

DIE BEHANDLUNG DES SORGE(RECHTS)KONFLIKTES
NACH ELTERLICHER TRENNUNG ODER SCHEIDUNG AUS SYSTEMISCHER SICHT

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Doktorgrades
des Fachbereiches Rechtswissenschaft
der Justus-Liebig-Universität Gießen

vorgelegt von

Kristina Reitz
aus Gießen

Gießen 2003

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung entstand unter Betreuung von Herrn Prof. em. Dr. Günter Weick und wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. em. Dr. Weick für seine Unterstützung und die zügige Korrektur der Arbeit. Zu Dank verpflichtet bin ich auch Herrn Prof. Dr. Brun-Otto Bryde, der die Dissertation als Zweitgutachter bewertet hat und sein Zweitgutachten in einem bemerkenswert kurzen Zeitraum angefertigt hat.

Herzlich danken möchte ich Lore Lang. Viele der skizzierten Gedanken sind aus Gesprächen mit ihr entstanden.

Besondere Erwähnung verdient schließlich Swenja Gerhard, die die Durchsicht der Arbeit übernahm.

Gießen, im August 2003

Kristina Reitz

DER KLEINE JUNGE

Heute Abend mein Junge, mein Kleiner, mein Kind
es regnet um uns mein Junge, mein Kind
du siehst aus so wie sie
wir bleiben hier allein
komm wir spielen, sag wie
nur wir beide allein

sie kommt heute nicht oder doch, ich weiß nicht
morgen schreibt sie vielleicht einen Brief und es reicht

es regnet auf das Haus, ich mach Feuer, mein Kleiner
ja, mein Kummer ist aus und er lässt uns allein

doch warte Mal
noch ein Märchen für dich
ja, es war da einmal
Regen auf dein Gesicht überall
du weinst, mein Kind
warte Mal
noch ein Märchen für dich
doch es ist schon zu spät, mein Kind
für die Geschichte von den beiden
von den beiden, die sich liebten und spielten Krieg

schlaf noch nicht ein
lass mich nicht allein

(Klaus Hoffmann)

INHALTSVERZEICHNIS

EINFÜHRUNG	1
I. Fragestellung und Gang der Untersuchung.....	1
II. Rechtstatsächliche Ausgangsdaten.....	3
III. Systemisches Denken als Leitgedanke der Untersuchung	5
1. Entwicklungslinien.....	6
2. Grundannahmen.....	9
a. Das Ganze ist mehr als die Summe seiner Teile	9
b. Wirklichkeit kann nicht losgelöst vom jeweiligen Betrachter gesehen werden.....	10
c. Zirkuläre Kausalität	13
1. TEIL: DER SORGEKONFLIKT ALS TEIL DES FAMILIALEN TRENNUNGSGESCHEHENS	14
A. Familie	14
I. Begriffsbestimmungen.....	14
II. Bedeutungswandel von Familie und familialen Trennungsprozessen.....	17
B. Das familiale Trennungsgeschehen.....	20
I. Systemische Erklärungsansätze familialer Trennungen.....	21
II. Phasen des Trennungsprozesses	24
1. Ambivalenzphase	24
2. Trennungs- beziehungsweise Scheidungsphase.....	25
3. Nachscheidungsphase	27
III. Kinder im familialen Trennungsgeschehen.....	30
2. TEIL: KONFLIKT UND KONFLIKTBEHANDLUNG - BEGRIFFSBESTIMMUNG UND INHALTLICHE BESCHREIBUNG.....	36
A. Konflikt.....	36
I. Definitionsansätze und Konflikttypologien.....	37
II. Systemischer Ansatz zur Erklärung von (familialen) Konflikten	40
1. Subjektive Konfliktwahrnehmung und Interaktion der Konfliktbeteiligten.....	41
2. (Familiale) Konfliktmuster.....	43
III. Konfliktdefinitionen seitens der Beteiligten.....	46
IV. Die der weiteren Untersuchung zugrunde liegende Definition des Sorge(rechts)konfliktes.....	48

B. Konfliktbehandlung	52
I. Grundlagen.....	52
II. Idealtypische Konfliktbehandlungsmodelle.....	55
1. Einseitige Konfliktbehandlung.....	55
2. Zweiseitige Konfliktbehandlung.....	56
3. Dreiseitige Konfliktbehandlung.....	58
a. Beraten.....	60
b. Vermitteln.....	61
c. Schlichten.....	62
d. Richten.....	63
e. Vertretung als dreiseitige Konfliktbehandlung?.....	64

3. TEIL: MEDIATION ALS KONFLIKTBEHANDLUNGSMETHODE BEI FAMILIALEN KONFLIKTEN 65

A. Begriffsbestimmung, Herkunft und Entwicklung der Familienmediation	65
I. Definitionen.....	65
1. Mediation.....	65
2. Trennungs- und Scheidungsmediation als Teilgebiet der Familienmediation.....	67
II. Entwicklungslinien der Familienmediation.....	68
1. Family mediation in den USA.....	69
2. Familienmediation in Deutschland.....	70

B. Wesensmerkmale und inhaltliche Bestimmung der Familienmediation	73
I. Abgrenzungen.....	73
II. Grundlagen und Ziele.....	75
1. Akzeptanz von unterschiedlichen Sichtweisen der Konfliktparteien.....	75
2. Erhaltung der elterlichen Beziehungen zu gemeinsamen Kindern.....	75
3. Interessengerechte und zukunftsorientierte Konfliktbehandlung.....	76
4. Förderung der Selbstverantwortung der Konfliktparteien.....	78
III. Anforderungen an die Beteiligten.....	80
1. Konfliktparteien.....	80
a. Anforderungen.....	80
b. Ausschlussgründe.....	82
2. Mediator.....	83
a. Prozesskompetenz.....	84
b. Fachkompetenz.....	86
c. Neutralität.....	87
IV. Kinder in der Mediation.....	90
1. Thematisierung der Bedürfnisse der Kinder durch den Mediator.....	91
2. Persönliche Beteiligung der Kinder am Mediationsverfahren.....	92
V. Phasen des Mediationsverfahrens.....	94
1. Abschluss eines Arbeitsbündnisses.....	95
2. Erarbeitung der Konfliktfelder und Bestandsaufnahme.....	96
3. Bearbeitung der Konfliktfelder.....	97
4. Einigung.....	98
5. Rechtliche Gestaltung der Vereinbarung und Abschluss.....	99

C. Die Rolle des Rechts in der Mediation	100
I. Mediation als Möglichkeit der partei- und privatautonomen Rechtsgestaltung.....	100
II. Funktionen des materiellen Rechts in der Mediation.....	102
III. Einführung des Gesetzesrechts in das konkrete Mediationsverfahren.....	104
1. Beratung durch Rechtsanwälte als Rechtsaufklärung.....	104
2. Zeitpunkt der rechtlichen Beratung.....	105

D. Die an der Mediation im Sorgekonflikt Beteiligten als System	107
--	------------

4. TEIL: GESETZLICHE REGELUNGEN ZUR BEHANDLUNG DES SORGE(RECHTS)KONFLIKTES	111
A. Umformung des Sorgekonfliktes zum Sorgerechtskonflikt.....	111
I. Wirklichkeitskonstruierende Wirkungen des Rechts.....	114
II. Die „Verrechtlichung“ des Konfliktes	115
III. Recht und Interaktion der Konfliktbeteiligten.....	117
1. Reduzierung von Wahrnehmung und Interaktion der Konfliktbeteiligten durch den Bezug auf das Recht.....	117
2. Der Rückgriff auf das Recht als Ausdruck von Misstrauen.....	119
3. Recht als Möglichkeit zur Konfliktdelegation	120
B. Die historische Entwicklung des Sorgerechtes.....	121
I. Vom römischen Recht bis zum frühen deutschen Recht	121
II. Die gemeinrechtliche Praxis und das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR).....	123
III. Die Entwicklungen im 20. Jahrhundert.....	124
1. Das BGB vom 1.1.1900.....	124
2. Das Ehegesetz von 1938	125
3. Das Ehegesetz vom 20.02.1946.....	126
4. Das Gleichberechtigungsgesetz von 1957.....	127
5. Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechtes von 1977 und das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge von 1980.....	128
6. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 03.11.1982.....	130
C. Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen.....	134
I. Grundlagen.....	136
1. Steuerung des Sorgerechtskonfliktes durch gesetzliche Vorgaben	136
2. Das gerichtliche Verfahren im Sorgekonflikt	139
a. Grundsätzliche Ausgestaltung eines sorgerechtlichen Verfahrens	139
b. Richterliches Hinwirken auf ein Einvernehmen der Beteiligten als Verfahrensmaxime nach § 52 FGG.....	140
3. Materiell-rechtliche Regelungen.....	142
a. Begriffsbestimmung, Zweck und Ausübung der elterlichen Sorge	142
b. Das Kindeswohl als maßgebliches Kriterium im elterlichen Sorgerechtskonflikt.....	144
II. Regelungen des § 1671 BGB zu elterlichen Konflikten über die Aufhebung der gemeinsamen Sorge.....	148
1. Grundlagen.....	148
a. Verfahrensrechtliche Besonderheiten.....	148
b. Allgemeine materiell-rechtliche Voraussetzungen.....	150
2. Übertragung der Alleinsorge mit Zustimmung nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB	154
3. Übertragung der Alleinsorge ohne Zustimmung nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB.....	155
a. Mangelnde elterliche Kooperation und Kommunikation als maßgeblicher Grund für die Aufhebung der gemeinsamen Sorge	156
b. Kindeswohlkriterien zur Übertragung der elterlichen Sorge auf den antragstellenden Elternteil.....	161
III. Möglichkeiten der Sorgerechtsübertragung bei bestehender Alleinsorge der Mutter nach § 1672 BGB.....	165
IV. Regelungen zu Konflikten über den Umfang der elterlichen Entscheidungsbefugnisse nach §§ 1687, 1687 a und 1687 b BGB	168

D. Die an der gerichtlichen Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes Beteiligten.....	172
I. Richter.....	173
1. Gesetzliche Aufgabendefinition.....	173
2. Rolle in der Konfliktbehandlung.....	175
3. Qualifikation.....	177
II. Mitarbeiter des Jugendamtes.....	179
1. Gesetzliche Aufgabendefinition.....	179
a. Beratung in Fragen der Partnerschaft, Trennung und Scheidung nach § 17 KJHG.....	181
b. Mitwirkung in Sorgerechtsverfahren nach § 50 KJHG.....	183
2. Rolle in der Konfliktbehandlung.....	185
3. Qualifikation.....	188
III. Rechtsanwalt.....	190
1. Gesetzliche Aufgabendefinition.....	190
2. Rolle in der Konfliktbehandlung.....	192
3. Qualifikation.....	196
IV. Verfahrenspfleger.....	198
1. Gesetzliche Aufgabendefinition.....	198
2. Rolle in der Konfliktbehandlung.....	200
3. Qualifikation.....	201
V. Sachverständiger.....	203
1. Gesetzliche Aufgabendefinition.....	203
2. Rolle in der Konfliktbehandlung.....	204
3. Qualifikation.....	204
VI. Die an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten als System.....	206

5. TEIL: MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN DER BEHANDLUNG DES SORGE(RECHTS)KONFLIKTES - KRITISCHE WÜRDIGUNG, PRAKTISCHE KONSEQUENZEN UND AUSBLICK 211

A. Kritische Würdigung	211
B. Die Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes - praktische Konsequenzen	223
a. Erweiterung des Begriffes „Kindeswohl“ um den Aspekt „Familienwohl“.....	223
b. Fortbildung und Supervision für Familienrichter.....	224
c. Ablauf des Verfahrens.....	228
C. Ausblick.....	232

ABBILDUNGSVERZEICHNIS

ABBILDUNG 1: DIE UNTERSCHIEDLICHEN SICHTWEISEN DER BETEILIGTEN	12
ABBILDUNG 2: BETEILIGTE DES SORGEKONFLIKTES	22
ABBILDUNG 3: ÜBERSICHT ZU DEN KONFLIKTTHEMEN, DIE MIT DEM SORGE(RECHTS)KONFLIKT IN ZUSAMMENHANG STEHEN KÖNNEN	35
ABBILDUNG 4: MERKMALE EINES SORGE(RECHTS)KONFLIKTES	51
ABBILDUNG 5: ANFORDERUNGEN AN PARTEIEN UND MEDIATOR	89
ABBILDUNG 6: DAS UM MEDIATOR UND BERATUNGSANWÄLTE ERWEITERTE SYSTEM ZUR BEHANDLUNG DES SORGEKONFLIKTES	107
ABBILDUNG 7: DIE BEHANDLUNG DES SORGEKONFLIKTES IM RAHMEN DES MEDIATIVEN KONFLIKTBEHANDLUNGSSYSTEMS	109
ABBILDUNG 8: MÖGLICHE THEMATISCHE SINNZUSAMMENHÄNGE IM RAHMEN DER BEHANDLUNG DES SORGEKONFLIKTES	113
ABBILDUNG 9: ÜBERSICHT ZU DEN UNTERSCHIEDUNGSMERKMALEN DER PRIVATEN UND DER GERICHTLICHEN BEHANDLUNG DES SORGEKONFLIKTES	138
ABBILDUNG 10: ÜBERSICHT ZU DEN AN DER GERICHTLICHEN BEHANDLUNG DES SORGEKONFLIKTES BETEILIGTEN	206
ABBILDUNG 11: FAKTOREN, DIE DAS KONKRETE VERHALTEN DER EINZELNEN PROFESSIONELL AM SORGEKONFLIKT BETEILIGTEN PRÄGEN	208
ABBILDUNG 12: DIE BEHANDLUNG DES SORGEKONFLIKTES IM RAHMEN DES GERICHTLICHEN KONFLIKTBEHANDLUNGSSYSTEMS	209
ABBILDUNG 13: GESAMTÜBERBLICK ZU DEN MÖGLICHEN BETEILIGTEN DES FAMILIALEN, BERATERISCHEN, MEDIATIVEN UND GERICHTLICHEN KONFLIKTBEHANDLUNGSSYSTEMS	213
ABBILDUNG 14: GEMEINSAMKEITEN UND UNTERSCHIEDE DER UNTERSUCHTEN KONFLIKTBEHANDLUNGSMETHODEN	222
ABBILDUNG 15: MODELL ZUR BEHANDLUNG DES TRENNUNGSBEDINGTEN FAMILIALEN SORGE(RECHTS)KONFLIKTES	230

Einführung

1. Fragestellung und Gang der Untersuchung

Das Zusammenleben von Eltern und ihren Kindern hat sich in den letzten Jahrzehnten erheblich verändert. Kinder wachsen aufgrund von elterlicher Trennung oder Scheidung häufig nicht mehr mit beiden Eltern gemeinsam auf, sondern leben zumindest phasenweise nur mit einem Elternteil zusammen. Oftmals kommt es dann zwischen den Eltern zu Konflikten, die - zumindest auf den ersten Blick - zum Inhalt haben, bei wem das Kind zukünftig leben soll und über welche Entscheidungskompetenzen die Eltern verfügen. Diese Streitigkeiten werden dann als Sorgekonflikte bezeichnet.

Bei näherer Betrachtung handelt es sich dabei allerdings häufig - auch - um Konflikte, die im Zusammenhang mit der Trennung der Eltern als Paar stehen. Der Streit um die Kinder stellt meist nur einen Aspekt des familialen Trennungsgeschehens dar, in dessen Verlauf die Eltern unterschiedliche Konfliktthemen nach zumeist ähnlichen Konfliktmustern behandeln. Die von den Eltern praktizierte Vorgehensweise im Konflikt weist oftmals auch einen Bezug zu den in den jeweiligen Herkunftsfamilien der Eltern gelebten Beziehungs- und Konfliktmustern auf. Beteiligte des Sorgekonfliktes sind deshalb neben den Eltern und Kindern häufig auch weitere Familienangehörige wie zum Beispiel die Großeltern der betroffenen Kinder sowie etwaige neue Lebenspartner.

Werden die Streitigkeiten nicht familienintern zur Zufriedenheit beider Elternteile gelöst, versucht meist mindestens ein Elternteil, den Sorgekonflikt unter Zuhilfenahme bestimmter Konfliktbehandlungsmethoden wie Beratung, Mediation oder richterliches Urteil zu lösen. Damit verbunden ist dann regelmäßig die Hinzuziehung weiterer außerhalb der Familie stehender Personen. Als solche kommen Mitarbeiter des Jugendamtes, Rechtsanwälte, Mediatoren und Familienrichter in Betracht. Wird der ursprünglich familiale Konflikt aus der Familie hinausgetragen, erweitert sich also das System der an dem Sorgekonflikt und seiner Behandlung beteiligten Personen.

In den letzten Jahren hat insbesondere die Behandlung von Sorgekonflikten mittels Mediation zugenommen. Ziel der Mediation ist die interessengerechte und zukunftsorientierte Konfliktbehandlung durch die Eltern selbst, die dabei von einem Mediator unterstützt werden. Häufig ziehen die Eltern während des laufenden Mediationsverfahrens Rechtsanwälte hinzu, um die getroffenen Regelungen auf ihren rechtlichen Bestand und die Wahrung der Rechte des jeweiligen Elternteiles überprüfen zu lassen. Beteiligte eines Mediationsverfahrens sind dann die Eltern, der Mediator sowie die jeweiligen Beratungsanwälte.

In den meisten Fällen werden Sorgekonflikte jedoch noch immer unter Bezugnahme auf das Recht und damit durch richterliches Urteil entschieden. Entschließt sich mindestens ein Elternteil zu einer gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes, entwickelt sich der Sorgekonflikt zum Sorgerechtskonflikt. Nun steht nicht mehr der ursprüngliche elterliche Sorgekonflikt mit seinen vielfältigen Bezügen zum familialen Trennungsgeschehen im Vordergrund. Dieser wird vielmehr in Meinungsverschiedenheiten über den der gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt sowie in die Anwendbarkeit und Auslegung von Rechtsvorschriften umgewandelt. Der Kreis der an der Konfliktbehandlung beteiligten Personen erweitert sich um Rechtsanwälte, Mitarbeiter des Jugendamtes, den Familienrichter sowie gegebenenfalls einen Sachverständigen und den Verfahrenspfleger.

Ziel der Arbeit ist es, die in der Praxis angewandten Methoden zur Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes getrennt lebender und geschiedener Eltern darzustellen und kritisch zu würdigen.

Dazu wird der folgende methodische Weg beschritten:

Um die praktische Relevanz der Untersuchung zu dokumentieren, erfolgt als erstes die Darlegung des statistischen Datenmaterials im Hinblick auf die Zahl der von Scheidung beziehungsweise elterlicher Trennung betroffenen Kinder.

Der Arbeit liegt - statt einer isolierten Betrachtung des elterlichen Konfliktes um die Sorge über gemeinsame Kinder - ein aus dem Systemischen Denken entwickelter Ansatz zugrunde, nach dem der elterliche Sorgekonflikt lediglich einen Aspekt des familialen Trennungsgeschehens bildet und insofern in Abhängigkeit zu den jeweiligen Konfliktbeteiligten und -themen steht. Das Systemische Denken ist daher in seinen Entwicklungslinien und Grundannahmen vorzustellen.

Unter Beachtung dieses Ansatzes wird im *1. Kapitel* die Einbettung des Sorgekonfliktes in das gesamt-familiale Trennungsgeschehen aufgezeigt. Familiengründungen sowie deren Auflösungen stehen immer auch in Beziehung zu den sozialen, ökonomischen, kulturellen und religiösen Faktoren und Entwicklungen. Daher erfolgt zunächst ein Überblick über die historische Entwicklung und den damit einhergehenden Funktionswandel von Ehe und Familie. Sodann wird in Anbetracht der Tatsache, dass Auslöser für den Konflikt um die Sorge in der Regel die Trennung beziehungsweise Scheidung der Eltern ist, auf die Psychodynamik von Paar- und Familienkrisen eingegangen. Wie die vom elterlichen Sorgekonflikt betroffenen Kinder das familiale Trennungsgeschehen bewältigen, soll anschließend dargestellt werden.

Streitigkeiten der Eltern um die Sorge über gemeinsame Kinder werden als „Sorgekonflikte“ bezeichnet. Zu klären ist daher auch, was unter einem Sorgekonflikt zu verstehen ist. Im *2. Kapitel* werden unterschiedliche Konfliktdefinitionen vorgestellt sowie die Entstehung und Entwicklung von (familia-

len) Konflikten aufgezeigt. Daran schließt sich die Darstellung der in der Konflikttheorie existierenden Konfliktbehandlungsmodelle an, so dass die in der Praxis angewandten Methoden zur Behandlung des Sorgerechtskonfliktes in das theoretische Gesamtgefüge eingeordnet werden können.

Der Mediation als Methode zur Behandlung von Sorgerechtskonflikten ist das *3. Kapitel* gewidmet. Um die Eignung dieser Methode zur Behandlung des Sorgerechtskonfliktes bewerten zu können, werden die Wesensmerkmale der Familienmediation dargelegt. Da sich Mediation auch als partei- und privatautonome Rechtsgestaltung begreifen lässt, ist im Weiteren auf die Rolle des Rechts in der Familienmediation einzugehen. In welchen Rollen die Beteiligten eines Mediationsverfahrens an der Behandlung des Sorgerechtskonfliktes mitwirken, wird abschließend erörtert.

Im *4. Kapitel* geht es darum, die gesetzlichen Regelungen zur Behandlung des Sorgerechtskonfliktes darzulegen und insofern die Behandlung des Sorgerechtskonfliktes mittels richterlicher Entscheidung aufzuzeigen. Hier soll zunächst erörtert werden, welchen Einfluss es auf die Konfliktparteien und damit die Entwicklung des Sorgerechtskonfliktes hat, wenn die Eltern den Konflikt nunmehr unter Bezugnahme auf das Recht behandeln (lassen). Da die aktuellen gesetzlichen Regelungen das Ergebnis einer jahrhundertalten Rechtsentwicklung darstellen, ist diese sodann zu skizzieren. Vor diesem Hintergrund werden die geltenden verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Regelungsmechanismen zur Behandlung des Sorgerechtskonfliktes erörtert. Daran schließt sich ein Überblick über die an der rechtlichen Behandlung des Sorgerechtskonfliktes Beteiligten, ihre jeweiligen gesetzlichen Aufgaben, ihre Rollen in der Konfliktbehandlung sowie die zur Ausübung jeweils notwendigen Qualifikationen an.

Mit einer zusammenfassenden kritischen Würdigung der dargestellten Konfliktbehandlungsmethoden, den daraus resultierenden praktischen Konsequenzen für die Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes und einem Ausblick auf die Behandlung anderer (Rechts-) Konflikte wird die Untersuchung im *5. Kapitel* abgeschlossen.

II. Rechtstatsächliche Ausgangsdaten

Die Form des Zusammenlebens von Eltern und Kindern hat sich in den letzten Jahrzehnten verändert. Vielfach verbringen Kinder heutzutage ihre Kindheit nicht mehr durchgängig gemeinsam mit beiden Eltern, sondern wachsen aufgrund elterlicher Trennung oder Scheidung zumindest zeitweise bei nur einem Elternteil auf.

Dieser Trend lässt sich anhand von statistischem Datenmaterial belegen. So ist seit den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts ein starker Anstieg von Ehescheidungen zu verzeichnen. Während 1970 nur etwa jede fünfte Ehe geschieden wurde, gilt dies inzwischen für jede dritte Ehe.¹ In den meisten

¹ BT-Drucks. 13/4899, S. 35 mit Scheidungsraten für den Zeitraum 1960 - 1994.

Fälle sind aus diesen Ehen auch Kinder hervor gegangen. Im Jahr 1994 waren von 51,1 Prozent der Ehescheidungen in den alten Bundesländern auch Kinder betroffen, in den neuen Bundesländern einschließlich Berlin-Ost waren es 70,1 Prozent. Wurden Ehegatten mit minderjährigen Kindern geschieden, hatten davon im Jahr 1994 in den alten Bundesländern 57,9 Prozent der Ehepaare ein Kind, 33,8 Prozent zwei Kinder und 8,3 Prozent drei und mehr Kinder. In den neuen Bundesländern hatten im gleichen Jahr 60,6 Prozent der betroffenen Ehegatten ein Kind, 33 Prozent zwei Kinder und 6,4 Prozent drei und mehr Kinder.² Mit der steigenden Zahl der von Scheidung betroffenen Familien erhöhte sich auch die Zahl der nach Trennung oder Scheidung Alleinerziehenden. In Hessen haben im Jahr 1998 circa 20 Prozent der Kinder mit nur einem Elternteil zusammengelebt.³ In der Mehrzahl der Fälle wurden die Kinder dabei von ihren Müttern betreut.⁴

Inzwischen wachsen viele Kinder auch mit Eltern auf, die nicht miteinander verheiratet sind. Die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern hat sich zwischen 1972 und 1990 vervierfacht, wobei 75 Prozent der unverheiratet zusammenlebenden Paare die nichteheliche Lebensgemeinschaft allerdings nur als eine Vorstufe zur Ehe begreifen und spätestens dann heiraten, wenn ein Kind erwartet wird.⁵ Auch wenn dazu keine exakten Daten existieren,⁶ ist zu vermuten, dass die Trennungszahlen nicht verheirateter Paare mit Kindern auf einem ähnlichen Niveau liegen wie die Scheidungsraten verheirateter Paare mit Kindern.

Die Zahl der elterlichen Trennungen hat in den vergangenen Jahrzehnten also deutlich zugenommen und gehört inzwischen zur üblichen Struktur familialer Lebenszyklen. Leben immer mehr Kinder nicht mehr durchgängig mit beiden Eltern zusammen, hat dies zur Folge, dass entsprechend häufiger zwischen den Eltern ausdrückliche Vereinbarungen im Hinblick auf das Kind getroffen werden müssen. Damit geht dann oftmals einher, dass es zu Konflikten über die Ausgestaltung der konkreten Eltern-Kind-Beziehungen und daraus folgend zu Konflikten über das Sorgerecht kommt.

² BT-Drucks. 13/4899, S. 35.

³ Vgl. Statistisches Handbuch Hessen, S. 83. Danach wurden in Hessen im Jahr 1998 945.000 Familien mit Kindern gezählt, von denen 187.000 Familien sich aus einem Alleinstehenden und mindestens einem Kind zusammensetzten.

⁴ Weinmann-Lutz, S. 14: 1994 lag der Anteil der geschiedenen oder getrennt lebenden Frauen in der Gruppe der Alleinerziehenden bei 51 Prozent.

⁵ Bugla, S. 62 m.w.Nachw. Vgl. dazu auch BT-Drucks. 13/4899, S. 39.

⁶ Das Statistische Bundesamt ermittelt die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern durch Schätzungen aus Ergebnissen des Mikrozensus. Vgl. dazu BT-Drucks. 13/4899, S. 38.

III. Systemisches Denken als Leitgedanke der Untersuchung

Den Leitgedanken der vorliegenden Untersuchung bildet das „Systemische Denken“. Das Systemische Denken und Arbeiten befasst sich mit den Fragen, wie in sozialen Systemen Menschen gemeinsam ihre Wirklichkeit erzeugen, welche Prämissen ihrem Erleben und Denken zugrunde liegen und welche Möglichkeiten es gibt, diese zu hinterfragen.⁷ Hinter diesem Ansatz verbirgt sich die Erkenntnis, dass Menschen „Teile“ und also Beteiligte bestimmter sozialer Systeme wie zum Beispiel der Familie sind und insofern miteinander in Verbindung stehen. Aus systemischer Sicht kann daher das Verhalten eines Einzelnen nicht losgelöst vom Verhalten der anderen Systembeteiligten betrachtet werden.

Steht das Verhalten einzelner Familienmitglieder im Zusammenhang mit dem Verhalten der anderen, hat dies Konsequenzen für die Behandlung des Sorgekonfliktes. Zur Konfliktbehandlung erscheint es dann nur bedingt hilfreich, das Verhalten eines einzelnen Beteiligten wie beispielsweise des Vaters oder der Mutter aus dem familialen Kontext zu lösen und selektiv zu beurteilen oder verändern zu wollen. Entscheidend ist aus systemischer Sicht vielmehr, dass im Sorgekonflikt alle „Be-teil-igten“ auf ihre besondere, eigene Art dazu beitragen, eine Situation entstehen zu lassen, die von mindestens einem (Beteiligten) schließlich als „konfliktbehaftet“ wahrgenommen wird.⁸

Theoretischer Hintergrund des Systemischen Denkens ist die Systemtheorie, deren Entwicklungslinien im Folgenden vorgestellt werden. Im Anschluss daran werden die mit dem Systemischen Denken verbundenen Grundannahmen erläutert.

⁷ Schlippe/Schweitzer, S. 17.

⁸ Vgl. zur Familie als System auch Grabbe in Bergmann/Jopt/Rexilius, S. 77 ff.

1. Entwicklungslinien

Den theoretischen Hintergrund des unter dem Begriff „Systemisches Denken“ verbreiteten Ansatzes stellt die so genannte Systemtheorie dar. Sie lässt sich beschreiben als interdisziplinäre Wissenschaft, deren Gegenstand die formale Beschreibung und Erklärung der strukturellen und funktionalen Eigenschaften von natürlichen, sozialen oder technischen Systemen ist.⁹

Ursprünge der Systemtheorie liegen in der antiken Philosophie - bereits Aristoteles und Platon setzten sich mit der Idee des Ganzen (holon) auseinander.¹⁰ Die allgemeine moderne Systemtheorie geht auf die Erkenntnisse des Biologen Ludwig von Bertalanffy in der Mitte des 20. Jahrhunderts zurück.¹¹ Ihr wurde durch die von dem Mathematiker Norbert Wiener als Wissenschaft begründeten Kybernetik - einem wissenschaftlichen Programm zur Beschreibung und Steuerung komplexer Systeme¹² - zum Durchbruch verholfen.¹³ Komplexe Systeme werden danach als Ganzheiten begriffen, deren einzelne Elemente in einer funktionalen Beziehung zueinander und zum Ganzen stehen.¹⁴

Verbunden mit den Erkenntnissen über komplexe Systeme war die Entdeckung des Prinzips von negativen und positiven Rückkopplungskreisen sowie der Homöostase - der Erhaltung von Stabilität¹⁵ - in Systemen. Negative Rückkopplungen spielen eine wichtige Rolle bei der Herstellung und Erhaltung von Gleichgewicht in Systemen und daher auch in menschlichen Beziehungen.¹⁶ Es wird eine Abweichung vom Gleichgewichtszustand des Systems wahrgenommen, diese löst eine regulierende Handlung aus, so dass der frühere Gleichgewichtszustand wieder hergestellt wird.¹⁷ Positive Rückkopplungen führen dagegen zu Änderungen im System, das heißt zum Verlust der „anfänglichen“

⁹ Vgl. Brockhaus Band 21, S. 552 f. Zu den unterschiedlichen Systemmodellen König/Volmer, S. 23 ff.

¹⁰ Vgl. Delius, S. 11 f.; zum so genannten Holismus - der Ganzheitslehre, vgl. auch Hegenbarth, S. 108.

¹¹ Bertalanffy 1972, S. 20. Die Grundidee Bertalanffys bildete die so genannte Systemisomorphie, das heißt die Annahme ähnlicher Struktur- und Prozessmerkmale, die sich über verschiedene Wissensgebiete und Organisationsstufen von der biologischen Zelle bis zu supra-nationalen Systemen feststellen lassen. Vgl. dazu Böse/Schiepek, S. 218. Vgl. zur Geschichte der Systemtheorie Böse/Schiepek, S. 218 ff.; Schlippe/Schweitzer, S. 50 ff.

¹² Wiener, S. 32. Vgl. auch Watzlawick/Beavin/Jackson, S. 31.

¹³ Schlippe/Schweitzer, S. 53.

¹⁴ Vgl. auch Böse/Schiepek, S. 186.

¹⁵ Watzlawick/Beavin/Jackson, S. 134.

¹⁶ Tomm, S. 19 f.; Watzlawick/Beavin/Jackson, S. 32.

¹⁷ Schlippe/Schweitzer, S. 61 mit folgendem Beispiel: Zeigt die Tankanzeige des Autos an, dass nur noch wenig Benzin vorhanden ist, wird der Tank aufgefüllt.

Stabilität oder des Gleichgewichtes. Auf die Rückmeldung einer Abweichung vom Sollzustand folgen dann Handlungen, die das System noch weiter vom Gleichgewichtszustand entfernen.¹⁸

Diese Erkenntnisse wurden in den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts insbesondere von Paul Watzlawick auf Kommunikationsstrukturen in Familien übertragen. Familien müssen danach einen gewissen Grad von negativer Rückkopplung besitzen, um den Belastungen seitens der Umwelt oder ihrer Mitglieder entgegenwirken zu können. Hier hat sich gezeigt, dass insbesondere zerstrittene Familien oft besonders widerstandsfähig gegen Veränderungen sind und eine erstaunliche Fähigkeit zeigen, ihren Status quo hauptsächlich durch negative Rückkopplung zu erhalten.¹⁹ Positive Rückkopplungen sind hingegen erforderlich, wenn die einzelnen Familienmitglieder an Reife gewinnen sollen, die Ablösung der Kinder erfolgt oder aber eine familiäre Trennung ansteht.²⁰

Die frühe Systemtheorie interessierte sich in erster Linie dafür, wie Systemparameter unter wechselnden Umweltbedingungen von außen konstant gehalten werden können - also für die Bedingungen des Gleichgewichts - der Homöostase. Bei seinen Forschungen über die Selbstorganisation chemischer Prozesse entdeckte der Physiker Prigogine jedoch ein bis dahin unbekanntes Phänomen: In hochvernetzten, dynamischen Systemen können sich unter bestimmten Bedingungen spontan Ordnungen entwickeln, ohne dass es dazu eine ordnende Instanz von außen gibt.²¹ Aus Abweichungen von einem zunächst stabilen Gleichgewichtszustand entstehen dann neue Organisationsformen.²² Systeme erhalten also eine „neue“ Stabilität und Identität dadurch, dass sie ständig im Wandel sind.²³

Angewandt auf das familiäre System bedeutet dies, dass außerhalb des Systems Familie stehende Personen familiäre Strukturen „verstören“ können, eine Kontrolle über mögliche entstehende Muster „von außen“ jedoch nicht möglich ist.²⁴ Werden im Sorgekonflikt außenstehende Dritte wie Mitarbei-

¹⁸ Schlippe/Schweitzer, S. 61 mit folgendem Beispiel: Der Vater schlägt das Kind, das Kind schlägt zurück, daraufhin schlägt der Vater noch massiver zu.

¹⁹ Schlippe/Schweitzer, S. 61; Watzlawick/Beavin/Jackson, S. 134.

²⁰ Watzlawick/Beavin/Jackson, S. 134, die darauf hinweisen, dass die Stabilität von Familien durch Homöostasis erhalten wird, aber auch nichthomöostatische Faktoren eine gewichtige Rolle spielen, um eine Entwicklung der einzelnen Mitglieder zu gewährleisten.

²¹ Schlippe/Schweitzer, S. 63.

²² So genannte dissipative Strukturen, die beispielsweise in der Meteorologie als Schmetterlingseffekt bekannt sind: In hochgradig instabilen Systemen schwanken die Wahrscheinlichkeiten der Prozessabläufe häufig um etwa 50 %. Es ist unvorhersagbar, ob das System in den einen oder anderen Zustand fällt. Hier werden dann die winzigsten Zufälle bedeutsam wie zum Beispiel der Flügelschlag eines Schmetterlings. Wenn es dieser Flügelschlag ist, der dazu führt, dass der eine Systemzustand zu 50,0000000000000001 % Wahrscheinlichkeit eintritt und der andere zu 49,999999999999999 % nicht, dann hat genau dieser Flügelschlag möglicherweise einen Hagelsturm verursacht. Vgl. dazu Prigogine/Stengers, S. 21.

