anwälte und die Parteien müssen das Bemühen erkennen lassen, dass der Mandant durch seinen Anwalt nicht schlicht in eine den anderen Beteiligten am Verfahren genehme Richtung zu manipulieren und zu lenken ist, sondern dass das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant gerade im Familienverfahren selbst geschützt werden muss, es sei denn, man wolle den anwaltlichen Beistand in diesen Verfahren völlig entwerten oder gar überflüssig machen. ■

19 Weber, ZKJ 2006, 196; Flügge, FPR 2008, 1; BT-Dr 16/6308, S. 236.

20 Meysen u. a., Das Familienverfahrensrecht – FamFG, § 135 Rdnrn. 11, 13.

21 Rakete-Dombek, Brühler Schriften zum Familienrecht, Grußwort DFGT 2009.

22 BVerfG, NJW 1998, 2044.

23 Menne, ZKJ 2009, 309.

24 Knauss, ZRP 2009, 206, in Bezug auf den auch im Zivilprozess herrschenden Vergleichsdruck.

Dipl.-Psychologe Dr. Dr. (Univ. Prag) Joseph Salzgeber, München*

Die Innensicht der Parteien

Familienrichter, Anwälte und andere mit dem Trennungs- und Scheidungsgeschehen befasste Berufsgruppen beklagen die stetige Zunahme an konflikthaften Auseinandersetzungen bei Gericht. Das Familiengericht ist für Richter nicht mehr die gewünschte Abteilung, so dass sich Familiengerichte, schon allein wegen der Arbeitsbelastung, schwer tun, Nachfolger für ausscheidende Familienrichter zu finden. Das FamFG versucht nun mit neuen Verfahrensvorschriften und einer Bündelung von interdisziplinärer Kompetenz den Herausforderungen, die die auseinanderbrechenden Familien an alle Professionen stellen, Herr zu werden. Trotz aller Bemühungen, die bereits im Vorfeld des FamFG stattgefunden haben, trotz Anwendung neuer Methoden, wie z. B. der Mediation, trotz neuer Institutionen, wie dem Verfahrensbeistand, dem Umgangspfleger, lösungsorientierten Sachverständigen und dem kollaborativen Zusammenwirken verschiedener Fachrichtungen, hat sich weder bei uns noch im angloamerikanischen Raum die Zahl der Hochkonfliktfamilien verringert.

I. Statistische Ausgangslage

Seit 1960 nimmt die Ehescheidung sowohl in Deutschland als auch in anderen Ländern, wie z. B. den USA, zu (in Deutschland in diesem Zeitraum um 162%, die Zahl der betroffenen Kinder hat sich in dieser Zeit um 122% erhöht, der Anteil der Familien mit verheirateten Eltern ist um 16% zurückgegangen, die alternativen Familienformen haben dagegen um 30%, die Zahl der Alleinerziehenden hat um 15% zugenommen). Auch wenn die Zahl der Scheidungen bei Ehen mit Kindern etwas geringer ist als bei kinderlosen Paaren, ist jährlich von 150 000 von Scheidungen betroffenen Kindern auszugehen, vermutlich kommen dazu noch einmal rund 50 000 Kinder, die die Trennung ihrer nicht verheirateten Eltern erleben.

Derzeit kann man davon ausgehen, dass 43% aller Ehen geschieden werden¹.

Die gerichtlichen Verfahren verlagern sich nun immer mehr auf die Umgangsstreitigkeiten, da das Sorgerecht durch die allgemeine Akzeptanz des gemeinsamen Sorgerechts und dem weit gefassten Alltagsentscheid kaum noch strittig ist. Die Zahl der Umgangsrechtsverfahren ist dagegen von 1999 auf 2007 (ca. 40 000 Verfahren) um 39% gestiegen.

Unabhängig von der hohen Scheidungsquote ist die Familie immer noch die wichtigste Lebensform (bei 76% der Befragten steht die Wertigkeit der Familie an erster Stelle, bei 8% Beruf und Freundeskreis, bei 4% das Hobby)².

Obwohl die Scheidung somit zu einem normativen Lebensereignis geworden ist, stellt sie ein kritisches Lebensereignis dar, das erhebliche Auswirkungen auf das emotionale und körperliche Befinden hat. In der Stressskala stehen Trennung und Scheidung an zweiter Stelle nach dem Tod eines geliebten Menschen³.

Das Kind als bleibendes, stabiles emotionales „Objekt“ bleibt vermeintlich bei Trennung und Scheidung als stabile Bezugsperson erhalten, während alle anderen Umweltbedingungen, wie Familie, Arbeit, Wohnort, Freunde, an Stabilität verlieren. Zudem bekommen die Erwachsenen immer weniger Kinder und diejenigen, die Eltern werden, heiraten zu

einem immer späteren Zeitpunkt. Sollte die erste Ehe kinderlos geblieben sein, wird es statistisch unwahrscheinlicher, in der zweiten Ehe Eltern zu werden, auch vor dem Hintergrund, dass nach sieben Jahren die Scheidungsrate steigt, was mit einem immer höheren Alter für eine eventuelle Elternschaft im Rahmen einer weiteren Ehe einhergeht.

Durchschnittliches Heiratsalter Lediger					
		2005	2006	2007	2008
Männer	Alter	32,6	32,6	32,7	33,0
Frauen	Alter	29,6	29,6	29,8	30,0

(Quelle: Destatis.de)

Die große emotionale Bedeutung des Kindes und der durchaus mit dem Aufenthalt des Kindes im eigenen Haushalt verbundenen finanziellen Vorteile, die das Familienrecht vorsieht, erhöhen durchwegs die Bereitschaft der Eltern, nach der Trennung erbittert um das Kind zu kämpfen.

Die somit an das Familiengericht getragenen familiären Auseinandersetzungen und den damit verbundenen Kindeswohlbelastungen stellen an die Berufsgruppen, die mit Trennung und Scheidung befasst sind, hohe Anforderungen. Sie sind sowohl mit heftigen emotionalen und psychischen Reaktionen der Beteiligten konfrontiert, die verbunden sind mit der Angst, die gewohnte Umgebung (Wohnort, Aufenthalt) zu verlieren, aber auch mit der Angst vor Verlust enger Bezugspersonen, die durchaus realistisch erscheint. Dazu wird die Klärung der ökonomischen Lebenssituation nach Trennung und Scheidung notwendig, die oftmals existenziell bedrohliche Folgen haben kann.

II. Trennung und Scheidungsfolgen

Der Trennung gehen bereits bei etwa 20% der Familien Konflikte voraus, die die Grenze der Kindeswohlgefährdung oder zumindest der erheblichen Kindeswohlbelastung erreichen⁴ (nur diese 20% können im Sinne des Kindeswohls als „gute Scheidung“ bezeichnet werden, da eine Fortsetzung die involvierten Kinder weiter erheblich belasten würde)⁵. Bei den übrigen 80% der Scheidungen gehen nur etwa 20% der Partner als zukünftige Gewinner hervor.

Bei 50% bis 60% der Familien, die am Gericht streiten, kommt es zu häuslicher Gewalt. Die von häuslicher Gewalt im Rahmen der Trennung und Scheidung betroffenen Familien stellen damit bei den Hochkonfliktfamilien weniger eine Untergruppe dar, vielmehr bilden Gewaltaspekte einen Bestandteil der Trennungsaueinandersetzungen. Männer, die verlassen werden, neigen eher zur Anwendung körperlicher Gewalt. So berichten 32% der von Johnston befragten Männer von Handgreiflichkeiten während der Ehe und der Trennung.

* Der Autor ist Leiter der GWG – Gesellschaft für wissenschaftliche Gerichts- und Rechtspsychologie – in München.

1 www.destatis.de

2 Schneewind, Familienpsychologie: Profil einer anwendungsorientierten Disziplin, in: Vorstand des Berufsverbands Deutscher Psychologinnen und Psychologen e.V. (Hrsg.), Familien in Deutschland, 2009, S. 12-24.

3 Filipp, Kritische Lebensereignisse, 1981.

4 Johnston/Roseby/Kuehnle, In the name of the Child, 2009, S. 4 ff.

5 Marquardt, Between two Worlds, 2005.

nungsphase im Vergleich zu ca. 15% bei intakten Familien. 2,5% der geschiedenen Frauen erfahren mehr körperliche Gewalt und 6,5% der getrennt lebenden Frauen sind häufiger familiärer Gewalt ausgesetzt als Frauen in intakten Familien. Zudem besteht eine wesentlich höhere Selbstmordquote bei geschiedenen bzw. getrennten Erwachsenen⁶.

Dazu kommt es nach Trennung und Scheidung zu ökonomischen Schwierigkeiten, in die vor allem allein erziehende Frauen geraten. Der ökonomische Faktor ist einer der wesentlichsten belastenden Aspekte bei Trennung und Scheidung⁷ (es leben in Deutschland 1,57 Mio. Alleinerziehende, 2,18 Mio. Kinder wachsen bei nur einem Elternteil auf, also jedes 6.73te Kind, 40% aller allein erziehenden Mütter leben von Hartz IV, dies bedeutet eine Zunahme von 1996 bis 2006 um 925 000).

Die Kinder leiden unter dem dysfunktionalen Familienklima, sie werden aber auch selbst häufig zum Streitthema ihrer Eltern, was wiederum zur Belastung der Kinder beiträgt⁸. Zudem müssen sie sich – meist unfreiwillig – während der Trennung oder Scheidung an die neuen Lebensumwelten beider Eltern gewöhnen und sind dadurch entsprechenden Umstellungsschwierigkeiten ausgesetzt, die sich durchwegs wieder negativ auf das Familienklima auswirken.

Glücklicherweise gelingt es den Eltern nach Trennung und Scheidung zumeist, ihr Leben und das ihrer Kinder wieder zu stabilisieren. Kinder, die aus Scheidungsfamilien stammen, entwickeln zu 25% Verhaltensprobleme und psychische Probleme im Vergleich zu 10% der Kinder, die in intakten Familien groß werden. Dies bedeutet aber auch, dass 75% der Kinder aus Scheidungsfamilien nicht mit wesentlichen psychischen Langzeitfolgen zu rechnen haben⁹, wenn auch für alle betroffenen Kinder gilt, dass sie meist durch die Trennung der Eltern erheblich belastet und traurig sind¹⁰.

III. Emotionale Ausgangslage der Eltern

In der Mehrzahl wird die Trennung und Scheidung von den (Ehe-)Frauen initiiert. 2008 wurden 54,2% der Scheidungen von der Frau und nur 37,2% vom Mann eingereicht. Nach *Johnston* wird ein Viertel der Männer von den Trennungsabsichten ihrer Ehefrauen überrascht. Männer bleiben emotional vor allem länger an die Ehe gebunden, wenn Kinder vorhanden sind.

Die romantische Phase eines Paares flaut im Mittel nach ca. vier Jahren ab und damit sinkt auch die Ehezufriedenheit. Dieses Maß der Zufriedenheit bleibt dann in etwa konstant, um sich im sechsten und siebten Ehejahr erneut zu verringern; eine erneute Verschlechterung der Zufriedenheit mit der Ehe kann eintreten, nachdem die Kinder das Haus verlassen haben. In diesen Phasen kommt es gehäuft zu Trennungen.

Ist die Trennung vollzogen, so dauert es üblicherweise zwei bis drei Jahre, bis die Trennung emotional überwunden ist. Nach *Johnston* haben ein Fünftel aller Erwachsenen nach der Trennung den ehemaligen Partner betreffend Emotionen von hoher Feindlichkeit. Sie tragen Konflikte vor allem über die tägliche Versorgung ihrer Kinder aus und diese Tendenz kann auch noch einige Jahre nach der Trennung so anhalten. Ungefähr ein Zehntel aller von Trennung betroffenen Familien bleiben, bis das Kind erwachsen geworden ist, im Hochkonflikt verhaftet. Partner, die heftige gerichtliche Auseinandersetzungen führen, gehören in der Regel derselben Gruppe an, die auch nach der Trennung und Scheidung noch bzgl. der Kinder intensive Konflikte aufrechterhält.

Bisher ist es noch nicht gelungen, ein psychologisches Profil für Hochkonfliktfamilien zu entwickeln. *Johnston* definiert

Hochkonfliktfamilien – genauso wie Familien, bei denen es zu häuslicher Gewalt kommt – als Familien, die heftige gerichtliche Auseinandersetzungen führen und immer wieder neue Anträge stellen, die Verärgerung und Misstrauen gegenüber dem ehemaligen Partner entwickelt haben, bei denen es häufig zu verbalen Ausfällen gegenüber anderen kommt; gelegentlich auch zu körperlichen Auseinandersetzungen: Wegen ihrer Kinder haben hochkonfliktvolle Eltern andauernde Schwierigkeiten, sind nicht in der Lage, die Kinder und deren Belange betreffend positiv miteinander zu kommunizieren oder ein Betreuungsmodell zu entwickeln. Die Konflikte dauern nach der erfolgten Trennung in der Regel mindestens zwei bis drei Jahre an.

Vielen Familien gelingt es, auch nach der Trennung eine positive zufriedene Beziehung auf Elternebene aufrechtzuerhalten. Viele Eltern sind während der Trennung emotional tief verunsichert bzw. außer sich, obwohl sie in anderen Lebensbereichen oftmals ohne Auffälligkeiten handeln. Die Trennungsreaktion und das auffällige Verhalten, das sie nun zeigen, treten nur situativ in Bezug auf den ehemaligen Partner oder im Rahmen der Trennung auf.

IV. Trennungsphasen

Da die Trennung häufig von nur einem Partner initiiert wird und Trennung und Scheidung meist nicht gleichzeitig erfolgen, ist die emotionale Verarbeitung des Trennungsgeschehens beider Partner zum Zeitpunkt der Gerichtsanhängigkeit meistens unterschiedlich weit gediehen. Die Trennungsverarbeitung lässt sich grob in vier Phasen unterteilen¹¹.

In der ersten Phase, in welcher dem Partner die Trennungsabsicht seines Partners eröffnet wird, tritt zuerst der Schock über die beabsichtigte Trennung auf. Die erste Reaktion darauf wird sein, den Entschluss „nicht wahrhaben zu wollen“. Es wird versucht, die Probleme zu minimieren und beim verlassenden Partner eine zweite oder weitere Chance zu bekommen, um die Beziehung zu „retten“ bzw. fortzuführen.

Gelingt dies nicht, kommt es zur Phase der „aufbrechenden Gefühle“, die sich durch Orientierungslosigkeit und Stimmungsschwankungen auszeichnet. Gefühle der Verzweiflung treten auf, Wut, Angst, Selbstzweifel sind im häufigen Wechsel begriffen, oft begleitet von körperlichen Beschwerden, Schlaflosigkeit und Appetitlosigkeit. Die Einnahme von Alkohol, Medikamenten und Drogen erhöht sich. Ärger und Wut ermöglichen affektiv den Ablösungsprozess vom früher geliebten Menschen.

Dieser Phase folgt dann die Phase der Neuorientierung. Das Leben wird nun wieder aktiver in die Hand genommen. Die emotionale Stimmung hellt sich auf und Zukunftsperspektiven werden entwickelt. Im Zuge der neuen Tatkraft kommt es immer weniger zu grüblerischen Gedanken. Danach folgt

6 *Amato*, Back to the Future or Full Steam Ahead? What Research Really Shows about Children and Divorce (Vortrag, gehalten am 28. 5. 2009 auf dem AFCC Kongress in New Orleans).

7 *Norbert F. Schneider*, Beeinflusst die Familienform die Erziehungsleistung? Konditionen gelingender Elternschaft, in: Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen (Hrsg.): Dokumentation zum Frauenkongress 2000, 2001, S. 73-75.

8 *Wallerstein/Lewis/Blakeslee*, Scheidungsfolgen – Die Kinder tragen die Last, 2002; *Menne*, JAmt 2009, 531.

9 *Walper*, Das Umgangsrecht im Spiegel psychologischer Forschung, in: Brühler Schriften z. FamilienR, Sechzehnter Deutscher Familiengerichtstag, 2006, S. 100-131.

10 *Bodemann*, Die Folgen der Scheidung für die Kinder aus psychologischer Sicht, in: *Rumo-Jungo/Pichornaz*, Kind und Scheidung, 2006.

11 *Wolf*, Familienhdb., http://www.familienhandbuch.de/cmain/f_Aktuelles/a_Trennung_Scheidung/s_1380.html.

die Entwicklung eines neuen Lebenskonzeptes und die Trennung wird überwunden.

Gerade in der Phase der aufbrechenden Gefühle kommt es zu heftigen Auseinandersetzungen, auch vor Gericht, die z. B. von *Glasl*¹² in neun Eskalationsstufen skaliert werden. Eine milde Form bereits erhöhter Eskalation stellt z. B. die Eskalationsstufe vier dar, in der jede Partei von sich ein positives Selbstbild hat, während der gegnerischen Person nur negative Eigenschaften zugeschrieben werden, wobei eine Tendenz besteht, in dieser Sicht fixiert zu bleiben. Auf dieser Eskalationsstufe werden Gelegenheiten genutzt zu sticheln, zu reizen, zu ärgern, auch mit Hilfe des Anwalts.

Danach folgt die Stufe des Angriffs. Der andere Ehepartner wird moralisch nicht mehr als vertrauenswürdig angesehen: Der andere Elternteil wird als Feind verteufelt, als Erziehungsperson völlig abgewertet, während im Selbstbild das eigene Verhalten moralisch korrekt und gerechtfertigt erscheint.