²³ Auf das Rechtssystem angewandt können die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Rechtsfortbildungen wie die Rechtsfigur der culpa in contrahendo, welche inzwischen in § 311 Abs. 2 BGB ausdrücklich geregelt ist, als Anpassung des Rechtssystems an aktuelle Anforderungen der Rechtsbeteiligten angesehen werden.

²⁴ Schlippe/Schweitzer, S. 63 f.

ter von Familienberatungsstellen oder Jugendämtern, Mediatoren, Richter oder Rechtsanwälte eingeschaltet, können diese zwar Impulse zur konstruktiven Konfliktbehandlung geben. Wie eine Behandlung des Sorgekonfliktes in der Familie letztendlich erfolgt, ist dem Einfluss Außenstehender jedoch entzogen.

Einen weiteren Schritt nahm die Entwicklung der Systemtheorie durch die Erkenntnisse der Biologen Humberto Maturana und Francisco Varela mit ihrer Theorie autopoietischer Systeme.²⁵ Danach sind bei allen Lebewesen deren Komponenten zu einer autopoietischen - also sich selbst erzeugenden - Organisation verknüpft. Sie produzieren und reproduzieren ständig sowohl ihre eigenen Elemente als auch die Organisation der Beziehungen zwischen diesen Elementen in einem rückbezüglichen Prozess.²⁶ Ein zentraler Begriff dieser Theorie ist Autonomie: Lebende Systeme erzeugen, regulieren und erhalten sich danach selbst, sind also nicht von außen determinierbar. Praktisch bedeutet dies, dass lebende Systeme als nicht verfügbar angesehen werden.²⁷ So kann das Familienmitglied A beispielsweise nicht einseitig bestimmen, was Familienmitglied B erleben möge. Dementsprechend kann der an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes beteiligte Richter einer Familie nicht vorgeben, wie eine sorgerechtliche Regelung im Alltag umgesetzt wird.

Eine weitere auf Humberto Maturana zurückgehende wichtige Aussage der systemischen Theorie liegt in der Erkenntnis, dass ein System nicht etwas ist, was dem Beobachter präsentiert wird, sondern dass es sich dabei um ein Etwas handelt, das von ihm erkannt wird.²⁸ Ein System wird nicht als etwas angesehen, das es per se „gibt“, sondern als etwas, von dem nur sinnvoll gesprochen werden kann, wenn man es in Beziehung zu demjenigen sieht, der es erkennt. Der Beobachter fällt mithin die Entscheidung darüber, wie er ein System sieht.

So hat der mit einem Sorgerechtskonflikt befasste Richter eine bestimmte Sicht über die jeweilige Familie und ihre Strukturen. Eine andere Sicht über die gleiche Familie muss der als Parteivertreter involvierte Rechtsanwalt einnehmen. Ein wiederum anderes Bild ergibt sich, wenn eine Person, die außerhalb des zur gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes vorhandenen Systems steht, beschreibt, wie das Miteinander von Eltern und Kindern und der an der Behandlung des Sorgekonfliktes beteiligten Richter, Rechtsanwälte und Mitarbeiter des Jugendamtes auf sie wirkt.²⁹

²⁵ Maturana, S. 184 ff. Vgl. zur Kritik an dieser Theorie Schlippe/Schweitzer, S. 67. Vgl. auch Fallbeispiel aus der familientherapeutischen Praxis bei Grabbe in Bergmann/Jopt/Rexilius, S. 81 f.

²⁶ Maturana, S. 184 ff.

²⁷ Schlippe/Schweitzer, S. 69.

²⁸ Schlippe/Schweitzer, S. 86 f.

²⁹ Vgl. dazu auch unten 4. Teil D. Die an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten, S. 172 ff.

2. Grundannahmen

a. Das Ganze ist mehr als die Summe seiner Teile

Ein zentraler Gesichtspunkt des Systemischen Denkens lässt sich in der Aussage „Das Ganze ist mehr als die Summe seiner Teile“ zusammenfassen. Ein System ergibt sich danach nicht nur aus dem Verhältnis seiner einzelnen Teile oder Mitglieder zueinander. Vielmehr entstehen aufgrund der Verbindungen der einzelnen Mitglieder miteinander Wirkungen, die über das, was sich zwischen ihnen abspielt, hinausgehen.

Wird diese Erkenntnis auf die Familie als System übertragen, bedeutet dies zunächst, dass das Verhalten einzelner Mitglieder nicht (nur) von diesen selbst bestimmt wird, sondern sich im Zusammenspiel mit den anderen Familienmitgliedern entwickelt. Die Wirkungen des Verhaltens einzelner Mitglieder des Systems führen darüber hinaus zu einer Gesamt-Wirkung, die sich in ihrer Qualität von dem Verhalten einzelner Mitglieder unterscheidet und mehr ist als die Addition einzelner Verhaltenssequenzen der Mitglieder. Umgekehrt schlägt sich die Gesamt-Wirkung des Systems wiederum auf das Verhalten einzelner Mitglieder nieder und beeinflusst dadurch das Verhalten des Einzelnen, was wiederum Auswirkungen auf das Verhalten der anderen sowie auf die Gesamt-Wirkung des Systems hat. Von einem außerhalb des Systems stehenden Beobachter kann die Gesamt-Wirkung, die das System hervorbringt und ausstrahlt, dann als „eine ganz bestimmte Familienatmosphäre“ wahrgenommen werden.

Das Verhalten eines Familienmitgliedes wird daher auch als bedingt durch die Struktur eines komplexen transaktionellen Feldes, innerhalb dessen er selbst als Einflussgröße fungiert, beschrieben.³⁰ Familiensysteme stellen also Ganzheiten dar, wobei jedes einzelne Familienmitglied mit dem anderen so verbunden ist, dass eine Änderung des Einen automatisch eine Veränderung bei dem Anderen und somit des ganzen Systems mit sich bringt.³¹

In der systemischen Familientherapie³² werden einzelne Aspekte herausgestellt, die das „Ganze“ und damit die Gesamt-Wirkung einer Familie beeinflussen können. Als solche gelten Zuneigungen und Koalitionen zwischen den einzelnen Familienmitgliedern, gemeinsame Überzeugungen, Familienregeln, sowie die interpersonellen und Subsystemgrenzen.³³

³⁰ Watzlawick/Beavin/Jackson, S. 128 f.; Beispiel nach Bono-Hörler, S. 13: Was A macht, wird von B mitbedingt, was B ist, wird von A mitgestaltet und umgekehrt.

³¹ Bono-Hörler, S. 13; Schweitzer/Schlippe S. 90; vgl. auch Glasl, S. 89: Konfliktprozesse sind zyklisch.

³² Vgl. zur Geschichte und Entwicklung Schlippe/Schweitzer, S. 17 ff.; Sparrer/Varga von Kibed, S. 205 ff.; Stumm/Pritz, S. 691 f.

³³ Schlippe/Schweitzer, S. 57 ff.; Tomm, S. 17.

Im Rahmen von Sorge(rechts)konflikten spielen die familialen Subsysteme eine wichtige Rolle. Subsysteme können bei der Familie das elterliche Subsystem, das Geschwister-Subsystem oder das Subsystem der männlichen oder weiblichen Mitglieder sein. Bei familialen Konflikten aufgrund einer elterlichen Scheidung oder Trennung rückt die Abgrenzung des elterlichen Subsystems von dem Geschwister- beziehungsweise Kind-Subsystem in den Mittelpunkt. Oftmals übernehmen Kinder aufgrund der elterlichen Trennung Eltern- oder Paarfunktionen, was zur Folge hat, dass sich die Grenzen der ursprünglichen und natürlichen Subsysteme verwischen.³⁴

Eine gewichtige Rolle spielen zudem die individuellen familialen Interaktionsstrukturen und Familienregeln. In familialen Trennungen und den damit verbundenen Streitigkeiten um die Sorge für gemeinsame Kinder wiederholen sich häufig bestimmte Muster. Die systemische Familientherapie erklärt dieses Phänomen damit, dass die Mitglieder eines Systems meist auf ein bestimmtes Verhalten festgelegt sind, um das System im Gleichgewicht - der oben beschriebenen Homöostase - zu halten. Die Einschränkungen der Verhaltensoptionen der Mitglieder lassen sich über Regeln oder Muster³⁵ beschreiben. Immer wiederkehrende Verhaltensweisen können so auf einer höheren Abstraktionsebene formuliert werden.³⁶ Informationen dazu liefern nicht nur die gesprochenen Worte, sondern vielmehr auch die Art und Weise der gesprochenen Worte sowie die nonverbale Kommunikation der Mitglieder.³⁷ Für eine in Trennung befindliche Familie kann eine solche Regel lauten: „Immer wenn sich die Eltern streiten, wird das Kind krank“³⁸ oder „Immer wenn die Mutter ein Schreiben vom Anwalt des getrennt lebenden Vaters erhält, verbietet sie dem Kind den Besuch beim Vater“. Regeln sind also Beschreibungen eines Beobachters, der daraus Rückschlüsse zieht, wie sich die Mitglieder eines Systems geeinigt haben, Wirklichkeit zu definieren, welche Bedeutung sie den Dingen zuweisen und welches Verhalten sie als „möglich“ oder „unmöglich“ ansehen.³⁹

b. Wirklichkeit kann nicht losgelöst vom jeweiligen Betrachter gesehen werden

Eine weitere Grundannahme Systemischen Denkens ist, dass das, was als „Wirklichkeit“ erkannt wird, nie losgelöst von demjenigen gesehen werden kann, der diese „Wirklichkeit“ erkannt hat.

Bereits die klassische Philosophie beschäftigte sich mit der Frage, ob und wie Menschen „Realität“ und „Wahrheit“ erkennen können. So ist in Platons „Ideenlehre“ Materie nicht für sich allein existierend, sondern wird erst durch die Ideen, die in ihr anwesend sind, zur Wirklichkeit erweckt. Diese

³⁴ Vgl. dazu auch unten 1. Teil B.

III. Kinder im familialen Trennungsgeschehen, 30 ff.

³⁵ Vgl. zu zirkulären Interaktionsmustern Tomm, S. 20 ff.

³⁶ Schlippe/Schweitzer, S. 60.

³⁷ Tomm, S. 22.

³⁸ Vgl. dazu auch Tomm, S. 14 ff.

³⁹ Schlippe/Schweitzer, S. 60.

Überlegungen wurden von verschiedenen Naturwissenschaftlern wie Heinz von Foerster, Gregory Bateson und Humberto Maturana aufgenommen.⁴⁰ Sie entstammen der konstruktivistischen Philosophie und sind derzeit die erkenntnistheoretische Grundlage Systemischen Denkens.⁴¹ Wirklichkeit ist danach das Produkt „wirk-samer“ Unterscheidungen, die Menschen bewusst oder unbewusst treffen. Das, was Menschen als Wirklichkeit sehen, haben sie in der Regel in einem langen Prozess von Sozialisation und Versprachlichung als „wirklich“ anzusehen gelernt.⁴²

Übertragen auf den Sorgekonflikt bedeutet dies, dass beispielsweise die Sicht der Mutter, die den Vater als „ungeeignet“ zur Alleinsorge sieht, „nur“ die Wirklichkeit der Mutter darstellt. Daneben gibt es zumeist eine Wirklichkeit des Vaters, der wiederum die Mutter als „ungeeignet“ zur Übernahme der Alleinsorge sieht. Unterschiedliche Wirklichkeiten der Eltern zum gleichen Sachverhalt stehen sich mithin gegenüber. Eine andere Sicht des Geschehens haben unter Umständen die Mitglieder der jeweiligen Herkunftsfamilien der Eltern - also beispielsweise die Eltern des Vaters beziehungsweise die Eltern der Mutter. Wird nun der Sorgekonflikt gerichtlich ausgetragen, treten weitere Sichtweisen über das Konfliktgeschehen wie die des Richters, der Rechtsanwältin oder der Mitarbeiter des Jugendamtes hinzu. Findet eine Konfliktbehandlung mittels Mediation statt, haben sowohl der Mediator als auch die Beratungsanwältin ihre jeweils eigenen „Wirklichkeiten“ zum elterlichen Konfliktgeschehen.

Im Hinblick auf die Entstehung von Wirklichkeit stellt sich auf einer anderen Ebene die Frage, ob es möglich ist, die elterliche Sorge einem Elternteil zu- und dem anderen abzusprechen. Dass dies möglich ist, steht nicht von vornherein fest, sondern ergibt sich aus den derzeit maßgeblichen gesetzlichen Regelungen zur elterlichen Sorge. Wie sich die elterliche Sorge und damit auch die Behandlung eines Sorgekonfliktes im Fall einer elterlichen Trennung gestaltet, wird mithin auch durch eine mittels gesetzlicher Vorschriften geschaffenen „Wirklichkeit“ geregelt.⁴³ Insofern kann auf einer weiteren Abstraktionsebene wiederum gefragt werden, ob es überhaupt die „elterliche Sorge“ gibt oder ob diese gesetzliche Figur nicht „lediglich“ ein gedankliches Konstrukt zur Beschreibung einer (möglichen) Gestaltung der Eltern-Kind-Beziehung darstellt.

⁴⁰ Ausführlich dazu Schlippe/Schweitzer, S. 87 ff.

⁴¹ So Schlippe/Schweitzer, S. 87; vgl. auch Löscher, S. 68 f.; Watzlawick/Weakland/Fisch, S. 120. Zur Kritik am Konstruktivismus vgl. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, S. 82 f.

⁴² Schlippe/Schweitzer, S. 88 f.

⁴³ Vgl. dazu auch unten 4. Teil A.

I. Wirklichkeitskonstruierende Wirkungen des Rechts,
S. 114 ff.

Abbildung 1: Die unterschiedlichen Sichtweisen der Beteiligten

Die möglichen unterschiedlichen Sichtweisen der an der Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten veranschaulicht nochmals die folgende graphische Darstellung.



Quelle: Eigener Entwurf

c. Zirkuläre Kausalität

Gibt es den einen vom System losgelösten Beobachter, der die Wirklichkeit als solche erkennt, nicht, hat dies Auswirkungen auf die Entstehung von Kausalität in Systemen. Das Augenmerk richtet sich nicht mehr auf linear-kausale Zusammenhänge, vielmehr treten nun die Muster von Beziehungen in den Vordergrund.⁴⁴ In sozialen Systemen wie der Familie wird daher aus systemischer Sicht von der Rekursivität sozialer Prozesse ausgegangen: Verhaltensweisen des Einzelnen sind durch die der anderen (mit-)bedingt, so dass eine nur linear-kausale Sichtweise eine unzulässige Verkürzung darstellen würde.⁴⁵

Hat im Sorgekonflikt beispielsweise ein Elternteil einen Antrag auf Alleinsorge gestellt und damit „offiziell“ das gerichtliche Verfahren in Gang gebracht, gibt es „inoffiziell“ zwei „Wirklichkeiten“ - die des Vaters und die der Mutter. Die Umstände, die dazu führen, dass ein Elternteil einen Antrag auf Übertragung der elterlichen Alleinsorge stellt, werden nämlich in der Regel niemals von diesem Elternteil allein erschaffen, sondern ergeben sich immer aus dem Zusammenspiel der am Sorgekonflikt beteiligten Personen. Die Interaktion der am Sorgekonflikt beteiligten Familienmitglieder lässt sich damit als zirkulär-kausal bezeichnen.

⁴⁴ Vgl. zur Kausalität als Denkkategorie Röhl, Allgemeine Rechtslehre, S. 476.

⁴⁵ Schlippe/Schweitzer, S. 90. Vgl. dazu auch Grabbe in Bergmann/Jopt/Rexilius, S. 80.

1. Teil: Der Sorgekonflikt als Teil des familialen Trennungsgeschehens

A. Familie

Der trennungsbedingte Sorgekonflikt ist regelmäßig in ein gesamtfamiliales Trennungsgeschehen eingebettet. Bildet die gesamtfamiliale Trennung den Bezugsrahmen des Konfliktes um die elterliche Sorge, ist zunächst zu erörtern, was unter „Familie“ zu verstehen ist und welche Funktionen sie hat. Um die gegenwärtige Bedeutung der Familie einzuordnen, wird zudem ein kurzer Überblick über die historische Entwicklung und den damit einhergehenden Bedeutungswandel von Ehe und Familie gegeben.

I. Begriffsbestimmungen

Der Begriff „Familie“ ist unter verschiedenen fachspezifischen Blickwinkeln zum Teil unterschiedlich gefasst. Im natürlichen Sprachgebrauch wird unter Familie teils die so genannte Großfamilie, teils die so genannte Kleinfamilie verstanden. Großfamilie meint die Gemeinschaft aller Blutsverwandten. Als Kleinfamilie gelten die Ehegatten und ihre Kinder.⁴⁶

Familiensoziologen greifen üblicherweise auf einen strukturell-funktionalen Ansatz zur Definition von Familie zurück, für den maßgeblich Geschlecht und Generation sind.⁴⁷ Familie bildet sich danach dadurch, dass zwei Erwachsene unterschiedlichen Geschlechtes eine längerfristige Verbindung eingehen, ihre Persönlichkeiten pflegen und stabilisieren, Kinder bekommen und aufziehen. Abhängig davon ist das Familienleben entsprechend differenziert, ebenso sind die Rollen strukturiert.⁴⁸ Kooperation, Solidarität, Zusammenleben und Intimität stellen aus soziologischer Sicht wesentliche Momente von Familie dar. Liegen diese nicht mehr vor, endet Familie.

Ähnlich definiert die Familienpsychologie Familie. Eine kleine Gruppe von zusammenlebenden Menschen wird dann als Familie bezeichnet, wenn sie durch nahe und dauerhafte Beziehungen miteinander verbunden ist und wenn sie sich auf die nachfolgende Generation hin orientiert. Als Kriterien für das Vorhandensein von Familie werden Abgrenzung, Privatheit, Dauerhaftigkeit und Nähe genannt.⁴⁹

⁴⁶ Vgl. Palandt-Brudermüller Einl v § 1297 Rn. 2.

⁴⁷ Anders Luhmann, der die Familie als Sozialsystem begreift, welches aus Kommunikationen und nicht aus Menschen oder Beziehungen besteht. Vgl. Rohmann in Fabian, S. 17. Zum Kommunikationsbegriff bei Luhmann vgl. Böse/Schiepek, S. 75 ff.

⁴⁸ Rohmann, S. 18 m.w.Nachw.; zu weiteren Konzepten siehe Rohmann in Fabian, S. 18 ff.

⁴⁹ Rohmann in Fabian, S. 19 f. m.w.Nachw.

Das Ende der Familie lässt sich daran festmachen, dass ein Schwund von Intimität, Nähe und gemeinsamem Lebensvollzug vorliegt.⁵⁰

Aus systemischer Sicht stellt sich die Familie als ein System dar, welches aus den einzelnen Familienmitgliedern und der jeweiligen individuellen innerfamiliären Organisation besteht.⁵¹ Wie die Organisation des Systems Familie konkret gestaltet ist, lässt sich mittels bestimmter Kriterien beschreiben. Als solche gelten unter anderem die interpersonellen und die Subsystemgrenzen, Zuneigungen und Koalitionen zwischen den einzelnen Familienmitgliedern, individuelle Familienregeln, gemeinsame Überzeugungen und Ziele der Familie.⁵² Die konkrete Familienorganisation lässt sich allerdings nicht direkt beobachten, sondern muss vielmehr aus den jeweiligen Interaktionsmustern der Familienmitglieder abgeleitet werden.

Eine juristische Definition von Familie fehlt. Der in Art. 6 Abs. 1 GG ausdrücklich genannte Begriff „Familie“ wird als offener Begriff verstanden und zwar im Gegensatz zum Begriff der „Ehe“.⁵³ Auch das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Legaldefinition.⁵⁴ Lediglich die Beziehungen, die zwischen Mitgliedern der Kleinfamilie bestehen, hat der Gesetzgeber teilweise geregelt. Unterschieden wird zwischen den Beziehungen der Ehegatten untereinander, dem so genannten „Eherecht“ und den Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, dem „Kindschaftsrecht“. Die Zugehörigkeit zur Großfamilie hat - von der Unterhaltspflicht abgesehen - kaum noch rechtliche Relevanz.

Auch existieren keine gesetzlichen Vorschriften, die eine Auflösung der Familie an bestimmte Voraussetzungen knüpfen. Regelungen finden sich lediglich zur Scheidung der Ehe, die nach § 1564 Abs. 1 Satz 2 BGB mit der Rechtskraft des Urteils als aufgelöst gilt. Im Hinblick auf die Regelung der elterlichen Sorge nach Trennung und Scheidung wird diskutiert, ob die Trennung und Scheidung zur Auflösung der Familie führt oder als ein Prozess anzusehen ist, der eine Reorganisation der Familie zur Folge hat.

Das so genannte Konfliktmodell betrachtet die Trennung der Eltern als Auflösung der Kernfamilie. Die Ehescheidung stellt den Abbruch des Familienzyklus dar und wird aus dieser Sicht als Fehlentwicklung bewertet.⁵⁵ Begrifflich wird dann von einer „Restfamilie“ oder „unvollständigen Familie“ gesprochen und damit der von der Norm abweichende Charakter verdeutlicht.⁵⁶ Demgegenüber geht das

⁵⁰ Rohmann in Fabian, S. 20.

⁵¹ Rabaa, S. 127; Tomm, S. 17; Wirsching in: Modelle alternativer Konfliktregelungen in der Familienkrise, S. 27.

⁵² Tomm, S. 17.

⁵³ Köster, S. 64. Das Bundesverwaltungsgericht führt in BVerwGE 52, 214 (219) dazu aus: „Der Begriff „Familie“ braucht in der Rechtsordnung kein einheitlicher zu sein.“

⁵⁴ Palandt-Diederichsen Einl v § 1297 Rn. 1.

⁵⁵ Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 18.

⁵⁶ Das Konfliktmodell lag den §§ 1671, 1672 a. F. BGB zugrunde. Vgl. dazu Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 18.

so genannte Reorganisationsmodell davon aus, dass die Scheidungserfahrung der Familie - gesehen über den Zeitraum vor, während und nach der Scheidung - ein komplexes prozesshaftes Geschehen ist.⁵⁷ Der Scheidungsprozess zeigt wiederum nur einen Ausschnitt der familialen Gesamtentwicklung auf. Nicht mehr äußere Merkmale wie gemeinsames Wohnen oder gemeinsame Aktivitäten, sondern psychologische Faktoren wie zum Beispiel Zusammengehörigkeitsgefühl oder Abgrenzung treten in den Vordergrund. Insofern ist nicht der aktuelle Zustand der Familie im Sinne von feststehenden Beziehungszuschreibungen entscheidend, sondern die langfristige Entwicklung der Familie. Eine Ehescheidung wird dann als eine mögliche Entwicklung der Familie betrachtet, in deren Verlauf das ursprüngliche Familiensystem nicht einfach aufgelöst wird, sondern sich mehr oder weniger tiefgreifend ändert.⁵⁸ Insbesondere in den siebziger und achtziger Jahren hat das Reorganisationsmodell aufgrund amerikanischer Studien weite Verbreitung gefunden und das Konfliktmodell in den Hintergrund treten lassen. Dies führte dazu, dass im deutschen Recht die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall eingeführt wurde.⁵⁹

⁵⁷ Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 17.

⁵⁸ Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 17.

⁵⁹ Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 19 mit Kritik am Reorganisationsmodell.

II. Bedeutungswandel von Familie und familialen Trennungsprozessen

Die Umwandlung der vorindustriellen Familie zur Familie in der heutigen hochindustrialisierten Gesellschaft lässt sich beschreiben als Entwicklung „von der Notgemeinschaft zur Wahlverwandtschaft“.⁶⁰

Die vorindustrielle Familie war Arbeits- und Wirtschaftsgemeinschaft. Ihre Aufgabe war es zudem, Kinder zu erziehen und auszubilden. Auch die Ausübung der Religion erfolgte in der Familie. Die einzelnen Mitglieder hatten sich dem Ziel der Erhaltung des existenzsichernden Hofes oder Handwerksbetriebes unterzuordnen.⁶¹ Persönliche Motive und die Freiheit des Individuums traten demzufolge weitgehend zurück.⁶² Mit dem gesellschaftlichen Wandlungsprozess der arbeitsteiligen Produktionsweise, die zu einer Trennung von Haus- und Lohnarbeit führte, veränderte sich im 19. Jahrhundert auch die Struktur von Ehe und Familie.⁶³ Meist arbeitete der Mann nun außer Haus. Sein Lohn stellte die ökonomische Grundlage der Familie dar - die Frau übernahm demgegenüber die häusliche, unbezahlte Arbeit.⁶⁴ Die Ausbreitung und gesellschaftliche Akzeptanz dieses Familienmodells führte zu der bis in die jüngste Geschichte aufrecht erhaltenen Auffassung, die Mutter eigne sich besser als der Vater zur Pflege von Kleinkindern.⁶⁵

Die Forderungen nach Gleichberechtigung der Frau und die stärkere Betonung der Rechte der Kinder führten seit Beginn des 20. Jahrhunderts zum Abbau der patriarchalischen Familienstruktur zugunsten einer mehr partnerschaftlichen.⁶⁶ Dadurch gewannen Frauen in vielen Bereichen größere Unabhängigkeit, die sich sowohl auf deren individuelle Lebensmuster als auch auf die Gestaltung von Ehe und Familie auswirkte und zur Folge hatte, dass Konflikte zwischen den Familienmitgliedern auch als Rechtsfragen verstanden wurden und demzufolge vor Gericht ausgetragen wurden.⁶⁷ Die „Emanzipation“ von Frauen und Kindern bedingte damit auch eine Verrechtlichung der personalen Familienbeziehungen.⁶⁸

Zudem hat die Entwicklung des Sozialstaates Ende des 19. Jahrhunderts und der folgende Ausbau sozialstaatlicher Sicherungen wie Sozialversicherung, Arbeitslosenversicherung und Sozialhilfe die Familie wesentlich entlastet.⁶⁹ Mit der Minderung ökonomischer Restriktionen durch den Staat ergab

⁶⁰ Weber, Gunthard, S. 75.

⁶¹ Röhl, S. 380; siehe auch Schwab, Familienrecht, Rn. 5.

⁶² Weber, Gunthard, S. 76.

⁶³ Röhl, S. 380; Willms-Faß/Symalla, S. 4.

⁶⁴ Bono-Hörler, S. 6.

⁶⁵ Bono-Hörler, S. 6.

⁶⁶ Schwab, Familienrecht, Rn. 7.

⁶⁷ Schwab, Familienrecht, Rn. 7.

⁶⁸ Schwab, Familienrecht, Rn. 7.

⁶⁹ Schwab, Familienrecht, Rn. 8.

sich für das einzelne Familienmitglied erstmals die Möglichkeit der Unabhängigkeit von der bedingungslosen Ein- und Unterordnung im Familienverbund.⁷⁰

In der gegenwärtigen Gesellschaft ist das Bild der Familie gekennzeichnet von verstärkten Individualisierungstendenzen der einzelnen Mitglieder. Das private Leben wird dabei weniger von familialen Gesamtvorstellungen und allgemein gültigen soziokulturellen Normen geprägt als vielmehr durch autonome Entscheidungen der Partner.⁷¹ Die Anforderungen der postmodernen Industriegesellschaft an mobile und anpassungsfähige Bürger fördern diese Tendenz zur Maximierung eigener Interessen und beruflicher Fähigkeiten zusätzlich.⁷² Auch die zunehmende Befreiung von religiösen wie auch verwandtschaftlichen Verpflichtungen hat die familialen Strukturen entscheidend verändert und zu einem gestiegenen Freiheitsverlangen des Einzelnen geführt.⁷³

Es ist also ein Funktionswandel⁷⁴ des Familienverbandes zu verzeichnen: Die Großfamilie war eine unspezialisierte Sozialeinheit, die von der Wiege bis zur Bahre alle Bedürfnisse ihrer Mitglieder erfüllen konnte.⁷⁵ Sie war sowohl Kultgemeinschaft als auch Konfliktregelungsinstanz. Diese Sicherungs-, Ordnungs- und Fürsorgefunktionen sind heute weitgehend auf öffentliche und damit rechtlich geprägte Institutionen verlagert.⁷⁶ Inzwischen wird in Deutschland - wie mehrere empirische Studien belegen⁷⁷ - eine Eheschließung aus überwiegend drei Gründen geplant und vollzogen: wegen einer Schwangerschaft, eines Kinderwunsches oder weil bereits Kinder geboren sind.⁷⁸

In enger Verknüpfung mit dem funktionellen Wandel steht eine im Vergleich zu früheren Zeiten auffällige Verinnerlichung der familialen Beziehungen. Je mehr die Industrialisierung zu einer Trennung zwischen Haus und Arbeit führte, desto mehr emotionalisierten sich auch die familialen Beziehungen.⁷⁹ An die Stelle eines eher objektiv und rechtlich definierten Rollenverständnisses der Familienmitglieder trat die Vorstellung, dass zwischen den Ehegatten und auch zwischen Eltern und Kindern eine außerrechtliche und subjektive Verbindung besteht, welche nur bedingt gesellschaftlichen Anforderungen unterstellt und vom Recht gestaltet werden kann.⁸⁰ Es entstand ein neues Familienbild und

⁷⁰ Weber, Gunthard, S. 76.

⁷¹ Mähler/Mähler in Scheidungsmediation: Möglichkeiten und Grenzen, S. 38.

⁷² Kunkel, S. 9.

⁷³ Kunkel, S. 9: Es wird von einer Ablösung der „Pflicht- und Akzeptanzorientierung“ durch eine „Selbstentfaltungswertorientierung“ gesprochen.

⁷⁴ Gernhuber/Coester-Waltjen § 1 I, S. 2 sprechen von „Funktionsverlust“. Zum Streit, ob es sich um einen Funktionsverlust oder einen Funktionswandel der Familie handelt, vgl. Röhl, S. 380.

⁷⁵ Röhl, S. 380.

⁷⁶ Gernhuber/Coester-Waltjen § 1 I, S. 3; Röhl, S. 380.

⁷⁷ Vgl. dazu Nave-Herz/Markefka, S. 214: Auch aus englischen und amerikanischen Studien geht hervor, dass der Grund für eine Eheschließung heute in hohem Maße mit einem Kinderwunsch verbunden ist.

⁷⁸ Nave-Herz/Markefka, S. 214.

⁷⁹ Willms-Faß/Symalla, S. 4.

⁸⁰ Schwab, Familienrecht, Rn. 6.

mit ihm die Form von Ehe, die ihren Bestand aus dem Gefühl von Liebe bestimmt.⁸¹ Die heutige Kleinfamilie konstruiert

sich damit als Intimgruppe, die ihre Bewährung in viel stärkerem Maße als es die funktionsgesättigte Großfamilie tat, in der Harmonie ihrer Gefühle findet.⁸² Vor diesem Hintergrund ist die Familie heute als Interaktionssystem zu begreifen, welches unterschiedlich geartete Beziehungen zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern sowie Geschwistern in einer Form koordiniert, die den Mitgliedern Stabilität sichern soll.⁸³

Die Änderung familialer Strukturen lässt sich auch an der gestiegenen Anzahl von Scheidungen und den damit zusammenhängenden neuen Formen familialen Zusammenlebens erkennen. Während noch Anfang der siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts die traditionelle Form der bürgerlichen Familie auf einer lebenslangen ehelichen Partnerschaft von Mann und Frau basierte und eine klare Rollenverteilung zwischen Vater, Mutter und Kindern bestand, hat sich inzwischen die Stabilität dieser Lebensformen deutlich verringert.⁸⁴ Familienleben findet nunmehr in einer Vielzahl unterschiedlicher Formen statt, die auf unterschiedliche Art und Weise funktionieren und unterschiedliche Entstehungszusammenhänge haben.⁸⁵ Paare betrachten es inzwischen auch als ihre eigene Entscheidung, wie ihre Trennung und Scheidung verlaufen soll. Eine Intervention durch Dritte wird im Hinblick auf das familiäre Trennungsgeschehen daher auch als Eingriff in die autonome Privatsphäre wahrgenommen.⁸⁶

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ehe ursprünglich eine auf Lebenszeit angelegte Institution war, wobei die gefühlsmäßigen Bindungen der Eheleute eine untergeordnete Rolle spielten, demgegenüber die Existenzsicherung im Vordergrund stand. Inzwischen lässt sich die Ehe als eine Interessengemeinschaft charakterisieren, deren ursprüngliches Verknüpfungsband die Liebe der Partner und die Absicht ist, einen Lebensabschnitt im Sinne gegenseitiger emotionaler Bedürfnisbefriedigung und Kooperation verbunden mit dem Wunsch nach Kindern zu erleben.

⁸¹ Willms-Faß/Symalla, S. 4.

⁸² Gernhuber/Coester-Waltjen § 1 I, S. 3.

⁸³ Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen § 1 I, S. 4.

⁸⁴ Huinink in Fegert, S. 19; vgl. dazu auch oben Einführung II. Rechtstatsächliche Ausgangsdaten, S. 3 f.

⁸⁵ Huinink in Fegert, S. 19.

⁸⁶ Duss-von Werdt - Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 24 ff.

B. Das familiale Trennungsgeschehen

Trennung und Scheidung stellen kein plötzliches Ereignis dar, sondern sind das Ergebnis eines - mitunter über Jahre andauernden - Prozesses. Erst im Verlauf des Trennungsgeschehens stellt sich dann die Frage, wie die Sorge für gemeinsame Kinder nach einer elterlichen Trennung gestaltet werden soll. Neben der Regelung der elterlichen Sorge für gemeinsame Kinder haben die Eltern jedoch meist noch weitere Konfliktthemen zu bewältigen. Als solche kommen zum einen Themen in Betracht, die mit dem augenscheinlichen Fixpunkt der familialen Trennung - der psychischen Trennung der Eltern als Paar in Zusammenhang stehen. Daneben entwickeln sich oftmals Streitigkeiten im Hinblick auf finanzielle und vermögensrechtliche Fragen wie zum Beispiel zur Zahlung von Unterhalt, zur Aufteilung des während der Ehezeit erworbenen Vermögens oder zur Verteilung des Hausrates. Konflikte um die zukünftige Ausgestaltung der Sorge für gemeinsame Kinder nach Trennung oder Scheidung der Eltern sind daher häufig auch mit Konflikten im Hinblick auf die psychische Trennung der Eltern als Paar sowie mit finanziellen Fragen verbunden. Die unterschiedlichen Konfliktthemen bilden dann ein Konfliktsystem, innerhalb dessen die einzelnen Themen in Verbindung stehen (können).

Um den Konflikt zur zukünftigen Ausgestaltung der elterlichen Sorge in das gesamtfamiliale Trennungsgeschehen einzuordnen, werden zunächst die der elterlichen Trennung zugrunde liegenden möglichen Ursachen erörtert. Dem Konzept der Untersuchung folgend bezieht sich die Darstellung in erster Linie auf systemische Erklärungsansätze.⁸⁷

Auch wenn jede Familie ihre eigenen Muster im Umgang mit dem familialen Trennungsgeschehen in sich trägt, durchläuft dennoch die Mehrzahl der Familien im Trennungsprozess regelmäßig verschiedene Stadien, die sich an bestimmten äußeren Umständen wie zum Beispiel dem Auszug eines Ehepartners aus der gemeinsamen Wohnung oder der juristischen Scheidung festmachen lassen. Die verschiedenen Phasen des Trennungsgeschehens sollen daher - auch im Hinblick auf die davon betroffenen Kinder - dargestellt werden. Abschließend werden diejenigen Kriterien erörtert, denen in Bezug auf die Entstehung und Entwicklung von Sorgekonflikten besonderer Einfluss zukommt.