Auf der nächsten Eskalationsstufe werden die Forderungen mit Strafaktionen verknüpft, der Streitbereich wird ausgeweitet auf Wohnung und Umgangsrecht. Hier kann jedoch noch mit familiengerichtlichen Maßnahmen interveniert werden.

Bei der nächsthöheren Eskalationsstufe geht es nicht mehr nur darum, dem anderen Schaden zuzufügen, sondern ihm Lektionen zu erteilen und den Willen des anderen zu brechen. Da man sich gut kennt, kennt man auch die empfindlichen Stellen des ehemaligen Partners, während der Mensch auf der anderen Seite nicht mehr gesehen wird. Auf die Kinder wird auf dieser erhöhten Stufe der Eskalation keine Rücksicht mehr genommen. Der Schaden lässt sich gleichwohl noch begrenzen, da es in erster Linie um das Einlenken und Kapitulieren des anderen und noch nicht um die totale Zerstörung geht, die erst auf der nächsten Eskalationsstufe zum eigentlichen Ziel wird.

Auf der höchsten Eskalationsstufe soll nun der andere wirtschaftlich oder seelisch-geistig vernichtet werden. Es kommt zu Anzeigen beim Finanzamt, wobei auch die eigene finanzielle Basis gefährdet wird. Nicht zuletzt kommt es bei diesen Konflikten auch zu erheblichen körperlichen Übergriffen bis hin zu Tötungsdelikten, was dann zu einem völligen Untergang des ehemaligen Partners – oft auch der eigenen Person – führen kann, wie er aus dem Film „Der Rosenkrieg“ bekannt ist.

V. Innensicht

Man hat sich mit den bei Trennung und Scheidung auftretenden Problemen von vielen Seiten kommend befasst, zumal sich Streit und Konflikte während der Ehe nicht als sichere Prädiktoren für das Scheitern einer Beziehung bzw. Ehe herausgestellt haben.

Es wurde in retrospektiven Studien versucht, herauszufinden, welche Bedingungen zum Scheitern der Ehe geführt haben. Neben der Erfassung der subjektiven Meinung der Befragten wurden vor allem auch Kompetenzdefizite erfasst.

Weiter hat die Forschung verschiedene empirisch fundierte Scheidungsmodelle erarbeitet und dabei bestimmte Ehetypen herausgearbeitet und in Relation zur Häufigkeit einer Trennung gesetzt. Die Forschung konnte unterschiedliche Konfliktebenen definieren. Das dem Scheidungsgeschehen am nächsten kommende stress-theoretische Scheidungsmodell stellt den sozialen und emotionalen Rückzug des Partners, der durch unterschiedliche Stressfaktoren bedingt wird, und die daraus entstehende Entfremdung in den Mittelpunkt¹³.

Meistens zeigen sich bei ganz schwierigen Trennungen auf verschiedenen Ebenen Konflikte, was die Dynamik und damit deren Klärung zusätzlich erschwert.

VI. Wie kommt es zur Scheidung und Trennung?

Die Paare sind die Architekten der Familie. Die Qualität der Paarbeziehung beeinflusst die Qualität der späteren Elternbeziehung. Die Beziehungszufriedenheit steht in enger Korrelation mit der Bewältigung täglicher Aufgaben und den Herausforderungen, die an die Familie herangetragen werden.

Ein positives Paarklima korreliert in hohem Maße mit Zusammenhalt, Anregung und zugleich wenig wechselseitiger Kontrolle der Partner. Eine sich gegenseitig unterstützende eheliche Beziehung legt sozusagen ein emotionales Bankkonto für die Partner an, auf dem sich Zuneigung ansammeln kann, von dem aber auch Abhebungen erfolgen. Eine Trennung erfolgt immer dann, wenn das Ehekonto zu sehr belastet wird und die Alternative der Trennung einen höheren Gewinn verspricht.

Gesellschaftliche Faktoren, wie das Scheidungsrecht oder die Berufstätigkeit der Frau, wirken sich entweder erschwerend oder scheidungserleichternd aus, sind aber nicht Ursache für die erhöhten Scheidungszahlen¹⁴.

VII. Ehetypen

Hetherington bestimmte Ehetypen und stellte diese in Relation zur Scheidungshäufigkeit¹⁵. Nach ihrer Klassifikation sind die „Nähesucher-Distanzwahrer“-Ehen am ehesten gefährdet, sich zu trennen. Meist befindet sich die Frau in der Rolle der Nähesucherin und will die Probleme offen ansprechen und im Gespräch klären, während der Mann solchen Auseinandersetzungen lieber aus dem Weg geht und sich einer Kommunikation entzieht. Auch die emotional unverbundene Ehe, die als Zweckehe eingegangen worden ist, um Kinder zu zeugen oder wegen der vermeintlich gewonnenen Sicherheit, des Status wegen oder auch auf Grund von sexueller Anziehung, führt ebenfalls häufig zur Trennung.

Indes bleibt die theatralische Ehe, die dem Muster folgt: „Sie schlügen und sie liebten sich“, relativ stabil. Die zusammenhaltende unabhängige Ehe, in der sich die Partner die Aufgaben relativ gleichmäßig aufteilen, ein großes Maß an persönlicher Unabhängigkeit leben können und in der die Ehe auch als Refugium dient, sich nach einem langen Tag zurückziehen zu können, bleibt am stabilsten, allerdings nicht ganz so stabil wie die traditionelle Ehe, in welcher die Geschlechtsrollen in einem traditionellen Rollenverständnis festgelegt und akzeptiert werden.

VIII. Konfliktebenen

1. Individuelle Ebene

Was die Persönlichkeit des Einzelnen und seine Beziehungskompetenz betrifft, so nützen vor allem soziale Kompetenz, Einfühlungsvermögen und geringe Verletzlichkeit und erhöhen die Beziehungsqualität. Als hohe Risikofaktoren für Trennung und Scheidung haben sich ein hoher Neurotizismuswert und Kompetenzdefizite im Bereich effektiver Kommunikation, der Konfliktregulierung, der Problemlösungsfertigkeiten, sowie der Stressbewältigung herausgestellt.

12 *Glasl*, Konfliktmanagement: Ein Hdb. f. Führungskräfte, Beraterinnen u. Berater, 1999.

13 *Bodemanni/Schaer*, Wie kommt es zu einer Scheidung? Eine Analyse aus psychologischer Sicht, in: *Rumo-Jungo/Pichonnaz* (Hrsg.), Scheidungsrecht: aktuelle Probleme und Reformbedarf, 2008, S. 151-160.

14 *Bodemanni/Schaer*, in: *Rumo-Jungo/Pichonnaz* (o. Fußn. 13), S. 151-160.

15 *Hetherington/Kelly*, Scheidung. Die Perspektive der Kinder, 2003, S. 42.

Neurotizismus (abgeleitet von Neurose) wird als Persönlichkeitsmerkmal verstanden, das eine Person als emotional labil beschreibt. Diese Personen neigen zu Nervosität, beklagen sich oft über körperliche Schmerzen (Kopfschmerzen, Magenbeschwerden, Schwindelanfälle etc.) oder über Ärger und Ängste und reagieren schnell auf Stress. Stressreaktionen klingen bei ihnen langsamer ab.

In einer Kombination aus Kompetenzdefiziten im Bereich effektiver Kommunikation, der Problemlösungsfertigkeiten, sowie der Stressbewältigung wird nachvollziehbar der Boden für Beziehungsunzufriedenheit und unangemessene Konfliktregulierung in der Beziehung bereitet. Der entstehende Stress führt zur verringerten gemeinsamen Zeit, damit zur abnehmenden Kommunikation, zudem deckt Stress problematische Persönlichkeitszüge auf.

Die Beziehungsprobleme werden noch zusätzlich verstärkt, wenn die psychischen Dispositionen einer Persönlichkeitsstörung zu Grunde liegen. Nach einer amerikanischen Untersuchung des National Institut of Health leiden 21,5% der Bevölkerung an einer Persönlichkeitsstörung, wobei die narzisstische Störung bei 6,2% liegt, die Borderline-Störung bei 5,9%, die histrionische Störung bei 1,8%. Es liegt die Vermutung nahe, dass die Persönlichkeitsstörungen zunehmen¹⁶.

Der Anteil dieser relativ therapieresistenten Persönlichkeitsstörungen entspricht zwar dem Anteil der Hochkonfliktfamilien bei Trennung und Scheidung, Persönlichkeitsstörungen sind aber dennoch kein sicherer Prädiktor für Hochkonflikthaftigkeit¹⁷, die im Wesentlichen durch interaktionelle Faktoren und die Art der Trennung bestimmt wird.

2. Interaktionelle Ebene bei Trennung und Scheidung

Zwei Aspekte, die bei einer Trennung zur emotionalen Verletzung führen, sind nach *Johnston* ursächlich dafür verantwortlich, dass in der Folge der Trennung Unversöhnlichkeit entstehen kann. Bei diesen Aspekten handelt es sich um Verlust und Zurückweisung. Wie jemand auf Trennung und Scheidung reagiert, ist abhängig davon, wie er mit diesen Gefühlen umgehen kann.

Verlust bezieht sich auf den Verlust der ehemals geliebten Person, den Verlust des gewohnten und vertrauten Ehelebens, den Verlust der intakten Familie, den Verlust von Überzeugungen, Werten und Träumen, aber auch auf den befürchteten Verlust der Kinder. Der umfanglich drohende Verlust produziert starke Gefühle von Angst, Traurigkeit, Verlassenheit und das Gefühl, allein zu sein, verbunden mit der Furcht, sein Leben nicht mehr gestalten zu können. Wenn jemand mit dem Verlust nicht zurechtkommt, äußert sich diese emotionale Überforderung manchmal in Form von Depressionen, manchmal auch in Form von Wut und Ärger, auch verbunden mit der Hoffnung, die Trennung gegebenenfalls doch noch zu vermeiden. Ist die Trennung dann noch verknüpft mit Ohnmachtsgefühlen, perpetuieren die Konflikte der ehemaligen Partnerbeziehung und alte Verletzungen kommen zusätzlich zum Ausdruck.

Mittels der kämpferischen Auseinandersetzungen wird der Kontakt zum verlassenden Partner aufrechterhalten, wenn auch in einer negativen Art und Weise. Trotz des Kampfes werden Wiedervereinigungsphantasien entwickelt. So kann es vorkommen, dass jemand trotz Näherungsverbot in das Haus seiner Ex-Frau eindringt, um dort nur Blumen zu hinterlassen. Manchmal kommt es zu Gewalthandlungen, nur um wieder Gewalt und Kontrolle über den Partner und damit auch wieder Kontrolle über das eigene Leben zu gewinnen.

Kommen noch Drogen und Alkohol ins Spiel, führt dies häufig zu gewalttätigen Übergriffen bis hin zu ständigen Belästigungen und zu Stalking.

Die Trennung lässt besonders bei emotional instabilen Personen eine überwältigende Hilflosigkeit aufkommen und verursacht panische Angst, die Trennung nicht überleben bzw. nicht allein leben zu können. Diese Personen kämpfen häufig nur dafür, das Gefühl zu spüren oder wieder zu erlangen, dass sie noch am Leben sind. Diese Angst führt auch dazu, dass einige Eltern sich stark an ihr Kind klammern und dieses dringend als Ersatz für den verlorenen Ehepartner benötigen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass es hierbei auch zu heftigen aggressiven Ausbrüchen sowohl gegenüber dem anderen Elternteil als auch dem Kind gegenüber kommen kann.

In Gesprächen fallen diese Personen auch dadurch auf, dass sie kaum über die Situation des Kindes sprechen, da sie über das Kind eigentlich nur oder vor allem Kontrolle über den Partner erzielen und erreichen wollen, dass dieser zu ihnen zurückkehrt.

Die erlebte Zurückweisung als weiterer Aspekt produziert Gefühle von Unterlegenheit, persönlichem Versagen, von Hemmung und Erniedrigung. Die narzisstische Struktur wird verletzt, wenn der Mensch sich erniedrigt erlebt, er kommt sich dann entwertet vor, entwickelt das Gefühl der Beschämung und das Gefühl, sein Gesicht zu verlieren oder verloren zu haben, tritt in den Vordergrund.

Häufig werden bei Trennung und Scheidung bereits früher erlebte Zurückweisungen und Erniedrigungen reaktiviert, wenn z. B. eine Frau schon während der Ehezeit von ihrem Mann als schlechte Mutter bezeichnet wurde. Sie wird nun im Rahmen der Trennung und Scheidung gerade im Hinblick auf das Sorgerecht den Kampf verstärken und wird sich gerade in der Sorgerechtsauseinandersetzung als besonders guter Elternteil darstellen.

Personen, die in ihrem Selbstwert und ihrer Selbsteinschätzung etwas schwächer ausgeprägt sind, werden nun auf Grund der erlebten Zurückweisung ihrerseits versuchen, den anderen Elternteil als inadäquat, unverantwortlich oder als für das Kind gefährlich darzustellen und zu bewerten. Denn wenn der andere Elternteil seinerseits abgewertet wird, ist das erlebte Gefälle zur eigenen Erniedrigung geringer. Um sich zu erhöhen, werden die Unterschiede und wird der Kontrast zum Ex-Partner größer dargestellt. Letztlich geht es vor allem darum, das angeschlagene Selbstwertgefühl zumindest in Teilen wieder aufzubauen.

Im gerichtlichen Verfahren versuchen die emotional Verletzten diese Position ebenfalls durchzusetzen. Ihre aggressive, kämpferische und vom anderen Elternteil oder auch anderen Beteiligten als unfair erlebte Strategie führt häufig dazu, dass sie die Reaktionen und Maßnahmen des Gerichts als weitere Erniedrigungen erleben und meinen, dass alle gegen sie eingestellt und voreingenommen seien.

Sind beide Partner durch die Trennung und Scheidung emotional verletzt und erniedrigt worden, verstärken sie diese Gefühle durch Aktionen und weitere Anklagen bei Gericht. Das Kind wird einbezogen, die Übergaben werden dazu genutzt, um sich gegenseitige Vorwürfe zu machen, man beschuldigt sich der erzieherischen und persönlichen Inkompetenz, die Konflikte münden nicht selten in körperlichen Auseinandersetzungen.

¹⁶ Eddy, New Ways Counseling for the Court (Workshop 29, gehalten am 28. 5. 2009 auf dem AFCC Kongress in New Orleans).

¹⁷ Spindler, Zeitschr. f. KindschaftsR u. Jugendhilfe 2009, 152-156.

Kommt es zu extremeren Reaktionen, dann können auch paranoide Ideen entwickelt werden. Die erlebte Verletzung im Zuge der vom anderen Elternteil herbeigeführten Trennung wird nun dahingehend interpretiert, dass es sich schon bei der Heirat um Betrug und eine geplante Ausbeutung gehandelt habe, es eine schon zu Ehebeginn geplante Verschwörung gegen die eigene Person gegeben habe. Entsprechend sei von langer Hand geplant, dass sich der Partner entziehe, das Haus bekomme, das Kind entfremde und man selbst sozial isoliert sowie finanziell ruiniert werde. Die eigene Lebensgeschichte mit dem Partner wird nun uminterpretiert, die komplette Ehegeschichte wird unter dem Einfluss solcher Vorstellungen umgeschrieben.

Aus dieser Haltung heraus entstehen manchmal die Idee und der Antrieb, nun selbst attackieren und sich verteidigen bzw. auch in den vermeintlichen Kampf einsteigen zu müssen, bevor man selbst vom anderen vernichtet wird. Nun wird der ehemalige Partner mit allen möglichen Klagen überzogen. Es kommt zu Klagen, dass gewalttätige Übergriffe stattgefunden hätten, bis hin, dass sich ein sexueller Übergriff auf das Kind ereignet habe. Der andere Elternteil wird nicht mehr als die Person gesehen, die er war, sondern, da die Geschichte uminterpretiert worden ist, als eine andere Person, der man alles zutraut.

3. Ursachen für ein hohes Konfliktniveau

Selbst bei gravierenden Verlust- und Erniedrigungsgefühlen kommt es in der Regel im Laufe der Zeit zu einem Abklingen der negativen Gefühle. Einige ehemalige Partner bleiben aber lang andauernd in heftige Konflikte verstrickt, die auch vor Gericht fortgesetzt und weiter ausgetragen werden. Die Unfähigkeit der Paare, ihre Konflikte zu befrieden, haben meist zwei Gründe. Der erste Grund liegt im Erbe einer vorangegangenen destruktiven ehelichen Beziehung, der zweite Grund liegt in einer traumatischen Trennung¹⁸.

Bei anhaltenden Konflikten schon während der Ehe haben die Ehepartner gelernt, einander zu provozieren, sie kennen die destruktiven Kommunikationsstrukturen und auch, wie man den anderen ärgern kann. Partner, die zudem ihrer Trennungsabsicht gegenüber ambivalent eingestellt sind, haben erhebliche Schwierigkeiten, die Trennung zu verarbeiten. Einige Partner wollen unbedingt an ihrer idealisierten Ansicht von der Ehe festhalten. Sie sind in einer niemals endenden Suche nach ihren Träumen gewesen. Viele Partner, die den Verlust als traumatisch erleben, haben bereits in ihrer Kindheit Verluste erlitten, sei es durch den Tod eines Elternteils, eines Geschwisterkindes, oder aber anderer, ihnen wichtiger Personen, so dass sie nun den erneuten Verlust psychisch nicht verkraften. Andere haben in ihrer früheren Kindheit Vernachlässigung erlebt. Mit ihrem Partner habe sie dann zum ersten Mal eine emotional positive und zeitweise stabile Bindung erfahren. Manchmal sind sie nur die Ehe eingegangen, um ihre deprivierende Herkunftsfamilie verlassen zu können. Diese, meist erste Beziehung war für sie überwältigend, erotisch, ein großes Liebesexperiment. Man erlebte sich als etwas Besonderes und hatte auch als Paar eine besondere Aufgabe, indem man die Beziehung und Ehe besser leben wollte, als dies die Herkunftsfamilie vorgelebt hatte. Durch die Trennungsabsichten werden ihre Träume in Frage gestellt und sie versuchen daher den Partner mit allen Mitteln wiederzugewinnen, was gegebenenfalls im Laufe der Beziehung schon zu mehreren Beziehungsabbrüchen und Wiedervereinigungen geführt hatte, mit einer sich zugleich verstärkenden Spirale an Konflikten.