⁸⁷ Zu den Ursachen und Auswirkungen von Partnerkrisen aus psychoanalytischer Sicht vgl. Wendl-Kempmann/Wendl, S. 16 ff.

I. Systemische Erklärungsansätze familialer Trennungen

Wenn zwei Menschen sich kennen lernen und ineinander verlieben, finden sich immer auch zwei Familiensysteme.⁸⁸ Die in den Herkunftsfamilien häufig über Generationen gelebten und weitergegebenen Muster⁸⁹ prägen so neue Generationen von Partnerschaftsbeziehungen. Diese Muster der Beziehungsgestaltung zeigen sich in Interaktions- und Konfliktbehandlungsmustern sowie überlieferten Regeln, Strukturen, Tabus, Hierarchien und Wertvorstellungen der jeweiligen Herkunftsfamilien. Insbesondere in Partnerschaftskrisen setzen sich die vorhandenen Beziehungs- und Konfliktlösungsmuster meist mehr oder weniger bewusst fort.⁹⁰ Dies bedeutet für das Trennungsgeschehen der Familie, dass sowohl das Konfliktverhalten wie auch die Konfliktlösungsmuster des Paares stark von den jeweiligen Herkunftsfamilien beeinflusst sind. Streitet ein Paar, streiten also immer auch zwei Familiensysteme.

Ein häufiger Grund für Trennungen liegt darin, dass sich die Partner innerlich und manchmal auch äußerlich nicht von ihren Herkunftsfamilien gelöst haben.⁹¹ Ein solcher unvollständiger Ablösungsprozess von den eigenen Eltern lässt keine wirklich eigenständige, gleichberechtigte Paarbeziehung zu, da der Partner innerlich an sein Herkunftssystem - oft auch an ein bestimmtes Familienmitglied - loyal gebunden ist.⁹² Die Realitätswahrnehmung und mithin die Wirklichkeitskonstruktion beider Partner über das, was Paar- und Familienbeziehungen „sein zu haben“ und ob und wie Trennungen erfolgen, resultiert dann auch aus diesen Loyalitäten. Eben jene starke Bindung an die eigene Herkunftsfamilie kann es darüber hinaus verbieten, sich selbst und seine Partnerschaft eigenständig zu entwickeln. Trennungen können also auch als ein Versuch des Paares begriffen werden, die eigenen jeweiligen Lebensgeschichten entweder mit generationenübergreifenden Einflüssen der Herkunftsfamilie zu vereinen oder die eigene Lebensgeschichte gegenüber diesen Einflüssen abzuschotten.⁹³ In Abgrenzung zu den eigenen Eltern und Großeltern versuchen die Partner oftmals auch, die eigene Paarbeziehung völlig anders zu gestalten. Meist bestehen jedoch die alten, in der Herkunftsfamilie erlernten Beziehungsmuster fort und zeigen sich insbesondere in Krisensituationen und -zeiten. Ohne dass es die Beteiligten wollen und ohne dass es ihnen bewusst ist, reinszenieren sie in der eigenen Paarkrise dann die Verhaltensweisen und Gefühle, die sie in ihren Herkunftsfamilien als Modell überliefert bekom-

⁸⁸ Willms-Faß/Symalla, S. 25.

⁸⁹ So genannte „transgenerationale Muster“; vgl. dazu Willms-Faß/Symalla, S. 25.

⁹⁰ Willms-Faß/Symalla, S. 26.

⁹¹ Vgl. auch Krabbe, Einführung, S. 13.

⁹² Vgl. dazu Willms-Faß/Symalla, S. 26; ausführlich Weber, S. 126 ff.

⁹³ Willms-Faß/Symalla, S. 27.

men haben.⁹⁴ Damit einher geht in der Regel auch, dass bestimmte in der Herkunftsfamilie erlernte Interaktionsstrukturen von beiden Partnern zur Konfliktlösung eingesetzt werden.

Aber nicht nur die Herkunftsfamilie hat Einfluss auf das Konfliktverhalten, sondern den vorhergehenden Generationen im Stammbaum eines Menschen werden psychodynamisch ebenfalls gewichtige Rollen zugeschrieben. Offene Rechnungen, verletzte Ansprüche oder Verpflichtungen, das Wissen um begangenes oder erlittenes Unrecht sind wesentliche, das Zusammenleben über Generationen hinweg bestimmende Erfahrungen.⁹⁵ So werden in der unmittelbaren Familie Wert- und Normmaßstäbe gelebt, die häufig innerhalb eines Familienstammbaumes als wiederkehrende Muster im Hinblick auf Partnerschaftskrisen und Trennungen auftreten. Dabei existieren zwar individuelle Varianten, jedoch bleibt das Grundthema der Trennung als Lösungsform von Paar- oder Familienkonflikten oftmals über Generationen hinweg konstant.⁹⁶

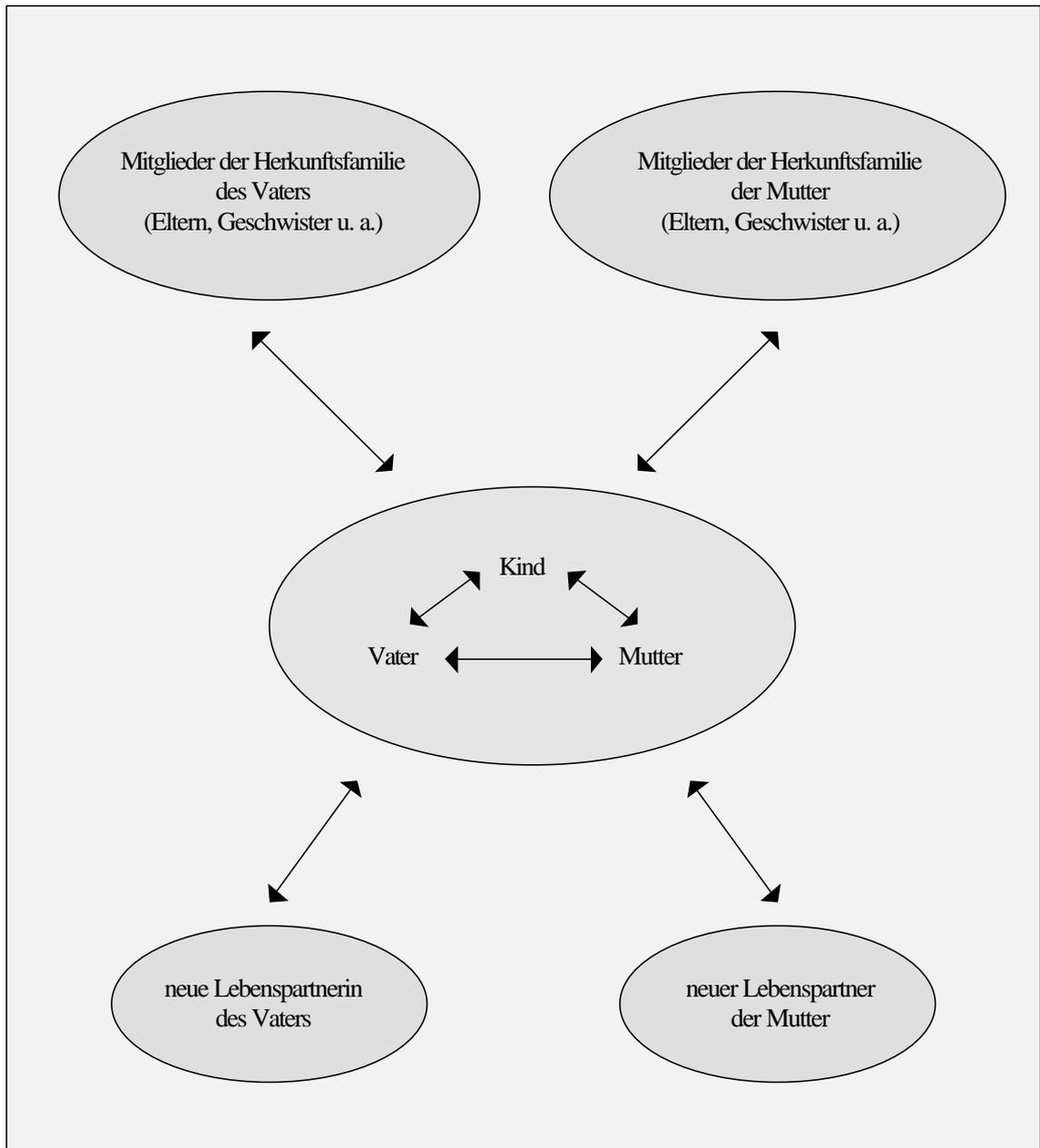
Abbildung 2: Beteiligte des Sorgekonfliktes

Das folgende Schaubild gibt nochmals einen Überblick über die Personen, die aufgrund familialer oder persönlicher Bindungen an der Behandlung des Sorgekonfliktes beteiligt sein können.

⁹⁴ Willms-Faß/Symalla, S. 29.

⁹⁵ Wirsching in: Modelle alternativer Konfliktregelungen in der Familienkrise, S. 31.

⁹⁶ Willms-Faß/Symalla, S. 26: Mit Trennungen sind dabei nicht immer nur Scheidungen gemeint, sondern auch plötzlicher Tod, Flucht, Suizid, im Krieg gefallene Familienangehörige aber auch verdeckte Trennungen wie zum Beispiel Arbeitssucht. Eine Vergegenwärtigung und innere Aussöhnung mit den Familienmitgliedern aus vorangegangenen Generationen kann zur Unterbrechung dieses Musters und zu alternativen Konfliktlösungen führen, vgl. dazu Weber, S. 114; Willms-Faß/Symalla, S. 100 f.



Quelle: Eigener Entwurf

II. Phasen des Trennungsprozesses

Trennung und Scheidung sind keine punktuellen Ereignisse, sondern Prozesse.⁹⁷ Der familiäre Trennungsprozess zeigt sich dabei einerseits als prinzipiell offenes Geschehen, andererseits wird er durch benennbare Eckpunkte und Weichenstellungen bestimmt,⁹⁸ die eine Untergliederung des Geschehens in verschiedene Abschnitte ermöglichen. Überwiegend wird zwischen drei Phasen unterschieden:⁹⁹ Der Ambivalenzphase, in der beide Partner eine Scheidung erwägen, aber noch unentschlossen sind, der Scheidungsphase, in der mindestens einer zur Trennung entschlossen ist und juristische Schritte einleitet und der Nachscheidungsphase, in der die juristische Scheidung abgeschlossen und die Neuorientierung für alle Familienmitglieder eingeleitet ist. Da es sich bei dem Trennungsgeschehen um einen dynamischen Prozess handelt, lassen sich die einzelnen Abschnitte nicht exakt voneinander trennen. Überschneidungen sind ebenso möglich wie Entwicklungen, die jenseits der phasenspezifischen Einordnung des Geschehens liegen.

1. Ambivalenzphase

In dieser ersten Phase befindet sich das Paar oft in Unentschlossenheit im Hinblick auf eine mögliche Trennung, die mitunter einmal oder auch mehrfach erprobt wird. Die Atmosphäre ist gekennzeichnet durch heftige Auseinandersetzungen, Rückzug, Misstrauen, Angst vor Einsamkeit und der Zukunft.¹⁰⁰ Es werden erste Versuche unternommen, sich die Schwierigkeiten innerhalb der Beziehung zu erklären, wobei das Nachdenken über die Beziehung, den Partner und die Probleme immer mehr Zeit in Anspruch nehmen.¹⁰¹ Da Konflikte zunehmend die Beziehung bestimmen, sieht das Paar nicht mehr die positiven Seiten der Partnerschaft beziehungsweise diese existieren kaum noch. Verwandte, Freunde, Bekannte werden in die Paarproblematik mit einbezogen und es wird so die eigene soziale und familiäre Situation im Erzählen immer wieder neu durchlebt. Die Wahrnehmung von eigenen Problemen und Konflikten wird in Bezug zum Partner gesehen oder auf ihn übertragen. Meist machen die Partner ihre Probleme gegenseitig zur „Schuld“ des jeweils anderen, dem oder der im Weiteren die Fähigkeit und der Wille zur Lösung der Probleme abgesprochen wird.¹⁰² Da gleichzeitig meist wiederkehrende Konfliktbehandlungsmuster bestehen, pendeln die Betroffenen zwischen den emotionalen Zuständen der Hoffnung und der Verzweiflung, der Resignation und der gegenseitigen Schuldzuweisung.

⁹⁷ Reich in Krabbe, S. 63; Rohmann in Fabian, S. 72.

⁹⁸ Rohmann in Fabian, S. 71.

⁹⁹ Zum Teil wird das Trennungsgeschehen auch in zwei oder vier Phasen unterteilt. Vgl. dazu Reich in Krabbe, S. 67 ff.; Schmidt-Denter, S. 57 m.w.Nachw. Zum Vier-Phasen-Modell auch Bundeskonferenz für Erziehungsberatung Teil 1, S. 27 ff.

¹⁰⁰ Reich in Krabbe, S. 67.

¹⁰¹ Willms-Faß/Symalla, S. 81.

¹⁰² Willms-Faß/Symalla, S. 81.

Die Kinder werden aus der Sicht der Eltern in dieser Phase des Trennungsgeschehens zumeist nicht aktiv in die Konflikte einbezogen, vielmehr sind die Eltern noch bemüht, die Kinder aus ihren Streitigkeiten herauszuhalten. In der Regel haben Kinder jedoch eine „feinfühligere Wahrnehmung“,¹⁰³ das heißt sie spüren die Spannungen und registrieren die trennenden Handlungen der Eltern sehr wohl.

Die Kinder sind im Stadium vor der konkreten Trennung einer permanenten Verunsicherung ausgesetzt, weil ihnen niemand erklärt, was passiert und sie dies daher selbst herausfinden müssen.¹⁰⁴ Elterliche Streitigkeiten und Tätlichkeiten rufen bei den Kindern zudem regelmäßig große Angst hervor.¹⁰⁵ Oftmals geraten Kinder auch in die Rolle des „Ehetherapeuten“, versuchen die Eltern oder einen Elternteil zu trösten oder Maßnahmen zu ergreifen, welche eine Wiederversöhnung oder Wiedervereinigung der Eltern herbeiführen sollen.¹⁰⁶ Bereits jetzt kann das Kind auch zu dem Verbündeten eines Elternteiles gemacht werden oder es stellt sich - seinem Bedürfnis nach Gerechtigkeit folgend - auf die Seite des ihnen schwächer erscheinenden Elternteiles.¹⁰⁷ Dies bringt das Kind in Loyalitätskonflikte: einerseits liebt es nach wie vor beide Eltern, andererseits fürchtet es aber, dass eine Zusage an die Bündniserwartung des einen Elternteiles zum Verlust der Liebe des anderen Elternteiles führen wird.¹⁰⁸

Diese erste Phase des familialen Trennungsgeschehens ist also gekennzeichnet durch starke Verunsicherung sämtlicher Familienmitglieder im Hinblick auf die zukünftige Gestaltung der familialen Beziehungen.

2. Trennungs- beziehungsweise Scheidungsphase

Die Trennungs- beziehungsweise Scheidungsphase beginnt, wenn mindestens einer der Partner sich zur Scheidung entschlossen hat und die ersten juristischen Schritte dazu - zum Beispiel durch das Aufsuchen eines Anwaltes - einleitet.¹⁰⁹ In diesem Stadium geht es dann regelmäßig um die Klärung rechtlicher Fragen, die in den meisten Fällen in Form eines Rechtsstreites erfolgt. Obwohl schon vorher die innere und äußerliche Trennung des Paares begonnen hat, sind die Partner in dieser Phase der Trennung meist noch nicht zu einer emotionalen Klarheit gelangt. Vielmehr werden durch die anstehende „formale“ Endgültigkeit der Beziehung Gefühle aktualisiert, die scheinbar längst der Vergangenheit angehörten. Enttäuschung, Hoffnungslosigkeit, Ärger und Wut flammen dann ebenso auf

¹⁰³ Figdor, S. 60; Willms-Faß/Symalla, S. 83.

¹⁰⁴ Reich in Krabbe, S. 67.

¹⁰⁵ Figdor, S. 60.

¹⁰⁶ Figdor, S. 60.

¹⁰⁷ Reich in Krabbe, S. 67 f.

¹⁰⁸ Figdor, S. 60 (61). Vgl. dazu auch KG FamRZ 2001, 185: Wenn zwei acht- und neunjährige Kinder in die Streitigkeiten der Eltern emotional einbezogen und Loyalitätskonflikten ausgesetzt werden, ist es im Interesse der Kinder geboten, das gemeinsame Sorgerecht aufzuheben.

¹⁰⁹ Reich in Krabbe, S. 69; Willms-Faß/Symalla, S. 84.

wie hoffnungsvolle Gedanken über einen Neubeginn.¹¹⁰ Andererseits tritt Angst vor der eigenen Unabhängigkeit, die Angst, den Anforderungen der Kinderversorgung nicht gewachsen zu sein und Angst vor finanzieller Not hinzu. Der Entschluss zur Scheidung ist damit in der Regel ambivalent besetzt. Ist er dann allerdings gefasst, müssen alle Zweifel und auch eventuell vorhandene Schuldgefühle ausgeräumt werden. Eine eigene Mitbeteiligung am Scheitern der Beziehung wird oft abgelehnt und stattdessen der Partner zum Schuldigen gemacht.¹¹¹ Die juristische Scheidung bietet dann eine breite Fläche zur Verhandlung „psychischer Befindlichkeiten“ wie Wut, Trauer oder Rache mittels Verhandlungsgegenständen wie Hausrat oder Lebensunterhalt oder auch der elterlichen Sorge.¹¹² Diese Phase der familialen Trennung ist daher zumeist die konfliktträchtigste.¹¹³

Mit Beginn der Trennungs- beziehungsweise Scheidungsphase ändert sich die bisherige Lebenswelt der Kinder oft drastisch. Sie leben nunmehr in der Regel bei einem Elternteil oder wechseln zwischen den Eltern hin und her, da ein Elternteil aus der ehelichen Wohnung ausgezogen ist beziehungsweise die Kinder mit einem Elternteil die Wohnung verlassen haben. Eventuell ist der Wohnungswechsel mit dem Verlust von Spielkameraden und einem Schulwechsel verbunden. Zudem müssen sie sich unter Umständen mit neuen Lebenspartnern und -partnerinnen der Eltern und deren Kindern arrangieren.¹¹⁴ Oft werden Kinder in diesem Stadium der familialen Trennung auch zum Streitobjekt oder Machtmittel der Eltern, wenn es darum geht, das Sorge- und Umgangsrecht sowie den Unterhalt zu regeln. Viele Kinder reagieren dann mit psychischen oder physischen Befindlichkeitsstörungen.¹¹⁵

Für die Kinder vertieft sich mit dem offensichtlichen Zerbrechen der Familie die Unsicherheit.¹¹⁶ Ihre Anstrengungen zum Erhalt der Familie müssen aus ihrer Sicht als gescheitert angesehen werden.¹¹⁷ Oftmals haben die Kinder darüber hinaus die Vorstellung, an der Trennung der Eltern schuld zu

¹¹⁰ Willms-Faß/Symalla, S. 84.

¹¹¹ Reich in Krabbe, S. 69.

¹¹² Willms-Faß/Symalla, S. 85.

¹¹³ Vgl. auch BT-Drucks. 13/4899, S. 64.

¹¹⁴ Zu den Auswirkungen, die die neuen Partnerschaften der Eltern auf die Kinder haben können, vgl. Figdor, S. 60 (67); Fthenakis, S. 127 (139).

¹¹⁵ Typische Reaktionen von Kindern auf die Trennung der Eltern sind: Bettnässen, Unruhe, Schlaflosigkeit, Freßsucht, Verhaltensauffälligkeiten, disziplinäre Schwierigkeiten in Familie und Schule sowie delinquentes Verhalten. Häufig gehen mit den Symptomen dissoziale Verhaltensweisen, Kontaktarmut, depressive Verstimmungen, Konzentrations- und Lernschwierigkeiten einher. Vgl. dazu Figdor, S. 60 m.w.Nachw.; Reich in Krabbe, S. 82, der eine prozentuale Gewichtung der einzelnen Symptome vornimmt.

¹¹⁶ Vgl. auch Wallerstein/Lewis FamRZ 2001, S. 65 (66), die berichten, dass kleine Kinder zum Zeitpunkt des Zusammenbruchs der Ehe von der Angst gequält wurden, von beiden Eltern verlassen zu werden. Die Kinder waren innerlich zu dem Urteil gekommen, wenn ein Elternteil den anderen verlassen kann, dass dann wohl auch beide das Kind verlassen könnten. Die Welt war für diese Kinder unberechenbar und unzuverlässig geworden, zu einem Ort voller Gefahren, in dem man nicht mal den engsten Beziehungen zutrauen kann, dass sie stabil und zuverlässig bleiben.

¹¹⁷ Reich in Krabbe, S. 70 mit Fallbeispiel.

sein.¹¹⁸ Viele Kinder versuchen, die Eltern wieder miteinander zu versöhnen - die dennoch erfolgte Scheidung kommt ihnen dann als schuldhaftes Versagen ihrer eigenen Bemühungen vor. Der Anteil derjenigen Kinder, die sich selbst die Schuld an einer Scheidung oder Trennung der Eltern geben, wird - abhängig von Alter und jeweiliger Untersuchung - auf dreißig bis fünfzig Prozent geschätzt.¹¹⁹ So hat sich in einer Entscheidung des *OLG Bamberg* ein elfjähriger Junge bei seiner Anhörung durch die Richterin erster Instanz für die Beibehaltung des bisherigen Zustandes mit dem alleinigen Sorgerecht des Vaters ausgesprochen, „weil er vermeiden will, dass die Eltern seinetwegen in Streit geraten.“¹²⁰ Kleine Kinder erleben eine Scheidung der Eltern oft auch als Strafe und Vergeltung für verbotene Handlungen. In dieser Phase steigt zudem bei vielen Kindern das Aggressionspotential, wobei sich die Wut gegen denjenigen Elternteil richtet, der unverlässlich war und das Kind verlassen hat oder aber auch gegen denjenigen, der aus Sicht des Kindes den anderen weggeschickt hat.¹²¹

Spätestens in diesem Stadium der Trennung werden viele Kinder aktiv in die elterlichen Konflikte einbezogen. Kinder helfen ihren Eltern dann unter dem Opfer eigener Entwicklungsmöglichkeiten, weil sie - oft noch viele Jahre nach der Scheidung - den Wunsch haben, dass die Eltern wieder zusammenfinden oder - bleiben.¹²² Sie übernehmen so die Funktion eines Ersatzes für den Partner und geraten dadurch leicht in eine Helferposition.¹²³

Die Trennungs- oder Scheidungsphase ist also für alle Familienmitglieder mit Gefühlen der Angst, Wut und Trauer besetzt. Eltern und Kinder stecken während dieser Zeit zumeist in einem Dilemma: Die Kinder brauchen nie liebevollere, geduldigere, aufmerksamere und einfühlsamere Eltern als in der Trennungsphase. Die Eltern wiederum benötigen in dieser Zeit autonome, unabhängige, stabile, selbstbewusste und unkomplizierte Kinder.¹²⁴

3. Nachscheidungsphase

Die Nachscheidungsphase beginnt mit der juristischen Trennung und dauert bis zur psychischen Scheidung der Partner, was bedeuten kann, dass diese Phase nie endet, wenn die Partner sich nicht innerlich

¹¹⁸ Figdor, S. 60 (61).

¹¹⁹ Figdor, S. 60 (61) m.w.Nachw.

¹²⁰ OLG Bamberg FamRZ 1999, 805 (806).

¹²¹ Figdor, S. 60 (61) m.w.Nachw. Vgl. auch Wallerstein/Lewis FamRZ 2001, 65 (66) mit dem Zitat einer inzwischen 29-jährigen Frau: „Meine wichtigste Erinnerung an die Scheidung war, dass ich wütend war. Ich fühlte mich ausgeschlossen und allein. ... Ich war wütend auf meinen Vater und war immer auf irgendjemanden wütend. ... Was mich wirklich getroffen hat, war weniger die Scheidung als die Abwesenheit meiner Mutter. Wir waren keine richtige Familie mehr. Ich konnte mit niemandem sprechen. Ich hatte niemanden.“

¹²² Bundeskonferenz für Erziehungsberatung Teil 1, S. 43.

¹²³ Die Beteiligung von Kindern an Partnerfunktionen wird auch als Kennzeichen so genannter „perverser Dreiecke“ bewertet und ist in vielen klassischen familientherapeutischen Modellen das zentrale Merkmal dysfunktionaler Familienstrukturen. Vgl. dazu Schweitzer/Schlippe, S. 58.

¹²⁴ Groner, S. 177.

voneinander und der gemeinsamen Beziehung lösen. Dabei bleibt die Bindung häufig in negativer Form durch Groll und Wut bestehen - offene und verdeckte Streitigkeiten werden dann vor allem in juristischen Auseinandersetzungen ausgetragen.¹²⁵ So werden zum Beispiel Sorge- oder Umgangsregelungen¹²⁶ sowie Unterhaltszahlungen nicht eingehalten oder es können erneut massive Unzufriedenheiten mit den zuvor vereinbarten Regelungen auftreten.¹²⁷

Die Familienmitglieder haben in diesem letzten Stadium eine ganze Reihe innerer und äußerer Veränderungen zu verarbeiten und durchzuführen. Die familiäre Trennung ist in der Regel mit dem Verlust des sozioökonomischen Status verbunden, da jetzt vom meist gleichen Einkommen zwei Haushalte finanziert werden müssen. Durch die erfolgte Trennung kommt es zu Veränderungen im sozialen Netz und es sind die Beziehungen zu den Herkunftsfamilien - der eigenen wie der Schwiegerfamilie - neu zu gestalten. Die Verschlechterung der materiellen Situation der Familien führt oft zu einer Intensivierung der Bindungen an die jeweiligen Herkunftsfamilien, die nun wieder als Unterstützer tätig werden müssen.¹²⁸ Dies stellt aus familiendynamischer Sicht eine nicht zu unterschätzende Folge dar, da so die alten Interaktionsmuster der jeweiligen Herkunftsfamilien wieder offen zutage treten können.

Im Leben der Kinder zeigt die Scheidung der Eltern auch nach Abschluss der Trennungs- und Scheidungsphase Auswirkungen. Sie verlieren - durch die manifeste räumliche Trennung offensichtlich - spätestens jetzt die bisherige Dreiecksbeziehung zu beiden Eltern, die es ihnen während des Zusammenlebens der Eltern ermöglichte, sich bei Konflikten mit dem einen Elternteil einen Ausgleich bei dem anderen zu holen.¹²⁹ Auch wenn bei vielen Kindern innerhalb von fünf Jahren nach der elterlichen Trennung die während der Scheidungsphase aufgetretenen Symptome verschwinden,¹³⁰ leiden die Kinder auch als Jugendliche und junge Erwachsene oftmals an so genannten Spätfolgen der elterlichen Scheidung. Besonders der Verlust eines Elternteiles - meist des Vaters - ist aus der Sicht der Kinder in der Regel nur schwer zu verkraften.¹³¹ Ein Arrangement mit den neuen Lebensbedingungen, in denen ein Elternteil nur noch tage- oder stundenweise existent ist, gelingt nur allmählich und mit großen Schmerzen.¹³² Das Vertrauen in Bindungen und die konstruktive Lösbarkeit zwischenmenschlicher

¹²⁵ Vgl. Reich in Krabbe, S. 77.

¹²⁶ Vgl. zu einem extremen Beispiel Wendl in Wendl-Kempmann/Wendl (1986), S. 107, wonach nach einem vierjährigen Scheidungsstreit noch um das Sorge- und Besuchsrecht bezüglich eines vierjährigen Kindes mit Gutachten, Gegengutachten, neuen Abänderungsverfahren und anderem mehr gestritten wurde, bis das Kind volljährig geworden war. Danach stritten die Parteien noch ein weiteres Jahr wegen der Kosten und der Geschäftswertfestsetzung.

¹²⁷ Willms-Faß/Symalla, S. 94.

¹²⁸ Reich in Krabbe, S. 78.

¹²⁹ Reich in Krabbe, S. 78; vgl. auch Figdor, S. 60 (63) zum Verlust der väterlichen Triangulierungsfunktion.

¹³⁰ Figdor, S. 60 (62).

¹³¹ Wallerstein/Lewis FamRZ 2001, S. 65 (67).

¹³² Wallerstein/Lewis FamRZ 2001, S. 65 (69): Die Längsschnittstudie, in der von Scheidung und Trennung betroffene Kinder über einen Zeitraum von 25 Jahren beobachtet wurden, ergab, dass

Konflikte ist daher vielfach gestört.¹³³ Die als Kind gesammelten Erfahrungen scheinen bei erwachsenen Scheidungskindern dazu zu führen, dass sie ängstlich sind, wenn es um die Schließung einer Ehe und die Gründung einer eigenen Familie geht.¹³⁴ Auswirkungen von Scheidungen lassen sich daher oft über mehrere Generationen verfolgen.¹³⁵

die meisten nunmehr Erwachsenen Zuneigung zu ihren Vätern empfanden. Allerdings verbanden die wenigsten ihre Zuneigung mit Respekt für die Väter. Der Respekt wurde den Vätern in der Regel verweigert, wenn sie es nicht geschafft hatten, ihren Kindern die Treue zu halten oder wenn sie als unfähig betrachtet wurden, ihre Beziehungen zu reflektieren.

¹³³ Reich in Krabbe, S. 83. Jugendliche, die als Kind die Scheidung ihrer Eltern erlebt haben, sind oft besonders empfänglich für Alkohol und Drogen. Vgl. Wallerstein/Lewis FamRZ 2001, S. 65 (67): die Hälfte der im Rahmen einer Stichprobe untersuchten Jugendlichen hatte ernsthafte Suchtprobleme.

¹³⁴ So die Ergebnisse der unter Fn. 132 genannten Längsschnittstudie. Vgl. dazu Wallerstein/Lewis FamRZ 2001, S. 65 (70 f.): Die jungen Erwachsenen haben Angst vor Nähe und leiden auch jetzt noch unter der Befürchtung, im Stich gelassen und von ihren Geliebten oder Ehegatten betrogen zu werden. Vgl. auch Fthenakis, S. 140 ff.

¹³⁵ Vgl. dazu oben 1. Teil B. Systemische Erklärungsansätze familialer Trennungen, S. 21 ff.

III. Kinder im familialen Trennungsgeschehen

Kinder sind in jedem Stadium des familialen Trennungsprozesses vom Geschehen betroffen, denn sie sind als Teil der Familie „Be-Teil-igte“ des in Umwandlung befindlichen Familiensystems. Die Auswirkungen, die die elterliche Trennung und Scheidung für die Kinder hat, lassen sich auch nicht am juristischen Akt der Scheidung festmachen, da diesem meist sowohl längere elterliche Konflikte vorausgehen als auch folgen. Die mit einer Trennung der Eltern verbundenen und zu bewältigenden Ereignisse beginnen für Kinder also bereits mit der elterlichen Paarkrise.¹³⁶ Das heißt auch, dass kindliche Aktionen und Reaktionen sich nicht auf die Trennung und Scheidung als den fassbaren Ereignissen beziehen, sondern vielmehr in engem Zusammenhang mit der oft über Jahre andauernden familialen Konfliktsituation stehen.¹³⁷

Wie das Kind auf eine Trennung und Scheidung der Eltern reagiert, hängt von seiner eigenen Persönlichkeit, den Persönlichkeiten der Eltern und deren jeweiligen Herkunftsfamilien, der sozioökonomischen Situation der Familie und dem sozialen Umfeld ab. Im Hinblick auf die dem Kind immanenten Faktoren¹³⁸ sind hierbei das Alter¹³⁹ und Geschlecht¹⁴⁰, der Entwicklungsstand, Temperament und

¹³⁶ Figdor, S. 60. Die elterlichen Konflikte können insofern bereits vor der Geburt des Kindes bestanden haben oder seit der Geburt des Kindes vorhanden sein.

¹³⁷ Vgl. auch Figdor, S. 60 (64). Welche Entwicklungen die Kinder während der verschiedenen Trennungsphasen durchlaufen, macht die Kölner Langzeitstudie aus dem Jahr 1995 deutlich: Danach sind in der ersten Trennungsphase die Kinder aus Trennungsfamilien im Vergleich zu Kindern aus vollständigen Familien zu 54 Prozent höher belastet. Insofern wurde als Gradmesser emotionale Labilität, Kontaktangst, unrealistisches Selbstkonzept, unangepasstes Sozialverhalten und instabiles Leistungsverhalten gewählt. Zum zweiten Erhebungszeitpunkt - der Trennungs- bzw. Scheidungsphase - reduzierte sich der Anteil der verhaltensauffälligen Kinder auf 40 Prozent und weitere fünfzehn Monate später lag er bei 30 Prozent. Die Studie weist damit in dieser Phase eine Entwicklung der Scheidungskinder über eine Destabilisierung hin zu einer Restabilisierung nach. Vgl. dazu auch Schmidt-Denter, S. 57.

¹³⁸ Näher Fthenakis, S. 129 ff.

¹³⁹ Inwieweit das Alter des Kindes für die Heftigkeit der Reaktionen entscheidend ist, wird allerdings von den jeweiligen Studien unterschiedlich bewertet. Einige Studien weisen nach, dass die kindlichen Reaktionen auf Trennung und Scheidung vom Lebensalter abhängig sind. Die stärksten Symptombelastungen fanden sich insofern bei Kindern im Vorschul- und jüngeren Grundschulalter. Ältere Kinder zeigten sich eher als jüngere Kinder in der Lage, die Konflikte auf der Ebene der elterlichen Paarbeziehung von der Eltern-Kind-Beziehung zu trennen. Vgl. dazu Schmidt-Denter, S. 57 ff. Andere Studien konnten dieses Ergebnis nicht bestätigen. Hier besteht die Auffassung, dass Kinder unterschiedlicher Entwicklungsstufen unterschiedliche Bewältigungsmechanismen haben. Vgl. zum Ganzen auch Huss/Lehmkuhl in Fegert, S. 34 f.

¹⁴⁰ Ob Jungen anders als Mädchen auf Trennung und Scheidung reagieren, ist allerdings umstritten. Nach der Kölner Langzeitstudie lässt sich keine unterschiedliche emotionale Betroffenheit von Jungen und Mädchen registrieren. Differenzen ergeben sich danach jedoch im Bereich der aggressiven Reaktionen: Hier zeigen sich Jungen im Kindesalter auffälliger als Mädchen. Im Jugendalter finden sich hingegen bei Mädchen häufiger Probleme im sozialen Bereich, was vor allem im Hinblick auf heterosexuelle Beziehungen und partnerschaftliche Bindungen gilt. Vgl. dazu Schmidt-Denter, S. 57. Die von Figdor durchgeführte Studie ergab demgegenüber, dass Jungen durch die Scheidung unmittelbar mehr belastet zu sein scheinen als Mädchen, was unter anderem

Intelligenz, innere Kontrollüberzeugungen, das Selbstwertgefühl sowie die familiäre und emotionale Vorgeschichte des Kindes zu nennen.¹⁴¹

Darüber hinaus steht die Bewältigung der familialen Trennung durch die betroffenen Kinder in engem Zusammenhang mit dem elterlichen Verhalten im Trennungsgeschehen. Wirkung hat in erster Linie das familiäre Konfliktniveau - also die Häufigkeit und Heftigkeit elterlicher Konflikte sowie das von den Eltern praktizierte Konfliktverhalten.¹⁴² Intensive familiäre Konflikte sind generell mit einer besonderen¹⁴³ psychischen Anpassung der Kinder verbunden.¹⁴⁴ Als so genannte externe Faktoren, die Einfluss auf das Verhalten von Kindern in familialen Trennungsgeschehen haben, lassen sich die Verfügbarkeit von sozialen und verwandtschaftlichen Netzen, die sozioökonomische Situation der Familie sowie die Inanspruchnahme von Interventionsansätzen wie zum Beispiel die Trennungs- und Scheidungsberatung und deren Qualität anführen. Aber auch die Intention und Umsetzung der für die familiäre Trennung maßgeblichen Rechtsnormen, der kulturelle Hintergrund der Familie sowie die zum Zeitpunkt der Trennung herrschende Ideologie werden als für den Umgang von Kindern mit der familialen Trennung bestimmende Faktoren angesehen.¹⁴⁵

Entscheidend für die Entwicklung der Kinder ist also, wie sie das familiäre Trennungsgeschehen bewältigen. Hier werden von der Scheidungsforschung unterschiedliche Schutz- und Risikofaktoren für die kindliche Entwicklung genannt, wobei der jeweiligen Beziehung des Kindes zu Vater und Mutter sowie dem Verhältnis der Eltern untereinander eine herausragende Bedeutung zugesprochen wird.

Eine entscheidende Rolle spielt die Achtung beider Elternteile gegenüber dem jeweils anderen.¹⁴⁶ Respektieren sich die Eltern auch nach ihrer Trennung gegenseitig sowohl als ehemalige Partner einer Liebesbeziehung als auch in der fortwährenden Rolle als Vater oder Mutter, wird dem Kind vermittelt, dass es so sein darf wie der Vater beziehungsweise die Mutter, so dass die eigene Identität mit Anteilen von beiden Elternteilen gelebt werden kann. Dazu gehört, dass beide Elternteile die Trennung als richtige Entscheidung akzeptieren und den Kontakt des jeweils anderen Elternteils zum Kind als

damit begründet wird, dass Jungen die Mütter eher an den Vater erinnern, wodurch die Mutter-Kind-Beziehung mehr belastet werde. Vgl. dazu Figdor, S. 60 (64) mit Verweis auf die dieses Ergebnis stützende Literatur. Vgl. zum Ganzen auch Huss/Lehmkuhl in Fegert, S. 34 f.

¹⁴¹ Vgl. zu den in der Scheidungsforschung umstrittenen Effekten einer Wiederheirat der Eltern auf die Kinder Huss/Lehmkuhl in Fegert, S. 36 f.

¹⁴² Hier kann gefragt werden: Wie agieren und reagieren die Kinder, wenn gestritten wird? Wie agieren und reagieren die Kinder, wenn nicht gestritten wird? Wie agieren und reagieren die Kinder, damit nicht gestritten wird?

¹⁴³ Die Besonderheit bezieht sich darauf, dass diese Kinder eine andere psychische Anpassung haben, als Kinder, die diese Erfahrung nicht gemacht haben.

¹⁴⁴ Fthenakis, S. 134.

¹⁴⁵ Fthenakis, S. 140; Groner, S. 170.

¹⁴⁶ Weber, S. 73.

günstig beurteilen. In diesem Sinn stellt auch eine Entscheidung des *Amtsgerichtes Fürstenfeldbruck*¹⁴⁷ zur Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge und Übertragung der Alleinsorge auf die Mutter unter anderem darauf ab, dass zwischen den Eltern offensichtlich ein „Machtkampf“ tobe, das Kind von beiden Eltern „einem gnadenlosen Loyalitätskonflikt“ ausgesetzt würde und das Kind Gefahr laufe „zwischen zwei elterlichen Mühlsteinen zerrieben zu werden“.

Als Risikofaktor wird darüber hinaus die negativ erlebte Beziehung des Kindes zum getrennt lebenden Vater angeführt. Umgekehrt wirkt die Möglichkeit zu positiven Gefühlen in der Beziehung zum Vater als belastungsmindernd.¹⁴⁸ Scheidungskinder mit einer guten Beziehung zum Vater verfügen über ein stabileres Selbstbewusstsein, während Kinder von Vätern, die sich nicht um sie kümmern, sich unwichtig und gekränkt fühlen.¹⁴⁹ Auch ein konstanter Erziehungsstil des betreuenden Elternteiles - also meist der Mutter - der sich auch durch die elterliche Trennung nicht ändert und dadurch zur Stabilität der Kinder beiträgt, wird als positiv bewertet. Gleiches gilt, wenn die Kinder zusätzlichen Rückhalt durch positive Bindungen an die Geschwister haben. Günstig für die Kinder stellt sich zudem der Erhalt solcher familialer Subsysteme dar, die trotz der elterlichen Trennung stabil bleiben. Entscheidend sind die Bindungen zu Großeltern und anderen Verwandten der jeweiligen Herkunftsfamilien ihrer Eltern.¹⁵⁰ So bleibt den Kindern die für ihre Entwicklung notwendige familiäre Identität und Stabilität durch die Einbindung in beide Herkunftsfamilien der Eltern erhalten.

Stellt der Sorgestreit lediglich eine Facette des Trennungsgeschehens dar, ist dieser Konflikt auch in Verbindung mit den anderen Aspekten der familialen Trennung zu sehen. Ob und wie um die Sorge für gemeinsame Kinder gestritten wird, hängt insbesondere von dem Maß der elterlichen Paarkonflikte, den Beziehungen zu den jeweiligen Herkunftsfamilien sowie neuen Paar- und Familienbeziehungen der Eltern ab.

Haben die Eltern ihre Trennung als Paar nicht akzeptiert, besteht die Gefahr, dass die vorhandenen Konflikte auch im Rahmen von Sorgestreitigkeiten ausgetragen werden. Konfliktbehaftete elterliche Auseinandersetzungen um die Kinder sind daher oftmals mit ungelösten Paarkonflikten verbunden.¹⁵¹ So stützt beispielweise das *OLG Dresden*¹⁵² die Entscheidung über die Aufhebung der gemeinsamen Sorge darauf, dass die Antragstellerin sich „aufgrund der von ihr als zutiefst traumatisch erlebten Trennung“ außerstande sieht, in Fragen der Erziehung und Betreuung des Kindes mit dem Antragsgegner zu kooperieren. Der Senat hatte sich - auch durch den persönlichen Eindruck, den er in der mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin gewonnen hatte - davon überzeugt, dass das Verhalten des

¹⁴⁷ AmstG Fürstenfeldbruck FamRZ 2002, 117.

¹⁴⁸ Figdor, S. 60 (65); Schmidt-Denter, S. 59.

¹⁴⁹ Figdor, S. 60 (65) m.w.Nachw.

¹⁵⁰ Schmidt-Denter, S. 59.

¹⁵¹ So auch Weber ZfJ 2000, S. 361 (364).

¹⁵² OLG Dresden FamRZ 2000, 109.

Antragsgegners, der sich einer anderen Frau zugewandt hatte, der Antragsstellerin „tiefe psychische Verletzungen zugefügt hat, die sie erkennbar trotz des seit der Trennung verstrichenen Zeitraumes und der Tatsache, dass sie zwischenzeitlich eine neue Partnerbeziehung eingegangen ist, bisher nicht verarbeitet hat.“¹⁵³

Die Kinder stellen nach der Klärung aller anderen Trennungsfragen häufig die einzige Verbindung zwischen dem ehemaligen Paar dar, die dann dazu genutzt wird, dem jeweils anderen die im Rahmen der Trennung erlittenen vermeintlichen Verletzungen und Enttäuschungen zu vergelten.¹⁵⁴ Sind die Eltern noch derart miteinander verstrickt, wird es ihnen kaum möglich sein, dem anderen etwas Positives im Hinblick auf seine Rolle als Vater oder Mutter zuzutrauen¹⁵⁵ und ihn in der Elternrolle zu akzeptieren. In vielen Fällen fasst ein Elternteil auch den Entschluss, mit dem ehemaligen Partner nie wieder etwas zu tun zu haben. Dann bedeutet der Kontakt des Kindes eine Störung der erwünschten Ruhe und des Zustandes der vermeintlichen Konfliktlosigkeit und wird daher abgelehnt.¹⁵⁶ Wer ein derart negatives Bild vom Partner hat, wird zudem auch die Kinder in der Gefahr sehen, „Opfer“ eines solchen Menschen zu werden. Oftmals vertreten die Eltern dann die Überzeugung, sie müssten „ihr“ Kind vor dem schützen, was der andere Elternteil ihm antun wird.¹⁵⁷ Häufig argumentieren Mütter auch, dass sich der Vater nie um das Kind gekümmert habe. Wenn er dies nun tue, könne er es nicht ernst meinen und wirkliches Interesse am Kind haben. Das wahre Motiv sei vielmehr, damit die Mutter zu treffen.¹⁵⁸

Die familiäre Trennung polarisiert in der Regel auch die jeweiligen Herkunftsfamilien in dem Sinne, dass die „Schuld“ für die Trennung meist beim angeheirateten Partner gesucht wird. Die so entstehenden Gruppierungen um die Kernfamilie herum bringen zusätzlich Dynamik in das Trennungsgeschehen.¹⁵⁹ Im Sorgekonflikt dienen die eigenen Verwandten oft als Verbündete, während der Kontakt des Kindes mit der Familie des Partners mit Misstrauen beobachtet wird.

Um eine solche Auseinandersetzung ging es auch in einer Entscheidung des *OLG Bamberg*,¹⁶⁰ in der die Mutter eines zwölfjährigen Jungen die Rückübertragung des Sorgerechts vom Vater auf beide Elternteile beantragt hat. Zur Begründung führt sie aus, die Erziehung des Kindes liege wegen der Berufstätigkeit des Antragstellers weitgehend bei der Großmutter, die in einem „sehr konservativen, dörflich-bäuerlichen Umfeld“ lebe. Dies führe „mit Sicherheit zu gewissen Fehlentwicklungen in der Erziehung des fortschrittlich ausgerichteten Kindes“, denen sie durch ihr Mitspracherecht bei der

¹⁵³ OLG Dresden FamRZ 2000, 109 (110).

¹⁵⁴ So auch Köster, S. 137 im Hinblick auf Sorgerechtsverfahren.

¹⁵⁵ Vgl. auch Weber ZfJ 2000, S. 361 (364).

¹⁵⁶ Weber ZfJ 2000, S. 361 (365).

¹⁵⁷ Weber ZfJ 2000, S. 361 (365).

¹⁵⁸ Weber ZfJ 2000, S. 361 (365).

¹⁵⁹ Vgl. dazu auch Weber ZfJ 2000, S. 361 (365).

¹⁶⁰ OLG Bamberg, FamRZ 1999, 805.

Erziehung „gegensteuern“ könne. Sie stamme nämlich im Gegensatz zum Antragssteller „aus liberalen, großstädtischen Verhältnissen“ und sei deshalb in der Lage, „als einzige durch ihre Mitsprache auch modernere Erziehungsvorstellungen mit einzubringen.“ Das OLG stützt seine Entscheidung zur Beibehaltung der Alleinsorge des Vaters unter anderem darauf, dass „die Gefahr besteht, dass die Antragsgegnerin ein gemeinsames Sorgerecht dazu missbraucht, die ungestörte Entwicklung des Kindes zu beeinträchtigen, zumal sie meint, der Erziehung durch den Vater und die Großmutter väterlicherseits „gegensteuern“ zu müssen.¹⁶¹

Oft spielen in heftigen Sorgekonflikten auch die neu eingegangenen Beziehungen und Familienbildungen eine wichtige Rolle.¹⁶² Insbesondere wenn eine neue Liebesbeziehung nach Ansicht des einen Partners ursächlich für die Trennung ist, wird in dem Geliebten der Grund des gegenwärtigen Übels gesehen. Dann ist es für den verlassenen Partner oft eine alptraumhafte Vorstellung, dass dieser Mensch nun auch noch in Kontakt mit den eigenen Kindern kommen und möglicherweise Einfluss auf sie nehmen kann.¹⁶³ Eltern versuchen dann häufig, den Kontakt der Kinder mit der neuen Partnerin beziehungsweise dem neuen Partner zu vereiteln.

Kinder sind als Teil der Familien also in jedem Fall „Be-teil-igte“ des familialen Trennungsgeschehens. Wie sie die elterliche Trennung bewältigen, hängt maßgeblich von der konkreten Ausgestaltung des gesamtfamilialen Beziehungsnetzes ab.

¹⁶¹ OLG Bamberg, FamRZ 1999, 805 (806).

¹⁶² Vgl. dazu oben genannte Entscheidung OLG Dresden FamRZ 2000, 109.

¹⁶³ Weber ZfJ 2000, S. 361 (365).

Abbildung 3: Übersicht zu den Konfliktthemen, die mit dem Sorge(rechts)konflikt in Zusammenhang stehen können

In der nachfolgenden Übersicht werden die unterschiedlichen Konfliktthemen, die sich im Zusammenhang mit der elterlichen Trennung oder Scheidung entwickeln können, nochmals aufgezeigt. Der Darstellung lässt sich entnehmen, dass der elterliche Sorgekonflikt lediglich einen Aspekt des komplexen familialen Trennungsgeschehens bildet.

Konfliktthemen im Hinblick auf die psychische Trennung der Eltern als Paar
<ul style="list-style-type: none"> • psychische Trennung der Ehepartner voneinander • „Erlaubnis“ an den ehemaligen Partner, weiterhin Vater oder Mutter gemeinsamer Kinder zu sein • psychische Trennung von der Herkunftsfamilie des Partners • Sonstiges wie zum Beispiel: die Akzeptanz einer neuen Partnerschaft des anderen; die zukünftige Gestaltung der Beziehung zu bisherigen gemeinsamen Freunden
Konfliktthemen im Hinblick auf gemeinsame Kinder
<ul style="list-style-type: none"> • „Erlaubnis“ beider Elternteile an gemeinsame Kinder, den ehemaligen Partner weiterhin als Vater oder Mutter behalten zu dürfen • (psychische) Belastungen desjenigen Elternteiles, bei dem die Kinder nach der elterlichen Trennung nicht mehr leben • (psychische) Belastungen desjenigen Elternteiles, der die Kinder nach der Trennung allein versorgt • „Erlaubnis“ beider Elternteile an gemeinsame Kinder, die Familienmitglieder des ehemaligen Partners weiterhin als Großvater oder Großmutter, Onkel und Tante etc. behalten zu dürfen • Regelungen zur elterlichen Sorge (vgl. auch §§ 1671, 1672 BGB) • Regelungen zum Umgang des nicht sorgeberechtigten Elternteiles mit dem Kind (vgl. auch § 1684 BGB) • Regelung zum Umgang des Kindes mit Großeltern, Geschwistern, dem jetzigen oder früheren Ehegatten eines Elternteiles (vgl. auch § 1685 BGB) • Regelung zum Umfang der jeweiligen elterlichen Entscheidungsbefugnisse (vgl. §§ 1687, 1687 a, 1687 b BGB) • Auskunftsrecht des einen Elternteiles bezüglich der persönlichen Verhältnisse des Kindes gegenüber dem anderen Elternteil (vgl. auch § 1686 BGB) • Kindesunterhalt (vgl. auch §§ 1601 ff. BGB) • Sonstiges wie zum Beispiel: die konkrete Gestaltung des Kontaktes des Kindes zu beiden Elternteilen während der Schul- und Ferienzeit, an Geburtstagen und Feiertagen; Kontakte des Kindes zu neuen Partnern der Eltern; Höhe des Taschengeldes für das Kind
Konfliktthemen im Hinblick auf finanzielle und vermögensrechtliche Fragen
<ul style="list-style-type: none"> • (psychische) Belastungen, die im Zusammenhang mit finanziellen und vermögensrechtlichen Fragen stehen • Unterhalt (vgl. auch § 1361 und §§ 1569 ff. BGB) • Vermögensauseinandersetzung (vgl. auch §§ 1363 ff.; § 1414 und §§ 1415 ff. BGB) • Regelung der Rechtsverhältnisse an Ehewohnung und Hausrat (vgl. auch § 1361 b BGB und §§ 3-6 HausratsVO; § 1361 a BGB und § 8 f. HausratsVO) • Rückgewähr von Zuwendungen • Versorgungsausgleich (vgl. auch §§ 1587 ff. BGB)

Quelle: Eigener Entwurf

2. Teil: Konflikt und Konfliktbehandlung - Begriffsbestimmung und inhaltliche Beschreibung

A. Konflikt

Konflikte treten nicht nur im Hinblick auf die Regelung der elterlichen Sorge im familialen Trennungsgeschehen auf. Sie sind vielmehr Wesensmerkmal menschlicher Beziehungen und stellen daher ein allgegenwärtiges Phänomen dar. Die Wirkung von Konflikten ist gegensätzlich: Konflikte trennen und verbinden die Menschen zugleich. Sie verbinden die Konfliktbeteiligten, weil diese nicht einfach auseinandergehen können, sondern sich miteinander auseinandersetzen müssen.¹⁶⁴ Andererseits trennen Konflikte Menschen, da deren Sicht punktuell oder temporär differiert. Diese dilemmatische Verbundenheit der Konfliktparteien spiegelt sich auch in einer Urteilsbegründung zur Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge des *Amtsgerichtes Fürstenfeldbruck*¹⁶⁵ wider: Die um die elterliche Sorge streitenden Eltern sind nach der Entscheidungsbegründung „mittlerweile in einer Art unversöhnlicher Feindschaft miteinander verbunden.“

Obwohl es sich also bei Konflikten um ein menschliches Allgemeingut handelt, erscheint es sowohl in der alltäglich-praktischen wie auch in der theoretischen Auseinandersetzung schwierig, exakte Beschreibungen und Klassifizierungen von Konflikten zu erstellen. Ein Grund dafür ist, dass mit dem Begriff „Konflikt“ ebenso wie beispielsweise mit dem Wort „Gefühl“ kein fassbarer Gegenstand beschrieben wird. Menschen konstruieren vielmehr über die Benutzung der Sprache eine Wirklichkeit, in der es ein Phänomen zu geben scheint, dem mit dem Wort „Konflikt“ eine - zumindest sprachliche - Existenz verschafft wird.¹⁶⁶ Demgegenüber haben die Konfliktbeteiligten - zumeist allerdings unterschiedliche - eigene Definitionen und Erklärungen im Hinblick auf den Konflikt und das, was genau den Konflikt ausmacht.

Im Folgenden soll zunächst ein kursorischer Überblick über die in der Konfliktforschung angeführten unterschiedlichen Definitionsansätze und Typologiebildungen gegeben werden. Unter Berücksichtigung des dieser Untersuchung zugrunde liegenden Leitgedankens wird sodann der systemische Ansatz zur Erklärung von (familialen) Konflikten vorgestellt. Weiter ist auf die für die Entstehung und Entwicklung eines Konfliktes richtungsweisende Wirkung von Konfliktdefinitionen und -erklärungen durch die Beteiligten selbst einzugehen. Abschließend wird eine eigene Konfliktdefinition vorgestellt, die dann der weiteren Untersuchung zugrunde liegt.

¹⁶⁴ Vgl. dazu Haft, S. 1.

¹⁶⁵ AmtsG Fürstenfeldbruck, FamRZ 2002, 117.

¹⁶⁶ Vgl. dazu auch Schweitzer/Schlippe, S. 93 ff.: „Sprache und Rekursivität: Wie erzeugen wir soziale Wirklichkeiten?“.

I. Definitionsansätze und Konflikttypologien

Das Fremdwort Konflikt wurde im 18. Jahrhundert aus dem lateinischen Wort „conflictus“ entlehnt, was „Zusammenstoß, Kampf“ bedeutet.¹⁶⁷ Umgangssprachlich wird der Ausdruck regelmäßig in der Bedeutung von „Zusammenstoß, Streit, Zwiespalt“ benutzt.¹⁶⁸ Der oftmals synonym verwendeten Begriff „Streit“ hat sich aus den Grundbedeutungen „Widerstreben, Starrsinn, Aufruhr“ entwickelt und gehört zur Wortgruppe „starren“.¹⁶⁹ „Streit“ beinhaltet damit etymologisch bereits jene Unbeweglichkeit und Starrheit in der Interaktion zwischen Menschen, die unter dem Blickwinkel des Systemischen Denkens mit den Begriffen Interaktions- und Konfliktbehandlungsmuster umschrieben wird und zum Ausdruck bringen, dass sich insbesondere in zwischenmenschlichen Konflikten Interaktionsmuster wiederholen.¹⁷⁰

Obwohl bereits zu Anfang des 20. Jahrhunderts die soziale Funktion des Konfliktes erkannt wurde, kam es erst spät zu Definitionsversuchen und der Ausbildung systematischer Theorien sozialer Konflikte.¹⁷¹ Durch Soziologie und Anthropologie wurden Konfliktmodelle entwickelt und von der Rechtssoziologie aufgenommen, ohne dass es gelungen wäre, eine umfassende Theorie sozialer Konflikte zu entwickeln, welche auf alle Konflikte anwendbar wäre.¹⁷² Die theoretische Auseinandersetzung¹⁷³ mit Konflikten kennt daher auch keine einheitliche Definition, vielmehr ist die Diskussion geprägt von einer Vielzahl von Perspektiven, unter denen das Phänomen zu erfassen versucht wird.¹⁷⁴ Angeknüpft wird dabei an Begrifflichkeiten wie Ziele, Positionen, Schäden und Kommunikation der Konfliktparteien oder es wird ein Bezug zu menschlichen Interessen, Gütern und Normen oder zu den Mitteln der Konfliktregelung hergestellt.¹⁷⁵ Konflikte werden entweder als Auseinandersetzungen um

¹⁶⁷ Duden, S. 371.

¹⁶⁸ Gleenewinkel, S. 72.

¹⁶⁹ Duden, S. 703.

¹⁷⁰ Vgl. dazu auch oben Einführung III. 2., S. 12 ff. und unten 2. Teil A. II. 2. (Familiale) Konfliktmuster, S. 43 ff.

¹⁷¹ Die Frage nach dem praktischen Nutzen von Definitionsansätzen und Typologiebildung beantwortet die Konflikttheorie damit, dass so erste Orientierungsversuche und Indikationsstellungen bei der Konfliktbehandlung geboten werden könnten. Vgl. dazu Glasl, S. 47; Goebel, S. 70 f.

¹⁷² Rabaa, S. 66. Vgl. auch Breidenbach, S. 37 wonach die Konfliktdefinitionen Legion - also in sehr großer Zahl vorhanden - sind.

¹⁷³ Zur geschichtlichen Entwicklung konflikttheoretischen Denkens Raiser, S. 276 f. Für die zivilprozessual-orientierte Forschung Röhl, S. 443 ff.

¹⁷⁴ Es lassen sich handlungs-theoretische, interaktionistische, funktionalistisch-normative, aushandlungs- und spieltheoretische sowie systemtheoretische Ansätze unterscheiden. Vgl. dazu Goebel, S. 66 f. m.w.Nachw.

¹⁷⁵ Goebel, S. 66 m.w.Nachw.

die Teilhabe an materiellen Gütern oder als frustrierte Erwartungen verstanden.¹⁷⁶ Sie treten in Gestalt divergierender Interessen-, Wert- und Ordnungsvorstellungen auf.¹⁷⁷

Damit einhergehend weisen die Konfliktdefinitionen einen unterschiedlichen Grad an Schärfe auf. So wird ein Konflikt bereits dann als gegeben angenommen, „wenn man eine Uneinigkeit hat“ oder „als Beziehung von Elementen“ beschrieben, die sich „durch objektive (latente) oder subjektive (manifeste) Gegensätzlichkeit bezeichnen lässt“.¹⁷⁸ Andere Definitionen betonen den Gegensatz zwischen Zielen beziehungsweise Interessen, welche Parteien verfolgen. Ein Konflikt liegt danach vor, „wenn zwei Parteien unvereinbare Ziele verfolgen, so dass eine Partei nur dann ihr Ziel erreichen kann, wenn die andere Partei ihr Ziel nicht erreicht“.¹⁷⁹

Engere Begriffsbestimmungen beziehen die Erfahrung mit ein, dass nicht nur gegensätzliche Interessen und Absichten für einen Konflikt konstituierend sind, sondern alle seelischen Tätigkeiten wie Perzeptionen, Gefühle und Verhalten zum Konflikt beitragen. Ein sozialer Konflikt liegt danach vor, wenn „wenigstens zwischen zwei Parteien die Interessen, Ziele, Rollen und / oder Auffassungen miteinander unvereinbar sind oder scheinen.“ Ein Konflikt ist erst dann eine psychologische Wirklichkeit, „wenn sich wenigstens eine Partei (gleichgültig ob zu Recht oder nicht) der Tatsache bewusst ist, dass die andere Partei sie bei der Verwirklichung der Interessen, Ziele, Rollen und / oder Auffassungen frustriert, darüber Gefühle der Feindseligkeit erlebt und auch ihrerseits die Gegenpartei hindert.“¹⁸⁰

Noch genauer wird die Umschreibung eines Konfliktes gefasst, wenn die Interaktion der Konfliktparteien einbezogen wird. Ein Konflikt ist dann „eine Interaktion zwischen Aktoren, wobei wenigstens ein Akteur Unvereinbarkeiten im Denken / Wollen / Wahrnehmen und / oder Fühlen und / oder Wollen mit dem anderen Akteur in der Art erlebt, dass im Realisieren eine Beeinträchtigung durch einen anderen Akteur erfolgt“.¹⁸¹

Neben den unterschiedlichen Definitionsansätzen gibt es verschiedene Möglichkeiten, Typen von Konflikten zu unterscheiden. So werden Typologien gebildet nach der Art des Konfliktverlaufes (gewalttätig - nicht gewalttätig), der Herkunft (exogen - endogen), der Wirkung (eufunktional - dysfunktional), den Konfliktbereichen (emotional - sachlich), den Streitgegenständen (echte Konflikte, die objektive von den Parteien losgelöste Streitpunkte betreffen - unechte Konflikte, die den Charakter, die Einstellung und Verhaltensweise der Parteien betreffen), den Erscheinungsformen der Konflikte (latent - manifest, institutionalisiert - nichtinstitutionalisiert), nach Anzahl und Eigenschaften der Konfliktpar-

¹⁷⁶ Eidmann, S. 17 m.w.Nachw.

¹⁷⁷ Eidmann, S. 19.

¹⁷⁸ Glasl, S. 13 m.w.Nachw.

¹⁷⁹ Glasl, S. 13 m.w.Nachw.

¹⁸⁰ Glasl, S. 14 m.w.Nachw.

¹⁸¹ Glasl, S. 14 f.

teien sowie nach der Art der Interaktion zwischen den konfligierenden Parteien (normbezogene - rollenbezogene - personenbezogene Konflikte, mikro- und makrosoziologische).¹⁸²

Ob die dargestellten Definitionsansätze und Konfliktypologien geeignet sind, eine Qualifizierung des Sorgekonfliktes zu ermöglichen, ist jedoch fraglich. Probleme ergeben sich daraus, dass der Streit um die elterliche Sorge regelmäßig nur einen Teil des familialen Trennungsgeschehens ausmacht und daher mit anderen Konfliktthemen wie der Klärung von elterlichen Paarkonflikten, der Regelung des Unterhalts, der Aufteilung des Hausrates und anderem mehr zusammenhängt. Das familiale Trennungsgeschehen weist damit ein Spektrum von psychologischen, ökonomischen und rechtlichen Problemen auf, die zu einem dichten Netz verwoben sind.¹⁸³ Dabei ist die stets mögliche Thematisierung aller Ebenen ursächlich für die Tendenz zur Generalisierung des aktuellen Konfliktes.¹⁸⁴ Trennungsbedingte Familienkonflikte bestehen also aus einem Konglomerat unterschiedlicher Konflikttypen, die den mehrschichtigen Beziehungsebenen der Familie entsprechen. Bei Unterscheidung in personen-, rollen- und normbezogene Konflikte stellt etwa der Konflikt zwischen dem Ehepaar einen personenbezogenen Konflikt dar, gegenüber dem Kind liegt ein eher personen- und rollenbezogener Konflikt vor. Bei Streitigkeiten um Unterhaltszahlungen handelt es sich eher um einen normbezogenen Konflikt.¹⁸⁵

Die oben genannten Konfliktdefinitionen und -typologien sind damit für die Qualifizierung des Sorgekonfliktes und seine Einordnung nur bedingt hilfreich. Ausgehend von der Annahme der Mehrdimensionalität und der Vernetzung des trennungsbedingten familialen Geschehens, in dem der Sorgekonflikt nur ein Konfliktthema unter anderen bildet, soll daher im Folgenden der systemische Erklärungsansatz (familialer) Konflikte dargestellt werden.

¹⁸² Goebel, S. 70 f.

¹⁸³ Vgl. auch Bono-Hörler, S. 13. Breidenbach, S. 259 f. spricht insoweit von einer „Multi-Dimensionalität des Konfliktes“.

¹⁸⁴ Rabaa, S. 68.

¹⁸⁵ Rabaa, S. 67.

II. Systemischer Ansatz zur Erklärung von (familialen) Konflikten

Grundidee der Problemstehung aus systemischer Sicht ist,¹⁸⁶ dass beispielsweise nicht das System Scheidungsfamilie den „Konflikt“ der Gestaltung der elterlichen Sorge für gemeinsame Kinder als zu ihr gehörendes Strukturmerkmal „hat“, sondern sich um ein Verhalten oder Thema herum ein durch die Kommunikationen über den Konflikt charakterisiertes Sozialsystem entwickelt. Der Konflikt erschafft damit ein System.¹⁸⁷

Um aus systemischer Sicht von einem Konflikt sprechen zu können, sind zunächst eine Fülle von Handlungen und Kommunikationen notwendig, die von verschiedenen Personen als „immer das Gleiche“ beschrieben werden.¹⁸⁸ Außerdem braucht es einen oder mehrere Personen, die dies entdecken und als „Konflikt“ beschreiben. Die Personen können sich entweder einig sein oder sich auch darüber streiten, ob etwas ein Konflikt ist und „wo“ der Konflikt wirklich liegt. Weiter muss dieser „Zustand“ von mindestens einer Person als unerwünscht beziehungsweise veränderungsbedürftig beschrieben werden und prinzipiell als veränderbar gelten - das heißt er wird zumindest von einer am Konfliktprozess beteiligten Person als veränderbar beschrieben.

Ein Konflikt entsteht also, indem zunächst jemand beim Beobachten des Verhaltens eines anderen oder seiner selbst auf die Idee kommt, „hier ist etwas nicht in Ordnung“¹⁸⁹ - also wenn beispielsweise bei getrennt lebenden Eltern der Mutter missfällt, wie der Vater den Umgang mit den Kindern gestaltet. Diese Sicht der Mutter verbreitet sich in der Kommunikation mit anderen - hier zum Beispiel dem ehemaligen Partner, dem neuen Lebensgefährten, dem Kind, den eigenen Eltern, Freunden und nicht zuletzt dem Anwalt, Jugendamt und Familienrichter - in der Weise, dass dieses Thema zum hauptsächlichen Inhalt und Mittelpunkt der kommunikativen Beziehungen der beteiligten Personen wird.

¹⁸⁶ Vgl. dazu im Einzelnen Schweitzer/Schlippe, S. 105 f. Vgl. dazu auch Breidenbach, S. 42 m.w.Nachw., der die Entfaltung eines Konfliktes in drei Phasen einteilt: (1) „naming“: ein Unrecht oder ein zur Abänderung bzw. Kompensation drängender Zustand in Bezug auf die eigene Person wird wahrgenommen und benannt. (2) „blaming“: Diese Phase bezeichnet die Verklammerung des erlittenen Unrechts mit einer verantwortlichen Person, jemandem, „an den man sich halten kann.“ (3) „claiming“: Nach der Zuschreibung an den Verantwortlichen erfolgt ein Anspruch, der gegen ihn geltend gemacht wird. Dies muss nicht unbedingt ein rechtlicher Anspruch sein, sondern ist eine Aufforderung, dem Unrecht abzuhelpen oder es auszugleichen.

¹⁸⁷ Entscheidende Fragen zur Lösung eines Konfliktes können daher sein: Wodurch wird ein Konflikt aufrecht erhalten? Wem oder was dient der Konflikt? Vgl. dazu auch Willms-Faß/Symalla, S. 11.

¹⁸⁸ Vgl. dazu im Einzelnen Schweitzer/Schlippe, S. 103 ff., die sich in erster Linie mit der Entstehung von Problemen beschäftigen.

¹⁸⁹ Vgl. dazu Schweitzer/Schlippe, S. 105 ff., die vier Stadien einer Problemerzeugung unterscheiden: 1. Problemdeckung - Problemerfindung; 2. Entstehung eines problemdeterminierten Kommunikationssystems; 3. Problemerkklärung; 4. Problemstabilisierendes Handeln.

Dann wird eine Erklärung für den Konflikt gesucht, gefunden und ausgehandelt, die einerseits so plausibel ist, dass sie überlebt, die aber andererseits keinen gangbaren Ausweg aus dem Konflikt - also keine Lösungswege - anbietet. Von besonderem Interesse sind hier Erklärungen, die komplexe zwischenmenschliche Probleme „zur Schuld“ als individuelle Eigenschaft eines einzelnen Beteiligten versprachlichen, dem gleichzeitig die Fähigkeit oder der Wille zur Lösung abgesprochen wird.¹⁹⁰

Auf diesen Mechanismus nimmt auch eine Entscheidung des *Kammergerichtes*¹⁹¹ zur Aufhebung der gemeinsamen Sorge Bezug. Hier räumt der Vater zwar mangelnde elterliche Gesprächsbereitschaft ein, vertritt allerdings die Auffassung, dass dies wegen ihrer ablehnenden Haltung der Mutter anzulasten sei. Das Kammergericht führt insofern aus, dass „zum einen wegen der Komplexität ehelicher Beziehungen kaum feststellbar und zum anderen für die gemäß § 1671 BGB zu treffende Entscheidung ohne erhebliche Bedeutung“ sei, „welcher Elternteil „schuld“ an dieser Situation“ ist.¹⁹²

Ein Konflikt entsteht also erst dadurch, dass die Beteiligten oder Dritte die Interaktion zwischen mindestens zwei Personen als konflikthaft qualifizieren. Die so entstandene Konflikt-Wirklichkeit kann damit nicht losgelöst von ihrem jeweiligen Betrachter gesehen werden. Sie ist vielmehr ein Produkt wirksamer Unterscheidungen, die eine Person dadurch trifft, dass sie ein Geschehen als „wirklich“ oder „wahr“ beziehungsweise als konfliktbehaftet oder nicht konfliktbehaftet wahrnimmt.¹⁹³

Schließlich kann ein Konflikt auch nützlich sein,¹⁹⁴ wenn er eine Schutzfunktion hat und so zum Beispiel ermöglicht, die Aufmerksamkeit von anderen konfliktträchtigen Beziehungen abzuziehen. So kann zum Beispiel der Konflikt über die elterliche Sorge den Beziehungskonflikt der Eltern überdecken. Auch kann ein Kind durch sein Verhalten „helfen“, den elterlichen Beziehungskonflikt nicht eskalieren zu lassen. Dies geschieht zum Beispiel, wenn ein Kind auf elterliche Auseinandersetzungen mit Krankheit reagiert und so dafür sorgt, dass die Eltern in Sorge um das Kind geeint sind.