Eltern mit dem beschriebenen psychischen Hintergrund wäre ein Wechselmodell oder eine intensive, geteilte Betreuung des Kindes nicht zu empfehlen, da über die gemeinsame Kindes-

betreuung immer wieder Anlässe und Hoffnungen genährt werden, die Ehe oder die Beziehung doch noch fortsetzen zu können.

Besonders erniedrigend werden Trennungen erlebt, die nicht angekündigt wurden und mit dem überraschenden Auszug eines Elternteils bzw. Ehepartners einhergehen. Gelegentlich findet der verlassene Partner eine ausgeräumte Wohnung und eine kurze Notiz vor, manchmal werden akute Lebenskrisen als Anlass für die Trennung genommen, was die Trennung für den zurückgelassenen Elternteil umso belastender werden lässt. In diesem Fall trennt sich der Partner, wenn sich der andere Partner in einer besonders kritischen Lebenssituation befindet, wie Krankheit, Krankenhausaufenthalt, Bekanntwerden einer Schwangerschaft, Geburt des Kindes, Tod eines Elternteils. Diese solchermaßen begründeten Trennungen werden vom verlassenen Partner als besonderer Vertrauensbruch bzw. Vertrauensverlust erlebt. Unter den beschriebenen Umständen kann nun auch die gesamte Beziehungsgeschichte negativ interpretiert werden. Zusätzlich wird der verlassene Partner versuchen, im Kreise seiner Freunde und seiner Familie Bestätigung für sein nun verändertes Urteil und Bild des ehemaligen Partners zu bekommen. Diese veränderte Sicht des früheren Partners wird sich – oft über Jahre – immer mehr festigen und kann sich bis zur Überzeugung steigern, dass die Kinder vor diesem bösen Elternteil gerettet werden müssen. Nacheheliche Solidarität, besonders Unterhaltsleistungen, werden als Zumutung erlebt, da der ehemalige Partner nicht mehr die Person ist, die man einmal geliebt hat.

Für einige Partner tritt die Trennung so überraschend, damit unerwartet und dramatisch ein, dass es in der Folge zu aggressiven Handlungen kommt, obwohl es in der gemeinsamen Ehezeit nie zu Gewalttätigkeiten gekommen war. Kommt es in bestimmten auslösenden Situationen zum Schlagabtausch, werden sie häufig im Nachhinein bedauert. Mit aggressiven Maßnahmen soll der Partner zum Zurückkehren bewegt werden. Die Anlässe, die zum Ausbruch der aggressiven Handlungen führen, können vielfältig sein, z. B. ein letztes Treffen mit dem anderen Elternteil, etwa beim Anwalt, beim Verkauf des Hauses, bei einer Veränderung der elterlichen Sorge, bei einem Wiedersehen des Ex-Partners mit dessen neuem Partner, zufällige Treffen an Feiertagen in der Kirche und anderes.

Meist reagiert der Partner, der verlassen wurde, aggressiv. Aber auch der Partner, der nun das Opfer aggressiver Handlungen geworden ist, reagiert schockiert und erschüttert über das nun zu Tage tretende Verhalten, das bisher völlig uncharakteristisch für den ehemaligen (Ehe-)Partner war. In der Folge wird dieser nun vom verlassenden Partner für verrückt erklärt und weitere aggressive Handlungen werden erwartet. Nun werden auch auf Seiten des verlassenden Partners die früher positiv erlebten Wesenszüge des anderen negativ rekonstruiert und entsprechend uminterpretiert. Der verlassene Partner wird nun seinerseits als prinzipiell gewalttätig angesehen, dessen wahres Gesicht sich nun erst gezeigt hat. Die Folge ist, dass nun beide ihre Beziehung, die früher auf Liebe begründet war, nur noch als Feindschaft und Bedrohung sehen, die zum Zwecke der Verteidigung einen permanenten Kampf notwendig machen.

Die Auswirkungen der traumatischen Trennung werden durch Professionelle verstärkt, sofern sie die Hintergründe des Konflikts nicht erkennen und vor allem, wenn die aggressiven Auseinandersetzungen ausschließlich dem Charakterzug eines der Partner zugeschrieben und nicht als Reaktion auf die Stresssituation erkannt werden.

Ein weiterer wesentlicher, den Konflikt verstärkender Aspekt ist die erweiterte Auseinandersetzung, die dann zu erwarten ist, wenn das Helfersystem und das soziale Netzwerk partei-

18 Johnston/Roseby/Kuehnle (o. Fußn. 4), S. 16 ff.

isch in den Konflikt einbezogen werden. Um Unterstützung zu erhalten, wendet sich ein Partner im Trennungskonflikt zuerst an seine Familie und Freunde. Diese bekommen aber immer nur die negativen Schilderungen zu hören, so dass sich bei ihnen nur eine negative Gegeneinstellung gegenüber dem Expartner entwickelt. In einer falsch verstandenen positiven Absicht wird der/die Freund/in unterstützt und machen ihn/sie damit zum Opfer. Mit Hilfe der Familie, Freunde, der Bekannten und mit diesen zusammen wird ein verzerrter höherer moralischer Anspruch entwickelt, wonach der andere als der Böse und der Verursacher des Konflikts betrachtet wird, der allein zur Verschlechterung der Situation beiträgt und die Möglichkeit hätte, alles besser zu machen, während man selbst immer nur reagiere und keine Konfliktverantwortung trage. Da dem Partner die alleinige Schuld zugeschrieben wird, entwickelt sich, nun auch unterstützt durch das soziale Netzwerk, die Überzeugung, die Kinder vor dem anderen Elternteil retten zu müssen.

Eine große Rolle spielen hier oftmals die Großeltern. Häufig sind die in Trennung befindlichen Eltern dann wieder finanziell abhängig von ihren Eltern bzw. den Großeltern des Kindes, so dass diese einen vermehrten Einfluss auf die Beziehungsgestaltung der Enkelkinder zum getrenntlebenden Elternteil gewinnen. Auch neue Partner der Eltern nehmen Einfluss, wenn sie das Band zum Ex-Partner belasten, entweder um die alleinige Zuneigung zu erhalten oder weil sie meinen, als besserer Elternteil die Kinder vor dem anderen Elternteil schützen zu müssen.

IX. Schluss

Es wurde hier nur die eine Seite der Gerichtsbank betrachtet, und zwar die der von Trennung und Scheidung betroffenen Eltern, und am Rande auch die der Kinder. Nicht behandelt wurde die familiengerichtliche Seite und Vorgehensweise, d. h. ob sich die professionellen Angebote und Kompetenzen reduzierend auf die beschriebenen Partnerkonflikte und zielführend im Hinblick auf eine Einigung der Eltern und das Kindeswohl auswirken.

Bei den Hochkonfliktfamilien sind die bisherigen Interventionsbemühungen nicht immer erfolgversprechend und in ihren Erfolgsaussichten meist nicht vorhersehbar. Häufig sind bei diesen Familien oder einzelnen Beteiligten nur therapeutische Hilfestellungen zielführend, da die tiefgreifenden emotionalen Konflikte nur langfristig und im professionellen Setting zu lösen sind. Aber auch Strukturvorgaben seitens des Gerichts dienen der Orientierung und dem Wohl der Familie, so in Form von Beschlüssen zum Umgang oder Aufenthalt eines Kindes, unter Wahrung und Berücksichtigung des Kindeswohls. Vor allem bei Hochkonfliktfamilien stellen gerichtliche Entscheidungen durchaus sinnvolle psychologische Interventionen dar, bevor in langwierigen Beratungen mit offenem Ausgang versucht wird, den Eltern zur autonomen Regelung zu verhelfen, wobei das Kind oder auch ein Partner fortgesetzten Angriffen ausgesetzt bleibt.

Einige Vorannahmen erschweren zudem die richtige Intervention. Dazu gehört die Annahme, dass eine durch Kompromisse gefundene Gestaltung der Nachtrennungsfamilie prinzipiell besser als eine gerichtlich angeordnete Regelung sei, wofür es vor allem im Hinblick auf die Auswirkung auf das Kindeswohl bisher noch keine Belege gibt¹⁹.

Die Scheidungsforschung belegt durchaus den Gewinn für das Kindeswohl, wenn es den Eltern gelingt, zu einem konfliktfreien und kooperativen Umgang miteinander zu gelangen und dem Kind dabei auch Mitgestaltung einzuräumen. Für viele Familien ist von daher der vom FamFG eingeschlagene Weg durchaus hilfreich und richtig. Es bleibt aber ein Anteil von Familien, für die diese allgemeinen Vorstellungen bezüglich des Kindeswohls und einer angemessenen Intervention nicht passend und weiterführend erscheinen. Aber auch mit diesen Familien hat das Familiengericht zu tun. ■

19 Kostka, Die Praxis d. FamilienR (Bern) (FamPRA.ch) 2009, S. 634-658.

Professor Dr. Volker Lipp, Göttingen*

Ausschluss der Öffentlichkeit: Rechtsprechung im Dunkeln?

I. Einführung

Nach dem durch das FGG-Reformgesetz¹ völlig neu gefassten § 170 GVG sind Verhandlungen, Erörterungen und Anhörungen in Familiensachen sowie in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht öffentlich. Das Gericht kann die Öffentlichkeit zulassen, jedoch nicht gegen den Willen eines Beteiligten. Das Rechtsbeschwerdegericht kann die Öffentlichkeit auch darüber hinaus zulassen, soweit nicht das Interesse eines Beteiligten an der nichtöffentlichen Erörterung überwiegt. In Familiensachen ist die Öffentlichkeit demnach kraft Gesetzes generell ausgeschlossen, sofern nicht das Gericht im Einzelfall unter den genannten Voraussetzungen die Öffentlichkeit zulässt. Heute gilt in Familiensachen statt des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit.

Es scheint erstaunlich, dass diese Neuregelung, soweit ersichtlich, im Rechtsausschuss des Bundestags erstmals kritisch hinterfragt worden ist². Denn die Öffentlichkeit gehört zu den zentralen Strukturprinzipien des gerichtlichen Verfahrens. Die Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes zeigt sich nicht zuletzt darin, dass die Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit in den jeweiligen Verfahrensordnun-

gen durchweg als absoluter Revisionsgrund bzw. als absoluter Rechtsbeschwerdegrund qualifiziert wird³. Daran hat auch das FamFG festgehalten⁴. Darüber hinaus ist der Grundsatz der Öffentlichkeit nach der Rechtsprechung des BVerfG als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips verfassungsrechtlich gewährleistet⁵. Art. 6 I EMRK gibt darüber hinaus jedem Beteiligten einen Anspruch auf ein öffentliches Verfahren.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung der Universität Göttingen.

- 1 Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) vom 17. 12. 2008, BGBl 2008 I, 2586.
- 2 Vgl. Protokoll der 86. Sitzung der 16. Legislaturperiode des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 11. 2. 2008, S. 17 f.; Stellungnahme des Sachverständigen Vorwerk, S. 3, 5 f. (abrufbar unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoeerungen/Archiv/29_FGG_Teil_1/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Prof_Vorwerk.pdf, Stand: 26. 11. 2009).
- 3 Vgl. für die zivilgerichtlichen Verfahren §§ 547 Nr. 5, 576 III ZPO; im Übrigen Schilken, GerichtsverfassungsR, 4. Aufl. (2007), Rdnrn. 195 f.
- 4 § 72 III FamFG, der auch in Ehesachen und Familienstreitsachen gilt (vgl. § 113 I 1 FamFG).
- 5 BVerfGE 103, 44 (63) = NJW 2001, 1633; Grabenwarter/Pabel, in: Grote/Maruhn, EMRK/GG, 2006, Kap. 24 Rdnr. 109.

Wie verträgt sich dieser Anspruch auf ein öffentliches Verfahren mit § 170 GVG, der die Öffentlichkeit unterschiedslos in allen Familiensachen generell ausschließt? Liegen tatsächlich in allen Familiensachen Gründe für den Ausschluss der Öffentlichkeit vor, jedenfalls im Regelfall? Oder muss hier zwischen Verfahrensarten differenziert werden, etwa zwischen den „fG-Familiensachen“ (Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit) und den Familienstreitsachen? Manche fordern z. B., den Ausschluss der Öffentlichkeit im Wege der EMRK-konformen Auslegung auf fG-Familiensachen zu beschränken⁶.

Findet also die Rechtsprechung in Familiensachen künftig nicht mehr im Licht der Öffentlichkeit statt, sondern im Dunkeln? Und bleibt es lediglich dem BGH vorbehalten, einige Lichtpunkte in dieses Dunkel zu setzen? Diese Fragen sollen in vier Schritten untersucht werden. Zunächst ist kurz die Entwicklung des Öffentlichkeitsgrundsatzes in Familiensachen zu schildern (II) und seine Bedeutung im Rahmen des heutigen familiengerichtlichen Verfahrens darzustellen (III). Dann sind die verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben zu beleuchten (IV), um abschließend die Frage nach der künftigen Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes in Familiensachen beantworten zu können (V).

II. Die Entwicklung des Öffentlichkeitsgrundsatzes in Familiensachen

1. Die Reichsjustizgesetze

Die Öffentlichkeit des Verfahrens war eine der großen Forderungen der Prozessrechtsreformer des 19. Jahrhunderts⁷. Mit den Reichsjustizgesetzen wurde die Öffentlichkeit als gerichtsverfassungsrechtlicher Grundsatz in das GVG aufgenommen. In Ehesachen musste das Gericht die Öffentlichkeit ausschließen, wenn eine Partei es beantragte. Unabhängig davon konnte das Gericht die Öffentlichkeit bei Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit ausschließen⁸.

Dies galt freilich nur für die streitige Zivilgerichtsbarkeit. Die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterlagen bis zur FGG-Reform nicht dem GVG, sondern dem FGG. Das FGG enthielt jedoch weder eine Verweisung auf das GVG, noch eine eigene Regelung der Öffentlichkeit. Dem historischen Gesetzgeber standen die Fürsorgesachen als Regelungsmodell vor Augen. Ihm war es daher selbstverständlich, dass in den Fürsorgesachen die Verhandlungen nicht öffentlich seien und die Öffentlichkeit gesetzlich angeordnet werden müsse⁹.

2. Die Entwicklung bis zum FGG-Reformgesetz

Einen zentralen Angelpunkt der weiteren Entwicklung bildet die Einführung der Familiengerichte mit dem Ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts¹⁰. Für ihr Verfahren, d. h. für die so genannten Familiensachen, wurde die Öffentlichkeit nämlich grundsätzlich ausgeschlossen. Öffentlich blieb nur die Verhandlung in den in § 170 S. 2 GVG a. F. enumerativ aufgeführten Unterhalts- und Güterrechtsstreitigkeiten, sofern sie außerhalb des Scheidungsverbands erfolgte. Ausschlaggebend für den Ausschluss der Öffentlichkeit waren einerseits der Persönlichkeitsschutz der Betroffenen, andererseits das Interesse an einem fairen Verfahren („Wahrheitsfindung“)¹¹. Beides trifft freilich in vielen Fällen auch für die weiterhin öffentlich verhandelten Familiensachen zu. Gleichwohl lehnte der Gesetzgeber es ab, auch dort die Öffentlichkeit gesetzlich auszuschließen. Art. 6 I EMRK lasse keinen so weitgehenden generellen Ausschluss zu. Dem Schutz der Persönlichkeit lasse sich im Einzelfall durch den Ausschluss der Öffentlichkeit Rechnung tragen¹².

Für die zahlreichen streitigen Verfahren in familiären Angelegenheiten, die das Gesetz nicht den Familiengerichten zuwies und daher nicht als

Familiensachen qualifizierte, blieb es bei der Zuständigkeit der allgemeinen Zivilgerichte. Unterhaltsansprüche der Eltern gegen ihre Kinder oder zwischen Großeltern und Enkeln oder zivilrechtliche Ansprüche zwischen früheren Ehegatten außerhalb des Güterrechts wurden daher öffentlich verhandelt, sofern nicht die Öffentlichkeit nach den allgemeinen Regeln ausgeschlossen wurde.

An dieser Grundstruktur änderte sich auch nichts, als die Zuständigkeit der Familiengerichte durch die nachfolgenden Reformen ausgeweitet wurde¹³. Nur bei den Lebenspartnerschaftssachen vergaß der Gesetzgeber trotz der angestrebten Gleichstellung mit der Ehe, in § 170 GVG eine entsprechende Ausnahme für isolierte Unterhalts- und Güterrechtsstreitigkeiten einzufügen¹⁴. Im Gegensatz zu den entsprechenden Verfahren zwischen Ehegatten waren sie daher nicht öffentlich.