1. Subjektive Konfliktwahrnehmung und Interaktion der Konfliktbeteiligten

Wenn die Herstellung von Wirklichkeit nur über die eigene, subjektive Wahrnehmung möglich ist, ist Wirklichkeit immer subjektiv.¹⁹⁵ Der Qualifizierung eines Geschehens als Konflikt liegt somit immer

¹⁹⁰ Vgl. dazu auch Willms-Faß/Symalla, S. 50 zur für die Paardynamik relevanten Beziehungsschuld: Gegenseitige oder einseitige Schuldzuweisungen des Paares verkürzen die Scheidungsursachen auf ein so genanntes Opfer-Täter-Konstrukt, in dem sich jeder als Opfer und den anderen als Täter sieht.

¹⁹¹ KG FamRZ 1999, S. 616.

¹⁹² KG FamRZ 1999, S. 616 (617).

¹⁹³ Vgl. dazu auch oben Einführung, III. 2. b. Wirklichkeit kann nicht losgelöst vom jeweiligen Betrachter gesehen werden. Wirklichkeit kann nicht losgelöst vom jeweiligen Betrachter gesehen werden, S. 10 ff.

¹⁹⁴ Vgl. dazu auch Sparrer/Varga von Kibed, S. 44.

¹⁹⁵ Vgl. dazu oben Einführung III. 2. b. Wirklichkeit kann nicht losgelöst vom jeweiligen Betrachter gesehen werden, S. 10 ff.; Glenewinkel, S. 136 m.w.Nachw.

eine subjektive Konfliktwahrnehmung zugrunde. Jeder Teilnehmer eines Konfliktes reagiert dabei auf das Verhalten des oder der anderen und beeinflusst gleichzeitig das Verhalten des anderen mit. Allerdings ist dieses Phänomen den Konflikteilnehmern in der Regel nicht offensichtlich. Vielmehr haben die Beteiligten oftmals widersprüchliche Wahrnehmungen hinsichtlich dessen, was Ursache und was Wirkung des Konfliktes ist.¹⁹⁶

Grund dafür ist, dass sie vielfach den Ablauf des Konfliktes in der Weise zergliedern, dass sie das Verhalten der einzelnen Beteiligten als isoliert - und damit unabhängig vom Verhalten des anderen - sehen und als Folge dessen das eigene Verhalten lediglich als Reaktion auf das Verhalten des anderen beschreiben. Solche Diskrepanzen in der Aufgliederung gemeinsam erlebter Vorgänge und die Blindheit für die Aufgliederung, die der andere vornimmt, gepaart mit der Überzeugung, die Wirklichkeit sei so, wie der jeweilige Beteiligte die Vorgänge sieht,¹⁹⁷ können dann zu Konflikten beziehungsweise deren Verschärfung führen.¹⁹⁸

Weder der eine noch der andere Standpunkt kann jedoch isoliert betrachtet werden, da die Interaktion von Menschen nicht linear, sondern kreisförmig abläuft.¹⁹⁹ Interaktion meint dabei den wechselseitigen Ablauf von Mitteilungen oder Kommunikationen zwischen zwei oder mehreren Personen. Mitteilung stellt eine einzelne Kommunikation dar, die nicht nur Worte, sondern auch alle paralinguistischen Phänomene wie zum Beispiel Tonfall, Schnelligkeit oder Langsamkeit der Sprache, Körperhaltung, Körpersprache - also menschliches Verhalten jeder Art umschließt.²⁰⁰

Die einzelne Konfliktpartei ist für die andere jeweils eine „Außenwelt“, die sich mit der Entwicklung des Konfliktprozesses und mithin der Interaktion ständig ändert, was wiederum zu einer Veränderung des Verhaltens aller anderen Beteiligten führt. Im Konflikt kann deshalb nicht von eindeutigen und einseitigen - also linearen Ursachen und ebensolchen Folgen gesprochen werden. Vielmehr zeichnet sich ein Konflikt durch „mutual causality“ - also Wechselwirkungen unterschiedlicher Faktoren aus:²⁰¹ Kein Verhalten ist nur Ursache des anderen, vielmehr ist jedes Verhalten sowohl Ursache als auch Wirkung.²⁰²

Kommt beispielsweise die Mutter zu der Auffassung, ihr getrennt lebender Mann kümmere sich nicht „richtig“ um die gemeinsamen Kinder, ist dies ihre Wahrnehmung, die im Zusammenhang mit dem

¹⁹⁶ Vgl. dazu Watzlawick „Interaktion“, S. 93.

¹⁹⁷ Beziehungsweise wie die einzelnen Beteiligten die Vorgänge „gliedern“.

¹⁹⁸ Vgl. dazu Watzlawick „Interaktion“, S. 106.

¹⁹⁹ Vgl. dazu auch Einführung III. 2. c. Zirkuläre Kausalität, S. 13. Zu Diagrammen zirkulärer Familienmuster s. a. Tomm, S. 20 ff.; Kunkel, S. 36.

²⁰⁰ Watzlawick/Beavin/Jackson, S. 51.

²⁰¹ Glasl, S. 89; Breidenbach, S. 42 m.w.Nachw. in Fn.168 stellt dazu fest, dass „der Konflikt von beiden Parteien (interaktiv) zu jeder Phase (u.U. neu) definiert wird“ und so erst seine Dynamik in der sozialen Wirklichkeit erhält.

²⁰² Watzlawick „Interaktion“, S. 107 f.; Tomm, S. 45 ff.

Verhalten des Vaters und der Kinder steht. Diese subjektive Wahrnehmung fließt wiederum in die Kommunikation²⁰³ mit dem Vater, den gemeinsamen Kindern und anderen Personen ein. Die Wahrnehmung der Mutter, der Vater kümmere sich nicht „richtig“ um die Kinder, wirkt damit auf das Verhalten des Vaters und der Kinder, was wiederum das weitere Verhalten der Mutter beeinflussen wird. Was bei der Mutter allerdings die Wirklichkeit über das Verhalten des Vaters ausmacht, ist das Bild, das die Mutter vom Vater hat und das sich bei ihr im Laufe der Beziehungs- und Trennungsgeschichte als Paar und Eltern ergibt.²⁰⁴ Das Gleiche gilt für den Vater und die Kinder, die nunmehr zum einen mit dem Bild, welches die Mutter sich vom Vater gemacht hat und zum anderen mit dem Bild, welches sich der Vater über die Mutter gemacht hat, konfrontiert werden und diese Bilder mit ihrem eigenen Bild von Vater, Mutter und sich selbst in Zusammenhang bringen (müssen). Die Wahrnehmung der Mutter „der getrennt lebende Vater kümmert sich nicht „richtig“ um die Kinder“ ist damit geprägt durch interaktive Subjektivität der einzelnen Beteiligten des Systems Trennungsfamilie.

2. (Familiale) Konfliktmuster

Grundsätzlich vollziehen sich die Kommunikationsprozesse in der Familie in bestimmten Interaktionsmustern, wobei jedes Familienmitglied quasi als „Transformator“ an den ablaufenden familialen Interaktionen beteiligt ist. Dabei ist der Ausdruck des einen der Eindruck des anderen Familienmitgliedes. Daraus ergibt sich eine enorme Stabilität familialer Interaktions- und Konfliktbehandlungsmuster, die - auch wenn sie leiderzeugend sind - über Jahre wiederholt werden. Insbesondere hoch zerstrittene Familienmitglieder arbeiten bei der Aufrechterhaltung dieser Muster zusammen.²⁰⁵ Die familiale Interaktion im Trennungsgeschehen unterscheidet sich daher meist nicht von den bisher praktizierten familialen Interaktionsmustern, vielmehr treten diese nur deutlicher denn je hervor²⁰⁶

²⁰³ Vgl. zur Definition von Kommunikation oben Fn. 200.

²⁰⁴ Watzlawick/Beavin/Jackson, S. 83 ff.: Menschen setzen sich im Beziehungsaspekt ihrer Mitteilungen nicht über Tatsachen außerhalb der Beziehung auseinander, sondern tauschen untereinander Definitionen ihrer Beziehung und damit implizit ihrer selbst aus. Auf eine Selbstdefinition von A sind drei verschiedene Reaktionen von B möglich: Bestätigung, Verwerfung und Entwertung. Auf die Mitteilung von A an B: „So sehe ich mich selbst“ folgt B`s Definition seines Bildes von A: „So sehe ich dich“ und darauf wiederum eine Mitteilung von A, die auf diese Definition B`s Bezug nimmt und daher aussagt: „So sehe ich mich von dir gesehen“, worauf B dann mit der Definition antwortet: „So sehe ich, dass du dich von mir gesehen siehst“. Gleichzeitig baut sich dieselbe Hierarchie von Ich- und Du-Definitionen bei B auf.

²⁰⁵ Schlippe/Schweitzer, S. 76: Für einen Beobachter scheinen die Kommunikationen oft nicht Reaktion auf eine vorhergehende Aussage zu sein, sondern vielmehr durch Erwartungsstrukturen bestimmt. Reagiert wird dabei nicht auf das Geäußerte, sondern auf das Erwartete. Beispiel nach Schlippe/Schweitzer, S. 77: „Was haben Sie wahrgenommen?“ „Als mein Mann mich ansah, wußte ich schon Bescheid!“ „Haben Sie gehört, was er gesagt hat?“ „Nein, mir ist sowieso klar, was er sagen würde, wenn er so guckt.“

²⁰⁶ So auch Willms-Faß/Symalla, S. 40, die weitergehend feststellen, dass das jeweilige Grundmuster der Paarbildung und -beziehung fast immer deckungsgleich mit der Trennungsdynamik ist.

Familiale Muster spielen auch in Entscheidungen zur Aufhebung der gemeinsamen Sorge eine Rolle. So wird in einer Entscheidung des *Kammergerichtes*²⁰⁷ zur Aufhebung der gemeinsamen Sorge über zwei Kinder die mangelnde Kooperationsbereitschaft der Eltern unter anderem mit den gegenseitig erhobenen elterlichen Vorwürfen begründet: Während die Mutter dem Vater mangelnde Zuverlässigkeit vorwirft, macht der Vater der Mutter zum Vorwurf, sie wolle ihn ausgrenzen und aus der Elternverantwortung drängen.²⁰⁸

In (familialen) Konfliktsituationen sind zudem meist mehrere für die Eskalation von Konflikten typische Mechanismen gleichzeitig wirksam, die häufig in einem paradoxen Verhältnis stehen.²⁰⁹ So neigen die Konfliktparteien dazu, die andere Seite als Ursache des Konfliktes zu sehen und projizieren daher alles Negative auf den jeweils anderen. Andererseits frustrieren sich die Beteiligten mit unbeherrschten Aktionen selbst, so dass auf beiden Seiten das Unbehagen mit sich selbst wächst.²¹⁰ Zudem beziehen die Beteiligten oftmals immer mehr Punkte in den Konflikt ein, so dass die Streitfragen an Anzahl, Umfang und Komplexität zunehmen - andererseits neigen sie gleichzeitig dazu, die Konfliktsituation zu simplifizieren.²¹¹ Auch vermischen sich des öfteren Beziehungs- und Inhaltsebene im Konflikt, so dass Konfusionen zwischen diesen beiden Aspekten stattfinden.²¹² Es wird dann entweder der Versuch gemacht, ein Beziehungsproblem auf der Inhaltsstufe zu lösen oder aber es wird auf eine objektive Meinungsverschiedenheit mit einem Vorwurf auf der Beziehungsebene reagiert.²¹³ Schließlich beziehen die ursprünglich Konfliktbeteiligten einen immer größeren Personenkreis zur eigenen Unterstützung in den Konflikt ein, neigen aber gleichzeitig im Hinblick auf die Art der Auseinandersetzung dazu, mehr und mehr zu personifizieren. Die „Face-to-face“-Kontakte nehmen ab.²¹⁴ Darüber hinaus ist bei vielen Problemen oder Konflikten das Muster der bisherigen Lösungsversuche bereits zum eigentlichen Problem geworden.²¹⁵

²⁰⁷ KG FamRZ 1999, 616.

²⁰⁸ KG FamRZ 1999, 616.

²⁰⁹ So für Konflikte allgemein Glasl, S. 191 ff.

²¹⁰ Glasl, S. 191: „Zunehmende Projektion bei wachsender Selbstfrustration“.

²¹¹ Glasl, S. 191: „Ausweitung der strittigen Themen bei gleichzeitiger kognitiver Komplexitätsreduzierung“.

²¹² Watzlawick/Beavin/Jackson, S. 56 und S. 81: Jede zwischenmenschliche Kommunikation hat einen Inhalts- und einen Beziehungsaspekt, derart, dass letzterer den ersteren bestimmt und daher eine Metakommunikation ist. Der Inhaltsaspekt meint dabei den Inhalt der Kommunikation, der Beziehungsaspekt betrifft die Definition der Beziehung der Beteiligten zum jeweils anderen. Der Idealfall ist gegeben, wenn sich die Partner sowohl über den Inhalt ihrer Kommunikationen als auch über die Definition ihrer Beziehung einig sind. Im schlechtesten Fall ist es umgekehrt. Das heißt, die Partner sind sich sowohl auf der Inhalts- als auch auf der Beziehungsebene uneinig.

²¹³ Glasl, S. 191 spricht insofern von „Wechselseitiger Verflechtung von Ursache und Wirkung bei gleichzeitiger Simplifizierung der Kausalitätsbeziehungen“.

²¹⁴ Glasl, S. 192: „Ausweitung der sozialen Dimension bei gleichzeitiger Tendenz zur Personifizierung des Konfliktes“.

²¹⁵ Watzlawick/Weakland/Fisch, S. 109.

Der Verlauf eines Sorgekonfliktes erfährt also seine jeweilige Ausprägung durch die in der jeweiligen Familie gelebten Konfliktbehandlungsmuster. Eine konstruktive Behandlung des Sorgekonfliktes setzt damit auch das Erkennen und Benennen dieser jeweils individuellen familialen Konfliktbehandlungsmuster voraus.²¹⁶

²¹⁶ Vgl. dazu auch Krabbe, S. 124.

III. Konfliktdefinitionen seitens der Beteiligten

Die Wahrnehmung eines Konfliktes wird meist automatisch mit einer ersten Einordnung im Sinne einer Definition, um was „es“ sich aus der Sicht des Beteiligten handelt, verbunden.²¹⁷ Beispielsweise beginnt mit der Wahrnehmung, „der getrennt lebende Vater kümmert sich nicht „richtig“ um das Kind“ für die alleinerziehende Mutter ein Konflikt Gestalt anzunehmen. Die Mutter könnte das Problem als Sorgeproblem qualifizieren. Möglich - wenn auch unwahrscheinlich - ist, dass sie ungeklärte Beziehungsprobleme mit dem geschiedenen Mann als konfliktauslösend sieht. Entsprechend dieser persönlichen ersten Einschätzung des „Problems“ wird die Mutter ihr weiteres Verhalten gestalten. Findet eine Interaktion zwischen den Eltern im Hinblick auf das Problem „Du kümmerst Dich nicht richtig um das Kind“ statt, trägt diese Auseinandersetzung zur weiteren Sicht der Beteiligten und dem Umgang mit dem „Problem“ bei.²¹⁸ Welcher Aspekt - hier der Beziehungsaspekt zwischen den getrennten Eltern oder der Inhaltsaspekt „Regelung der elterlichen Sorge“ - sich zur Hauptsache entwickelt, wird häufig schon am Anfang durch eine bestimmte Definition vorgegeben. Dabei tendieren die Konfliktbeteiligten dazu, den einmal eingenommenen Blickwinkel aufrecht zu erhalten.

Diese Sicht zum Konfliktgeschehen beeinflusst den weiteren Umgang mit dem Konflikt - auch im Hinblick auf die Hinzuziehung von Dritten. Im gewählten Beispiel könnten die Eltern entweder eine Beratung in Anspruch nehmen, um etwaige Paarprobleme zu klären. Die Mutter könnte aber auch einen Anwalt aufsuchen, um das Sorgerecht für sich alleine zu erstreiten. Entsprechend der Problemdefinition holen sich die Beteiligten fachspezifischen Rat, der wiederum zur Problemdefinition beiträgt. In Abhängigkeit davon, wer als Dritter in den Konflikt einbezogen wird, werden die Konfliktbehandlungsmethoden wiederum auf den jeweiligen fachlichen Kompetenzbereich gelegt.²¹⁹ Die Paarberatungsstelle wird eher den Paarkonflikt zum „Problem“ erklären, währenddessen ein Anwalt die gesetzlichen Möglichkeiten zur Umgestaltung des elterlichen Sorgerechtes zugunsten seiner Mandantin als Ziel einer Konfliktbehandlung sehen wird.

Die Entwicklung der Konfliktsicht - hier der Definition als Sorgerechts- oder Paarproblem - hat also Folgen für die Konfliktbehandlung. Ist einmal eine bestimmte Konfliktsicht und Konfliktdefinition entstanden, ist damit ein Weg eingenommen, der sich tendenziell weiter verfestigt.²²⁰ Er beeinflusst auch die Form der zu wählenden Konfliktbehandlung, die - wiederum diese Tendenz verstärkend - den einmal eingeschlagenen Weg weiter treibt. Die Weichenstellung durch die gewählte Konfliktdefinition erweist sich damit gleichzeitig als eine Barriere, zu einer anderen Problemsicht überzuwechseln,

²¹⁷ Breidenbach, S. 47.

²¹⁸ Vgl. dazu auch Breidenbach, S. 47.

²¹⁹ Vgl. dazu Breidenbach, S. 48.

²²⁰ Breidenbach, S. 48.

andere Aspekte des Konfliktes zu thematisieren und möglicherweise auf andere Weise zu behandeln.²²¹ Auch das Konfliktbehandlungssystem, welches aus den ursprünglichen Konfliktbeteiligten und den zur Konfliktbehandlung hinzugezogenen professionellen Drittbeteiligten besteht, entsteht mithin nicht zufällig, sondern ergibt sich im Zusammenhang mit der durch die Beteiligten getroffenen Einordnung des Konfliktthemas.

²²¹ Breidenbach, S. 49.

IV. Die der weiteren Untersuchung zugrunde liegende Definition des Sorge(rechts)konfliktes

Nachdem unterschiedliche Definitionsansätze sowie Typologiebildungen im Hinblick auf das Phänomen „Konflikt“²²² dargestellt, der systemische Ansatz zur Erklärung von familialen Konflikten vorgestellt und schließlich auf die Bedeutung der Konfliktdefinitionen seitens der Konfliktbeteiligten eingegangen wurde, ist im Folgenden darzulegen, was unter einem zwischenmenschlichen Konflikt beziehungsweise einem Sorgekonflikt im Rahmen der weiteren Untersuchung verstanden werden soll. Dazu werden zunächst Kriterien entwickelt, die sodann zur Definition des Phänomens „Konflikt“ beziehungsweise „Sorgekonflikt“ führen.

Erste notwendige Voraussetzung für das Entstehen eines zwischenmenschlichen Konfliktes ist, dass zwischen mindestens zwei Personen eine Interaktion, also der wechselseitige Ablauf von Mitteilungen, stattfindet. Mitteilungen in diesem Sinne stellen einzelne Kommunikationen der Beteiligten dar, die nicht nur die gesprochenen Worte selbst sowie die Art und Weise des Sprechvorganges betreffen, sondern auch sämtliche nonverbalen Signale beinhalten und damit menschliches Verhalten jeder Art umfassen.²²³

Weiter ist erforderlich, dass mindestens einer der an der Interaktion Beteiligten diese aus seiner Sicht als nicht (mehr) stimmig wahrnimmt. Die wahrgenommene Unstimmigkeit, welche der Beteiligte regelmäßig aus den gesprochenen Worten und / oder der Art und Weise der gesprochenen Worte und / oder nonverbalen Signalen ableitet, kann auf der Beziehungsebene oder der Inhaltsebene oder auf beiden Ebenen liegen.²²⁴ Gleichgültig erscheint insofern, ob der andere beziehungsweise die anderen Konfliktbeteiligten oder auch unbeteiligte Dritte diese Wahrnehmungen teilen oder nicht. Ausschlaggebend ist vielmehr die subjektive Sichtweise des oder der Konflikteilnehmer, dass „etwas nicht (mehr) in Ordnung“ ist.²²⁵

Schließlich müssen sich die wahrgenommenen Unstimmigkeiten aus der Sicht mindestens dieses Beteiligten als in einem solchen Maße gravierend darstellen, dass - aus seiner Sicht - die Interaktion weder in der gleichen Weise weitergeführt werden kann, noch eine für ihn zufrieden stellende Änderung eintritt oder subjektiv erlebte Änderungen des eigenen Verhaltens nicht zur Zufriedenheit führen und auch die Beendigung der Interaktion im Sinne einer Trennung der Konfliktbeteiligten unmöglich erscheint. Charakteristisch für diese Situation ist damit eine aus der Sicht mindestens dieses Beteiligten

²²² Vgl. dazu oben 2. Teil A. Konflikt, S. 36 und Fn. 166.

²²³ Vgl. zu den Begriffen „Interaktion“, „Mitteilung“ und „Kommunikationen“ oben 2. Teil A. II. 1. Subjektive Konfliktwahrnehmung und Interaktion der Konfliktbeteiligten, S. 41 ff. sowie Fn. 200.

²²⁴ Zu den Definitionen von Inhalts- und Beziehungsebene vgl. oben Fn. 212.

²²⁵ Vgl. dazu oben 2. Teil A. II. 1. Subjektive Konfliktwahrnehmung und Interaktion der Konfliktbeteiligten, S. 41 ff.

gegebene dilemmatische Verbundenheit der Beteiligten, die weder ein harmonisches Miteinander noch eine Trennung zulässt.

Aus den genannten Kriterien ergibt sich mithin folgende, der weiteren Untersuchung zugrunde liegende Definition des Phänomens „Konflikt“:

Ein zwischenmenschlicher Konflikt liegt vor, wenn die Interaktion mindestens zweier Menschen aus der Sicht mindestens eines an der Interaktion Beteiligten in einem solchen Maße als unstimmig wahrgenommen wird, dass dieser den Kontakt mit dem anderen nicht in der gleichen Weise fortsetzen möchte und eine Änderung der Interaktion nicht möglich erscheint oder eine etwaige subjektiv erlebte Änderung des eigenen Verhaltens nicht zur Zufriedenheit führt und auch eine Beendigung des Kontaktes mit dem anderen nicht möglich erscheint.

Bezogen auf den Sorgekonflikt bedeutet dies, dass ein solcher angenommen wird, wenn ein Elternteil oder beide die Interaktion mit dem jeweils anderen als unstimmig wahrnehmen. Unstimmigkeiten können zum einen auf der Inhaltsebene liegen. Damit sind konkrete, das Kind betreffende Regelungen gemeint - beispielsweise in welche Schule das Kind zukünftig gehen soll. In Betracht kommen darüber hinaus auch andere Fragen, die zunächst nicht mit dem Kind in Beziehung stehen wie zum Beispiel, ob und wie viel Unterhalt gezahlt wird. Möglich ist zum anderen, dass die wahrgenommenen Unstimmigkeiten aus der Beziehungsebene der Eltern stammen - also beispielsweise die noch nicht abgeschlossene Trennung der Eltern als Paar betreffen. Schließlich können wahrgenommene Unstimmigkeiten sowohl die Inhalts- als auch die Beziehungsebene betreffen.

Zudem müssen sich diese Unstimmigkeiten aus der Sicht mindestens eines Elternteils als so gravierend darstellen, dass er mit dem anderen nicht mehr in der gleichen Weise Kontakt haben möchte, eine Änderung der Interaktion nicht möglich erscheint oder subjektiv erlebte Änderungen des eigenen Verhaltens aus der Sicht dieses Elternteiles nicht zu einer Verbesserung der elterlichen Interaktion führen und auch eine Beendigung des elterlichen Kontaktes unmöglich erscheint.

Erforderlich ist letztlich, dass jene wahrgenommenen Unstimmigkeiten - unabhängig davon, ob sie die Inhalts- oder die Beziehungsebene oder beide Ebenen betreffen - durch mindestens einen Elternteil mit der Regelung der elterlichen Sorge über gemeinsame Kinder verklammert werden und dies dazu führt, dass mindestens dieser Elternteil den zukünftigen Kontakt zwischen dem anderen Elternteil und dem Kind nach den eigenen Vorstellungen gestalten will.

Daraus ergibt sich folgende Definition eines Sorgekonfliktes:

Ein Sorgekonflikt lässt sich bezeichnen als die Wahrnehmung von Unstimmigkeiten in der elterlichen Interaktion durch mindestens einen Elternteil, die - mindestens aus der Sicht dieses Elternteil-

les - mit der Ausübung der Sorge über gemeinsame Kinder in Verbindung stehen und so gravierend sind, dass aus der Sicht dieses Elternteiles die Interaktion mit dem anderen Elternteil nicht in der gleichen Weise fortgeführt werden kann und eine Änderung der Interaktion nicht möglich erscheint oder eine etwaige subjektiv erlebte Änderung des eigenen Verhaltens nicht zur Zufriedenheit führt und auch eine Beendigung des Kontaktes mit dem anderen Elternteil nicht möglich erscheint und daher der zukünftige Kontakt des anderen Elternteils mit den gemeinsamen Kindern entsprechend den eigenen Vorstellungen erfolgen soll.²²⁶

Unter Zugrundelegung der genannten Begriffsbeschreibungen kann bereits an dieser Stelle die Definition eines Sorgerechtskonfliktes erfolgen. Ein Sorgerechtskonflikt liegt vor, wenn ein - wie oben umschriebener - Sorgekonflikt unter Bezugnahme auf das Recht behandelt wird.²²⁷

²²⁶ Diese Definition lässt sich auch auf andere Konflikte übertragen, die im Rahmen von familialen oder längerfristigen Beziehungen auftreten wie z.B. Erbkonflikte oder Arbeitsstreitigkeiten. Charakteristisch erscheint die Verkoppelung der konflikthaften Interaktion der Beteiligten mit dem Recht bzw. einer Rechtsfigur. Das ursprüngliche Konfliktthema - unabhängig davon, ob es aus der Inhalts- oder Beziehungsebene der Beteiligten stammt - wird dabei von mindestens einem Beteiligten mit dem Recht bzw. einer Rechtsfigur in Verbindung gebracht.

Ein *Erbkonflikt* lässt sich dann beschreiben als die *Wahrnehmung von Unstimmigkeiten in der zwischenmenschlichen Interaktion durch einen an ihr Beteiligten, die mindestens aus der Sicht dieses Beteiligten mit der Verteilung des Nachlasses eines Verstorbenen in Verbindung gebracht und als so gravierend angesehen werden, dass zumindest aus der Sicht dieses Beteiligten die Interaktion mit den anderen Beteiligten nicht in der gleichen Weise fortgesetzt werden kann und eine Änderung der Interaktion nicht möglich erscheint oder eine etwaige subjektiv erlebte Änderung des eigenen Verhaltens nicht zur Zufriedenheit führt und auch eine Beendigung des Kontaktes mit den anderen nicht möglich erscheint.*

²²⁷ Auch diese Definition lässt sich auf andere Rechtsstreitigkeiten übertragen, wenn die Beteiligten familiale oder andere längerfristige Beziehungen haben oder hatten. Ein Erbrechtskonflikt stellt sich dann als Erbkonflikt dar, der unter Bezugnahme auf das Recht behandelt wird.

Abbildung 4: Merkmale eines Sorge(rechts)konfliktes

Eine Übersicht zu den Definitionsmerkmalen eines Sorge(rechts)konfliktes gibt nochmals die folgende Darstellung.

KONFLIKT	SORGEKONFLIKT	SORGERECHTSKONFLIKT
Interaktion zwischen mindestens zwei Personen	Interaktion zwischen den Eltern	Interaktion zwischen den Eltern
Wahrgenommene Unstimmigkeit(en) in der Interaktion aus Sicht mindestens eines Beteiligten	Wahrgenommene Unstimmigkeit(en) in der Interaktion aus Sicht mindestens eines Elternteiles, die mit der Ausübung der elterlichen Sorge in Verbindung gebracht werden	Wahrgenommene Unstimmigkeit(en) in der Interaktion aus Sicht mindestens eines Elternteiles, die mit der Ausübung der elterlichen Sorge in Verbindung gebracht werden
Dilemmatische Verbundenheit der Beteiligten (mindestens) aus der Sicht des die Unstimmigkeit wahrnehmenden Beteiligten	Dilemmatische Verbundenheit der Eltern (mindestens) aus der Sicht des die Unstimmigkeit wahrnehmenden Elternteiles	Dilemmatische Verbundenheit der Eltern (mindestens) aus der Sicht des die Unstimmigkeit wahrnehmenden Elternteiles
	Gestaltung der zukünftigen Beziehung des einen Elternteils mit den gemeinsamen Kindern soll entsprechend den eigenen Vorstellungen des die Unstimmigkeiten wahrnehmenden anderen Elternteiles erfolgen	Gestaltung der zukünftigen Beziehung des einen Elternteils mit den gemeinsamen Kindern soll entsprechend den eigenen Vorstellungen des die Unstimmigkeiten wahrnehmenden anderen Elternteiles erfolgen
		Behandlung dieses Sorgekonfliktes unter Bezugnahme auf das Recht

Quelle: Eigener Entwurf

B. Konfliktbehandlung

Äußern Eltern, zwischen ihnen bestehe Streit im Hinblick auf die Regelung der elterlichen Sorge, setzt dies voraus, dass zumindest einer von beiden die elterliche Interaktion als konflikthaft wahrnimmt. Wie die Beteiligten mit einer solchen konfliktbehafteten Situation umgehen, ist - zumindest theoretisch - offen. In Betracht kommt eine Bandbreite unterschiedlichster Möglichkeiten, die von der Verdrängung seitens der Beteiligten bis zur autoritativen Entscheidung des Konfliktes durch einen Dritten reicht. Sozialwissenschaft und Rechtssoziologie haben dazu idealtypische Konfliktbehandlungsmodelle entwickelt, die im Folgenden im Hinblick auf die Behandlung des Sorgekonfliktes vorgestellt werden.

I. Grundlagen

Konfliktbehandlung stellt den Überbegriff für alle möglichen Bemühungen dar, auf einen Konflikt einzuwirken.²²⁸ Unterschiedliche Vorgehensweisen zur Konfliktbehandlung ergeben sich je nachdem, ob ein Konflikt geregelt oder aber gelöst werden soll. Ist lediglich eine äußere Beeinflussung des Verhaltens der Parteien durch gegenseitig vereinbarte oder generell auferlegte Regelungen beabsichtigt, handelt es sich um eine so genannte Konfliktregelung. Konfliktregelung bedeutet dann, dass die den Konflikt hervorrufenden unterschiedlichen Sicht- und Handlungsweisen rekonstruiert werden und eine Entscheidung darüber getroffen wird, welche die zutreffende Sichtweise ist.²²⁹ Die klassische Form der Konfliktregelung stellt das Gerichtsverfahren dar. Soll jedoch der Versuch unternommen werden, die Quellen und Ursachen des Konfliktes zu beseitigen, geht es um die Konfliktlösung.²³⁰ Ziel ist es dann, dass die Konfliktparteien ihre Einstellungen zueinander, die Vorstellungen voneinander oder ihre Verhaltensweisen im positiven Sinne verändern können.²³¹

Eine Behandlung des Konfliktes findet immer durch die Konflikttelnehmer statt. Da diese jedoch regelmäßig in soziale Systeme eingebunden sind, bestehen Konflikte nicht unabhängig von Beziehungen der Konflikttelnehmer zu Dritten²³² Auch wenn es zunächst so scheint, als ob ein Konflikt lediglich zwei Personen betrifft, sind Dritte häufig mehr oder weniger offensichtlich in das Konfliktgesche-

²²⁸ Glasl, S. 17 f.: Eingriffe in die Konfliktsituation richten sich dabei meist auf drei bestimmte Aspekte: die Beeinflussung des vorhandenen Konfliktpotentials, des Konfliktprozesses und der Konfliktfolgen.

²²⁹ Glasl, S. 20.

²³⁰ Vgl. Eidmann, S. 16 f. zur Frage, ob sich die Rechtssoziologie nicht bereits explizit ihres Anspruches begeben hat, von rechtlich oder in anderen Verfahren strukturierter Konsenserzielung bzw. Konfliktlösung überhaupt noch zu sprechen.

²³¹ Glenewinkel, S. 71 m.w.Nachw.

²³² Vgl. dazu Raiser, S. 286.

hen involviert. Im Sorgekonflikt spielen insbesondere die betroffenen Kinder und oftmals auch Familienangehörige des getrennten Paares sowie etwaige neue Partner entscheidende Rollen.

So wird eine Entscheidung des *Kammergerichtes*,²³³ die gemeinsame Sorge für einen fünfjährigen Jungen aufzuheben, unter anderem auf die Auseinandersetzungen zwischen der Großmutter mütterlicherseits und dem Vater des Kindes gestützt. Zwar gelang es in diesem Fall den Eltern, sich im Interesse des Kindes zu verständigen und zusammenzuarbeiten. Allerdings bestanden erhebliche familiäre Konflikte, die zu einem laufenden Strafverfahren und einem Zivilprozess zwischen dem Vater und der Großmutter mütterlicherseits geführt haben.²³⁴ Das Kammergericht begründet die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge für das Kind mit eben jenen Auseinandersetzungen zwischen der Großmutter und dem Vater. Aufgrund dieser erheblichen familialen Konflikte sei kaum zu erwarten, dass eine gemeinsame elterliche Sorge dem Interesse des Sohnes an einer ruhigen und gedeihlichen Entwicklung förderlich sein könne.²³⁵

Der neuen Lebenspartnerin eines Vaters kommt in einer Entscheidung des *OLG Braunschweig*²³⁶ zur Wiedereinräumung der gemeinsamen elterlichen Sorge eine bedeutende Rolle zu. Entscheidungskonflikte zwischen den Eltern im Hinblick auf die gemeinsamen Kinder werden hier seitens der Mutter der Kinder auch mit der Einmischung der jetzigen Ehefrau des Vaters in die Erziehungsbelange der Kinder begründet. Diese hatte in einem „sehr beherrschenden Schreiben“ für die Kinder eine „mutterähnliche Verantwortung reklamiert und angekündigt, dementsprechend die Kinder behandeln zu wollen.“ Das OLG Braunschweig hat die Befürchtungen der Mutter, die nicht erziehungsberechtigte neue Ehefrau nehme zumindest mittelbaren Einfluss auf die Kinder, als zwar „nicht zwingend“, aber „durchaus verständlich“ gewertet.²³⁷

Auch scheinbar außenstehende Personen werden in den Konflikt einbezogen, wenn es den Konfliktparteien darum geht, Verbündete zu suchen, mit deren Hilfe die Durchsetzung der eigenen Position und der Druck auf den Gegner verstärkt werden soll.²³⁸ Als Verbündete der streitenden Eltern kommen neben den Familienangehörigen auch Freunde, Mitarbeiter von Beratungsstellen und Jugendamt, Therapeuten, Rechtsanwälte und Sachverständige in Betracht. Schließlich können die Konflikttelnehmer Dritte aber auch ausdrücklich und bewusst als Berater, Vermittler, Schlichter oder Richter in die Konfliktbehandlung einbeziehen.

²³³ KG FamRZ 1999, 808 (809).

²³⁴ KG FamRZ 1999, 808 (809).

²³⁵ KG FamRZ 1999, 808 (809); vgl. auch AmtsG Fürstfeldbruck FamRZ 2002, 171, auch in diesem Fall spielte die Großmutter väterlicherseits eine wichtige Rolle bei der Aufhebung der gemeinsamen Sorge für das Kind.

²³⁶ OLG Braunschweig FamRZ 2002, 121 (122).

²³⁷ OLG Braunschweig FamRZ 2002, 121 (122).

²³⁸ Raiser, S. 286; Röhl, S. 474.

Wie sich die Konfliktbehandlung konkret gestaltet, hängt maßgeblich von den mit ihr verfolgten Zielen ab, die zunächst durch die Konfliktbeteiligten selbst, weiter durch betroffene oder hinzugezogene Dritte aber auch durch gesellschaftliche,²³⁹ soziale, religiöse Verhaltensmaßstäbe und schließlich auch seitens des Staates in Form von Gesetzen vorgegeben sein können.²⁴⁰ Die Konfliktbeteiligten selbst treffen dabei mehr oder weniger bewusst Entscheidungen über das, was Ergebnis der Konfliktbehandlung sein soll.

Vordergründige Absicht im Sorgestreit ist es, den Konflikt zum Besten des Kindes zu lösen. Hinter dieser Motivation können sich allerdings auch andere - zunächst meist unbewusste - Motive wie beispielsweise der Wunsch nach Rache gegenüber dem ehemaligen Partner aufgrund erlittener Verletzungen oder Kränkungen verbergen. Die Behandlung des Sorgekonfliktes bildet dann „nur“ das zunächst offensichtliche Thema, über das auch psychische Befindlichkeiten erörtert und verhandelt werden sollen.²⁴¹ Neben den Konfliktparteien selbst haben aber auch betroffene oder hinzugezogene Dritte in der Regel eigene Vorstellungen von dem, was in ihren Augen als akzeptables Ergebnis einer Konfliktbehandlung erscheint.

²³⁹ So existiert beispielsweise eine landläufig verbreitete Meinung, nach der eine Mutter, die „nicht um ihr Kind kämpft“, als „Rabenmutter“ gilt.

²⁴⁰ Eine gesetzlich vorgegebene Lösung des Sorgekonfliktes findet sich z. B. in § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Danach ist die Alleinsorge zu übertragen, wenn zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten dient. Vgl. dazu im Einzelnen unten 4. Teil C. Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen, S. 134 ff.

²⁴¹ Vgl. dazu auch Willms-Faß/Symalla, S. 108.

II. Idealtypische Konfliktbehandlungsmodelle

Konfliktbehandlungsmodelle werden nach unterschiedlichen Kriterien geordnet. Beteiligten-orientierte Klassifikationen knüpfen rein äußerlich an die Anzahl der an der Konfliktbehandlung Beteiligten an.²⁴² Unterschieden werden hier Konfliktbehandlungsmethoden, die zwischen den konfligierenden Parteien ohne Hilfe dritter Personen stattfinden und solchen, bei denen Dritte involviert sind.²⁴³ Den jeweiligen Formalisierungs- und Institutionalierungsgrad stellen prozess-orientierte Klassifikationen zur Konfliktregelung in den Vordergrund. Die Austragung des Konfliktes kann relativ ungeregelt oder zumindest informell vor sich gehen oder sie kann sich in institutionalisierten und damit meistens formelleren Bahnen abwickeln.²⁴⁴ Formen der Konfliktaustragung werden hier differenziert in Meidungsstrategien, Verhandeln, Vermitteln, Schlichten und Richten, denen jeweils ein bestimmter Formalisierungsgrad zukommt.²⁴⁵ Als weiteres Ordnungsschema im Rahmen dieser Einteilung wird die Art der Handlungsmaximen, an denen sich die Beteiligten orientieren, angeführt. Die Konfliktregelung kann sich mehr vergangenheitsorientiert an Normen oder mehr zukunftsorientiert an den Interessen der Parteien ausrichten.²⁴⁶ Schließlich wird die „Herrschaft“ der Konfliktparteien über das Konfliktgeschehen als Kriterium herangezogen. Die Beteiligten können insofern „Herr“ des Konfliktes bleiben oder den Konflikt und damit auch den Ausgang desselben an Dritte abgeben.²⁴⁷

Die folgende Darstellung orientiert sich an dem Kriterium der Anzahl der Beteiligten und unterscheidet insofern nach ein-, zwei- (dyadischen) und dreiseitigen (triadischen) Konfliktbehandlungsmodellen.²⁴⁸

1. Einseitige Konfliktbehandlung

Formen einer einseitigen Konfliktbehandlung sind insbesondere die Umdefinition der konfliktiven Situation, bei der der mit seinen Erwartungen Enttäuschte das jeweilige Problem als intrapersonalen Konflikt mit sich selbst austrägt. Weiter zählen dazu die Resignation und das Nichtstun, die Selbsthilfe sowie schließlich diverse Meidestrategien, bei denen der soziale Konflikt dadurch geregelt wird, dass einer oder mehrere Konfliktbeteiligte die Beziehung abbrechen.²⁴⁹

Derjenige, der einen Konflikt erkennt, kann sich also zunächst selbst die „Schuld“ an diesem Zustand zuschreiben oder sich die Situation als Missverständnis oder Selbsttäuschung erklären und mithilfe dieser Sichtweise den Versuch unternehmen, den Konflikt mit sich allein auszutragen. Konflikte lassen

²⁴² Röhl, S. 469.

²⁴³ Vgl. dazu Goebel, S. 245 m.w.Nachw.

²⁴⁴ Vgl. auch Röhl, S. 469.

²⁴⁵ Vgl. dazu Goebel, S. 246 m.w.Nachw.

²⁴⁶ Röhl, S. 469, der diesen Aspekt separat darstellt.

²⁴⁷ Röhl, S. 469.

²⁴⁸ Zur Terminologie vgl. Goebel, S. 250.

²⁴⁹ Goebel, S. 250.

sich - zumindest vorübergehend - auch verhindern oder beenden, indem die Beteiligten beziehungsweise einer der Beteiligten den konfliktträchtigen Beziehungen oder Themen ausweicht oder die Beziehung abbricht.²⁵⁰ Für die Sorgeproblematik bedeutet dies beispielsweise, dass ein Elternteil den Kontakt zum anderen Elternteil, bei dem das Kind lebt, abbricht oder aber sich mit dem Kind - in der Regel - ins Ausland absetzt (so genannte Kindesentführungsfälle). Flucht als Konfliktverhalten verhindert in der Regel eine zeitnahe Auseinandersetzung mit dem anderen Konfliktbeteiligten, was dazu führen kann, dass der Konflikt umso heftiger ausfällt, wenn Flucht nicht mehr möglich ist.

Wer einem Konflikt nicht mehr ausweichen kann, aber auch keine Chance sieht, ihn zu gewinnen oder durch Verhandlungen und Kompromiss zu beenden, muss nachgeben.²⁵¹ Nachgeben als Konfliktverhalten setzt eine Prognose des möglichen Verlaufs unterschiedlicher Handlungsalternativen und eine Beurteilung der eigenen Chancen, des eigenen Selbstvertrauens sowie der Konfliktbereitschaft voraus. Denn nur derjenige, der seine Position im Konflikt als schwach und den anderen als mächtig ansieht, wird nachgeben.²⁵² Wird dieses Verhalten im Sorgekonflikt praktiziert, verfügt der andere aus der Sicht des nachgebenden Elternteiles in der Regel über ein großes Machtpotential. Eine solche Abhängigkeit des einen Elternteils vom anderen kann sich beispielsweise in finanzieller Hinsicht ergeben, wenn der Nachgebende auf Unterhaltsleistungen vom anderen angewiesen ist.

2. Zweiseitige Konfliktbehandlung

Als zweiseitige (dyadische) idealtypische Modelle der Konfliktbehandlung sind Verhandlung und Kampf zu nennen.

Insbesondere körperliche Gewaltanwendung stellt in einer Vielzahl familialer Konflikte ein typisches Verhaltensmuster dar, auch wenn der moderne Staat²⁵³ eine Konfliktaustragung durch Kampf mittels physischer Gewalt nicht zulässt. Aber auch das „Druckausüben“, „Überzeugen“, „Überreden“ und sich „Unterwerfen“ werden als sublimierte Formen der Konfliktlösung durch Kampf genannt.²⁵⁴

Die praktisch wie theoretisch wichtigste Art dyadischer Konfliktbehandlung ist die Verhandlung. Verhandlungen sind in solchen sozialen Situationen ein wirkungsvolles Instrument zur Konfliktbehand-

²⁵⁰ Vgl. dazu Röhl, S. 471 f.

²⁵¹ Vgl. dazu Raiser, S. 284 f.

²⁵² Demgegenüber nennt die Vorschrift des § 779 Abs. 1 BGB das gegenseitige und nicht bloß einseitige Nachgeben als Voraussetzung für einen Vergleich. Der Ausdruck des gegenseitigen Nachgebens ist dabei jedoch nicht im juristisch-technischen Sinne zu verstehen, sondern nach dem Sprachgebrauch des Lebens aufzufassen. Ausreichend ist jedes Opfer, das eine Partei auf sich nimmt, auch wenn es ganz geringfügig erscheint; vgl. dazu BGHZ 39, 60 (63).

²⁵³ In vorstaatlichen Gesellschaften war die grundlegende Unterscheidung zur Beendigung eines Konfliktes die zwischen friedlich und unfriedlich. Zu den unfriedlichen Mittel zählten Selbsthilfe, Blutrache, Rache und Fehde. Wichtigstes Mittel zur friedlichen Streitbeilegung waren Verhandlungen. Vgl. dazu Glenewinkel, S. 78 f.

²⁵⁴ Rabaa, S. 70 m.w.Nachw.

lung, die sowohl durch gemeinsame Interessen als auch Interessen- und Verteilungskonflikte gekennzeichnet sind. Verhandlung wird daher definiert als ein Prozess zwischen zwei oder mehr Parteien, die versuchen, in einem Interessenkonflikt einen gegenseitig akzeptierten Kompromiss zu finden²⁵⁵ oder auch als Kommunikation mit dem Ziel, die andere Seite - so weit wie möglich - davon zu überzeugen, sich auf die erhobene Forderung einzulassen und in diesem Sinne den Konflikt einverständlich zu regeln.²⁵⁶

Den meisten Verhandlungen liegt zugrunde, dass die Verhandelnden einen Kooperationsgewinn erzielen können, sie also „Wert schöpfen“ können. Kooperationsgewinne hängen von der Fähigkeit der Konfliktbeteiligten ab, eigene Ziele zu realisieren, während sie gleichzeitig andere Bedürfnisse des Verhandlungspartners befriedigen.²⁵⁷ Da dieser Kooperationsgewinn auf die Akteure verteilt werden muss, ist allerdings auch zu verhandeln, wer sich welchen Teil des Kooperationsgewinnes sichern kann. Verhandlungen haben damit neben einer möglichen wertschöpfenden regelmäßig auch eine wertverteilende Komponente.²⁵⁸

Grundsätzlich lassen sich nach der Spieltheorie²⁵⁹ zwei Extreme von Verhandlungsergebnissen unterscheiden:²⁶⁰ Zum einen kann der Gewinn der einen Partei gleichzeitig der Verlust der anderen Partei sein. Diese Grundform eines Verhandlungsergebnisses wird als Nullsummenspiel bezeichnet. Zum anderen kann das Ergebnis die Interessen beider Parteien berücksichtigen, was eine so genannte Win-Win-Situation darstellt. Interessen in diesem Sinne bezeichnen die - in der Regel nicht offen dargeleg-

²⁵⁵ Goebel, S. 251 m.w.Nachw.

²⁵⁶ Breidenbach, S. 43; Eidenmüller in Breidenbach/Henssler, S. 31; Röhl, S. 473.

²⁵⁷ Breidenbach, S. 72.

²⁵⁸ Vgl. dazu ausführlich Eidenmüller in Breidenbach/Henssler, S. 43 ff.

²⁵⁹ Die Spieltheorie ist die Grundlage verhandlungstheoretischer Konzepte der experimentellen Sozialpsychologie. Mithilfe dieser Methode wird versucht, den Einfluss einzelner struktureller, situativer und sozialer Faktoren auf den Verlauf von Verhandlungen zu isolieren, um auf diese Weise eine Konfliktsituation zu bereinigen. Ursprünglich war die Spieltheorie eine mathematische Disziplin, die für bestimmte, formalisierte Situationen über optimale Strategien zur Erreichung bestimmter Ziele informierte. Sie wird unter der Prämisse rationalen Verhaltens zu einer normativen Entscheidungslehre, die angibt, wie sich ein Individuum gegenüber anderen, die gegenläufige Interessen verfolgen, erfolgreich verhalten kann. Der Rechtssoziologie dient die Bezugnahme auf die Spieltheorie dazu, einen adäquaten Beschreibungsrahmen für Konfliktsituationen zu gewinnen und die Problemsicht zu verbessern. Als nützlich haben sich in der Rechtssoziologie drei Spieltypen herausgebildet, um Konflikte, die z. B. im Rechtsstreit ausgetragen werden, spieltheoretisch zu interpretieren: das Nullsummenspiel, das Verhandlungsspiel und der destruktive Konflikt; vgl. dazu Röhl, S. 455 ff. Zum so genannten Nicht-Nullsummenspiel, bei dem der Gewinn des einen Spielers nicht dem Verlust des anderen entspricht, die Summe von Gewinn und Verlust daher nicht Null ist und insofern Koalitionen und Zusammenarbeit nicht nur nicht unmöglich macht (wie in Nullsummenspielen), sondern sogar die beste Spielstrategien sein können vgl. Watzlawick/Beavin/Jackson, S. 209 f. Fn. 19.

Vgl. ausführlich zu der Situation, dass ein Interessenkonflikt sich als Nullsummenspiel darstellt Goebel, S. 256 f.

²⁶⁰ Vgl. dazu ausführlich Breidenbach, S. 69 ff.

ten - Beweggründe, die hinter den gegensätzlichen Positionen der Konfliktparteien liegen.²⁶¹ Mit Position wird das durchzusetzende Verhandlungsergebnis umschrieben.²⁶²

Die dem Sorgekonflikt zugrunde liegende Verhandlungssituation ist dadurch gekennzeichnet, dass Eltern zwar einerseits ein gemeinsames Interesse an einem möglichst konfliktfreien Umgang des Kindes mit beiden Eltern haben, andererseits aber über die tatsächliche „Verteilung“ der elterlichen Sorge unterschiedlicher Ansicht sind. Hinter der elterlichen Position „ich möchte die Übertragung der Alleinsorge“ können unterschiedliche Interessen von Mutter und Vater liegen. Scheitern familieninterne elterliche Verhandlungen, wird in der Regel ein Gerichtsverfahren angestrengt, welches meist die Übertragung der Alleinsorge zum Gegenstand hat und damit Gefahr läuft, als Nullsummenspiel zu enden.

3. Dreiseitige Konfliktbehandlung

Den einseitigen und zweiseitigen Modellen folgen in einer graduellen Zunahme fortlaufender Formalisierung dreiseitige (triadische) Konfliktbehandlungsmodelle.²⁶³ Neben der Suche nach Verbündeten, die in der Regel den Zweck verfolgt, die eigene Position zu verbessern,²⁶⁴ geht es hier in erster Linie um die bewusste Einschaltung Dritter zum Zweck der Konfliktbehandlung, wobei sich der Übergang vom Verbündetem zum unabhängigen Dritten oftmals als fließend erweist.²⁶⁵ Die Rolle des Dritten kann die des lachenden Dritten, Prügelknaben, Zuschauers, Koalitionspartners, Vermittlers, Schlichters oder Richters und anderer mehr beziehungsweise eine Mischung aus den genannten Rollen sein, weshalb auch von einer so genannten „Schlupfvariablen“ gesprochen wird.²⁶⁶

Die Konfliktbeteiligten werden einen Dritten regelmäßig erst dann in die Konfliktbehandlung einbeziehen, wenn ein- und zweiseitige Behandlungsstrategien - aus der Sicht mindestens eines Beteiligten - versagt haben.²⁶⁷ Für den Sorgestreit bedeutet dies, dass der Einschaltung eines Dritten das Scheitern der Eltern bei ihrer eigenständigen Suche nach einer einvernehmlichen familieninternen Konfliktbehandlung vorausgeht und damit dann das - unausgesprochene - Eingeständnis der Beteiligten verbunden ist, selbst keine befriedigende Konfliktlösung erreicht zu haben.

²⁶¹ Fisher/Ury/Patton, S. 69. Das Abstellen auf „Interessen“ ist auch in der Rechtslehre nicht unbekannt. So sollen bei der Auslegung eines Rechtsgeschäftes die „Interessen“ von Erklärendem und Erklärungsempfänger berücksichtigt werden. Vgl. dazu Brox, Rn. 133 f.

²⁶² Glenewinkel, S. 41 m.w.Nachw.

²⁶³ Auch die Regelungen zum Zivilprozess unterscheiden verschiedene Formen der Einbeziehung von Dritten in einen Rechtsstreit. Vgl. dazu die Streitgenossenschaft (§§ 59 ff. ZPO); die Nebenintervention (§§ 66 ff. ZPO); die Streitverkündung (§§ 72 ff. ZPO) und die Möglichkeit eines Parteiwechsels (Parteiwechsel kraft Gesetzes, gesetzlich geregelter Parteiwechsel, gewillkürter Parteiwechsel, gewillkürte Parteierweiterung).

²⁶⁴ Vgl. dazu Raiser, S. 304; Röhl, S. 469.

²⁶⁵ Raiser, S. 286 f.

²⁶⁶ Röhl, S. 469.

²⁶⁷ Vgl. auch Rabaa, S. 70.

Ungeachtet der konkreten Rolle des Dritten ist notwendige Voraussetzung einer Behandlung des Konfliktes durch einen Dritten die Übertragung von (Verhandlungs-)Macht von den Konfliktparteien weg hin zum Dritten. Um seine Aufgabe zu erfüllen, werden dem Dritten dann spezifische Kompetenzen wie zum Beispiel die Entscheidungskompetenz des Konfliktes zugesprochen.²⁶⁸ Für den Sorgekonflikt kann dies im Extremfall bedeuten, dass Eltern ihre elterliche Entscheidungskompetenz bezüglich der anstehenden Regelung komplett dem Familiengericht übertragen wollen und dazu Rechtsanwälte beauftragen, die in ihrer Funktion die elterliche Handlungsmacht im Konflikt übernehmen sollen.

Methodisch basiert die Konfliktdelegation an einen Dritten darauf, dass dieser den Konflikt in seiner divergenten Handlungslogik rekonstruieren und auf einer neu zu etablierenden Ebene lösen soll.²⁶⁹ Das bedeutet, ein Konflikt wird in dem Maße beigelegt, als es dem Dritten gelingt, die Divergenzen der Kontrahenten auf eine neue Regel festzulegen. Damit besteht die Kunst der stellvertretenden Deutung durch den Dritten darin, dass er die jeweiligen Perspektiven der Konfliktbeteiligten sieht und - je nach konkreter Ausgestaltung - mit den Beteiligten gemeinsam oder alleine nach einer den Konflikt transzendierenden Deutung sucht, in der die oppositionellen Deutungen aufgehoben sind.²⁷⁰ Die Lösung eines Konfliktes durch Delegation wird umso erfolgreicher sein, je breiter die objektivierbare Basis des Konfliktes ist, umgekehrt wird sie umso untauglicher sein je größer das emotionale Konfliktpotential ist.²⁷¹ Die Delegation des Konfliktes stellt daher ein weniger geeignetes Mittel zur Konfliktbehandlung dar, wenn diese eine Einbeziehung außerrationaler Aspekte oder eine spezifisch persönliche Partizipation an der Konfliktbewältigung erfordert.²⁷²

In Anlehnung an die amerikanische Terminologie hat sich die Unterscheidung der Konfliktbehandlung durch zunächst²⁷³ unbeteiligte Dritte in Beratung (consultation), Vermittlung (mediation), Schlichtung (arbitration) und Richten (adjudication) herausgebildet.²⁷⁴ Diese unterschiedlichen Konfliktbehandlungsmodelle werden im Folgenden dargestellt.

²⁶⁸ Rabaa, S. 71.

²⁶⁹ Vgl. auch Eidmann, S. 20. Rabaa, S. 71 geht stattdessen davon aus, dass der Dritte mittels Objektivierung des Konfliktstoffes die gegenteiligen Standpunkte überbrücken muss.

²⁷⁰ Eidmann, S. 20.

²⁷¹ Rabaa, S. 71.

²⁷² Rabaa, S. 71.

²⁷³ Die Dritten werden durch die ihnen von den Konfliktparteien zugesprochene Rolle und Funktion nicht unbeteiligte Dritte bleiben können, sondern vielmehr zu „Be-teil-igten“, da sie Teil des Konfliktsystems werden. Vgl. dazu auch 4. Teil D. VI. Die an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten als System, S. 206 ff.

²⁷⁴ Glenewinkel, S. 47; Raiser, S. 287; Rehbinder, Rn. 165; Röhl, S. 474 ff. unterscheidet lediglich in Vermitteln, Schlichten und Richten; Glasl, S. 360 ff. differenziert in: gerichtliche Entscheidung, Schiedsverfahren, „conciliation“, Vermittlungsverfahren, gute Dienste, Machtintervention, autoritäre Entscheidung, Prozessbegleitung, Konfliktlösung über Parteienvertreter. Vertreten wird allerdings auch, dass Vermittlung, Schlichtung und Mediation weder voneinander abgrenzbar noch abgrenzungswürdig seien, weil alle drei Begriffe das Gleiche i. S. eines Aufeinanderzuführens

a. Beraten

Bereits das Wort „Beratung“ deutet darauf hin, dass als Berater im Konflikt tätige Dritte keine Entscheidungskompetenz inne haben, sondern lediglich einen „Rat“ geben. Beratung kommt insbesondere bei komplexen personenbezogenen Konflikten in Frage, bei denen es nicht nur um die Klärung einzelner sachlicher oder rechtlicher Streitpunkte geht, sondern Beziehungskonflikte im Mittelpunkt der Auseinandersetzung stehen.²⁷⁵ Sie erstreckt sich auf die Übermittlung von Informationen, ihre Zusammenhänge mit dem jeweiligen Problem sowie über Ansätze einer Lösung dieses Problems. Der Dritte gibt Einschätzungen von Risiken, entwickelt Handlungsalternativen und zeigt Wege zu einer Entscheidungsfindung auf. Beratung will also den Beratenen in den Stand versetzen, nach bestimmten Prämissen zu handeln und gegebenenfalls zu entscheiden.²⁷⁶ Unabhängige Berater beschränken sich in der Regel darauf, einer Partei, manchmal auch beiden, auf deren Wunsch ihre Ansicht über die Behandlung des Konfliktes mitzuteilen, überlassen alles weitere aber den unmittelbar Beteiligten,²⁷⁷ die damit ihre Verhandlungsmacht behalten. Was Inhalt einer Beratung sein kann, ist außerordentlich vielfältig, weil Beratung sowohl in pädagogischen als auch in psychologischen und juristischen Situationen als außergerichtlicher Konfliktbehandlungsweg zahlreiche Anwendungsmöglichkeiten findet.²⁷⁸ Professionelle Berater werden allerdings oftmals nicht nur wegen des erwünschten Rates aufgesucht, sondern auch, um Verbündete zur Bestätigung und Unterstützung der eigenen Problemsicht zu gewinnen.²⁷⁹

Im Rahmen der familialen Trennungproblematik stellt die psychosoziale Beratung ein Untersystem neben dem juristischen Subsystem dar.²⁸⁰ Ein Paar, das sich scheiden lassen will oder um das Sorgerecht streitet, ist in jedem Fall mit dem juristischen Subsystem konfrontiert - mit dem psychosozialen Beratungssystem bestehen hingegen nur dann Berührungspunkte, wenn einer oder beide beziehungsweise die Kinder eine Beratung wünschen. Berater und Beratungsstellen gehören im Trennungs- und Scheidungsprozess nicht zu den verfahrensbeteiligten Berufsgruppen - soweit sie nicht psychologische Gutachten erstellen.²⁸¹

verschiedener Positionen in einem Konflikt mit dem Ziel einer Einigung meinen. Vgl. dazu Glene-winkel, S. 47 m.w.Nachw.

²⁷⁵ Vgl. auch Raiser, S. 287.

²⁷⁶ Münder § 18 Rn. 3.

²⁷⁷ Bono-Hörler, S. 100; Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 34.

²⁷⁸ Ausführlich dazu Gleenewinkel, S. 48.

²⁷⁹ Röhl, S. 474.

²⁸⁰ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 202.

²⁸¹ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 202 mit dem Ansatz eines Beratungskonzeptes, das sich auf Systemisches Denken gründet.

b. Vermitteln

Unter Vermittlung wird jede Tätigkeit eines Dritten verstanden, die darauf abzielt, Verhandlungen zwischen den Streitenden in Gang zu bringen, zu fördern und zu lenken.²⁸² Der Dritte übernimmt eine lediglich unterstützende Funktion im Interaktionsprozess der Parteien.²⁸³ Die Konfliktbeteiligten behalten die bilaterale Kontrolle sowohl über das Ergebnis des Verfahrens als auch über das Verfahren selbst,²⁸⁴ da die Teilnahme am Verfahren und auch die Annahme der gefundenen Lösung den Parteien obliegt. Ziel einer Vermittlung ist es, eine einverständliche Lösung des Konfliktes zu finden.²⁸⁵ Vermittlung ist damit ein freiwilliger, informeller Vorgang, bei dem sich der Dritte darauf beschränkt, den Streitenden bei der Kommunikation behilflich zu sein und unter Umständen Lösungsalternativen zur Streitregelung aufzuzeigen, ohne zu einer autoritativen Streitentscheidung berufen zu sein.²⁸⁶

Die rechtssoziologische Literatur differenziert im Hinblick auf die Vermittlung nochmals zwischen der so genannten Verhandlungshilfe und der Versöhnungshilfe.²⁸⁷ Steht die Verhandlungshilfe im Vordergrund, soll es sich um die Regelung eines Sachproblems handeln.²⁸⁸ Auch hier geht es - wie bei der dyadischen Verhandlung²⁸⁹ - um die gemeinsamen Interessen der Parteien an einer Lösung des Konfliktes. Allerdings ist der Einfluss von Normen auf die Klärung des Streitobjektes und die Freistellung von Anspruch, Schuld und Haftung durch die Intervention des Vermittlers größer als in dyadisch strukturierten Verhandlungen. Die Aufgabe des Vermittlers liegt darin, dem Konflikt den Charakter eines Nullsummenspiels²⁹⁰ zu nehmen. Er muss also den Parteien verdeutlichen, dass durch eine Einigung beide gewinnen oder jedenfalls größere Verluste vermeiden könnten.²⁹¹ Dazu gehört, dass die Parteien unter seiner Anleitung neue Kriterien entdecken, die in ihren Augen einen Kooperations-

²⁸² Raiser, S. 287.

²⁸³ Goebel, S. 255.

²⁸⁴ Goebel, S. 255 f.

²⁸⁵ Röhl, S. 475, der von einer einverständlichen „Regelung“ des Streits spricht. Glasl, S. 381 nennt vier mögliche Ziele einer Vermittlung: 1. Kommunikationsbarrieren für eine effektive Beendigung und Regelung des Konfliktes sind reduziert oder beseitigt, so dass eine konstruktive Regelung fortgesetzt werden kann.; 2. Die Parteien erkennen gemeinsame „Un-Werte“ und koordinieren ihre Aktionen soweit, dass sie diese Unwerte vermeiden; 3. Die Parteien lernen eine wirkungsvolle Verhandlungstechnik, mit der sie zeitliche Engpässe überwinden können; 4. Die Parteien einigen sich auf die Kontrolle der regulierbaren Faktoren, als Basis für gegenseitige Duldung und Koexistenz.

²⁸⁶ Vgl. auch Goebel, S. 256.

²⁸⁷ Eine Differenzierung zwischen Verhandlungs- und Versöhnungshilfe erscheint jedoch im Hinblick auf kommunikationstheoretische Erkenntnisse zweifelhaft. Danach enthält jede Mitteilung sowohl einen Inhalts- als auch einen Beziehungsaspekt (vgl. dazu Watzlawick, Beavin, Jackson, S. 53 ff. und S. 79 ff.). Sowohl Inhalts- als auch Beziehungskonflikte beruhen also auf Kommunikationen, die regelmäßig auch den jeweils anderen Aspekt enthalten können.

²⁸⁸ Goebel, S. 255; Röhl, S. 475 ff.

²⁸⁹ Vgl. dazu oben B. II. 1. Einseitige und zweiseitige (dyadische) Konfliktbehandlungsmodelle, S. 55 f.

²⁹⁰ Vgl. dazu oben 2. Teil B. II. 2. Zweiseitige (dyadische) Konfliktbehandlung, S. 56 ff.

²⁹¹ Röhl, S. 475; vgl. auch Goebel, S. 256 f.

gewinn bedeuten.²⁹² Obwohl der Vermittler die objektiven Merkmale der Situation also nicht ändern kann, kann er so doch die Wahrnehmungen der Parteien herausarbeiten und in neue Zusammenhänge stellen.²⁹³

Wird Vermittlung als Versöhnungshilfe geleistet, soll die Hilfestellung bei der Bewältigung eines Beziehungsproblems im Vordergrund stehen.²⁹⁴ In diesen Fällen hat der Vermittler weniger technische Verhandlungshilfe als vielmehr therapeutische Leistung zu erbringen, wobei es entscheidend ist, die Kommunikation der Beteiligten wieder in Gang zu setzen.²⁹⁵

Bei familialen Trennungskonflikten wird Vermittlung häufig eingesetzt. Sowohl private Vermittler wie zum Beispiel Verwandte oder Freunde als auch die professionell mit familialen Trennungskonflikten befassten Personen setzen zumindest Elemente dieser Methode ein, um einverständliche Regelungen insbesondere im Hinblick auf gemeinsame Kinder zu erzielen. Populär wurde die Vermittlung Anfang der achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts unter dem Begriff „Mediation“.²⁹⁶

c. Schlichten

Unter Schlichtung werden alle Übergangsformen zwischen der Vermittlung und dem autoritativen Richterspruch verstanden.²⁹⁷ Im Unterschied zur Vermittlung, bei der es um konsensuelle, parteiautonome Lösungen geht, die allein an den Interessen und Zukunftsbedürfnissen der Parteien ausgerichtet sind, sind der Schlichtung formale normative Strukturen der Streitregelung immanent.²⁹⁸ Daher besitzen Verfahren, die zwar eine gütliche Einigung zum Ziel haben, aber in irgendeiner Weise formalisiert sind, in der Regel schon ein Schlichtungselement.²⁹⁹

Auch sind bei einer Konfliktbehandlung mittels Schlichtung die Parteien - beispielsweise im Hinblick auf die Teilnahme an der Schlichtung - eingeschränkt,³⁰⁰ während bei der Vermittlung sowohl die

²⁹² Röhl, S. 475.

²⁹³ Röhl, S. 475 spricht hier von einer Einwirkung des Vermittlers auf die Wahrnehmungen der Parteien. Ungeachtet der Frage, inwieweit eine Person auf Wahrnehmungen anderer einwirken kann, würde auch diese Vorgehensweise voraussetzen, dass die jeweiligen Wahrnehmungen den Parteien bewusst sind bzw. mithilfe des Dritten herausgearbeitet werden.

²⁹⁴ Goebel, S. 258; Röhl, S. 477.

²⁹⁵ Goebel, S. 258; Röhl, S. 477, die als Methode gesprächstherapeutische Ansätze der Psychotherapie insbesondere in der Gestalt der klientenzentrierten Gesprächstherapie nach Carl Rogers anführen.

²⁹⁶ Vgl. zur Mediation als Methode zur Behandlung familialer Konflikte 3. Teil: Mediation als Konfliktbehandlungsmethode bei familialen Konflikten, S. 65 ff.

²⁹⁷ Goebel, S. 259; Raiser, 288; Röhl, S. 478 f. mit Beispielen zur Schlichtung.

²⁹⁸ Goebel, S. 259.

²⁹⁹ Röhl, S. 478.

³⁰⁰ Röhl, S. 478.

Teilnahme am Verfahren als auch die Annahme eines Ergebnisses freiwillig sind.³⁰¹ Im Rahmen von familialen Trennungskonflikten findet Schlichtung als Konfliktbehandlungsmethode keine Anwendung.

d. Richten

Richten bedeutet autoritative Konfliktentscheidung durch Dritte.³⁰² Diese Konfliktbehandlungsmethode hat also nicht mehr den Ausgleich konfligierender Interessen zum Gegenstand. Vielmehr geht es um die Bewältigung eines Wertkonfliktes, der nach Maßgabe von Normen durch einen unabhängigen Dritten autoritativ entschieden wird.³⁰³ Zwar ist der Richter im zivilrechtlichen Verfahren gemäß § 278 Abs. 1 ZPO verpflichtet, auf eine gütliche Einigung der Parteien hinzuwirken.³⁰⁴ Scheitert eine einvernehmliche Lösung der Parteien, ist der Richter aber gefordert, eine Entscheidung des Rechtstreites zu treffen, für die er sich auch während seiner Bemühungen um eine gütliche Beilegung des Konfliktes „entscheidungsfähig“ halten muss.³⁰⁵ Eine Konfliktbehandlung mittels richterlicher Entscheidung entfaltet insofern immer eine „systemische Sogwirkung“.³⁰⁶ Das System, welches sich im Zuge der Konfliktbehandlung durch Richterspruch bildet, ist also letztlich immer auf eine autoritative Entscheidung des Konfliktes durch einen Dritten ausgelegt.³⁰⁷

Damit ein Dritter einen Konflikt als Richter entscheiden kann, muss der ursprüngliche Streit erst in einen Wertkonflikt transformiert und damit verrechtlicht werden.³⁰⁸ Die Entscheidungsfindung selbst erfolgt nach - in der jeweiligen Prozessordnung - vorgegebenen Verfahren, so dass zunächst die aufgrund der gesetzlichen Vorgaben maßgeblichen Argumente der jeweiligen Seite vorgetragen werden und sodann eine verbindliche Entscheidung aufgrund von wiederum vorgegebenen Entscheidungsmaßstäben erfolgt.³⁰⁹ Der Urteilsspruch beruht regelmäßig auf einer retrospektiven Bewertung vergange-

³⁰¹ Röhl, S. 478.

³⁰² Bono-Hörler, S. 112; Goebel, S. 260; Ortloff in Breidenbach/Henssler, S. 112; Rabaa, S. 84. Siehe auch Glenewinkel, S. 49 der unter Richten eine „Streitentscheidung durch Dritte“ versteht - ohne den autoritativen Charakter einzubeziehen.

³⁰³ Goebel, S. 260.

³⁰⁴ Vgl. dazu Baumbach/Lauterbach-Hartmann § 278 Rn. 10.

³⁰⁵ Breidenbach/Henssler-Breidenbach, S. 9.

³⁰⁶ So Breidenbach/Henssler-Breidenbach, S. 9.