3. Seitenblick: Entwicklungen in der streitigen Zivilgerichtsbarkeit und in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Dieser kurze Überblick bliebe unvollständig ohne einen Blick auf die Entwicklungen in der streitigen Zivilgerichtsbarkeit und in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dabei geht es nicht nur darum, die Entwicklung des familiengerichtlichen Verfahrens in den größeren Zusammenhang einzuordnen. Wie bereits deutlich geworden ist, gab und gibt es Verfahren, die zwar in der Sache durchaus den Familiensachen vergleichbar, aber keine Familiensachen im technischen Sinne, d. h. nicht den Familiengerichten zugewiesen sind. Für sie gelten daher die allgemeinen Regeln der Öffentlichkeit. Insofern ist die Feststellung bedeutsam, dass die Öffentlichkeit des Verfahrens durch zwei Entwicklungslinien gekennzeichnet ist, die teilweise gegenläufig verlaufen sind.

Zum einen sind die Möglichkeiten des Gerichts, die Öffentlichkeit im Einzelfall auszuschließen, im Interesse des Persönlichkeitsschutzes mehrfach erweitert worden. Ursprünglich war ein Ausschluss nur bei Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit möglich. Die Ausschlussmöglichkeiten wurde mehrfach ausgedehnt und fanden schließlich in § 172 GVG und vor allem in § 171 b GVG ihre heutige Gestalt¹⁵. Nach § 171 b GVG kann die Öffentlichkeit zum Schutz des persönlichen Lebensbereichs eines Beteiligten ausgeschlossen werden, wenn nicht das Interesse an der Öffentlichkeit des Verfahrens überwiegt. Verlangt er den Ausschluss, muss das Gericht dem nachkommen.

Zum anderen ist der Öffentlichkeitsgrundsatz durch verfassungs- und europarechtliche Einflüsse verstärkt worden. Art. 6 I EMRK gewährleistet ein öffentliches Verfahren nicht nur für die streitige Zivilgerichtsbarkeit, sondern auch für viele andere Verfahren, deren Ausgang für Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art bestimmend ist¹⁶, z. B. für Ehe- oder Kindschaftssachen oder in vielen Verfahren der

- 6 Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 4. Aufl. (2009), § 10 Rdnr. 42.
- 7 Feuerbach, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Bd. 1, 1821; Mittermaier, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht*, 1845; dazu Alber, *Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren*, 1974; Fögen, *Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit*, 1974; v. Coelln, *Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt*, 2005, S. 60 ff.
- 8 §§ 170, 171, 173 GVG 1877; vgl. die Motive zum GVG bei Hahn/Stegemann, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, 2. Aufl. (1883), Bd. 1, Abt. 1, S. 174; Protokolle der Kommission bei Hahn/Stegemann, ebd., S. 331 ff.
- 9 Motive zum FGG bei Hahn/Stegemann (o. Fußn. 8), Bd. 7, S. 111 f.; Gaul, in: *Festschr. f. Matscher*, 1993, S. 111, 115 f.
- 10 1. EheRG v. 14. 6. 1976, BGBl I, 1421.
- 11 BT-Dr 7/650, S. 190.
- 12 BT-Dr 7/4361, S. 60.
- 13 Etwa durch die Erweiterung der Zuständigkeit des Familiengerichts für alle Unterhaltsansprüche aus Verwandtschaft und Ehe durch das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) v. 16. 12. 1997, BGBl I, 2942, ber. S. 2946.
- 14 Vgl. BT-Dr 14/3751, S. 56.
- 15 Zur Entwicklung vgl. Gaul, in: *Festschr. f. Matscher* (o. Fußn. 9), S. 124 ff.
- 16 Vgl. Frowein/Peukert, *EMRK*, 3. Aufl. (2009), Art. 6 Rdnr. 16; Grabenwarter, *EMRK*, 3. Aufl. (2008), § 24 Rdnrn. 7 ff.; Peukert, *RabelsZ* 63 (1999), 600 (605 ff.); Gaul, in: *Festschrift f. Matscher* (o. Fußn. 9), S. 126 ff.

freiwilligen Gerichtsbarkeit¹⁷. Verfassungsrechtlich hat das *BVerfG* ganz allgemein die Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens als Verfassungsgrundsatz anerkannt, der einen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips bildet¹⁸. Das *BVerfG* hat vor allem auch die Bedeutung der Medien in diesem Zusammenhang stark betont¹⁹.

III. Öffentlichkeitsgrundsatz nach dem FGG-Reformgesetz

1. Die Entstehung des § 170 GVG n. F.

Mit der Reform wird die Öffentlichkeit in allen Familiensachen generell ausgeschlossen. Unterhalts- oder Güterrechtsstreitigkeiten, die bisher als isolierte Familiensachen öffentlich verhandelt wurden²⁰, sind nunmehr nichtöffentlich. Besonders bedeutsam ist jedoch, dass das FGG-Reformgesetz das lange geforderte „große Familiengericht“ eingeführt hat²¹. Was bisher ein öffentlicher Zivilprozess war, ist nun eine nichtöffentliche Familiensache geworden, z. B. zivilrechtliche Ansprüche zwischen Ehegatten im Zusammenhang mit Trennung und Scheidung, zivilrechtliche Ansprüche aus dem Eltern-Kind-Verhältnis oder aus dem Umgangsrecht gegenüber Dritten. Im Ergebnis wird damit der Öffentlichkeitsgrundsatz für eine große Zahl von zivilrechtlichen Streitigkeiten in sein Gegenteil verkehrt. Aus dem Grundsatz der Öffentlichkeit ist der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit geworden.

Der Gesetzgeber beruft sich darauf, dass die Öffentlichkeit zwar grundsätzlich geboten sei, aber andererseits zum Schutz der Privatsphäre der Beteiligten ausgeschlossen werden könne. Gesetzliche Regel und einzelfallbezogene Ausnahme werden dabei nicht auseinandergelassen. So liest man in der Begründung, dass das Gericht in jedem Verfahren zu prüfen habe, ob das Interesse der Beteiligten am Schutz ihrer Privatsphäre gegenüber dem Grundsatz der Öffentlichkeit überwiege. Das ergab sich jedoch bereits bisher aus § 171 b GVG. Es bleibt daher dunkel, warum die Öffentlichkeit in Familiensachen nunmehr kraft Gesetzes generell ausgeschlossen ist. Ebenso bleibt es das Geheimnis des Gesetzgebers, wieso die von ihm postulierte gerichtliche Prüfung bei schlichtem Widerspruch eines Beteiligten entfällt²².

Die allgemeine Vorschrift des § 170 I GVG ergänzte der Rechtsausschuss des Bundestags in einer späteren Phase des Gesetzgebungsverfahrens durch eine besondere Vorschrift für die Rechtsbeschwerde in Abs. 2. Maßgebend dafür dürfte eine dahingehende Stellungnahme in der Sachverständigenanhörung gewesen sein, die im Interesse der Transparenz der Rechtsprechung die Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung vor dem *BGH* forderte, soweit das Allgemeininteresse dies rechtfertigt²³. Der Gesetzgeber ist dem gefolgt. Der neu eingefügte § 170 II GVG erlaubt die Zulassung der Öffentlichkeit in der Rechtsbeschwerde auch gegen den Willen eines Beteiligten, soweit nicht dessen Interesse an der nichtöffentlichen Erörterung überwiegt²⁴.

2. Öffentlichkeit und mündliche Verhandlung

a) *Grundsatz*. Öffentlichkeit heißt, dass jedermann der Verhandlung vor Gericht beiwohnen kann, gewährleistet also den Zugang der Öffentlichkeit zur gerichtlichen Verhandlung²⁵. Sie setzt daher eine mündliche Verhandlung, eine mündliche Erörterung oder eine mündliche Anhörung voraus²⁶. In einem schriftlichen Verfahren geht es nicht um Öffentlichkeit, sondern um Akteneinsicht²⁷. Die Öffentlichkeit lebt daher von der Mündlichkeit²⁸.

Wegen dieses Zusammenhangs von Öffentlichkeit und Mündlichkeit bestimmen die verfahrensrechtlichen Regelungen über die mündliche Verhandlung, inwieweit in einem Verfahren überhaupt Öffentlichkeit bestehen kann. In Familiensachen muss man hierbei zwischen den Ehesachen und Familienstreitsachen einerseits und den fG-Familiensachen andererseits unterscheiden.

b) *fG-Familiensachen*. In fG-Familiensachen entscheidet das Gericht auf Grund des gesamten Akteninhalts (§ 37 I FamFG)²⁹. Ob es die Sache mit den Beteiligten in einem Termin mündlich erörtert oder sie anhört, entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen (§§ 32 ff. FamFG)³⁰. Eine mündliche Erörterung oder Anhörung ist nur in bestimmten Fällen gesetzlich vorgeschrieben³¹.

In den Rechtsmittelinstanzen gilt grundsätzlich dasselbe³². Das Beschwerdegericht kann jedoch darüber hinaus von einer mündlichen Anhörung oder Verhandlung absehen, wenn sie bereits in der ersten Instanz durchgeführt worden ist und keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind (§ 68 III 2 FamFG)³³. Der *BGH* kann die Rechtsbeschwerde nach § 74 a FamFG ohne mündliche Verhandlung oder Erörterung zurückweisen³⁴.

c) *Ehesachen und Familienstreitsachen*. In Ehesachen und Familienstreitsachen ist das Verfahren hingegen nicht schriftlich, sondern mündlich³⁵. An die Stelle der auf das schriftliche Verfahren gemünzten Vorschriften (§§ 32 ff., 37 FamFG) verweist das FamFG hierfür auf die Regelungen der ZPO (§ 113 I FamFG). Das Gericht hat deshalb grundsätzlich mündlich zu verhandeln und auf Grund dieser mündlichen Verhandlung zu entscheiden (§§ 128 und 286 ZPO)³⁶.

Mündlich ist auch das Rechtsmittelverfahren in Ehe- und Familienstreitsachen, denn das Gesetz verweist insofern auf das erstinstanzliche Verfahren (§§ 68 III 1 bzw. 74 IV FamFG)³⁷. Da das erstinstanzliche Verfahren dem Mündlich-

17 Überblick bei Meyer-Ladewig, EMRK, 2. Aufl. (2006), Art. 6 Rdnr. 8; sowie bei den in Fußn. 16 Genannten.

18 *BVerfGE* 103, 44 (63) = NJW 2001, 1633; Grabenwarter/Pabel, in: *Grottel/Marauhn* (o. Fußn. 5), Rdnr. 109.

19 Vgl. aus jüngerer Zeit *BVerfGE* 103, 44 = NJW 2001, 1633; *BVerfGE* 119, 309 = NJW 2008, 977; Überblick über die Problematik bei Kissel/Mayer, GVG, 5. Aufl. (2008), § 169 GVG Rdnrn. 85 ff.; Müller, NJW 2007, 1617; ausf. etwa v. Coelln (o. Fußn. 7).

20 Vgl. § 170 GVG a. F.

21 BT-Dr 16/6308, S. 164.

22 BT-Dr 16/6308, S. 320.

23 Vgl. o. Fußn. 2.

24 BT-Dr 16/9733, S. 380.

25 *Schilken* (o. Fußn. 3), Rdnr. 154.

26 *Schilken* (o. Fußn. 3), Rdnrn. 161, 163.

27 *Schilken* (o. Fußn. 3), Rdnr. 161.

28 *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl. (2005), § 128 Rdnr. 5; *Gaul*, in: *Festschr. f. Matscher* (o. Fußn. 9), S. 120.

29 *Bumiller/Harders*, FamFG/Freiwillige Gerichtsbarkeit, 9. Aufl. (2009), § 37 FamFG Rdnr. 1; *Bork/Jacoby/Schwab*, FamFG, 2009, § 37 Rdnr. 3; *Ulrich*, in: *MünchKomm-ZPO*, 3. Aufl. (2009), § 37 FamFG Rdnr. 3.

30 *Bork/Jacoby/Schwab* (o. Fußn. 29), § 32 Rdnrn. 1 ff., § 37 Rdnr. 3; *Bumiller/Harders* (o. Fußn. 29), § 32 FamFG Rdnrn. 1 ff.; § 37 FamFG Rdnr. 5.

31 Z. B. in Kindschaftssachen nach §§ 157, 159 ff. FamFG; vgl. aber auch § 34 I Nr. 1 FamFG.

32 *Bumiller/Harders* (o. Fußn. 29), § 68 FamFG Rdnr. 5; *Prütting/Helms/Abramenko*, FamFG, 2009, § 74 Rdnr. 11.

33 Vgl. dazu etwa *Schürmann*, FamRB 2009, 24 (28); *Bork/Jacoby/Schwab/Müther* (o. Fußn. 29), § 32 Rdnrn. 14 ff.

34 § 74 a FamFG hat kein Vorbild im FGG, sondern ist § 552 a ZPO nachgebildet (vgl. BT-Dr 16/9733, S. 358 ff.; *Bork/Jacoby/Schwab/Müther* (o. Fußn. 29), § 74 a Rdnr. 1; *Musielak/Borth*, Familiengerichtl. Verfahren, 2009, § 74 a FamFG Rdnr. 1; *Koritz*, in: *MünchKomm-ZPO* (o. Fußn. 29), § 74 a FamFG Rdnr. 1).

35 Zum rechtlichen Gehalt des Mündlichkeitsprinzips vgl. *Stein/Jonas/Leipold* (o. Fußn. 28), § 128 Rdnrn. 8 f.

36 *Keidel/Weber*, FamFG, 16. Aufl. (2009), § 113 Rdnr. 7.

37 §§ 113 I, 117 FamFG enthalten keine abweichende Regelung. Wie hier *Mawrer*, FamRZ 2009, 465 (476); *Musielak/Borth* (o. Fußn. 34), § 117 FamFG Rdnr. 2; *Prütting/Helms/Feskorn* (o. Fußn. 32), § 117 Rdnrn. 44 (Beschwerde), 71 (Rechtsbeschwerde); unklar jedoch Rdnr. 74 (Rechtsbeschwerde).

keitsgrundsatz folgt, gilt das auch für das Beschwerde- und das Rechtsbeschwerdeverfahren³⁸. Ausnahmen erlauben §§ 117 III, 68 III 2 FamFG und § 74 a FamFG.

d) *Verbund*. Im Verbundverfahren muss über alle Verfahrensgegenstände gemeinsam verhandelt werden (§ 137 I FamFG). Da in Ehesachen und Familienstreitsachen mündlich zu verhandeln ist, erfasst das auch die mit ihnen verbundenen fG-Familienstreitsachen³⁹. Von daher leuchtet es ein, wenn § 170 GVG einheitlich für alle Familiensachen die Öffentlichkeit der Verhandlung ausschließt und umgekehrt allgemein die Möglichkeit eröffnet, die Öffentlichkeit zuzulassen.

3. Öffentlichkeit und Verkündung der Entscheidung

§ 170 GVG schließt die Öffentlichkeit für die mündliche Verhandlung aus, nicht aber für die Verkündung der Entscheidung⁴⁰. Sie bleibt nach § 173 GVG öffentlich, sofern die Öffentlichkeit nicht nach Maßgabe der §§ 171 b, 172 GVG ausgeschlossen wird. Das setzt aber voraus, dass die Entscheidung verkündet wird. Wird sie lediglich bekannt gegeben, greift das Öffentlichkeitsgebot des § 173 GVG nicht ein⁴¹. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften für den Erlass und die Bekanntmachung der Entscheidung bestimmen daher den Umfang der Öffentlichkeit.

Nach den für fG-Familienstreitsachen geltenden allgemeinen Vorschriften des FamFG hat das Gericht die Wahl zwischen der Verkündung des Beschlusses und seiner schriftlichen Bekanntgabe (§§ 38 III 3, 41 FamFG)⁴². Wählt es die Verkündung, muss dies nach § 173 GVG grundsätzlich öffentlich erfolgen, die Bekanntgabe ist dagegen schriftlich und mithin nichtöffentlich.

In Familienstreitsachen ist die Rechtslage dagegen unklar. Zwar ist die Vorschrift über die Bekanntgabe (§ 41 FamFG) nicht anwendbar, wohl aber § 38 FamFG, der von der Wahl zwischen Bekanntgabe und Verkündung ausgeht (§ 113 I FamFG). Auch die Materialien sind mehrdeutig⁴³. Richtigerweise wird man aus der Grundsatzentscheidung des FamFG für die Mündlichkeit in Ehe- und Familienstreitsachen folgern müssen, dass der Beschluss zu verkünden ist⁴⁴, d. h. nach § 173 GVG: öffentlich.

Im Verbund setzt sich die Regelung für Ehesachen im Ergebnis durch: Die Verbundentscheidung ist öffentlich zu verkünden⁴⁵. Das Gericht kann jedoch die Öffentlichkeit nach §§ 173, 171 b, 172 GVG ausschließen.

4. Öffentlichkeit und Rechtsmittel

Verstößt das Gericht gegen den gesetzlich angeordneten Ausschluss der Öffentlichkeit in Familiensachen (§ 170 I 1 GVG), stellt das einen absoluten Rechtsbeschwerdegrund dar (§ 72 III FamFG i. V. mit § 547 Nr. 5 ZPO). Das war bereits für § 170 S. 1 GVG a. F. anerkannt⁴⁶ und gilt auch für die Neuregelung. Gleiches gilt für den umgekehrten Fall, dass das Gericht gegen die gesetzlich angeordnete Öffentlichkeit der Verkündung verstößt und den Beschluss entgegen § 173 I GVG nichtöffentlich verkündet⁴⁷.