³⁰⁷ Im Rahmen der zivilrechtlichen Konfliktbehandlung mittels Richten kommen neben der Streitentscheidung durch Urteil (vgl. §§ 313 ff. ZPO) allerdings oftmals auch Elemente der ein- und zweiseitigen idealtypischen Konfliktbehandlungsmodelle zum Tragen. Ein Versäumnisurteil nach § 330 ZPO bzw. § 331 ZPO lässt sich insofern auch als (anfängliches) Leugnen und damit eine Form der einseitigen Konfliktbehandlung qualifizieren. Die einseitige Erledigterklärung des Klägers oder des Beklagten (vgl. § 91 a Abs. 1 ZPO) kann als Nachgeben i. S. einer einseitigen Konfliktbehandlung gewertet werden. Gleiches gilt für die Klagerücknahme nach § 269 ZPO sowie das Anerkenntnis gem. § 307 ZPO, die jeweils auch ein Nachgeben i. S. der einseitigen Konfliktbehandlung darstellen. Schließlich kann der Prozessvergleich nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO als Ergebnis einer Verhandlung der Parteien unter Vermittlung des Richters eingeordnet werden, das auf gegenseitigem Nachgeben beruht.

³⁰⁸ Röhl, S. 481. Vgl. zur Verrechtlichung eines Konfliktes ausführlich unten 4. Teil A.

II. Die „Verrechtlichung“ des Konfliktes S. 115 ff.

³⁰⁹ Ähnlich Glenewinkel, S. 49.

ner, nach ihrer normativen Relevanz gewonnener Fakten.³¹⁰ Da der ursprüngliche Konflikt in einen durch einen Dritten entscheidbaren Konflikt transformiert wird, kann soziale Realität daher zumeist nur noch in engen Grenzen aufgearbeitet werden.³¹¹

Insbesondere Konflikte, die im Zusammenhang mit familialen Trennungen stehen, werden überwiegend mittels einer gerichtlichen Entscheidung behandelt. Dies gilt in jedem Fall für die Scheidung der Ehe, die nach § 1564 Abs. 1 Satz 1 BGB nur durch gerichtliches Urteil auf Antrag eines oder beider Ehegatten erfolgen kann. Oftmals werden auch Folgesachen wie Unterhalt oder sorge- und umgangsrechtliche Streitigkeiten mittels Richterspruch geregelt.

e. Vertretung als dreiseitige Konfliktbehandlung?

Konfliktparteien streiten nicht immer nur persönlich miteinander. Oftmals lassen sich die eigentlichen Konfliktparteien im Streit auch durch Dritte vertreten. Dritte übernehmen dann die Aufgabe, anstelle eines ursprünglichen Konfliktbeteiligten dessen Positionen und Interessen der anderen Konfliktpartei gegenüber zu vertreten. Der Dritte muss dazu die jeweilige Position des von ihm Vertretenen einnehmen - also an die Stelle der ursprünglichen Konfliktpartei treten.

Im Sorgekonflikt ist eine solche Situation dann gegeben, wenn ein Elternteil einen Dritten - beispielsweise einen Anwalt - beauftragt, den anderen dahin zu bringen, einer Übertragung der Alleinsorge auf ihn zu zustimmen. Auch versuchen Eltern mitunter durch Anwälte, aber ohne Einschaltung des Gerichtes, eine einvernehmliche Sorgeregelung zu erreichen. Diese Situationen sind also dadurch gekennzeichnet, dass mindestens ein Konfliktbeteiligter den direkten Kontakt mit dem anderen Beteiligten zukünftig vermeiden will und daher eine dritte Person mit der Wahrnehmung seiner Interessen, Positionen oder auch Rechte beauftragt.³¹²

Wie die Hinzuziehung von Dritten als Stellvertreter der ursprünglichen Konfliktparteien im Hinblick auf die genannten Konfliktbehandlungsmodelle zu qualifizieren ist, ist offen, da die klassischen Konfliktbehandlungsmodelle diese Fallgestaltungen unbeachtet lassen. Insofern als es sich hierbei jedoch um eine gängige Form der Konfliktbehandlung handelt, ist diese Fallgestaltung als weiteres idealtypisches Konfliktbehandlungsmodell anzusehen. Da im Rahmen einer Konfliktbehandlung mittels Vertretung (mindestens) eine weitere Person als Beteiligte hinzutritt, wird diese Form der Konfliktbehandlung im Hinblick auf die zugrunde gelegte beteiligten-orientierte Klassifizierung als idealtypisches Modell einer dreiseitigen Konfliktbehandlung qualifiziert.

³¹⁰ Goebel, S. 260.

³¹¹ Goebel, S. 260.

³¹² Vgl. zur außergerichtlichen Konflikterledigung durch Anwälte auch Rehbinder Rn. 163.

3. Teil: Mediation als Konfliktbehandlungsmethode bei familialen Konflikten

A. Begriffsbestimmung, Herkunft und Entwicklung der Familienmediation

Mediation als Möglichkeit zur Behandlung von Konflikten hat sich in Deutschland vor circa zwanzig Jahren etabliert und ist inzwischen zu einer anerkannten Alternative zur gerichtlichen Behandlung familialer Konflikte geworden.³¹³ Als gesetzlich anerkannte Methode fand Mediation erstmals ausdrücklich im Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1998 in § 52 a Abs. 1 S. 1 FGG Erwähnung. Nach dieser Vorschrift „vermittelt“ das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils bei Umgangskonflikten zwischen den Eltern. Im Folgenden wird erörtert, was unter Mediation und Familienmediation zu verstehen ist und welche Entwicklung diese Konfliktbehandlungsmethode bis zur ausdrücklichen Erwähnung im Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1998 genommen hat.

I. Definitionen

Der Begriff Mediation stammt ursprünglich aus dem Lateinischen und lässt sich übersetzen mit „Vermittlung“³¹⁴ - ein „Vermittler“ wird in der lateinischen Sprache als „mediator“ bezeichnet.³¹⁵ Das Wort steht zudem in Zusammenhang mit dem Adjektiv „medius“, was soviel bedeutet wie „der Mittlere“, „mitten“ oder auch „in der Mitte befindlich“, „neutral“, „unparteiisch“, „vermittelnd“.³¹⁶ Der deutsche Begriff „Vermittlung“ beinhaltet das vom Substantiv „Mitte“ abgeleitete im Mittelhochdeutschen gebräuchliche Verb „mitteln“, was mit „zu etwas verhelfen, schlichten“ umschrieben werden kann. Heute wird das Verb „vermitteln“ in der Bedeutung von „eine Einigung erzielen, zustande bringen, herbeiführen, besorgen“ verwendet.³¹⁷ „Mediation“ als Terminus technicus stellt die Eindeutigkeit des angloamerikanischen Wortes „mediation“ dar und wird im Folgenden definiert.

I. Mediation

Eine einheitliche Definition zur Mediation ist nicht vorhanden. Dies liegt unter anderem daran, dass vielfältige Formen von Mediation in den unterschiedlichsten Bereichen existieren. So wird Mediation

³¹³ Insbesondere verheiratete Paare mit gemeinsamen Kindern nutzen Mediation. Vgl. dazu ausführlich die Ergebnisse einer empirischen Untersuchung im Rahmen einer praxisbegleitenden Evaluationsstudie zu den Prozessen und Ergebnissen von Trennungs- und Scheidungsmediation in Baden-Württemberg bei Weinmann-Lutz, S. 217.

³¹⁴ Gleenewinkel, S. 34. Zu dem Begriff „Mediation“ im romanischen Sprachkreis vgl. Gleenewinkel, S. 34.

³¹⁵ Menge, S. 327.

³¹⁶ Menge, S. 328.

³¹⁷ Duden Herkunftswörterbuch - Etymologie der deutschen Sprache, S. 464.

auch im Wirtschaftsrecht, im Nachbarrecht, im öffentlichen Recht, im Strafrecht als so genannter Täter-Opfer-Ausgleich, im Arbeits- und Sozialrecht sowie im Insolvenzrecht zur Konfliktbehandlung eingesetzt.³¹⁸ Die unterschiedlichen Begriffsbestimmungen sind daher auch in Zusammenhang mit den zugrunde liegenden Konflikten, den jeweiligen Konfliktparteien, der Person des Mediators und dem Kontext des Mediationsverfahrens zu sehen.³¹⁹ Damit einhergehend weisen die existierenden Beschreibungen einen unterschiedlichen Schärfegrad im Hinblick auf einzelne der Mediation innewohnende Elemente auf. Gemeinsam ist allen Definitionen, dass sie Angaben zu den an der Mediation Beteiligten, dem Verfahren selbst sowie dem mit der Mediation verfolgten Ziel beinhalten.³²⁰

In einer weiten Umschreibung lässt sich Mediation als die Einschaltung eines in der Regel neutralen Dritten ohne Entscheidungsbefugnis zur Vermittlung in Zwei- oder Mehrparteienkonflikten verstehen.³²¹ Die Aspekte der Freiwilligkeit und der Eigenverantwortlichkeit der Parteien des Mediationsverfahrens fließen in eine enger gefasste Definition ein, nach der es sich bei der Mediation um ein flexibles Streitbeilegungsverfahren handelt, in dem die Parteien eigenverantwortlich und freiwillig handeln und ein Dritter die Verhandlung zwischen den Parteien unterstützt.³²² Wird die Rolle des Mediators näher charakterisiert, kann unter Mediation die durch die Verhandelnden gemeinsam initiierte Beteiligung eines neutralen Dritten, der keine eigene Entscheidungsgewalt besitzt und versucht, den Verhandelnden auf dem Weg zu einer Einigung auf der Basis ihrer Interessen zu helfen, verstanden werden.³²³

Andere Definitionen erläutern Verfahren und Ziele der Mediation detaillierter. Mediation stellt dann die Verhandlung in einem Konflikt verschiedener Parteien mit dem Ziel einer Einigung dar, deren Besonderheit darin besteht, dass die Parteien freiwillig eine faire und rechtsverbindliche Lösung mit Unterstützung des Mediators auf der Grundlage der vorhandenen rechtlichen, persönlichen und sozialen Gegebenheiten und Interessen selbstverantwortlich erarbeiten.³²⁴ Zum Teil wird noch ergänzt, dass Mediation die Interessen der Beteiligten einschließen, auf Wertschöpfung ausgerichtet sein und auf dem Verständnis von sich selbst, dem anderen und ihrer jeweiligen Sicht der Realität fußen soll.³²⁵

Andere Definitionsansätze stellen die mit der Mediation angestrebten Ziele in den Mittelpunkt und begreifen Mediation als systemischen, zeitlich begrenzten, stufig strukturierten, zukunftsorientierten

³¹⁸ Vgl. zu den einzelnen Einsatzmöglichkeiten für Mediation Glenewinkel, S. 66 ff.

³¹⁹ So Folberg/Milne, S. 7.

³²⁰ Vgl. dazu ausführlich Glenewinkel, S. 37 ff.

³²¹ Breidenbach/Henssler-Breidenbach, S. 1; Koch in Henssler/Koch § 1 Rn. 7. Ähnlich Falk, S. 288: Mediation ist die freiwillige Selbstregulierung von Konflikten unter Mitwirkung allparteilicher Dritter ohne Entscheidungsgewalt.

³²² Duve in Koch/Henssler § 5 Rn. 31.

³²³ Eidenmüller in Koch/Henssler § 2 Rn. 21. Ähnlich auch Gloor S. 16, die zusätzlich auf die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens abhebt.

³²⁴ Koch in Koch/Henssler § 8 Rn. 1 m.w.Nachw. Ähnlich Friedman, S. 14.

³²⁵ So Mähler/Mähler in Breidenbach/Henssler, S. 15.

Prozess mit dem Ziel, Kommunikation und Kooperation zwischen den Konfliktparteien herzustellen, vorhandene Ressourcen zu fördern, die Ausbildung von Alternativen und Optionen zu maximieren und eine Vereinbarung zwischen den Parteien auf der Grundlage ihrer subjektiven Interessenlagen zu erreichen, die von beiden Seiten als fair akzeptiert wird und Modelle für zukünftige Konfliktregelungen bereitstellt.³²⁶

Eine Definition, die die grundlegenden Elemente der Mediation beinhaltet, kann danach wie folgt lauten: Mediation meint die Verhandlung zwischen mindestens zwei Konfliktparteien mit dem Ziel einer Konfliktbehandlung unter Einschaltung eines neutralen Dritten, der keine Entscheidungsgewalt besitzt.

2. Trennungs- und Scheidungsmediation als Teilgebiet der Familienmediation

Eine besondere Form der Mediation stellt die Familienmediation dar. Ziele, Inhalte und Prinzipien der Familienmediation werden in den Richtlinien der Bundesarbeitsgemeinschaft für Mediation (BAFM)³²⁷ genannt. Hier geht es um die Regelung von familialen Konflikten in ehelichen, nichtehelichen und nachehelichen Beziehungen, in denen sachliche Lösungen angestrebt werden. Familienmediation soll in diesen Konflikten dazu beitragen, eine selbstbestimmte und einvernehmliche Regelung psychosozialer und rechtlicher Probleme, insbesondere bei Scheidung und Trennung zu erreichen. Die Autonomie der Beteiligten sowie ihre Dialog-, Kooperations- und Gestaltungsfähigkeit soll gefördert werden. Ziel ist es dabei, eine einvernehmlich bindende Regelung zu erstellen, die bei Bedarf auch formalrechtliche Wirksamkeit erlangen kann.³²⁸ Mediation wird als Prozess begriffen, der sich an den Grundsätzen der Freiwilligkeit, der Neutralität des Mediators, der Eigenverantwortlichkeit, der Informiertheit der Parteien im Hinblick auf entscheidungserhebliche Tatsachen und der Vertraulichkeit orientiert.³²⁹

Der praktisch bedeutsamste Bereich der Familienmediation liegt in der Trennungs- und Scheidungsmediation.³³⁰ Hier geht es um die Gestaltung der mit Trennung und Scheidung zusammenhängenden Folgen, insbesondere im Hinblick auf Elternschaft und andere familiäre Beziehungen, Aufteilung des Familieneinkommens,³³¹ Vermögensauseinandersetzung, Alterssicherung, Hausratsteilung und Klärung

³²⁶ Folberg-Milne, S. 8; Proksch in Krabbe, S. 179.

³²⁷ Zur Geschichte und Gründung der BAFM vgl. Mähler/Mähler in Duss-von-Werdt/Mähler/Mähler, S. 113 ff. sowie unten 3. Teil II. 2. Familienmediation in Deutschland, S. 70 ff.

³²⁸ Vgl. II. Ziele, Inhalte und Prinzipien der Familienmediation laut Richtlinien der BAFM, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

³²⁹ Vgl. Punkt II. Ziele, Inhalte und Prinzipien der Familienmediation laut Richtlinien der BAFM, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

³³⁰ Vgl. zur begrifflichen Abgrenzung von Familienmediation und Trennungs- und Scheidungsmediation auch Glenewinkel, S. 125 ff.

³³¹ Vgl. dazu auch Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 91 ff. „Regelungen zum Unterhalt“.

der Wohnsituation.³³² In der Literatur wird Trennungs- und Scheidungsmediation als freiwilliger, außergerichtlicher Weg der Konfliktbearbeitung beschrieben, in dem die Betroffenen von einem Mediator darin unterstützt werden, eine selbstverantwortliche, faire, rechtsverbindliche Vereinbarung über die Folgen von Trennung und Scheidung zu entwickeln, indem ihre Dialog-, Kooperations- und Gestaltungsfähigkeit gefördert wird und die Akzeptanz unterschiedlicher Sichtweisen und Interessen für den Prozess grundlegend ist.³³³ Ziel ist es, die offen liegenden Streitpunkte bei einer Scheidung oder Trennung zu lösen sowie die zugrunde liegenden Konflikte sichtbar und verständlich werden zu lassen.³³⁴

Die Trennungs- und Scheidungsmediation beinhaltet demnach die Grundelemente eines Mediationsverfahrens und erfährt ihre spezifische Ausgestaltung durch die im familialen Trennungsgeschehen typische Konfliktgestaltung.

II. Entwicklungslinien der Familienmediation

Mediation hat in den unterschiedlichen Kulturen eine lange Tradition. Sowohl im fernöstlichen, im südamerikanischen und afrikanischen wie auch im christlich-abendländischen Kulturkreis finden sich Hinweise auf die Anwendung von Vermittlung bei Streitigkeiten.³³⁵ Insbesondere in der chinesischen Tradition gibt es ein über tausend Jahre altes Mediationssystem, was der konfuzianischen Sicht entspricht, dass befriedigende Konfliktlösung vor allem durch Einsicht beziehungsweise Vereinbarung zu erreichen ist.³³⁶ Im christlich-abendländischen Kulturkreis finden sich im Neuen Testamen Hinweise auf eine Konfliktregelung durch Laien.³³⁷ Auch im Mittelalter wurde der Gedanke einer versöhnlichen Streitbeilegung weiter verfolgt. Es existierte ein so genannter „loveday“ - „a day appointed for the amicable settlement of differences“ - also ein seitens des Gerichtes gewährter Aufschub der Verfah-

³³² Vgl. dazu auch Richtlinien der BAFM für Familien-Mediation unter Punkt II. 2. Inhalte, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

³³³ Mähler/Mähler in Duss-von-Werdt/Mähler/Mähler, S. 12.

³³⁴ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 110, die insofern von inneren und äußeren Zielen der Mediation sprechen, da mit der Regelung der Scheidungsfolgen zugleich innere, psychodynamische Bereiche berührt werden, die die Familie, das Paar oder den Einzelnen betreffen.

³³⁵ Vgl. zur Vermittlung in den unterschiedlichen Kulturkreisen Gloor, S. 30 ff.; Proksch in Krabbe, S. 173 f. m.w.Nachw.

³³⁶ Ausführlich Gloor, S. 31 f.: In China vermitteln Mediatoren jährlich sieben bis acht Millionen Konflikte, die zu neunzig Prozent erfolgreich gelöst werden. In Japan waren beispielsweise Führer einer Dorfgemeinschaft gehalten, den Bewohnern bei der Lösung ihrer Konflikte zu helfen. Glenewinkel, S. 54. Vgl. zur alternativen Streitschlichtung in Japan Schütze, ZVglRWiss 97 (1998), S. 117 (118 ff.).

³³⁷ In Matthäus 5, 9 heißt es beispielsweise: „Selig sind, die Frieden stiften.“ Im 1. Korintherbrief 6, 5 fragt Paulus die Gemeindemitglieder, ob nicht ein Weiser unter ihnen sei, der zwischen Bruder und Bruder richten könne. Vgl. dazu auch eine Neuübersetzung zu 1. Korinther 6, 5, die lautet: „Gibt es denn in der ganzen Gemeinde nicht einen, der Streit zwischen euch schlichten kann?“

rens, um in dieser Zeit die Chance zu haben, den Streit außerhalb des Gerichtes beizulegen.³³⁸ In Europa hat insbesondere die Schweiz ein stark historisch bestimmtes Verhältnis zur Mediation. Seit 1291 wird hier versucht, Konflikte friedlich zu lösen, um die verschiedenen Teile der Konföderation zusammenzuhalten.³³⁹ Aus der Zeit zwischen dem 13. und 16. Jahrhundert sind etwa 1500 solcher Konfliktlösungen bekannt, wobei allerdings hauptsächlich die Methode des Schiedsspruches angewandt wurde.³⁴⁰

1. Family mediation in den USA

Mediation als Konfliktbehandlungsmethode bei familialen Konflikten wurde maßgeblich in den USA entwickelt.³⁴¹ Schon im Jahr 1939 wurden in Kalifornien an das Scheidungsgericht angeschlossene so genannte „Conciliation services“ eingerichtet. Allerdings stand dabei noch der Gedanke einer Eheberatung mit dem Ziel einer möglichen Versöhnung im Vordergrund.³⁴² Familienmediation hat sich dort als Reaktion auf die überfüllten Gerichte zu Beginn der siebziger Jahre aufgrund der Initiative und Forderungen von Richtern entwickelt.³⁴³ Zu diesem Zeitpunkt war das Schulscheidungsrecht abgeschafft, das Zerrüttungsprinzip eingeführt und die Entscheidung über die Folgesachen von den Voraussetzungen des Scheidungsverfahrens bereits abgekoppelt worden.³⁴⁴ 1973 begannen dann verschiedene Countys in Kalifornien, Wisconsin und Minnesota, im gerichtshöfentlichen Bereich hochstrittige Sorgerechts- und Besuchsrechtssachen an „Conciliation Courts“ abzugeben, die dann Mediationsverfahren durchführten.³⁴⁵ Aufgrund des Erfolges dieser Institutionen, die bis zu fünfundachtzig Prozent der Fälle zu einer Einigung bringen konnten, wurde in Kalifornien ab 1976 eine generelle Übertragung aller streitigen Kindschaftssachen an „Conciliation Courts“ vorgenommen.³⁴⁶ Daneben boten seit Anfang der siebziger Jahre auch Rechtsanwälte so genannte „non-adversial legal services“ an. Hier wurde in Treffen mit beiden Ehepartnern versucht, Streitigkeiten um das Sorgerecht oder das Eigentum vermittelnd zu regeln.³⁴⁷ Seit 1981 ist nunmehr in Kalifornien laut der „Senate Bill 961“ vom 27. März 1980 gesetzlich vorgeschrieben, dass vor Beginn beziehungsweise Fortsetzung eines gerichtlichen

³³⁸ Breidenbach, S. 7 ff. m.w.Nachw.

³³⁹ Gloor, S. 34.

³⁴⁰ Gloor, S. 34.

³⁴¹ Zur Entwicklung von Mediation als Teil der so genannten „Alternative dispute resolution“ - Verfahren (ADR-Verfahren) vgl. ausführlich Hehn in Haft/Schlieffen, § 6 Rdnr. 33 ff.; Gottwald in Henssler/Koch, § 6 Rdnr. 1 ff.

³⁴² Breidenbach, S. 270.

³⁴³ Gloor, S. 18. Mediation stellt in den USA eine der drei Säulen der so genannten „Alternative Dispute Resolution“ (ADR) dar - ein Sammelbegriff für unterschiedlichste Forschungsprogramme, die in den USA seit den siebziger Jahren als Ergänzung zu den traditionellen Entscheidungsverfahren entwickelt und praktiziert werden. Vgl. dazu ausführlich Glenewinkel, S. 56 ff.

³⁴⁴ Mähler/Mähler in Breidenbach/Henssler, S. 121. Vgl. ausführlicher Maccoby/Mnookin, S. 1 ff.

³⁴⁵ Gloor, S. 19.

³⁴⁶ Breidenbach, S. 217; Gloor, S. 19. Proksch in Krabbe, S. 175 spricht insofern einschränkend von einer Erfolgsrate von fünfundfünfzig bis fünfundachtzig Prozent.

³⁴⁷ Breidenbach, S. 271.

Verfahrens Mediation in allen Auseinandersetzungen um das Besuchs- und Sorgerecht stattzufinden hat.³⁴⁸ Inzwischen haben über die Hälfte der amerikanischen Staaten gesetzliche Regelungen geschaffen, welche Mediation entweder verbindlich vor dem gerichtlichen Verfahren vorsehen oder aber in das Ermessen des Gerichtes stellen.³⁴⁹

Familienmediation verbreitete sich aus den USA kommend Anfang der siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts und wird seit dieser Zeit auch in Europa praktiziert.³⁵⁰ Auf europäischer Ebene wurde am 21. Januar 1998 vom Council of Europe die Recommendation No. (98) 1 verabschiedet, in der internationale Standards für Mediation und andere alternative Verfahren zur Lösung von Familienkonflikten festgelegt sind. In Kanada bieten seit Anfang der achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts Sozialwissenschaftler und Juristen Mediation im Bereich von Trennung und Scheidung an.³⁵¹

2. Familienmediation in Deutschland

In Deutschland³⁵² erweiterten sich die Behandlungsmöglichkeiten von trennungs- und scheidungsbedingten Konflikten mit der Reform des Eherechts im Jahr 1977,³⁵³ durch die das Verschuldensprinzip und das damit verbundene Suchen nach so genannten Eheverfehlungen durch das Zerrüttungsprinzip abgelöst wurde. Mit der Aufweichung der für eine Scheidung erforderlichen Voraussetzungen ging die Abschaffung des so genannten Sühneversuchs einher. Nach dieser seit 1898 existierenden Regelung war vor einer Ehescheidung ein Sühneversuch vor dem Vorsitzenden des zuständigen Gerichtes zu absolvieren. Die zuletzt einschlägigen §§ 608 - 610 ZPO a. F. legten dazu fest, dass derjenige, der eine Scheidungsklage oder eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens beabsichtigte, bei dem für die Klage zuständigen Gericht unter Angabe der Klagegründe zunächst einen Sühneversuch zu beantragen hatte.³⁵⁴ Zu diesem Termin war das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen und er fand vor

³⁴⁸ Breidenbach, S. 271; Proksch, S. 175. Vgl. ausführlich zur Regelung des gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung in Kalifornien Pätzhorn, S. 11 ff.

³⁴⁹ Breidenbach, S. 271.

³⁵⁰ Vgl. zu den einzelnen Staaten Bono-Hörler, S. 23 f.; Gloor, S. 33 ff.

³⁵¹ Bono-Hörler, S. 20 m.w.Nachw.

³⁵² Der Gedanke einer Konfliktvermittlung hat in Deutschland insbesondere im Arbeitsrecht Tradition. Hier gibt es seit 1890 Regelungen, die die friedliche Beilegung von Konflikten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern fördern sollen. Auch im gegenwärtigen Arbeitsrecht kommt die Idee einer Vermittlung im Konfliktfall in den Vorschriften §§ 54 und 111 ArbGG;

§ 76 V, VI und VIII BetrVG zum Ausdruck. Vgl. dazu ausführlich Budde in Henssler/Koch § 15 Rn. 47 ff; Stevens-Bartol in Breidenbach/Henssler, S. 141 ff.

Auch im Rahmen von erbschaftsrechtlichen Auseinandersetzungen hat das Nachlassgericht nach § 86 Abs. 1 FGG auf Antrag zwischen den Beteiligten zu „vermitteln, sofern nicht ein zur Bewirkung der Auseinandersetzung berechtigter Testamentsvollstrecker vorhanden ist.“

³⁵³ 1. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.06.1976, BGBl. I, 1049.

³⁵⁴ Koch in Henssler/Koch § 1 Rn. 16; Prütting in Breidenbach/Henssler, S. 64. Vgl. dazu ausführlich Bergerfurth, FamRZ 2001, S. 12.

dem Vorsitzenden, dem Einzelrichter oder dem beauftragten Richter statt. In Ausnahmefällen konnte der Sühneversuch erlassen werden.³⁵⁵

Das Modell der Vermittlung bei familialen Streitigkeiten war auch dem alten Familienrecht nicht vollkommen unbekannt. So hatte das Jugendamt nach § 1711 Abs. IV BGB a. F. die Aufgabe, bei Schwierigkeiten hinsichtlich des persönlichen Umgangs eines Vaters mit seinem nichtehelichen Kind zwischen dem Vater und dem Sorgeberechtigten - regelmäßig der Mutter - zu „vermitteln“. Diese durch das NEhelG³⁵⁶ eingeführte Vorschrift sollte einerseits eine Möglichkeit für die Mutter schaffen, unmittelbaren Verhandlungen mit dem Vater zu entgehen, andererseits diene sie aber auch zur Herstellung von Kontakten zwischen Vater und Kind, ohne eine gerichtliche Entscheidung einholen zu müssen.³⁵⁷

Mediation wurde 1982 erstmalig unter dem Arbeitstitel „Modelle alternativer Konfliktregelungen in der Familienkrise“ in Deutschland zum Thema einer Tagung der Evangelischen Akademie in Bad Boll. Ausgangspunkt dieser Tagung war die Feststellung, dass familiäre Konflikte nur selten eine wirklich hilfreiche Lösung finden, wenn sie vor Gericht ausgetragen werden. Insoweit ging es auf dieser Tagung um die Frage, ob die Familie als besonders sensibles soziales System eine spezifische, sozialadäquate Form des Umgangs mit den auftretenden Konflikten verlangt.³⁵⁸ In der Folgezeit ging dieser Gedanke in der ursprünglichen Form und Zielsetzung jedoch wieder verloren.³⁵⁹ Erst 1988 wurde die Vermittlung als Konfliktbehandlungsmethode auf dem „3. Kleinen Arnoldshainer Familiengerichtstag“ erneut aufgegriffen.³⁶⁰

Im Jahr 1989 veranstalteten amerikanische Mediationstrainer dann erstmals Seminare zur Trennungs- und Scheidungsmediation, die dazu beitrugen, dass die Teilnehmer die Lehrinhalte in ihren jeweiligen Tätigkeitsbereichen wie Beratungsstellen, psychologischen Praxen und Jugendämtern umsetzten und Mediation so an Bekanntheit gewann.³⁶¹ Dem zunehmenden Wunsch folgend, familiäre Konflikte bei

³⁵⁵ Der Gedanke eines vorgerichtlichen Güteverfahrens war zeitweise auch in der Zivilprozessordnung verankert. So enthielt die ZPO zwischen 1924 und 1950 mit § 495 a eine Regelung, wonach jedem Zivilverfahren vor dem Amtsgericht zwingend ein Güteverfahren vorauszugehen hatte. Diese Vorschrift zur obligatorischen Festlegung eines vorgerichtlichen Schlichtungsversuches wurde wegen Erfolglosigkeit vom Gesetzgeber jedoch wieder abgeschafft. Vgl. dazu Breidenbach, S. 9; Prütting in Breidenbach/Henssler, S. 63. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung am 01.01.2000 (BGBl. I, 2400) ermöglicht nunmehr die Öffnungsklausel des § 15 a EGZPO den Landesgesetzgebern die Einführung eines obligatorischen Streitschlichtungsverfahrens in geeigneten Bereichen. Vgl. dazu Hartmann, NJW 1999, S. 3745 ff.

³⁵⁶ Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder (Nichtehelichengesetz) vom 19.08.1969, BGBl. I, 1243.

³⁵⁷ MünchKomm-Hinz § 1711 Rn. 8, 2. Auflage.

³⁵⁸ Vgl. dazu ausführlich Deutsches Familienrechtsforum e. V., S. 9 „Aus der Einladung zur Tagung“.

³⁵⁹ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 109 mit Anmerkung 1 auf S. 258.

³⁶⁰ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 109 mit Anmerkung 1 auf S. 258.

³⁶¹ Glenewinkel, S. 121.

Trennung und Scheidung persönlich und im Interesse aller Beteiligten zu regeln, wurde schließlich 1992 anlässlich einer interdisziplinären Konsultation in der Evangelischen Akademie Bad Boll die Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation gegründet, die 1993 Richtlinien für Familien-mediation verabschiedete.³⁶² Parallel dazu wurde mit den Regelungen der §§ 17, 18 und 28 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes vom 01.01.1991 erstmalig auch gesetzgeberisch das Grundkonzept der Mediation anerkannt.³⁶³ Mit Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes am 01.07.1998 ist Mediation als Konfliktbehandlungsmethode unter dem Begriff „Vermittlung“ nunmehr auch zur Behandlung von trennungsbedingten Sorge- und Umgangskonflikten seitens des Gesetzgebers akzeptiert worden.³⁶⁴

³⁶² Mähler/Mähler in Breidenbach/Henssler, S. 122.

³⁶³ Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts vom 26.06.1990 BGBl. I, 1163. Vgl. dazu ausführlich 4. Teil D. II. Mitarbeiter des Jugendamtes, S. 179 ff.

³⁶⁴ Vgl. dazu im Einzelnen unten 4. Teil C. Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen, S. 134 ff.

B. Wesensmerkmale und inhaltliche Bestimmung der Familienmediation

Wird der Sorgekonflikt unter Zuhilfenahme von Mediation behandelt, führt dies zu einer anderen Konfliktbetrachtung und demzufolge auch zu einer anderen methodischen Vorgehensweise als dies im Rahmen einer Beratung oder einer gerichtlichen Konfliktbehandlung der Fall ist. Als Verfahren unterliegt die Mediation jedoch ebenso wie das gerichtliche Verfahren bestimmten Voraussetzungen und Regeln. Auch werden bestimmte Anforderungen an die Beteiligten gestellt, um ein Mediationsverfahren mit Aussicht auf Erfolg durchführen zu können.

Im Folgenden werden die wesentlichen Abgrenzungen der Mediation zu anderen Konfliktbehandlungsmethoden erörtert sowie die mit ihr verfolgten Ziele beschrieben. Danach sollen die persönlichen Voraussetzungen der Konfliktbeteiligten sowie die professionellen Kompetenzen des Mediators dargelegt werden. Ob und wie die vom elterlichen Sorgekonflikt betroffenen Kinder in die Mediation einbezogen werden können, ist sodann zu klären. Schließlich wird ein cursorischer Überblick über den Ablauf eines Mediationsverfahrens gegeben.

I. Abgrenzungen

Mediation unterscheidet sich - mehr oder weniger deutlich - von anderen Methoden der Konfliktbehandlung. Während in der Therapie das Schwergewicht auf einer individuellen Verhaltensänderung oder Leidenslinderung liegt, geht es in der Mediation in erster Linie um das gemeinsame Ausarbeiten von Entscheidungen in Bezug auf festgelegte Themen.³⁶⁵ So sollen am Ende einer Trennungs- und Scheidungsmediation konkrete und umsetzbare Ergebnisse beispielsweise im Hinblick auf Unterhaltzahlungen, die Teilung des Hausrates und die Regelung der elterlichen Sorge und des Umgang mit gemeinsamen Kindern vorliegen. Eine Verhaltensänderung der Konfliktparteien steht also nicht im Vordergrund der Mediation. Im Rahmen des Mediationsprozesses werden allerdings viele aus der systemischen Familientherapie bekannte Interventionstechniken angewandt,³⁶⁶ so dass durchaus Verbindungen zur Therapie bestehen. Mithilfe der Mediation kann sich - quasi als „Nebenprodukt“ - eine heilende Wirkung zum Beispiel durch eine sich im Laufe des Mediationsverfahrens abzeichnende Klärung der Paarbeziehung zeigen.³⁶⁷ Mediation kann und soll jedoch keine Therapie ersetzen, vielmehr werden im Rahmen des Mediationsverfahrens therapeutische Elemente eingesetzt, die den

³⁶⁵ Weinmann-Lutz, S. 8 trennt dagegen psychologische und juristische Effekte der Mediation und setzt sich mit der Mediation als „psychologische Intervention“ auseinander.

³⁶⁶ Bono-Hörler, S. 97; Faß-Willms/Symalla mit Beispielen, S. 117 ff.; Schweitzer-Schlippe mit einer Übersicht zu den in der systemischen Familientherapie bekannten Techniken, S. 116 ff. Zur Anwendung von lösungsgeometrischen Interviews und Aufstellungen im Rahmen einer Mediation vgl. Sparrer, S. 357.

³⁶⁷ Bono-Hörler, S. 98.