Ebenfalls einen absoluten Rechtsbeschwerdegrund bildet der Verstoß gegen die gerichtliche Zulassung oder Ausschluss der Öffentlichkeit (§ 171 I 2 und II GVG bzw. §§ 173, 171 b, 172 GVG), denn hier wird ebenfalls gegen die vorgeschriebene Öffentlichkeit bzw. Nichtöffentlichkeit verstoßen⁴⁸.

Schwieriger ist die Antwort auf die Frage, inwieweit die Entscheidung des Gerichts, ob die Öffentlichkeit ausnahmsweise zugelassen oder umgekehrt: ausnahmsweise ausgeschlossen wird, inhaltlich angegriffen und überprüft wer-

den kann. Das hat man bisher für den Ausschluss der Öffentlichkeit diskutiert⁴⁹, wird man aber künftig auch für die ausnahmsweise Zulassung der Öffentlichkeit in Familiensachen (§ 170 I 2 und II GVG) zu klären haben. Das FGG-Reformgesetz und die Materialien schweigen dazu. Man wird sich deshalb bei der Antwort an den bisherigen Lösungen zu orientieren haben⁵⁰.

Eine selbstständige Anfechtung des Beschlusses über die Zulassung oder den Ausschluss der Öffentlichkeit wird ganz überwiegend abgelehnt⁵¹. Die Beteiligten können den Verfahrensfehler jedoch mit dem Rechtsmittel gegen die Endentscheidung rügen. Dass die Entscheidung über die Öffentlichkeit als solche unanfechtbar ist, steht dem nicht entgegen. Das FamFG enthält keine Regelung, die unanfechtbare Vorentscheidungen von der Überprüfung durch die Rechtsmittelgerichte nach dem Vorbild der §§ 512, 557 II ZPO ausnimmt⁵².

Für die Rechtsbeschwerde kommt es darauf an, ob die Endentscheidung auf der fehlerhaften Entscheidung über die Öffentlichkeit beruht. Denn hier wird nicht die kraft Gesetzes oder Gerichtsbeschlusses bestehende Öffentlichkeit bzw. Nichtöffentlichkeit verletzt; missachtet werden vielmehr die Vorschriften für die gerichtliche Entscheidung über die Öffentlichkeit. Es handelt sich also um einen relativen Rechtsbeschwerdegrund⁵³.

IV. Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben

1. Art. 6 I EMRK

Art. 6 I EMRK garantiert jedermann das Recht, dass das Gericht über „Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ öffentlich verhandelt und das Urteil öffentlich verkündet. Die Öffentlichkeit soll vor Geheimjustiz schützen, Vertrauen in die Rechtsprechung schaffen und ein faires Verfahren sichern⁵⁴. Weil die Öffentlichkeit die Mündlichkeit des Verfahrens voraussetzt, umfasst das Recht auf öffentliche Verhandlung auch den Anspruch

38 Davon ging auch der Gesetzgeber aus, vgl. BT-Dr 16/6308, S. 211; noch deutlicher BT-Dr 16/9733, S. 358.

39 *Prütting/Helms* (o. Fußn. 32), § 137 Rdnr. 13; *Heiter*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 29), § 137 FamFG Rdnr. 20.

40 O. III 2.

41 *Prütting/Helms/Feskorn* (o. Fußn. 32), § 117 FamFG Rdnr. 55.

42 *Keidel/Meyer-Holz* (o. Fußn. 36), § 41 FamFG Rdnr. 14.

43 *Ausf. Prütting/Helms* (o. Fußn. 32), § 116 Rdnr. 12.

44 *Musielak/Borth* (o. Fußn. 34), § 116 FamFG Rdnr. 3; *Prütting/Helms* (o. Fußn. 32), § 116 FamFG Rdnr. 12; *Fischer*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 29), § 116 FamFG Rdnr. 4; a. A. *Schürmann*, FamRB 2009, 24 (29) (für die Beschwerdeentscheidung); zur Mündlichkeit o. III 3 c.

45 *Prütting/Helms* (o. Fußn. 32), § 142 FamFG Rdnr. 7; *Kissel/Mayer* (o. Fußn. 19), § 170 a. F. Rdnr. 8.

46 *Kissel/Mayer* (o. Fußn. 19), § 170 a. F. Rdnr. 9; *Schilken* (o. Fußn. 3) Rdnr. 196.

47 *Kissel/Mayer* (o. Fußn. 19), § 173 Rdnr. 8.

48 *Schilken* (o. Fußn. 3), Rdnr. 196 a. E.

49 Etwa für Ausschluss der Öffentlichkeit bei der Verhandlung nach §§ 171 b, 172 GVG oder bei der Verkündung (§§ 173 II, 171 b, 172 GVG); vgl. dazu *Schilken* (o. Fußn. 3), Rdnr. 196 m. w. Nachw.

50 Vgl. den Überblick bei *Schilken* (o. Fußn. 3), Rdnr. 196 m. w. Nachw.

51 *Kissel/Mayer* (o. Fußn. 19), § 174 GVG Rdnrn. 18 f. m. w. Nachw. auch zur Gegenauffassung. Die in § 171 b III GVG für die dort genannten Fälle ausdrücklich angeordnete Unanfechtbarkeit ist insofern deklaratorisch (*Kissel/Mayer* [o. Fußn. 19], § 171 b GVG Rdnr. 17). Bedeutung erlangt sie im Rahmen des Rechtsmittels gegen die Hauptsacheentscheidung (vgl. u. Fußn. 52).

52 Das betrifft vor allem den Ausschluss der Öffentlichkeit bei der Verkündung nach §§ 173, 171 b GVG, da diese Entscheidung nach § 171 b III GVG unanfechtbar ist, was die Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerde- bzw. Revisionsgericht ausschließt; vgl. *Kissel/Mayer* (Fußn. 19), § 171 b GVG Rdnr. 17, und o. Fußn. 51.

53 Wie hier *Schilken* (o. Fußn. 3) Rdnr. 196.

54 *EGMR*, Urt. v. 24. 4. 2001 – RJD 2001-III No. 39, ÖJZ 2002, 571 Rdnr. 36; *Meyer-Ladewig* (o. Fußn. 17) Art. 6 EMRK Rdnr. 61.

auf eine mündliche Verhandlung⁵⁵. Der Zusammenhang von Öffentlichkeit und Mündlichkeit führt also nicht etwa dazu, dass die Öffentlichkeit nur nach Maßgabe des jeweiligen Verfahrensrechts besteht, sondern begründet umgekehrt das Recht jedes Beteiligten auf eine mündliche Verhandlung⁵⁶.

Die Formulierung „Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ umschreibt den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK. Deshalb ist sie autonom, aus der EMRK heraus zu konkretisieren. Die verfahrensrechtliche Zuordnung in einzelnen Mitgliedsstaaten ist dagegen unerheblich⁵⁷. Art. 6 EMRK gilt daher nicht nur für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne des deutschen Rechts (§ 13 GVG), sondern für alle Verfahren, deren Ausgang für Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art bestimmend ist⁵⁸. In Familiensachen zählen dazu zunächst die Ehe- und Familienstreitsachen, aber auch viele fG-Familien-sachen, in denen das Gericht die Rechte und Pflichten der Beteiligten bestimmt, wie z. B. Kindschaftssachen⁵⁹. Demnach haben die Beteiligten in Familiensachen in der Regel ein Recht auf eine mündliche und öffentliche Verhandlung und auf eine öffentliche Entscheidung.

a) *Öffentliche mündliche Verhandlung*. Art. 6 I EMRK erlaubt Einschränkungen des Rechts auf eine öffentliche mündliche Verhandlung zum Schutz der Moral, der öffentlichen Ordnung oder nationalen Sicherheit, zum Schutz Jugendlicher oder des Privatlebens der Prozessbeteiligten sowie im Interesse der Rechtspflege⁶⁰. Der vom Gesetzgeber angeführte Schutz der Privatsphäre ist daher ein legitimer Grund für die Beschränkung des Rechts auf eine öffentliche mündliche Verhandlung. Die Einschränkung muss aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, d. h. geeignet, erforderlich und angemessen sein⁶¹. Das Gesetz kann die Öffentlichkeit für bestimmte Fallgruppen ausschließen, in denen dies zum Schutz der Privatsphäre typischerweise geboten ist, doch muss das Gericht stets überprüfen können und auch tatsächlich überprüfen, ob dieser generelle Ausschluss im Einzelfall notwendig ist⁶². Dabei sind das Interesse am Schutz der Privatsphäre gegen das Interesse der Öffentlichkeit und die Aufgabe der Rechtspflege abzuwägen⁶³. Der gesetzliche Ausschluss der Öffentlichkeit in Familiensachen durch § 170 GVG ist daher mit Art. 6 I EMRK grundsätzlich vereinbar, weil das Gericht diese Überprüfung vornehmen und im Einzelfall die Öffentlichkeit zulassen kann.

Bedenken begegnet jedoch die Regelung des § 170 I 2 GVG, weil der Widerspruch eines Beteiligten genügt, um die Zulassung der Öffentlichkeit zu verhindern. Das verfehlt die Vorgaben des Art. 6 I EMRK in zweifacher Hinsicht: Zum einen darf das Recht eines Beteiligten auf eine öffentliche mündliche Verhandlung nicht zur Disposition des Gegners stehen. Zum anderen hat das Gericht zu prüfen, ob der Ausschluss der Öffentlichkeit im Einzelfall gerechtfertigt ist. § 170 I 2 GVG ist daher in Einklang mit den Vorgaben des Art. 6 I EMRK dahingehend auszulegen, dass nicht jeder Widerspruch, sondern nur der berechtigte Widerspruch eines Beteiligten die Zulassung der Öffentlichkeit ausschließt.

Das Gesetz steht dem nicht entgegen. Zwar kommt der EMRK der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu, weshalb das FGG-Reformgesetz als späteres Gesetz sich im Prinzip auch damit in Widerspruch setzen kann⁶⁴. Der Gesetzgeber wollte jedoch die Vorgaben der EMRK ausdrücklich beachten und ging zu Recht davon aus, dass das Gericht die Berechtigung des vom Gesetz grundsätzlich angeordneten Ausschlusses der Öffentlichkeit im Einzelfall zu prüfen habe. Die Begründung nennt sogar die einschlägige Entscheidung des EGMR⁶⁵. Sie nimmt lediglich an, dass der Ausschluss

der Öffentlichkeit zum Schutz der Privatsphäre eines Beteiligten bereits dann gerechtfertigt sei, wenn dieser es verlange. Man kann aus diesem Irrtum wohl kaum den Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber mit § 170 I 2 GVG bewusst gegen Art. 6 I EMRK verstoßen wollte. Eine konventionskonforme Auslegung ist daher möglich.

Soweit Art. 6 I EMRK einem Beteiligten demnach ein Recht auf eine öffentliche mündliche Verhandlung gibt, richtet sich der Anspruch nicht nur auf die Öffentlichkeit, sondern auch auf eine mündliche Verhandlung. Das ist vor allem für die fG-Familien-sachen bedeutsam, weil das FamFG dort die mündliche Erörterung oder Anhörung in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts stellt. Dabei hat das Gericht die Vorgaben des Art. 6 I EMRK zu beachten. Verlangt ein Beteiligter eine mündliche Erörterung, darf es dies nur ablehnen, wenn es einer der Ausschlussgründe des Art. 6 I EMRK im konkreten Fall rechtfertigt⁶⁶, z. B. zum Schutz der Privatsphäre in Sorgerechtsverfahren⁶⁷.

b) *Öffentliche Verkündung*. Der Anspruch auf öffentliche Verkündung des Urteils ist in der Rechtsprechung des EGMR zu einem Anspruch auf Veröffentlichung des Urteils geworden. Der EGMR will damit den unterschiedlichen Bekanntmachungsformen in den europäischen Staaten Rechnung tragen. Solange die Entscheidung der Öffentlichkeit bei berechtigtem Interesse auf Antrag zugänglich ist, wird Art. 6 I EMRK in dieser Hinsicht genügt⁶⁸. Insofern bestehen auch gegen die schriftliche Bekanntgabe der Entscheidung in fG-Familien-sachen⁶⁹ keine Bedenken.

c) *Garantie des Rechtsbehelfs*, Art. 13 EMRK. Die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention werden ergänzt durch das Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK. Der EGMR hat bereits mehrfach entschieden, dass dies auch für die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK gilt⁷⁰. Danach muss das jeweilige nationale Recht einen Rechtsbehelf vorsehen, wenn ein Gericht das Recht eines Beteiligten auf eine öffentliche mündliche Verhandlung verletzt.

Das ist gewährleistet, soweit die Entscheidung über die Zulassung der Öffentlichkeit im Rahmen des Rechtsmittels gegen die Hauptsacheentscheidung überprüft werden kann. Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen die Hauptsacheentscheidung unanfechtbar ist. Die Problematik ist mit derjenigen bei der Verletzung des rechtlichen Gehörs vergleichbar. Für die Verletzung dieses Verfahrensgrundrechts sieht das Gesetz als speziellen Rechtsbehelf die Anhörungsrüge nach § 44 FamFG bzw.

55 Grabenwarter/Pabel (o. Fußn. 5), Kap. 14 Rdnrn. 122 f.; Kühne, in: Wolfram, IntKomm-EMRK, Stand: 10. Lfg. (Dez. 2007), Art. 6 Rdnr. 346.

56 Vgl. Schilken (o. Fußn. 3), Rdnr. 163 a. E.; Gaul, in: Festschr. f. Matscher (o. Fußn. 9), S. 120.

57 Meyer-Ladewig (o. Fußn. 17), Art. 6 Rdnr. 4.

58 Vgl. Frowein/Peukert (o. Fußn. 16), Art. 6 Rdnr. 16; Meyer-Ladewig (o. Fußn. 17), Art. 6 Rdnrn. 7, 8; Gollwitzer, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl. (2004), Art. 6 EMRK (Art. 14 IPBR) Rdnr. 22; Gaul, in: Festschr. f. Matscher (o. Fußn. 9), S. 126 ff.

59 Meyer-Ladewig (o. Fußn. 17), Art. 6 Rdnr. 8; vgl. etwa EGMR, NJW 1986, 2176 – Rasmussen, für die Anfechtung der Vaterschaft.

60 Ausf. Grabenwarter/Pabel, in: Grote/Marauhn (o. Fußn. 5), Kap. 14 Rdnrn. 118 ff.

61 Grabenwarter/Pabel, in: Grote/Marauhn (o. Fußn. 5), Kap. 14 Rdnr. 113 ff.

62 EGMR, ÖJZ 2002, 571 Rdnrn. 39 m. w. Nachw.

63 Grabenwarter (o. Fußn. 16), § 24 Rdnr. 79.

64 Grabenwarter (o. Fußn. 16), § 3 Rdnrn. 6 m. w. Nachw.

65 BT-Dr 16/6308, S. 207 f.

66 Grabenwarter (o. Fußn. 16), § 24 Rdnr. 89; Gollwitzer, in: Löwe/Rosenberg (o. Fußn. 58), Art. 6 EMRK (Art. 14 IPBR) Rdnr. 91.

67 EGMR, Ur. v. 14. 2. 2006 – Nr. 45 983/99, ÖJZ 2006, 908 (909) – Kaplan.

68 EGMR, ÖJZ 2002, 571 Rdnrn. 45 ff.; Kühne, in: IntKomm-EMRK (o. Fußn. 55), Art. 6 Rdnr. 355; Grabenwarter (o. Fußn. 16), § 24 Rdnr. 96; Frowein/Peukert (o. Fußn. 16), Art. 6 Rdnrn. 196 f.

69 In Ehe- und Familienstreitsachen sowie im Verbund sind die Entscheidungen dagegen (öffentlich) zu verkünden, vgl. o. III 4.

70 EGMR, NJW 2001, 2694 – Kudla; NJW 2006, 2389 – Sürmeli.

§§ 113 I FamFG i. V. mit § 321 a ZPO vor. Dieser Rechtsbehelf ist auf die Verletzung der Verfahrensrechte aus Art. 6 I EMRK entsprechend anzuwenden⁷¹.

2. Öffentlichkeitsgrundsatz und GG

Das Grundgesetz kennt kein Art. 6 I EMRK entsprechendes Grundrecht auf Öffentlichkeit. Das *BVerfG* hat daher zunächst in zwei frühen Entscheidungen der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung im Strafprozess keine Verfassungsqualität zugemessen⁷². Mittlerweile sieht es die Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen als Element des Rechtsstaatsprinzips und damit als Verfassungsprinzip an und beruft sich in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf Art. 6 I EMRK⁷³.

Der Inhalt und die Schranken des verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsgebots sind vergleichbarer Weise konturiert wie in der EMRK⁷⁴. Im Ergebnis dürfte das Verfassungsprinzip der Öffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens daher nicht über die Gewährleistungen des Art. 6 I EMRK hinausgehen.

Es liegt nahe, den Öffentlichkeitsgrundsatz wegen seines individualschützenden Charakters als grundrechtsgleiches Recht der Verfahrensbeteiligten zu qualifizieren⁷⁵. Folgt man dem, würde der verfassungsrechtliche Justizgewähranspruch einen Rechtsbehelf verlangen, wenn das Gericht dieses Verfahrensgrundrecht verletzt⁷⁶.

V. Die künftige Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes in Familiensachen

Aus den bisher angestellten Überlegungen ergeben sich Folgerungen für die Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes in Familiensachen.

Die Gerichtsöffentlichkeit zählt zu den klassischen Justizgrundrechten und ist in dieser Form heute im deutschen Familienverfahren – zumindest – durch Art. 6 I EMRK gewährleistet. In dieser Funktion sichert sie den zentralen Anspruch der Beteiligten auf ein faires gerichtliches Verfahren, auf eine rechtmäßige und gerechte Entscheidungsfindung und schützt sie vor Geheimjustiz⁷⁷.

Aus dem Individualschutz ergeben sich umgekehrt aber auch Grenzen für diese Öffentlichkeit. Verfahrensbeteiligte haben nicht nur ein Recht auf ein öffentliches Verfahren, sondern auch ein Recht darauf, dass ihre Privatsphäre geachtet und nur in dem notwendigen Maß beeinträchtigt wird. Darüber hinaus kann die Öffentlichkeit die Fairness des Verfahrens gefährden, der sie eigentlich dienen soll. Beide Aspekte rechtfertigen daher Beschränkungen der Öffentlichkeit⁷⁸. Eine Beschränkung bzw. ein Ausschluss der Öffentlichkeit ist nicht nur in sensationellen Strafprozessen geboten, sondern auch in Familiensachen. Das in allen Medien ausgebreitete Scheidungsdrama „Boris gegen Barbara Becker“ oder das Medieninteresse an Kinderschutungsverfahren in Kinderschänderfällen dürften dies illustrieren. „Becker gegen Becker“ zeigt übrigens auch, dass die frühere Differenzierung zwischen nichtöffentlicher Scheidung und öffentlichem Verfahren über vermögensrechtliche Scheidungsfolgen in der Sache kaum überzeugt⁷⁹. Die Aspekte des Individualschutzes sprechen deshalb im Ergebnis dafür, in Familiensachen die Öffentlichkeit regelmäßig auszuschließen und sie im Einzelfall nach richterlicher Prüfung zuzulassen.

Allerdings darf man die Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes nicht auf die Funktion des Individualschutzes verengen. Die Öffentlichkeit hat auch eine institutionelle Funktion⁸⁰. Sie soll das Vertrauen der Allgemeinheit in die Recht-

sprechung sichern und verhindern, wie es das RG einmal formuliert hat, dass die Tätigkeit der Gerichte hinter verschlossenen Türen in ein Dunkel gehüllt und dadurch Missdeutungen und Argwohn ausgesetzt ist⁸¹. Die konstitutive Bedeutung der Öffentlichkeit für die Rechtsprechung ist seit Langem anerkannt. So unterschiedliche Denker wie *Kant* und *Luhmann* stimmen darin überein, dass Gerechtigkeit nicht nur geübt werden darf, sondern auch als solche nach außen hin erscheinen muss⁸². In dieser Tradition steht das Diktum des *BVerfG*, die Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens sei ein wesentliches Element des Rechtsstaats⁸³. Damit verbindet sich zweierlei: zum einen der Gedanke der öffentlichen Kontrolle der Rechtsprechung, zum anderen die Bedeutung der Rechtsprechung für die Verwirklichung und die Fortbildung des Rechts. Die Bedeutung für die Rechtsfortbildung wird insbesondere vor dem *BGH* eine Rolle spielen, dem die Fortbildung des Rechts in besonderer Weise anvertraut ist⁸⁴.

Bei der richterlichen Prüfung, ob die Öffentlichkeit in Familiensachen zuzulassen ist, muss daher neben den Aspekten des Individualschutzes auch die institutionelle Funktion des Öffentlichkeitsgrundsatzes berücksichtigt werden.

Die Öffentlichkeit bzw. die Medien haben Zugang zur Verhandlung, soweit diese öffentlich ist. Das Verfahren findet in der, nicht für die Öffentlichkeit statt. Soweit es um die öffentliche Kontrolle der Rechtsprechung oder um das öffentliche Interesse an der Verwirklichung und Fortbildung des Rechts geht, ist das Informationsinteresse der Öffentlichkeit anzuerkennen. Einen Anspruch eines Bürgers oder der Medien auf die Herstellung der Öffentlichkeit, etwa aus der Informationsfreiheit oder den Medienfreiheiten des Art. 5 GG, hat das *BVerfG* jedoch zu Recht nicht anerkannt⁸⁵.

Beachtet man diese Grundsätze und beschränkt den Ausschluss der Öffentlichkeit auf das Maß, das zum Schutz der Privatsphäre der Beteiligten erforderlich ist, braucht die Rechtsprechung in Familiensachen auch künftig nicht im Dunkeln stattzufinden.

71 Ausf. *Lipp*, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl. (2007), § 567 Rdnrn. 20 ff., 23.

72 *BVerfGE* 4, 74 (94) = NJW 1955, 17; *BVerfGE* 15, 303 (307) = NJW 1963, 757.

73 *BVerfGE* 103, 44 (64) = NJW 1955, 17; *Degenhart*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR V, 3. Aufl. (2007), § 115 Rdnrn. 41 ff.; *Stürner*, JZ 2001, 699 (701).

74 *BVerfGE* 103, 44 (64) = NJW 2001, 1633.

75 *Grabewarter/Pabel*, in: *Grottel/Marauhn* (o. Fußn. 5), Kap. 14 Rdnr. 109. Das *BVerfG* hat dies offengelassen, vgl. *BVerfGE* 103, 44 (63) = NJW 2001, 1633.

76 *BVerfGE* 107, 395 (407 ff.) = NJW 2003, 1924; dazu *Lipp*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 71), § 567 Rdnrn. 20 ff.

77 Vgl. o. IV 1 und IV 2 sowie *Schilken* (o. Fußn. 3), Rdnr. 155; *Walther*, JZ 1998, 1145 (1147); vgl. auch *Wolf*, GerichtsverfassungsR, 6. Aufl. (1987), S. 243.

78 *Kühne*, IntKomm-EMRK (o. Fußn. 55), Art. 6 Rdnrn. 350 ff.; *Grabewarter* (o. Fußn. 16), § 24 Rdnrn. 80 ff.; *Degenhart* (o. Fußn. 73), § 115 Rdnrn. 43 f.

79 *Holzbauer*, ZRP 2001, 87.

80 Eindringlich *Wolf* (o. Fußn. 77), S. 243 (245).

81 *RGSt* 70, 109 (112); zum Vertrauen der Öffentlichkeit *Schilken* (o. Fußn. 3), Rdnr. 155; *Walther*, JZ 1998, 1145 (1148).

82 *Kant*, Zum ewigen Frieden, Ausgabe Königsberg 1795, Anh. II, insbes. S. 92; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, S. 123 f.; vgl. auch *Alwart*, JZ 1990, 883.

83 *BVerfGE* 103, 44 (63) = NJW 2001, 1633; *Degenhart*, in: *Isensee/Kirchhof* (o. Fußn. 73), § 115 Rdnrn. 41 f.; weiterführend v. *Coelln* (o. Fußn. 7), S. 198 ff.

84 Vgl. nur § 70 II FamFG.

85 *BVerfGE* 103, 44 (65) = NJW 2001, 1633; *BVerfGE* 119, 309 (319) = NJW 2008, 977; anders etwa v. *Coelln* (o. Fußn. 7), S. 138 ff., 223 ff.

VI. Zusammenfassung

Das Ergebnis der vorstehenden Überlegungen lässt sich wie folgt zusammenfassen:

1. § 170 GVG n. F. enthält eine völlige Neukonzeption der Öffentlichkeit des Verfahrens in Familiensachen und in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sie umfasst freilich nicht die Verkündung der Entscheidung; hierfür gelten die allgemeinen Regeln der §§ 173, 171 b, 172 GVG.
2. Der generelle Ausschluss der Öffentlichkeit in Familiensachen ist mit den verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben vereinbar, da das Gesetz dem Gericht die Möglichkeit eröffnet, die Öffentlichkeit in bestimmten Fällen zuzulassen. Soweit Art. 6 I EMRK ein Recht auf eine öffentliche mündliche Verhandlung gewährt, richtet sich der Anspruch nicht nur auf die Öffentlichkeit, sondern auch auf eine mündliche Verhandlung.
3. Das Gesetz geht zu Recht davon aus, dass die Nichtöffentlichkeit in Familiensachen zum Schutz der Beteiligten grundsätzlich geboten ist. Die Öffentlichkeit muss jedoch zugelassen werden, wenn die Öffentlichkeit mit Blick auf die Aufgabe der Rechtspflege oder die Informationsinteressen der Allgemeinheit erforderlich ist und ihr kein überwiegendes Interesse eines Beteiligten an dem Schutz seiner Privatsphäre und seiner Persönlichkeit entgegenstehen.

4. Die Zulassung der Öffentlichkeit wird vor allem in der Rechtsbeschwerde vor dem BGH in Frage kommen, da die Rechtsfortbildung vielfach die Öffentlichkeit erfordert (§ 170 II GVG n. F.). Sie kann jedoch auch in der ersten und zweiten Instanz geboten sein. Bedenken begegnet daher die Regelung des § 170 I 2 GVG n. F., da sie die Zulassung der Öffentlichkeit gegen den Widerspruch eines Beteiligten generell ausschließt. Ein solcher Widerspruch ist vielmehr nur anzuerkennen, wenn die Nichtöffentlichkeit zum Schutz der Privatsphäre und der Persönlichkeit eines Beteiligten gerechtfertigt ist.

5. Der Verstoß gegen den gesetzlichen Ausschluss der Öffentlichkeit in Familiensachen (§ 170 I 1 GVG n. F.) oder gegen die gerichtlich angeordnete Öffentlichkeit ist absoluter Rechtsbeschwerdegrund (§§ 72 III FamFG i. V. mit § 547 Nr. 5 ZPO).

6. Die Entscheidung über die Zulassung der Öffentlichkeit (§ 170 I 2 und II GVG n. F.) kann nicht isoliert angefochten werden. Sie ist jedoch im Rahmen des Rechtsmittels gegen die Hauptsacheentscheidung überprüfbar. Bei unanfechtbaren Entscheidungen kann eine Verletzung des Verfahrensgrundrechts auf Öffentlichkeit entsprechend § 44 FamFG bzw. §§ 113 I FamFG i. V. mit § 321 a ZPO gerügt werden. ■

Professor Dr. Christoph Althammer, Konstanz*

Einstweiliger Rechtsschutz und Hauptsache

I. Einführung

Im Familienrecht besteht aus Sicht der Beteiligten häufig ein großes Bedürfnis für rasches gerichtliches Handeln¹. Dies gilt für die Erfüllung existenzieller Grundbedürfnisse des Antragstellers in Unterhaltssachen ebenso wie für Regelungen in Kindschaftssachen, die dem Beschleunigungsgebot (§ 155 I FamFG) unterfallen und auf Grund besonderer Zeitgebundenheit keinen Aufschub dulden². Anders als im übrigen Zivilrecht erlangt im Familienrecht weniger die Sicherung von Rechten Bedeutung als vielmehr die vorläufige inhaltliche Regelung streitiger Rechtsverhältnisse mit gestaltender Wirkung (§ 49 II FamFG) bzw. die vorläufige Befriedigung des Antragstellers³. Der einstweilige Rechtsschutz in Familiensachen stand jedoch bisher im Ruf einer praktisch nur schwer handhabbaren Materie, dies nicht nur wegen der Vielfalt der rechtlichen Instrumentarien, sondern auch wegen der Unübersichtlichkeit der Anwendungsvoraussetzungen⁴. Zu unterscheiden galt es dabei zwischen ZPO- und FGG-Familiensachen und zwischen hauptsacheunabhängigen und hauptsacheabhängigen Verfahren, also zwischen Arrest, einstweiliger Verfügung einerseits und dem äußerst kompliziert geregelten Verfahren der einstweiligen Anordnung nach §§ 127 a, 620 ff., 621 f., 621 g, 641 d ff. und 644 ZPO a. F. andererseits⁵. In isolierten Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit war überdies noch das richterrechtlich geprägte Institut der vorläufigen Anordnung von Bedeutung.

II. Der neue Prototyp der einstweiligen Anordnung im FamFG

Vor diesem Hintergrund sind die Bemühungen des Reformgesetzgebers um eine Neukonzeption des einstweiligen Rechtsschutzes, die die bisherigen Anwendungsschwierigkeiten minimiert, verständlich. Das System des einstweiligen

Rechtsschutzes im FamFG trägt pandektistische Züge. Denn an die Stelle von einstweiliger Verfügung, vorläufiger und einstweiliger Anordnung tritt ein im Allgemeinen Teil des FamFG angesiedelter neuer Prototyp der einstweiligen Anordnung (§ 49 ff. FamFG)⁶. Dieser Grundtatbestand wird jeweils durch sachbezogene Sonderregeln, wie etwa § 119 FamFG für Familienstreitsachen, § 157 III FamFG für Kindschaftssachen, § 246 FamFG für Unterhaltssachen und § 248 in Abstammungssachen, im zweiten Buch modifiziert⁷. § 49 ff. FamFG gelten dabei nicht nur für Familiensachen, sondern auch für die in § 23 a I Nr. 2 GVG genannten Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, also etwa in Nachlass-, Betreuungs- und Unterbringungssachen. Durch die Schaffung des Großen Familiengerichts wird der Anwendungsbereich der einstweiligen Anordnung zudem auch auf einige bisher den Zivilgerichten überantwortete Angelegenheiten erstreckt und die einstweilige Verfügung auf angestammtem Terrain verdrängt. Dies gilt etwa für den Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe. Der Arrest behält nur für Familienstreitsachen (§ 112 FamFG) gewisse

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht mit Schwerpunkt Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Konstanz.

1 Meysen/Baloff, FamFG, 2009, Vorb. § 49 Rdnrn. 1 f.

2 Heilmann, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl. (2010), Bd. 4, FamFG, § 155 Rdnrn. 1 f. Dies gilt insbesondere für Umgangssachen, um eine dem Kindeswohl abträgliche längere Unterbrechung der persönlichen Beziehung zu dem nicht betreuenden Elternteil zu vermeiden, vgl. BT-Dr 16/6308, S. 199.

3 Schwonberg, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 2. Aufl. (2010), § 49 Rdnrn. 14 f.

4 Bernreuther, FamRZ 1999, 74; Gaul, FamRZ 2003, 1137; Soyka, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 2), Vorb. §§ 49 f. Rdnr. 1.

5 van Els FPR 2008, 406.

6 BT-Dr 16/6308, S. 167.

7 Giers, FGPrax 2009, 47.

Bedeutung (§ 119 FamFG). Insgesamt betrachtet muss die Neuregelung also einer nicht besonders homogenen Rechtsmaterie gerecht werden. In Anlehnung an §§ 935 f. ZPO sind in § 49 FamFG die Anwendungsvoraussetzungen der einstweiligen Anordnung für alle Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit einheitlich bestimmt: Diese muss nach den für das materielle Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften gerechtfertigt sein; des Weiteren ist ein dringendes Regelungsbedürfnis erforderlich. Es bedarf somit eines Anordnungsanspruchs (in Amtsverfahren eines Anordnungsbedarfs) und eines Anordnungsgrunds.

III. Der Grundsatz der Hauptsacheunabhängigkeit

Die einstweilige Anordnung ist im FamFG von der Last eines durchzuführenden Hauptsacheverfahrens befreit. Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes soll dadurch übersichtlicher und kostengünstiger werden⁸. Zudem verbindet der Gesetzgeber damit die Erwartung, dass ein Großteil der Hauptsacheverfahren bereits im Vorhinein vermieden wird. Die einstweilige Anordnung rechnet damit nach dessen Intention zu den konfliktvermeidenden Elementen des FamFG. Dieser Strukturwechsel soll näher erläutert werden.

1. Bisherige Rechtslage

Im Zusammenhang mit dem noch isoliert durchzuführenden Eheverfahren sah die CPO von 1877 die Möglichkeit vor, eine einstweilige Verfügung über eine vorläufige Trennung und über die Leistung von Alimenten (§ 584 CPO i. d. F. v. 30. 1. 1877) zu beantragen. Allmählich erfolgte eine Lösung des einstweiligen Rechtsschutzes in Ehesachen von der einstweiligen Verfügung. Den ersten Schritt dazu wagte der nicht Gesetz gewordene Entwurf einer Zivilprozessordnung von 1931, der insoweit allerdings noch von „vorläufigen Anordnungen“ sprach. Die Bezeichnung „einstweilige Anordnung“ und ihre eigenständige Ausgestaltung ist dagegen erst auf das Ehegesetz von 1938 zurückzuführen⁹. Dieses System ist durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) im Jahre 1976 und spätere Einzelgesetze weiter ausgebaut worden¹⁰. Verfahrenselbstständig waren bisher im Familienrecht lediglich die Leistungsverfügung hinsichtlich des Notunterhalts und ein etwaiges Arrestverfahren, während einstweilige Anordnungen stets an ein Hauptsacheverfahren gebunden waren. Dieses Hauptsacheverfahren musste sich nicht zwangsläufig mit dem Anordnungsgegenstand decken. So genügte bei einer einstweiligen Anordnung auf Kindesunterhalt nach § 620 Nr. 4 ZPO a. F. die Anhängigkeit der Scheidungssache oder ein entsprechender Antrag auf Prozesskostenhilfe (§ 620 a II ZPO a. F.), ohne dass im Scheidungsverbund als Folgesache Kindesunterhalt verlangt werden musste¹¹. Hingegen bedurfte es im isolierten Unterhaltsverfahren nach § 644 ZPO a. F. einer kongruenten Unterhaltsklage. Auf ein deckungsgleiches Hauptsacheverfahren wurde auch im Rahmen von §§ 127 a ZPO a. F. und 621 f ZPO a. F. für den Prozesskostenvorschuss verzichtet. Hauptsache konnte also neben einem gleichartigen Verfahren und einem entsprechenden Prozesskostenhilfesuch auch eine Ehesache sein, die den verfahrensrechtlichen Rahmen für die weitere Entwicklung des Anordnungsverfahrens bildete. Das war freilich wenig prozessökonomisch, wenn man bedenkt, dass gerade in Unterhaltssachen viele kostenintensive Hauptsacheverfahren nur anhängig wurden, um eine Eilentscheidung zu erwirken¹². Im Ergebnis hatte sich der familienrechtliche einstweilige Rechtsschutz in Gestalt der einstweiligen Anordnung zu einem eigenständigen, von der einstweiligen Verfügung gelösten Institut entwickelt.

2. Systemwechsel

Im FamFG hat sich der Gesetzgeber gewissermaßen auf die historischen Wurzeln des einstweiligen Rechtsschutzes für Ehesachen in der CPO besonnen. Wenngleich für das Familienrecht die einstweilige Verfügung formell verabschiedet wurde, ist eine ihrer wichtigsten Eigenschaften, ihre Selbstständigkeit, aufgegriffen worden. Dies trägt zur Vereinheitlichung des einstweiligen Rechtsschutzes über die Grenzen der Verfahrensordnungen im Zivilrecht bei¹³.

Gemäß § 51 III FamFG bleibt das Anordnungsverfahren auch autark, wenn das Hauptsacheverfahren anhängig wird. In der Gesetzgebung wird der Systemwechsel allein mit ökonomischen Gründen und der erwünschten Verfahrensautonomie, aber nicht mit der Kompliziertheit der bisherigen Regelung begründet¹⁴. Gerade Abgrenzungsfragen wie die Konkurrenz zwischen § 620 Nrn. 4, 6 und § 644 ZPO a. F. bei gleichzeitiger Anhängigkeit einer Ehesache bzw. einer selbstständigen Unterhaltssache stellen sich nun nicht mehr. Überhaupt bedeutet die Emanzipation des einstweiligen Rechtsschutzes von der Ehesache einen wesentlichen Fortschritt. § 248 FamFG durchbricht für Abstammungssachen das Prinzip der Hauptsacheunabhängigkeit nur vordergründig, wenn für die Einforderung des Unterhalts die Anhängigkeit des Vaterschaftsfeststellungsverfahrens verlangt wird. Denn auch hier gerät das Anordnungsverfahren nicht zum bloßen Annex, sondern wird selbstständig durchgeführt.

IV. Praktische Folgen der Hauptsacheunabhängigkeit

Die praktischen Folgen der Hauptsacheunabhängigkeit sind erheblich.

1. Verfahrensautonomie

Der Antragsteller verfügt über ein *ius variandi*, sein Begehren alternativ oder kumulativ im Anordnungsverfahren und im Hauptsacheverfahren zu verfolgen¹⁵. Ein zeitlich früher eingeleitetes Anordnungsverfahren steht einer Hauptsacheentscheidung niemals entgegen, weil ihre Gegenstände auf Grund des lediglich summarischen Charakters der einstweiligen Anordnung (§§ 49 ff. FamFG) nicht übereinstimmen. Den Gefahren einer doppelten Titulierung kann gem. § 767 ZPO (i. V. mit § 120 FamFG) mit einer Vollstreckungsgegenklage begegnet werden. Aus der Selbstständigkeit folgt zudem, dass Verfahrenskostenhilfe zugleich sowohl für das Anordnungs- als auch das Hauptsacheverfahren beantragt werden kann. Bisher war allerdings die Rechtsverfolgung im ordentlichen Verfahren als mutwillig angesehen und die staatliche Unterstützung automatisch versagt worden, wenn bereits eine vollstreckbare einstweilige Anordnung (etwa in Unterhaltssachen) existierte. Da nach dem Wortlaut von § 52 I 1 FamFG „das Gericht auf Antrag eines Beteiligten das Hauptsacheverfahren einzuleiten“ hat, kann an dieser Praxis aber wohl kaum festgehalten werden¹⁶.

8 BT-Dr 16/6308, S. 199; *Bruns*, FamFR 2009, 8.

9 *Cranz*, JR 1949, 331.

10 Vgl. *Sedemund-Treiber*, in: *Johannsen/Henrich*, EheR, 4. Aufl. (2003), Vorb. §§ 620 ZPO Rdnr. 1.

11 *van Els*, FPR 2008, 406 (407).

12 *van Els*, FPR 2008, 406.

13 BT-Dr 16/6308, S. 199; *Gießler*, FPR 2006, 421 (422).

14 *van Els*, FPR 2008, 406 (407 f.).

15 *Schwonberg*, in: *Schulte-Bunert/Weinreich* (o. Fußn. 3), § 51 Rdnr. 3.

16 Vgl. auch die Empfehlungen des Vorstands des 18. Deutschen Familiengerichtstags e. V., S. 7, http://www.dfgt.de/DFGT_2009/Arbeitskreise/Empfehlungen_18DFGT.pdf; a. A.: *Markwardt*, in: *Johannsen/Henrich*, FamilienR, 5. Aufl. (2010), § 114 ZPO Rdnr. 23.

2. Kostenentscheidung

Der Selbstständigkeit des Anordnungsverfahrens entspricht als sichtbares äußeres Zeichen das Erfordernis der eigenen Kostenentscheidung (§ 51 IV FamFG). Auch für die Rechtsanwaltsvergütung sind einstweilige Anordnung und Hauptsache nach § 17 Nr. 4 lit. b RVG als verschiedene Angelegenheiten anzusehen. § 41 des Gesetzes über Gerichtskosten in Familiensachen (FamGKG) berücksichtigt für den Gegenstandswert, dass eine Regelung im Wege der einstweiligen Anordnung nur einen vorläufigen Rechtsschutz bietet, so dass ihr Wert auf die Hälfte zu ermäßigen ist, was auch über § 23 I 2 RVG gilt¹⁷. Wenn die einstweilige Anordnung aber nunmehr auch ohne Einleitung eines Hauptsacheverfahrens erlassen werden kann, ist es denkbar, dass sie mitunter den Arbeitsaufwand einer Hauptsache erfordert, insbesondere, wenn sie diese erübrigen soll. Dann erscheint die Ermäßigung nach § 41 FamGKG nicht immer sachgerecht.

3. Hauptsachevermeidung und Konfliktbegrenzung

a) *Wegfall des Anwaltszwangs*. Der Gesetzgeber verbindet mit der Neuregelung die m. E. etwas unrealistische Vorstellung¹⁸, dass sich mit der Durchführung des Anordnungsverfahrens eine Vielzahl von Hauptsacheverfahren vermeiden ließe. Zuzugeben ist, dass auch aus der bisherigen Praxis Fälle bekannt sind, in der die Beteiligten die einstweilige Regelung dauerhaft anerkennen¹⁹. Im Ergebnis hängt diese Akzeptanz aber stark von der jeweiligen Rechtsmaterie ab. So ist Rechtsfrieden durch einstweilige Maßnahmen in Gewaltschutzsachen oder Sorgerechtsangelegenheiten einfacher zu erreichen als in Unterhaltssachen. Wenn die Beteiligten auf die Einleitung eines ordentlichen Unterhaltsverfahrens verzichten und sich mit einstweiligem Rechtsschutz begnügen, senkt dies zwar die Verfahrenskosten, die erstrittene Entscheidung ist jedoch nicht rechtskraftfähig²⁰. Der vorläufige Titel kann vielmehr jederzeit nach § 54 FamFG abgeändert werden. Gläubiger und Schuldner sind gerade im Unterhaltsrecht auf eine gewisse Titelstabilität angewiesen, die trotz § 238 FamFG am besten im Erkenntnisverfahren zu erreichen ist. Die ökonomischen Vorteile einer hauptsachevermeidenden Anordnung sind demgegenüber oft nicht so entscheidend²¹.

Bedenklich ist zudem die Tatsache, dass für das einstweilige Anordnungsverfahren nach § 114 IV Nr. 1 FamFG kein Anwaltszwang mehr besteht, obwohl die vorläufige Entscheidung doch faktisch abschließender Natur sein soll, so dass es zu einer Überprüfung im Hauptsacheverfahren – im Optimalfall – nicht mehr kommt. Bedürfen die Beteiligten wie in Familienstreitsachen nach § 114 I FamFG aber anwaltlichen Beistands, sollte für das Anordnungsverfahren nichts anderes gelten. Für Unterhaltssachen ist der Anwaltszwang gerade durch das FamFG eingeführt worden. Wenn die Gesetzesbegründung suggerieren will, der Verzicht auf den Anwaltszwang entspreche für die einstweilige Anordnung bereits geltender Rechtslage²², ist dies schlicht unzutreffend. Bisher war ein Rechtsbeistand lediglich für die Beantragung der einstweiligen Anordnung entbehrlich, jedoch nicht für die mündliche Verhandlung. Die daraus für den Antragsgegner resultierenden Gefahren sind gerade in Unterhaltssachen nicht zu vernachlässigen. Zum einen muss der Antragsteller eine besondere Dringlichkeit der Angelegenheit wegen § 246 FamFG nicht mehr behaupten. Zum anderen kann der in Anspruch Genommene zwar die Aufhebung der Anordnung nach § 54 FamFG beantragen oder negative Feststellungsklage erheben, jedoch wird ein rechtlicher Laie einen richterlichen Beschluss nicht selten anstandslos akzeptieren²³. Auch

die Tatsache, dass das Gericht nach § 52 II FamFG auf Antrag des Gegners eine Frist zur Einleitung des Hauptsacheverfahrens setzen kann, hilft nicht weiter, wenn ein solcher Antrag nicht gestellt wird. Etwaige Kondiktionsansprüche des Antragsgegners sind vor dem Hintergrund von § 818 III BGB nicht viel wert, da § 241 FamFG für das Anordnungsverfahren nicht gilt. Einen praktischen Ausweg im Bereich der Verfahrenskostenhilfe bietet allerdings die Beordnung eines Rechtsanwalts nach § 78 II FamFG, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage erforderlich ist²⁴. Erstaunlicherweise besteht dagegen für die eher ungefährlichen Arrestverfahren (§ 119 II FamFG) bei Anberaumung einer mündlichen Verhandlung weiterhin Anwaltszwang, da diese nicht von § 114 IV Nr. 1 FamFG erfasst sind.

b) *Zielkonflikt mit dem Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache*. Durch eine einstweilige Anordnung darf lediglich eine vorläufige Maßnahme getroffen werden, durch die ein bestehender Zustand gesichert oder vorläufig geregelt wird. Erst das Hauptsacheverfahren schafft die endgültige Entscheidung, die auch zum Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung nach § 56 FamFG führt. § 246 FamFG ermöglicht in Ausnahme hiervon nun die Zuerkennung des vollen Unterhaltsanspruchs²⁵. Darin liegt ein bedeutender praktischer Unterschied: Denn mit der bisherigen Leistungsverfügung (analog § 940 ZPO) konnte nur der begrenzte Notunterhalt verfolgt werden. Hingegen bleibt es in Versorgungsausgleichssachen bei dem traditionellen Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache. Eine einstweilige Anordnung kann zwar auch über den Anspruch auf eine schuldrechtliche Ausgleichsrente nach §§ 20 bis 22 VersorgungsausgleichsG (VersAusglG) ergehen, jedoch darf nach der Gesetzesbegründung zum Versorgungsausgleichsgesetz nur eine Notrente zugesprochen werden²⁶. Im Übrigen unterliegt das Vorwegnahmeverbot in Familiensachen Modifikationen, die sich aus der jeweiligen Sachmaterie ergeben. Gerade in personenrechtlichen Angelegenheiten werden häufig Entscheidungen über zeitgebundene Rechte getroffen, mit denen partiell die Hauptsache vorweggenommen wird²⁷. Wie gesehen, entspricht es sogar dem ausdrücklichen Wunsch des Gesetzgebers, dass durch die einstweilige Maßnahme der Streit endgültig beseitigt wird. Durch diese faktische Vorwegnahme der Hauptsache ergibt sich ein gewisser Zielkonflikt²⁸, der in der Praxis nicht immer leicht aufzulösen ist. Nicht zwingend erforderlich ist deswegen, dass das Gericht hinsichtlich eines Umgangsrechts nur eine befristete Regelung trifft. In Kindschaftssachen fordert § 155 I FamFG aber ohnehin ein beschleunigtes Vorgehen des Gerichts. Eine einstweilige Anordnung, die noch dazu weniger beständig ist, wäre, von den Fällen des §§ 156 III, 157 III FamFG abgesehen²⁹, nur dann von Vorteil, wenn die im Hauptsache-

17 van Els, FPR 2008, 406 (409).

18 BT-Dr 16/6308, S. 201. Dazu Vorwerk, FPR 2009, 8 (10).

19 Horn dasch/Vieffhues, FamFG, 2009, § 49 Rdnrn. 30 f.

20 Vorwerk, FPR 2009, 8 (9).

21 Schwonberg, in: Schulte-Bunert/Weinreich (o. Fußn. 3), Vorb. §§ 49 ff., Rdnr. 7.

22 BT-Dr 16/6308, S. 223 f.

23 In diesem Sinn auch die Stellungnahme des DAV Nr. 42/2006, S. 7, www.anwaltverein.de. Im Referentenentwurf des FGG-Reformgesetzes war indes noch nicht vorgesehen, dass das Gericht auf Antrag des Antragsgegners eine Frist zur Einleitung des Hauptsacheverfahrens setzt, wie dies nun § 52 II FamFG gestattet. Dennoch bleiben Bedenken gegen den Verzicht auf den Anwaltszwang bestehen.

24 Vorwerk, FPR 2009, 8 (9).

25 Dötsch, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 2), § 246 Rdnr. 3.

26 BT-Dr 16/10 144, S. 92.

27 Schwonberg, in: Schulte-Bunert/Weinreich (o. Fußn. 3), § 49 Rdnr. 7.

28 Musielak/Borth, FamFG, 2009, § 49 Rdnr. 2 für Kindschaftssachen.

29 Hierzu Heistermann, FF 2009, 281.

verfahren verbindliche Einmonatsfrist (§ 155 II FamFG) deutlich unterschritten würde. Dies geht aber häufig zu Lasten des Kindes. Denn die kurzfristig zu Stande gekommene einstweilige Anordnung kann den Streit unter den Beteiligten eher vertiefen als eine gründlich erwogene Hauptsacheentscheidung³⁰.

V. Fortbestehender Hauptsachenexus

Trotz der gelungenen verfahrensrechtlichen Emanzipation des Anordnungsverfahrens vom Hauptsacheverfahren bestehen weiterhin Verbindungen, wie §§ 50, 51, 52 und 56 FamFG zeigen. Diese sind auch stärker als bisher materiellrechtlich begründet³¹.

1. Zuständigkeitsrechtlicher Gleichlauf, § 50 FamFG

Zunächst existiert aus Gründen der Sachnähe ein gewisser zuständigkeitsrechtlicher Gleichlauf³². § 50 FamFG differenziert danach, ob ein Hauptsacheverfahren bereits anhängig ist oder nicht. Nach § 50 I 1 FamFG entscheidet mangels anhängiger Hauptsache die hypothetische Hauptsachezuständigkeit (vgl. auch §§ 919, 937 ZPO). Auf Grund der Selbstständigkeit des Anordnungsverfahrens wird eine eigene Zuständigkeitsprüfung erforderlich. Wegen des Grundsatzes der perpetuatio fori (§ 2 II FamFG) ist damit nach Anhängigkeit des Anordnungsverfahrens nach § 50 I 1 FamFG ein Auseinanderfallen von Hauptsache- und Anordnungszuständigkeit denkbar, wenn ein Wohnsitzwechsel stattfindet³³. Jedoch spricht nichts dagegen, die Abgabe der einstweiligen Anordnung nach § 4 FamFG an das Gericht der Hauptsache zu gestatten. Nach § 50 I 2 FamFG befindet bei anhängiger Hauptsache das angerufene Forum auch über die einstweilige Anordnung³⁴. Dies gilt selbst dann, wenn dieses Gericht in Wahrheit örtlich oder sachlich unzuständig sein sollte³⁵. Zwischen dem Gegenstand des Hauptsacheverfahrens und der einstweiligen Anordnung muss aber stets ein unmittelbarer Sachzusammenhang bestehen³⁶. Die thematische Nähe zwischen elterlicher Sorge und Umgangsrecht genügt hierfür nicht³⁷. Dagegen ist eine Teilidentität ausreichend, wie sie zwischen der einstweiligen Klärung des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Kindes und der Regelung der elterlichen Sorge im Hauptsacheverfahren (§ 1671 BGB) besteht. § 50 II FamFG lockert hingegen entsprechend § 942 ZPO den Bezug zur Hauptsache und gestattet die Beantragung einer einstweiligen Anordnung auch dort, wo ein dringendes Bedürfnis besteht. Nach der Reform bilden Ehesachen nicht mehr den verfahrensrechtlichen Rahmen für die Durchführung des Anordnungsverfahrens. Dennoch dienen diese auch im FamFG der Verfahrenskonzentration. Einige Zuständigkeitsvorschriften wie §§ 232 I Nr. 1 oder 152 I, 200 Nr. 1, 218 FamFG knüpfen unmittelbar an die Rechtsabhängigkeit des Scheidungsverfahrens an, was über § 50 I 1 FamFG auch für die einstweilige Anordnung (§ 246 FamFG) gilt.

2. Verfahrensdurchführung und Übernahme von Verfahrensergebnissen

Nach § 51 I FamFG wird die einstweilige Anordnung nur dann auf Antrag erlassen, wenn auch ein entsprechendes Hauptsacheverfahren auf Antrag eingeleitet würde. Diese Differenzierung findet sich auch in § 54 I FamFG. In amtswegigen Verfahren kann hingegen nicht nur die Hauptsache, sondern auch die einstweilige Anordnung von Amts wegen ergehen (vgl. §§ 156 III, 157 III FamFG), wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt³⁸. Dies war bisher auf Grund des abweichenden Gesetzwortlauts streitig. Das Anordnungsverfahren selbst richtet sich nach den Vorschriften über das

Hauptsacheverfahren, soweit nicht die Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes entgegenstehen, § 51 II FamFG. Das Gericht kann ohne die nur in Ehe- und Familienstreitverfahren vorgeschriebene mündliche Verhandlung (§ 113 I 2 FamFG i. V. mit § 137 ZPO) entscheiden (§ 51 II 2 FamFG). Nach § 51 III 2 FamFG darf aus ökonomischen Gründen von einzelnen Verfahrenshandlungen im Rahmen der Hauptsache abgesehen werden, wenn diese bereits im Verfahren der einstweiligen Anordnung erfolgten und von einer erneuten Vornahme keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind. Da das Anordnungsverfahren zwar selbstständig, aber weiter summarischer Natur ist, resultieren gewisse Bedenken aus einer vorschnellen Übernahme von Präjudizien in das Hauptsacheverfahren, die die Beteiligten überraschen³⁹. Folglich ist von dieser richterlichen Kompetenz zurückhaltender Gebrauch zu machen als von der Parallelvorschrift des § 68 III FamFG. § 51 III FamFG enthält ohnehin keine Möglichkeit, von notwendigen Terminen (§ 155 II FamFG) abzusehen.

3. Verfahrenskontrolle durch erzwingbares Hauptsacheverfahren, § 52 FamFG

Nach der Gesetzesbegründung soll die neue Selbstständigkeit der einstweiligen Anordnung keine Verringerung des Rechtsschutzes zur Folge haben, weil das Hauptsacheverfahren nach § 52 I 1 FamFG eingeleitet werden kann⁴⁰. Dabei entscheidet in amtswegigen Verfahren das Gericht selbst über seine Einleitung, wenngleich sich dies nicht unmittelbar dem Wortlaut der Vorschrift, wohl aber seiner Begründung entnehmen lässt⁴¹. Gerade in Kindschaftssachen sollte sich das Gericht im Zweifel für eine Überprüfung der Anordnung im Hauptsacheverfahren entscheiden, auch wenn sich die Beteiligten allem Anschein nach damit zufriedengeben. Denn sie besitzen keine Dispositionsbefugnis über das Verfahren. Auf Antrag eines Beteiligten ist das Hauptsacheverfahren nach § 52 I 1 FamFG sogar stets einzuleiten. Das Gericht verfügt aber nach S. 2 über die Möglichkeit, eine Wartefrist zu setzen, damit die Beteiligten nicht vorschnell in das Hauptsacheverfahren drängen. Aktuell hat der 18. Deutsche Familiengerichtstag im September 2009 jedoch mit Blick auf das Beschleunigungsgebot des § 155 I FamFG zu Recht angeordnet, § 52 I 2 FamFG für amtswegige Kindschaftssachen unangewendet zu lassen⁴². Eine Wartefrist sollte somit insbesondere in Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls (§ 1666 BGB) nicht festgesetzt werden. Die Vorschrift ist gerade außerhalb vermögensrechtlicher Ansprüche rechtspolitisch bedenklich, wenn hierdurch ein möglicher rechts-

30 Horndasch/Viefbues (o. Fußn. 19), § 49 Rdnr. 28.

31 Mayer, in: *Johannsen/Henrich* (o. Fußn. 16), § 246 Rdnr. 8.

32 Dose, *Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen*, 2. Aufl. (2005), Rdnr. 22.

33 Horndasch/Viefbues (o. Fußn. 19), § 51 Rdnr. 19; Schürmann, *FamRB* 2008, 377.

34 Dafür genügt der Eingang des Hauptsacheantrags bei Gericht oder ein Gesuch auf Verfahrenskostenhilfe, ohne dass der Antrag zugestellt oder der Gerichtskostenvorschuss nach § 14 FamGKG bezahlt sein müsste.

35 Bis zur Verweisung nach §§ 3, 4 FamFG oder § 281 ZPO bleibt das Hauptsachegericht zuständig. Dies gilt auch, wenn eine Abgabe nach §§ 123, 153, 202, 233, 263, 268 FamFG an das Gericht der Ehesache bisher nicht stattgefunden hat.

36 *OLG Rostock*, *FamRZ* 2004, 476 = *BeckRS* 2010, 03791; *Schwonberg*, in: *Schulte-Bunert/Weinreich* (o. Fußn. 3), § 50 Rdnr. 3.

37 *OLG Frankfurt a. M.*, *FamRZ* 1992, 579.

38 *BT-Dr* 16/6308, S. 201.

39 Horndasch/Viefbues (o. Fußn. 19), § 51 Rdnr. 27.

40 *BT-Dr* 16/6308, S. 199.

41 *BT-Dr* 16/6308, S. 201; *Giers*, *FGPrax* 2009, 51.

42 Vgl. die Empfehlungen des Vorstands des 18. Deutschen Familiengerichtstags e. V., S. 4, http://www.dfgt.de/DFGT_2009/Arbeitskreise/Empfehlungen_18DFGT.pdf.

widriger Zustand aufrechterhalten wird. Insoweit erscheinen verfahrensökonomische Argumente verfehlt. In Antragsverfahren kann der betroffene Antragsgegner nach § 52 II FamFG beantragen, dass dem Beteiligten, der die einstweilige Anordnung erwirkt hat, unter Fristsetzung aufgegeben wird, einen Antrag zur Hauptsache zu stellen. Dies entspricht § 926 ZPO. Ausreichend soll nach dem Wortlaut des Gesetzes auch ein Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe sein. Allerdings wäre, um Missbrauch durch den Antragsteller zu verhindern und das Hauptsachverfahren nicht in der Schwebe zu halten, zu verlangen, dass auch der nach § 14 I FamGKG für die Zustellung der Antragschrift erforderliche Gerichtskostenvorschuss innerhalb der Frist begeben wird⁴³.

Dies betrifft insbesondere Familienstreitsachen. Allgemein erscheint bedenklich, dass ein Antrag auf Verfahrenskostenhilfe für die Fristwahrung genügt, obgleich die bestandskräftige Entscheidung hierüber häufig viel Zeit in Anspruch nehmen kann. Nach dem Versprechen der Gesetzesbegründung sollte der Rechtsschutz des Antragsgegners gegen eine einstweilige Anordnung durch die Möglichkeit der Erzwingung des Hauptsachverfahrens ausreichend gewahrt und deren verfahrensmäßige Selbstständigkeit unbedenklich sein. Die Anordnung selbst ist mit der Beschwerde nach § 57 nur eingeschränkt im Falle einer mündlichen Verhandlung anfechtbar⁴⁴.

4. Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung

Eine gewisse Hauptsacheabhängigkeit der Anordnung, die zeitlich befristet werden kann, besteht weiter über § 56 I FamFG. Sie tritt durch das Wirksamwerden einer anderweitigen Regelung in der Hauptsache außer Kraft. Dies gilt in Familienstreitsachen jedoch nur, wenn das Erkenntnisverfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen ist, womit die bisherige Rechtsprechung des *BGH*⁴⁵ in Unterhaltssachen kodifiziert und ausgeweitet wird. Ausgenommen sind solche Entscheidungen, deren Wirksamkeit zu einem späteren Zeitpunkt eintritt, wie Entscheidungen in Folgesachen, die nach § 148 FamFG nicht vor Rechtskraft des Scheidungsanspruchs wirksam werden (vgl. weiterhin auch § 237 IV FamFG). Das neue Erzwingungsverfahren nach § 52 FamFG verdrängt im Übrigen nicht einen negativen Feststellungsantrag, mit dem eine anderweitige Regelung in der Hauptsache herbeigeführt werden kann⁴⁶. In Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden, führt die Rücknahme des Hauptsacheantrags zum Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung (§ 56 II Nr. 1 FamFG). Gleiches gilt bei Erledigung der Hauptsache (§ 56 II Nrn. 3 und 4 FamFG) und rechtskräftiger Abweisung des Antrags in der Hauptsache (§ 56 II Nr. 2 FamFG)⁴⁷. Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage hat die Rücknahme oder Abweisung des Scheidungsantrags aber keinen Einfluss mehr auf die Wirksamkeit der einstweiligen Anordnung.

5. Materiell-rechtliche Begrenzung der Wirkungsdauer der einstweiligen Anordnung

Möglicherweise ist der neue Typus der einstweiligen Anordnung darüber hinaus stärker als im bisherigen Recht durch die materielle Verbindung zur Hauptsache, wie sie in § 49 I FamFG zum Ausdruck kommt, begrenzt⁴⁸. So hatte im alten Recht unbeschadet der streitgegenständlichen Nichtidentität von ehelichem und nachehelichem Unterhalt die einstweilige Anordnung hinsichtlich des Trennungsunterhalts über den Abschluss des Eheverfahrens hinaus Bestand, wurde also nicht als Folge des Erlöschens des Anspruchs auf Trennungsunterhalt hinfällig⁴⁹. Eine gegen die einstweilige Anordnung gerichtete Vollstreckungsgegenklage blieb deswegen trotz rechtskräftiger Scheidung erfolglos. Dadurch sollte nach Auffassung des *BGH* ein regelungsloser Zustand verhindert

werden, wenn die Ehescheidung früher ausgesprochen wurde als die entsprechende Verbundentscheidung zum nachehelichen Unterhalt. Das Nichtbestehen der Unterhaltspflicht musste daher mit der negativen Feststellungsklage geltend gemacht werden, die zu einer anderweitigen Regelung in der Hauptsache führen konnte. Auch kam ein Abänderungsantrag nach § 620 b ZPO a. F. in Betracht. Nach der Reform will eine Meinungsgruppe die Wirksamkeit der einstweiligen Anordnung unmittelbar auf die Existenz des materiell-rechtlichen Anspruchs hin ausrichten⁵⁰.

Der auf die Trennungszeit bezogene Verfahrensgegenstand nach §§ 1361 BGB beschränke die Wirksamkeit der einstweiligen Anordnung bereits tatbestandlich. Die im Eilverfahren ergangene Entscheidung könne inhaltlich und zeitlich nicht weiter reichen als eine (hypothetische) Entscheidung im Hauptsachverfahren. Die Wirkung der Anordnung über den Trennungsunterhalt wäre damit automatisch auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung begrenzt⁵¹. Im Gegensatz zur Vorgängerregelung sehe § 56 FamFG ausdrücklich die Möglichkeit zur Befristung der einstweiligen Anordnung vor; die Befristung der Trennungsunterhaltsanordnung werde hier zwar nicht richterlich angeordnet, ergebe sich aber unmittelbar aus dem materiellen Recht, aus der Nichtidentität von Trennungsunterhalt und nachehelichem Unterhalt⁵². In gleicher Weise zeitlich begrenzt wäre damit auch die Regelung der Verhältnisse an der ehelichen Wohnung und den Haushaltsgegenständen während der Trennungszeit (§§ 1361 a, 1361 b BGB)⁵³. Für diese zeitliche Begrenzung der einstweiligen Anordnung spricht auch eine Entscheidung des *OLG Frankfurt a. M.*⁵⁴ zur bisherigen Rechtslage, das die einstweilige Anordnung über den Unterhalt im Verfahren nach § 644 ZPO a. F. im Gegensatz zu einer anlässlich des Scheidungsverfahrens ergangenen Anordnung nach § 620 ZPO a. F. auf die Rechtskraft der Scheidung hin begrenzen wollte.

Bedenklich an dieser materiell-rechtlichen Akzessorität erscheint aber, dass bisher zumindest für § 620 f ZPO a. F. mit dem befürchteten regelungslosen Zustand argumentiert wurde. Diese Gefahr besteht auch nach der Reform fort. Sie muss nicht als Folge der neuen Selbstständigkeit der einstweiligen Anordnung und ihrer Herauslösung aus dem Scheidungsverband in Kauf genommen werden, so dass der Berechtigte auf eine rechtzeitige Antragstellung hinsichtlich des nachehelichen Unterhalts verwiesen wäre. Dies würde zwar der größeren Bedeutung der Verfahrensautonomie entsprechen. Übersehen würden bei dieser Argumentation m. E. aber die verfahrensökonomischen Motive des Reformgesetzgebers. Dies gilt nicht nur im Verhältnis von Anordnungs- und Hauptsachverfahren, sondern betrifft auch die Nutzbarmachung einer bereits bestehenden einstweiligen Anordnung, solange sich die Beteiligten erkennbar mit einer bestimmten Regelung zufrieden geben. Es ist somit weiter am Unterhaltsschuldner, den Wegfall der Unterhaltsbelastung durch negativen Feststellungsantrag oder nach § 54 FamFG darzutun, wenn die einstweilige Anordnung vom Richter nicht ausdrücklich auf den Trennungsunterhalt beschränkt

43 Richtig *Horndasch/Viefhues* (o. Fußn. 19), § 52 Rdnr. 14.

44 *OLG Stuttgart*, FamFR 2009, 122.

45 *BGHZ* 143, 65 = NJW 2000, 740 = FamRZ 2000, 751.

46 A. A. *Zöller/Feskorn*, ZPO, 28. Aufl. (2010), § 56 FamFG Rdnr. 4.

47 Vgl. auch *Giers*, FGPrax 2009, 50.

48 *Schulte-Bunert/Weinreich* (o. Fußn. 3), § 51 Rdnrn. 5 f.

49 *BGH*, NJW 1981, 978 = FamRZ 1981, 242.

50 *Schwonberg*, in: *Schulte-Bunert/Weinreich* (o. Fußn. 3), § 51 Rdnrn. 5 f.; § 56 Rdnr. 2; *Büte*, in: *Johannsen/Henrich* (o. Fußn. 16), § 56 Rdnr. 3; m. ähnl. Erg. *Soyka*, in: *MünchKomm-ZPO* (o. Fußn. 2), § 49 Rdnrn. 1, 2; *Keidel/Giers*, FamFG, 16. Aufl. (2009), § 246 Rdnrn. 9, 10; a. A. dagegen mit Recht *Zöller/Lorenz* (o. Fußn. 46), § 246 Rdnr. 37; *Musielak/Borth* (o. Fußn. 28), § 246 Rdnrn. 15 f.; *Roßmann*, in: *Horndasch/Viefhues* (o. Fußn. 19), § 246 Rdnr. 21, allerdings ohne spezielle Begründung für die neue Rechtslage.

51 *Büte*, in: *Johannsen/Henrich* (o. Fußn. 16), § 56 Rdnr. 3.

52 *Schwonberg*, in: *Schulte-Bunert/Weinreich* (o. Fußn. 3), § 51 Rdnrn. 5 f.

53 *Büte*, in: *Johannsen/Henrich* (o. Fußn. 16), § 56 Rdnr. 3.

54 *OLG Frankfurt a. M.*, FuR 2006, 427.

wurde. Eine gegen die einstweilige Anordnung gerichtete Vollstreckungsgegenklage kann jedoch nicht allein auf die Rechtskraft der Scheidung gestützt werden. Diese hat sicher keine Bedeutung für den Kindesunterhalt. Denn die elterliche Prozessstandschaft nach § 1629 III BGB bleibt auch über diesen Zeitpunkt hinaus erhalten.

VI. Zusammenfassung

Das Resümee fällt trotz vereinzelter Kritikpunkte positiv aus. Der neue Prototyp der einstweiligen Anordnung stellt ein gelungenes Stück Reformgesetzgebung dar. Durch die Selbstständigkeit des Anordnungsverfahrens wird der Rechtsschutz für die Beteiligten vereinfacht und die Verfahrenautonomie gestärkt. Eine wichtige Rolle spielt dabei die ökonomisch sinnvolle Reduzierung der Verfahrenskosten durch Vermeidung eines Hauptsache- oder Verfahrenskostenhilfeverfahrens. Die bisher schwierigen Konkurrenz- und Abgren-

zungsfragen zwischen den verschiedenen Formen der einstweiligen Anordnung bzw. einer Leistungsverfügung werden entbehrlich. Bedenken bereitet indes der Verzicht auf den Anwaltszwang mit Blick auf die hauptsachevermeidende Funktion der einstweiligen Anordnung. Ein Zielkonflikt kann sich im Einzelfall auch aus dem Wunsch der Hauptsachevermeidung und dem Verbot der Hauptsachevorwegnahme ergeben. Je nach Art der Familiensache (§ 111 FamFG) wird die einstweilige Anordnung deswegen in der Praxis wohl auf unterschiedliche Resonanz stoßen. Bewährt sich der neue Typus, so könnte dieser auch als Vorbild für andere europäische Rechtsordnungen dienen, die im Familienrecht nur den hauptsacheakzessorischen einstweiligen Rechtsschutz kennen, der häufig an eine Ehesache anknüpft, wie beispielhaft § 382 I Nr. 8 lit. a der österreichischen Exekutionsordnung zeigt⁵⁵. ■

⁵⁵ Dazu auch *Gaul*, FamRZ 2003, 1141.