Umgang mit dem Konflikt bereichern, aber immer auf das Ziel einer Vereinbarung ausgerichtet sind.³⁶⁸ Trotz der genannten Gemeinsamkeiten ist Mediation also nicht mit Therapie gleichzusetzen.³⁶⁹

In Abgrenzung zur Ehe- und Familienberatung,³⁷⁰ die in der Regel Beziehungsklärungen und die Bearbeitung von familialen Konflikten zum Inhalt hat, setzt Familienmediation erst ein, wenn das Paar bereits den Entschluss zur Trennung und Scheidung gefasst hat. Insbesondere die Trennungs- und Scheidungsberatung ist auf die innere Bewältigung der Scheidungskrise und mithin die inneren Ablösprozesse bezogen. Mediation zielt hingegen in erster Linie auf ein sachliches Verhandlungsergebnis.³⁷¹

Mediation lässt sich auch nicht mit dem Verhandeln³⁷² gleichsetzen. Verhandeln setzt zwar auch ein Interesse der beteiligten Konfliktparteien an einer kooperativen Lösung ihres Konfliktes voraus, jedoch fokussieren die Parteien im Rahmen von Verhandlungen in der Regel nur ihr eigenes Interesse.³⁷³ Demgegenüber soll mithilfe der Mediation eine Konfliktlösung unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Interessen aller Konfliktparteien erfolgen.

Von der Schlichtung³⁷⁴ unterscheidet sich die Mediation dadurch, dass die Kontrolle der Parteien über Verfahren oder Ergebnis regelmäßig beschränkt ist.³⁷⁵ In der Mediation hingegen sollen die Parteien eigenständige Entscheidungen entwickeln.

Die eindeutigste Abgrenzung ist schließlich im Hinblick auf das Richten möglich.³⁷⁶ Während im Falle einer Konfliktbehandlung mittels Richten dem Richter die volle Entscheidungsmacht übertragen ist, besitzt der Mediator keinerlei Entscheidungsbefugnis. Zudem ist die richtende Konfliktbehandlung in der Regel auf die Beurteilung eines in der Vergangenheit liegenden Vorgangs bezogen, Mediation zielt hingegen auf eine zukunftsorientierte Behandlung von Konflikten.

Aus den genannten Abgrenzungen wird deutlich, dass Mediation sich von den anderen Konfliktbehandlungsmethoden insofern unterscheidet als sie weder mit der Therapie noch mit der Beratung oder

³⁶⁸ Breidenbach, S. 277.

³⁶⁹ So die ganz herrschende Meinung in der Literatur. Vgl. dazu Bono-Hörler, S. 97; Gloor, S. 28 f.; Proksch in Krabbe, S. 178.

³⁷⁰ Vgl. zur Beratung als Konfliktbehandlungsmodell oben 2. Teil B. II. Idealtypische Konfliktbehandlungsmodelle, S. 55 ff.

³⁷¹ Bono-Hörler, S. 100; vgl. zur Einbeziehung von Gefühlen in den Mediationsprozess Breidenbach, S. 276 f.

³⁷² Vgl. zum Verhandeln als Modell der Konfliktbehandlung oben 2. Teil B. II. Idealtypische Konfliktbehandlungsmodelle, S. 55 ff.

³⁷³ Proksch in Krabbe, S. 178.

³⁷⁴ Vgl. zur Schlichtung als Konfliktbehandlungsmodell oben 2. Teil B. II. Idealtypische Konfliktbehandlungsmodelle, S. 55 ff.

³⁷⁵ Bono-Hörler, S. 100 f.; Glenewinkel, S. 50 f.; Proksch in Krabbe, S. 178.

³⁷⁶ Vgl. zum Richten als Konfliktbehandlungsmodell oben 2. Teil B. II. Idealtypische Konfliktbehandlungsmodelle, S. 55 ff.

dem Verhandeln gleichzusetzen ist. Da in die Mediation jedoch auch therapeutische, beraterische und verhandlungstechnische Elemente einfließen, sind eindeutige Abgrenzungen zu den jeweils anderen Verfahren nicht möglich. Das Mediationsverfahren zeigt sich damit als vielgestaltiges Verfahren, welches seine jeweiligen Konturen erst im konkreten Verfahrensverlauf erhält.

II. Grundlagen und Ziele

1. Akzeptanz von unterschiedlichen Sichtweisen der Konfliktparteien

Konflikte beruhen aus systemischer Sicht auf unterschiedlichen subjektiven Sichtweisen der Konfliktparteien über die dem Konflikt zugrunde liegende Wirklichkeit.³⁷⁷ In der Mediation werden diese unterschiedlichen Konflikt-Wirklichkeiten als subjektive Sichtweisen der Parteien akzeptiert. Hier gilt, dass bei zwei - aufgrund von unterschiedlichen Sichtweisen - sich einander widersprechenden voneinander abhängigen Aussagen beide wahr sein können.³⁷⁸ Im Rahmen einer Konfliktbehandlung mittels Mediation geht es also nicht darum, dass einer den anderen von seiner Sicht überzeugt, sondern dass beide Konfliktparteien darin übereinkommen, die Unterschiede anzuerkennen und ernst zu nehmen.³⁷⁹

Insbesondere im familialen Trennungsgeschehen neigen die Beteiligten oftmals dazu, lediglich ihren eigenen Standpunkt zu sehen. Aufgabe des Mediators ist es dann, ihnen zu vermitteln, dass weder der eine „Recht“ noch die andere „Unrecht“ hat, sondern beide Sichtweisen nebeneinander bestehen können. Für den Sorgekonflikt bedeutet dies, dass sowohl die Konflikt-Wirklichkeit der Mutter, die meint, der Vater kümmere sich zu wenig um gemeinsame Kinder wie auch die Konflikt-Wirklichkeit des Vaters, der meint, die Mutter wolle ihn aus seiner Vaterrolle drängen, in einem ersten Schritt als subjektive Wirklichkeiten vom jeweils anderen Elternteil anerkannt werden (sollten). Gelingt dies, besteht die Möglichkeit, dass sich die Eltern aufgrund dieser gegenseitigen Akzeptanz (wieder) in ihren Rollen als Vater oder Mutter respektieren können, auch wenn sie sich als Paar trennen.

2. Erhaltung der elterlichen Beziehungen zu gemeinsamen Kindern

Trennt sich ein Paar, das gemeinsame Kinder hat, bleibt das Paar auch nach seiner Trennung ein Leben lang Eltern der Kinder und über diese miteinander verbunden. Über die Kinder werden die Eltern weiter in Kontakt bleiben müssen, was zumindest solange gilt, wie ein Elternteil Umgang mit dem beim anderen Elternteil lebenden Kind hat oder Unterhaltsleistungen für gemeinsame Kinder zu erbringen sind. In der Regel werden aber oftmals auch noch nach Volljährigkeit der Kinder Kontakte zwischen den Eltern notwendig wie zum Beispiel bei Geburtstagen oder der Hochzeit des Kindes

³⁷⁷ Vgl. dazu ausführlich oben 2. Teil A.

II. Systemischer Ansatz zur Erklärung von (familialen) Konflikten, S. 40 ff.

³⁷⁸ Falk in Falk/Heintel/Pelikan, S. 291.

³⁷⁹ Vgl. auch Glenewinkel, S. 136 f.

oder in ihren Rollen als Großeltern. Die familiäre Trennung markiert also das „offizielle“ Ende der Paarbeziehung. Im Hinblick auf die Rolle als Eltern gemeinsamer Kinder stellt sie allerdings nur einen Übergang in ein neues Stadium dar. Gelingt dem Paar ein Abschied und damit die Trennung als Paar, treten in der Regel weitaus weniger heftige Konflikte auf, wenn es darum geht, Regelungen bezüglich der Kinder zu treffen. Oftmals tragen Eltern jedoch noch bestehende Paarkonflikte im Rahmen ihrer Elternrolle aus, so dass sich die Konfliktebenen vermischen. In der Mediation sollen diese unterschiedlichen Konfliktebenen entwirrt und so die Fähigkeit der Eltern, im Interesse ihrer Kinder miteinander zu kooperieren, gestärkt werden. Voraussetzung dafür ist die Einsicht beider Eltern, ein Recht des Kindes auch auf den jeweils anderen Elternteil anzuerkennen, indem beide sich für die weitere Entwicklung des Kindes verantwortlich fühlen und entsprechend verhalten.³⁸⁰

Wenn es also darum geht, eine Elternvereinbarung bezüglich der Kinder zu treffen, werden regelmäßig auch die Paar-Konflikte anzusprechen sein, um dem Paar eben jene unterschiedlichen Konfliktebenen zu verdeutlichen. Dies liegt auch im Interesse der Kinder, da diese erfahrungsgemäß mit den Regelungen, die die Eltern treffen, genauso schlecht oder gut zurecht kommen, wie die Eltern selbst.³⁸¹

Da Kinder in der Regel (noch) über eine differenzierte Wahrnehmung verfügen, entgeht es ihnen meist nicht, wenn Mutter oder Vater mit einer bestimmten Vereinbarung, die sie betrifft, unzufrieden sind. Sie geraten dann in das Dilemma, einerseits den Kontakt mit beiden Elternteilen zu suchen und andererseits denjenigen, der unter diesem Kontakt leidet, vor Leid zu bewahren. Häufig unternehmen sie dann - wie im gesamten familialen Trennungsgeschehen überhaupt - Anstrengungen, um ihren Eltern diese Sorgen abzunehmen.³⁸² Familienmediation hat damit auch zum Ziel, den Kindern positive Bindungen zu beiden Elternteilen zu erhalten.

3. Interessengerechte und zukunftsorientierte Konfliktbehandlung

Ein weiteres Ziel der Familienmediation liegt in der Suche nach einer interessengerechten und zukunftsorientierten Behandlung des Sorgekonfliktes. In der Mediation wird der Begriff „Interessengerechtigkeit“ im Sinne einer möglichst weitgehenden Verwirklichung der Interessen aller Beteiligten verstanden,³⁸³ um so statt eines Nullsummenspieles als Verhandlungsergebnis eine Win-Win-Situation zu erreichen.³⁸⁴ Ausgangspunkt ist dabei die Erkenntnis, dass tragfähige Lösungen in familialen Konflikten nur zu erzielen sind, wenn die Interessen der beteiligten Familienmitglieder und nicht deren Positionen in Einklang gebracht werden. Interessen in diesem Sinne bezeichnen die - in der Regel nicht offen dargelegten - Beweggründe wie bestimmte Nöte, Wünsche, Sorgen oder Ängste, die hinter den

³⁸⁰ Glenewinkel, S. 138 m.w.Nachw.

³⁸¹ Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 116.

³⁸² Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 116.

³⁸³ Eidenmüller in Henssler/Koch § 2 Rn. 34.

³⁸⁴ Vgl. zum verhandlungstheoretischen Hintergrund von Nullsummenspiel und Win-Win-Situation oben 2. Teil B. II. 2. Zweiseitige Konfliktbehandlung, S. 56 ff.

gegensätzlichen Positionen der Konfliktparteien liegen.³⁸⁵ Wird zur Konfliktbehandlung die Frage nach den hinter den Positionen liegenden Interessen gestellt, ergibt sich zudem oftmals, dass zwischen den Konfliktparteien mehr gemeinsame als einander widersprechende Interessen bestehen. Der Blick auf die hinter den Positionen liegenden Interessen soll es ermöglichen, dass die Konfliktparteien Einsicht in die Interessen des anderen erhalten und sich so neue Sichtweisen des Konfliktes und seiner Lösung eröffnen können.

Problematisch ist jedoch, dass eine an den Interessen der Parteien orientierte Konfliktbehandlung von einer oder beiden Parteien durch Manipulationen im Sinne von „Schein-Zugeständnissen“ missbraucht werden kann. Damit sind Situationen gemeint, in der ein Verhandlungspartner im Hinblick auf einen Verhandlungsgegenstand etwas aufgibt, was ihm scheinbar wichtig ist, um sich dadurch Vorteile bezüglich eines anderen Verhandlungsgegenstandes zu erkaufen. Tatsächlich jedoch ist das Zugeständnis im Hinblick auf den ersten Verhandlungsgegenstand nur vorgetäuscht, so dass es sich bei dem Zugeständnis nicht um ein „echtes“ Zugeständnis handelt.³⁸⁶ Hier ist es die Aufgabe des Mediators, derartige Situationen zu erkennen und aufzudecken.

Auch wenn die einschlägige Literatur eine weitere Differenzierung des Begriffes „Interessen“ nicht vornimmt, erscheint diese dennoch angebracht. Unterschieden werden kann zwischen Interessen, die im Hinblick auf die jeweilige Sache bestehen und solchen, die die Beziehung der Konfliktparteien zueinander betreffen. Diese Differenzierung richtet sich an den oben genannten Ebenen der zwischenmenschlichen Kommunikation - der Inhalts- und der Beziehungsebene - aus.³⁸⁷ Ziel der vorgeschlagenen Untergliederung ist es, sowohl den Konflikt als auch den Konfliktbehandlungsprozess für die Parteien durch sinnvolle Strukturierungen offen zu legen.

Auf den Sorgekonflikt angewandt, kann sich die Fokussierung auf die Interessen etwa folgendermaßen zeigen: Die im Verlaufe einer Trennung eingenommenen Positionen eines Elternpaares sind häufig dergestalt, dass sowohl Mutter wie auch Vater die Alleinsorge für gemeinsame Kinder beanspruchen. Wird nun nach den Interessen gefragt, kann sich ergeben, dass hinter der Position „Ich will die Alleinsorge über das Kind“ bei beiden Elternteilen beispielsweise die Angst steht, der andere Elternteil könne sonst die Kinder an sich ziehen oder man selbst könne zum Besuchs- oder Zahlvater degradiert werden oder als „schlechter“ Elternteil gelten oder auch in der eigenen Herkunftsfamilie als „Verlierer“ angesehen werden. Diese Interessen stellen im Sinne der oben vorgenommenen Unterscheidung Beziehungsinteressen dar. Die gleiche Position kann aber auch vor dem Hintergrund erhoben werden, dass mit der Übertragung des Sorgerechts ein Anspruch auf - aus der Sicht des die Übertragung be-

³⁸⁵ Vgl. dazu auch oben 2. Teil B. 2. Zweiseitige Konfliktbehandlung, S. 56 ff.

³⁸⁶ Eidenmüller in Breidenbach/Henssler, S. 48.

³⁸⁷ Vgl. zu den Begriffen Sach- und Beziehungsebene oben Fn. 212.

gehenden Elternteils - notwendigen Unterhalt verbunden wird. Dieses Motiv lässt sich im Sinne der oben genannten Unterscheidung als ein Inhalts-Interesse qualifizieren.

Insbesondere im Sorgekonflikt müssen Konfliktlösungen zudem von allen Beteiligten als zufrieden stellend, alltagstauglich und zukunftsgestaltend akzeptiert werden. Daher ist nicht die Bewertung vergangener Geschehnisse Inhalt der Mediation, sondern die Gestaltung von Gegenwart und Zukunft der Familienmitglieder. Ausgehend von dem Ansatz einer interessen geleiteten Konfliktbehandlung steht deshalb die Frage, mit welchem Ziel die Konfliktparteien ihre jeweilige Position einnehmen, im Mittelpunkt. So erscheint es möglich, den Parteien den Blick sowohl auf ihre eigenen Bedürfnisse, Hoffnungen, Ängste und Wünsche als auch auf die der anderen Partei im Hinblick auf mögliche Konfliktlösungen zu öffnen.³⁸⁸

Kritisch anzumerken ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass auch das zukunftsorientierte Verhandeln über Interessen zur Behandlung von trennungsbedingten Konflikten zu kurz greifen kann. Beruhen familiale Trennungskonflikte auf bestimmten, in den jeweiligen Herkunftsfamilien wurzelnden Interaktions- und Konfliktbehandlungsstrukturen,³⁸⁹ setzt eine zukunftsorientierte Konfliktbehandlung auch das Erkennen eben jener Strukturen voraus. Denn nur wenn den Konfliktparteien ihr eigenes Agieren im Konflikt und damit auch ihr eigener Anteil am aktuellen Konfliktgeschehen deutlich wird, besteht die Möglichkeit, zukünftig bewusster mit auftretenden Konflikten umzugehen.

Ist es das erklärte Ziel des Mediationsverfahrens, zukunftsorientierte und interessen geleitete Konfliktlösungen zu entwickeln, kann dies darüber hinaus den Blick auf tieferliegende familiendynamische Zusammenhänge, die jenseits der „vordergründigen“ Parteiinteressen liegen, versperren. Der aktuelle Trennungskonflikt ist regelmäßig in einen größeren familialen Kontext der jeweiligen Herkunftsfamilien des Paares eingebettet. Insbesondere in der Familienmediation erscheint es insofern wichtig, unter Umständen auch etwaige familiensystemisch begründete Loyalitäten und Verstrickungen der Eltern und Kinder in ihrer jeweiligen Herkunftsfamilie zu thematisieren, um tragfähige Lösungen für die Zukunft zu erreichen.³⁹⁰

4. Förderung der Selbstverantwortung der Konfliktparteien

Geht es in der Mediation um interessengerechte Konfliktbehandlung, ist erforderlich, dass die Parteien den Konfliktbehandlungsprozess selbst gestalten und Ergebnisse persönlich aushandeln. Dies ergibt sich daraus, dass die Konfliktbeteiligten selbst das im Hinblick auf ihre Interessen notwendige Wissen haben. Hierin liegt der Ursprung des mediativen Ansatzes: Die Parteien behalten den Prozess in der

³⁸⁸ Fisher/Ury/Patton, S. 73.

³⁸⁹ Vgl. dazu oben 1. Teil B. I. Systemische Erklärungsansätze familialer Trennungen, S. 21 ff. sowie 2. Teil A.

II. Systemischer Ansatz zur Erklärung von (familialen) Konflikten, S. 40 ff.

³⁹⁰ Vgl. dazu ausführlich Weber, S. 145 ff.

Hand, bestehende Konflikte werden nicht an Dritte delegiert.³⁹¹ Mediation hat damit eine privatautonome Konfliktbewältigung der Parteien zum Ziel. Derartige privatautonome konzipierte und implementierte Konfliktlösungen bergen den Vorteil in sich, dass sie das konfliktrelevante Wissen der Beteiligten optimal zur Geltung bringen.³⁹² Die Konfliktbeteiligten werden zudem mit dem Verfahren regelmäßig zufriedener sein, da sie selbst Ablauf und Inhalt der Konfliktbehandlung beeinflussen können und für die Ergebnisse verantwortlich sind.³⁹³ Auch ist die Wahrscheinlichkeit, dass privatautonome entwickelte Lösungen von den Beteiligten befolgt werden, größer als die entsprechende Wahrscheinlichkeit bei Verfahren, die mit einer autoritativ fremdbestimmten Entscheidung zum Beispiel durch einen Richter im gerichtlichen Verfahren enden.³⁹⁴ Schließlich hat eine privatautonome Konfliktbewältigung auch Effekte, die über die konkrete Konfliktsituation hinausgehen, da sie die Fähigkeit und Bereitschaft der Beteiligten stärkt, auch in Zukunft autonom und eigenverantwortlich mit Konflikten umzugehen und diese zu lösen.³⁹⁵

Auch die Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten erklären zum Ziel, die Autonomie - besonders die Dialog-, Kooperations- und Gestaltungsfähigkeit - der Beteiligten zu fördern.³⁹⁶ Ebenso verfolgt das Kindschaftsrechtsreformgesetz das Anliegen, die Rechtspositionen der Eltern - soweit dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist - zu stärken und vor unnötigen staatlichen Eingriffen zu schützen. Dazu soll die elterliche Konfliktlösungskompetenz gestärkt und die Eltern bei der eigenverantwortlichen und einverständlichen Konfliktlösung in Sorgekonflikten unterstützt werden.³⁹⁷

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass eben jene Verantwortung der Konfliktparteien für sich selbst - und damit auch die Verantwortung für die konflikthafte Interaktion miteinander - den Parteien zunächst mithilfe des Mediators verdeutlicht werden muss. Wären sich die Eltern dieser Verantwortung bewusst, wäre ein Mediationsverfahren zur Behandlung der Konflikte nicht notwendig.

³⁹¹ Mähler/Mähler in Krabbe, S. 155.

³⁹² Eidenmüller in Henssler/Koch § 2 Rn. 39.

³⁹³ Eidenmüller in Henssler/Koch § 2 Rn. 39 m.w.Nachw. zu empirischen Studien in den USA. Vgl. aber auch Breidenbach, S. 190 f., der darlegt, dass Zufriedenheit kein absoluter Maßstab sondern ein subjektives Werturteil ist und daher als Qualitätsstandard mit Vorsicht zu genießen sei.

³⁹⁴ Nach neueren rechtssoziologischen empirischen Untersuchungen besteht auch bei gerichtlichen Verfahren ein Zusammenhang zwischen der Einbeziehung der Parteien in das Verfahren und der Akzeptanz der zu treffenden Entscheidung. Insofern kommt es wesentlich darauf an, dass die Parteien Einfluss auf den Ablauf des Verfahrens behalten, die Möglichkeit zur Stellungnahme besitzen, sie als soziale Persönlichkeiten ernst genommen werden und dass der mit dem Fall befasste Richter ihnen Interesse entgegenbringt. Vgl. dazu Raiser, S. 297 m.w.Nachw.

³⁹⁵ Eidenmüller in Henssler/Koch § 2 Rn. 40.

³⁹⁶ Richtlinien der BAFM unter Punkt II. 1. Ziele, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

³⁹⁷ BT-Drucks. 13/4899, S. 29.

III. Anforderungen an die Beteiligten

1. Konfliktparteien

Mediation als Verfahren zur Lösung von trennungsbedingten familialen Konflikten und damit auch des Sorgekonfliktes ist nicht für jedes Paar beziehungsweise jede Familie geeignet. In der Literatur werden sowohl Kriterien für die Durchführung eines Mediationsverfahrens genannt als auch Gründe dargelegt, die dieses Verfahren ausschließen.³⁹⁸

a. Anforderungen

Wenn ein Elternteil nicht zur Konfliktbehandlung mittels Mediation bereit ist, ist Mediation zum Scheitern verurteilt.³⁹⁹ Erforderlich ist also zunächst die Motivation beider Parteien, ein Mediationsverfahren zur Konfliktbehandlung durchführen zu wollen. Als nicht geeignet wird die Mediation daher beispielsweise in Fällen angesehen, in denen ein Elternteil die Trennung oder Scheidung (noch) nicht will. In solchen Fallkonstellationen nutzt möglicherweise derjenige, der sich nicht trennen möchte, die Frage über das Sorgerecht für gemeinsame Kinder, um Gespräche über die Trennung zu boykottieren oder aber um auszuloten, ob eine Trennung vom anderen „wirklich“ gewollt ist.⁴⁰⁰ Aufgabe des Mediators muss es also sein, die Interessen der Parteien am Mediationsverfahren zu erforschen und den Parteien eventuell andere Konfliktbehandlungsmethoden wie beispielsweise eine Paarberatung vorzuschlagen.

Zudem müssen die Parteien gewillt sein, am Mediationsprozess mitzuwirken und die jeweiligen Ergebnisse zu verantworten. Die dazu notwendige Eigenverantwortung beinhaltet die Erkenntnis der Konfliktparteien, dass beide den Entscheidungsprozess aktiv mitzugestalten haben.⁴⁰¹ Auch nach den Richtlinien der BAFM ist es Aufgabe der Parteien, ihre Interessen und Bedürfnisse wahrzunehmen und sie angemessen zu vertreten, wobei als Voraussetzung die eigene sachliche Informiertheit der

³⁹⁸ Nach den Ergebnissen einer empirischen Untersuchung im Rahmen einer praxisbegleitenden Evaluationsstudie zu den Prozessen und Ergebnissen von Trennungs- und Scheidungs-Mediation in Baden-Württemberg ergaben sich als Merkmale der Klientinnen und Klienten, bei denen positive Ergebnisse vorhergesagt werden konnten: kommunikative Kompetenz, geringe verbale Aggressivität, wenig Überredungsversuche, eindeutiger Trennungswunsch, emotionale Stabilität und Bereitschaft zum Kompromiss. Vgl. Weinmann-Lutz, S.76.

³⁹⁹ Friedman, S. 22, der verschiedene Motive für die Durchführung von Mediation nennt.

⁴⁰⁰ Vgl. dazu das Fallbeispiel bei Diez/Krabbe in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 119 f.

⁴⁰¹ Friedman, S. 23, der drei Elemente der Eigenverantwortung anführt: Die Parteien müssen das Nötige tun, um ihre Situation gründlich zu verstehen, weiter müssen sie sich über ihre persönlichen Prioritäten im Sinne von eigenen Bedürfnissen, Zukunftsplänen und Schwerpunkten klar werden und schließlich müssen die Parteien bereit sein, für sich selbst einzutreten und sich den eventuell aufkommenden Konflikten zu stellen.

Parteien angesehen wird.⁴⁰² Jeder Partner muss „ausreichend Gelegenheit haben, sämtliche Informationen, die entscheidungserheblich sind, in ihrer Tragweite zu erkennen und zu gewichten, damit sich jeder der Konsequenzen der Entscheidung voll bewusst ist. Dies setzt die beiderseitige Bereitschaft zur Offenlegung aller sachlichen Daten und relevanten Fakten voraus. Insbesondere im Falle von Trennung und Scheidung hat sich jeder Partner über seine gesetzlichen Rechte und Pflichten zu informieren und sich, sofern minderjährige Kinder betroffen sind, mit den Auswirkungen der Entscheidung auf die Kinder auseinander zu setzen.“⁴⁰³ Für die Behandlung des Sorgekonfliktes mittels Mediation bedeutet dies, dass sich beide Elternteile über ihre gesetzlich fixierten Rechte und Pflichten bezüglich sämtlicher Entscheidungen, die im Zusammenhang mit gemeinsamen Kindern stehen, informieren müssen. Neben den konkreten gesetzlichen Vorgaben zur Regelung von Sorge und Umgang betrifft dies auch die im Kontext dazu stehenden Vorschriften wie beispielsweise unterhaltsrechtliche Fragen.

Weiter müssen beide Parteien Konfliktbereitschaft - also die „Bereitschaft zur Uneinigkeit“⁴⁰⁴ besitzen. Die Parteien wählen ein Mediationsverfahren oftmals, um weitere Konflikte zu vermeiden. Damit geht jedoch regelmäßig ein Verlust von Klarheit und Entschlossenheit im Hinblick auf die zu treffenden Entscheidungen einher. Die Gefahr liegt insofern nicht in dem Streit und den unterschiedlichen Positionen und Sichtweisen, sondern in einer Vereinbarung, die im wesentlichen die Interessen nur einer Partei berücksichtigt und deshalb auf Dauer vom anderen nicht akzeptiert werden könnte. Die Konfliktparteien müssen daher in der Lage sein, ihren Standpunkt darzustellen und sich zudem gegen Entscheidungen behaupten können, die sie bei ihrer weiteren Lebensgestaltung behindern würden.⁴⁰⁵ Ist dies nicht der Fall, besteht die Gefahr eines Machtgefälles zwischen den Parteien, welches der Stärkere zugunsten des Schwächeren ausnutzen könnte.

Umgekehrt setzt ein erfolgreiches Mediationsverfahren aber auch die Bereitschaft der Parteien zur Einigung voraus. Mit dieser Einigungs- oder Kooperationsbereitschaft ist gemeint, dass die Partner in der Lage sein sollen, auf beiderseitig annehmbare Entscheidungen hinzuarbeiten.⁴⁰⁶ Äußerlich zeigt sich eine solche Kooperationsbereitschaft darin, dass die Parteien bereit sind, „an einem Tisch“ miteinander zu verhandeln. Darüber hinaus ist die innerliche Bereitschaft der Parteien erforderlich, sich auf einen konstruktiven Problemlösungsprozess einlassen zu wollen.⁴⁰⁷

Ist es in der Familienmediation das getrennte Paar selbst, das eigenverantwortlich Lösungen im Hinblick auf die Regelung von Sorge und Umgang mit gemeinsamen Kindern erarbeitet, erfordert dieses

⁴⁰² Richtlinien der BAFM unter Punkt II. 3. (3) Eigenverantwortlichkeit, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

⁴⁰³ Richtlinien der BAFM unter Punkt II. 3. (4) Informiertheit, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

⁴⁰⁴ So Friedman, S. 25.

⁴⁰⁵ Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 17; Friedman, S. 25.

⁴⁰⁶ Friedman, S. 26.

⁴⁰⁷ Glenewinkel, S. 88.

Verfahren schließlich ein Mindestmaß an Kommunikationsbereitschaft und Verhandlungsfähigkeit der Konfliktparteien.⁴⁰⁸ Diese Anforderung offenbart ein kritisches Spannungsfeld des Mediationsverfahrens: Einerseits setzt die Konfliktbehandlung mittels Mediation die Bereitschaft der Parteien, miteinander zu kommunizieren voraus, andererseits zeichnet sich das zu behandelnde Konfliktgeschehen aber gerade durch mangelnde oder nicht übereinstimmende Kommunikationen der Parteien aus.⁴⁰⁹

Die an die Konfliktparteien gestellten Anforderungen zeigen sich mithin insgesamt als vielfältig und anspruchsvoll.⁴¹⁰ Würden die Parteien tatsächlich über die genannten Fähigkeiten wie Konflikt-, Einigungs- und Kommunikationsbereitschaft sowie Verhandlungsfähigkeit und Eigenverantwortlichkeit verfügen, wären sie in der Lage, die bestehenden Konflikte eigenständig zu behandeln. Das Mediationsverfahren wäre dann obsolet. Realistischer erscheint es daher, von Parteien, die ein Mediationsverfahren zur Behandlung ihrer Konflikte wählen, „lediglich“ die ernsthafte Bereitschaft einzufordern, eben jene Fähigkeiten entwickeln zu wollen.

b. Ausschlussgründe

Bei Vorliegen bestimmter familialer Konstellationen wird Mediation zur Behandlung von Trennungskonflikten als ungeeignet angesehen. Ausschlussgründe können eine vorhandene Suchtproblematik, Gewalttätigkeiten oder sexueller Missbrauch innerhalb der Familie sowie psychische Erkrankungen der Konfliktparteien sein.⁴¹¹ Bei Drogenmissbrauch soll Mediation keine Anwendung finden, da die Behandlung von Alkohol- oder Drogensucht kein Ziel der Mediation, sondern ein Therapieziel ist.⁴¹² Allerdings können im Rahmen der Mediation auch Vereinbarungen erarbeitet werden, die beispielsweise zum Inhalt haben, dass der umgangsberechtigte Elternteil während der Zeit, die er mit dem Kind verbringt, keine Drogen zu sich nimmt oder aber eine Therapie beginnt.⁴¹³ Bei Gewalttätigkeit oder sexuellem Missbrauch soll es dem Opfer in der Regel nicht zugemutet werden, mit dem Täter gemeinsam „an einem Tisch“ Konfliktlösungen zu erarbeiten, weil Drohungen und die damit verbundenen Ängste die Verhandlungsfähigkeit einschränken könnten und ein bestehendes Machtungleichgewicht

⁴⁰⁸ Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 18 ff.

⁴⁰⁹ Vgl. dazu die dieser Untersuchung zugrundegelegte Definition eines zwischenmenschlichen Konfliktes 2. Teil A.

IV. Die der weiteren Untersuchung zugrunde liegende Definition des Sorge(rechts)konfliktes, S. 48 ff.

⁴¹⁰ Vgl. dazu auch die bei Diez/Krabbe in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 121 genannten Fragen anhand derer die Indikation für ein Mediationsverfahren geprüft werden kann: 1. Wollen beide Partner die Trennung? 2. Kennt jeder seine eigenen Bedürfnisse in dem Streit und kann er sie vertreten? 3. Sind beide bereit, alle Fakten und Daten offen zu legen? 4. Wollen beide noch miteinander reden und verhandeln? 5. Wollen beide nach der Trennung für ihre Kinder verantwortlich bleiben?

⁴¹¹ Auch die Richtlinien der BAFM, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff. nennen unter Punkt III. Persönliche Voraussetzungen und Aufgaben der Beteiligten im Mediationsverfahren unter 2. Partner als mögliche Grenzen der Mediation z.B. schwere psychische Störungen oder familiäre Gewalt.

⁴¹² Gloor, S. 135.

⁴¹³ Gloor, S. 136 mit Fallbeispielen.

zwischen dem Paar ein interessengerechtes Verhandeln ausschließt.⁴¹⁴ Schließlich wird Mediation in den Fällen abgelehnt, in denen sich eine Konfliktpartei gerade in einer psychotischen oder depressiven Phase befindet, da sie dann regelmäßig nicht fähig sein wird, ihre eigenen Interessen und Bedürfnisse zu erkennen und dafür einzustehen.⁴¹⁵

Die genannten Konstellationen offenbaren damit auch die Grenzen des Mediationsverfahrens, die sich darin zeigen, dass Mediation bei bestimmten Paaren entweder nicht zur Anwendung gelangt oder aber die genannten Problematiken lediglich soweit erörtert werden, wie es für die zu treffende Vereinbarung erforderlich erscheint. Werden im Rahmen des Mediationsverfahrens diese familiendynamischen Zusammenhänge jedoch nicht berücksichtigt, besteht die Gefahr, dass die erarbeiteten Konfliktlösungen lediglich kurzfristigen Erfolg zeitigen. Grund dafür ist, dass sich aus systemischer Sicht eine familiäre Sucht- oder Gewaltproblematik nicht als das „Problem“ eines einzelnen Familienmitgliedes darstellt, der als „Täter“ des Geschehens gesehen wird. Das gewalttätige oder alkoholabhängige Familienmitglied ist vielmehr „lediglich“ Symptomträger des Familiensystems. Wird also der „vermeintliche“ Täter beziehungsweise dessen Funktion im Familiensystem nicht in die Lösung einbezogen, kann dies zu Schwierigkeiten bei der Umsetzung der getroffenen Vereinbarung führen. Daher erscheint es für eine konstruktive Behandlung des Sorgekonfliktes notwendig, den Konfliktparteien eben jene systemischen Zusammenhänge zu verdeutlichen.⁴¹⁶

2. Mediator

Die konstruktive Konfliktbehandlung mittels Mediation ist in hohem Maße mit der Persönlichkeit des Mediators und seiner fachlichen Qualifikation verbunden. Für den Mediator ergeben sich die Zielvorgaben der Mediation in Sorgekonflikten entsprechend den Grundlagen der Familienmediation⁴¹⁷ aus vier Komponenten: Der Mediator hat auf die Akzeptanz der möglicherweise unterschiedlichen Sichtweisen des jeweils anderen Elternteiles hinzuwirken, die Erhaltung der elterlichen Beziehungen zu gemeinsamen Kindern zu unterstützen sowie die Parteien zu einer interessengerechten und zukunftsorientierten Konfliktbehandlung anzuleiten.

Über welche konkreten Fähigkeiten und Qualifikationen ein Mediator verfügen muss, hängt vom jeweiligen Konfliktgeschehen, der dem Mediator eigenen Sicht zum Konfliktgeschehen und seinem

⁴¹⁴ Bono-Hörler, S. 60. Vgl. ausführlich Gloor, S. 106 ff.

⁴¹⁵ Bono-Hörler, S. 60 f.

⁴¹⁶ Zudem können sowohl bei familialen Drogen- und Gewaltproblemen wie auch bei psychischen Erkrankungen Loyalitäten zu beziehungsweise Verstrickungen mit Mitgliedern der eigenen Herkunftsfamilie bestehen. Werden diese erkannt und entsprechend beachtet, dient auch dies einer dauerhaften konstruktiven Behandlung von familialen Konflikten. Vgl. dazu ausführlich Weber, S. 294 ff. und oben 1. Teil B.

I. Systemische Erklärungsansätze familialer Trennungen, S. 21 ff.

⁴¹⁷ Vgl. dazu oben 3. Teil C. II. Grundlagen und Ziele, S. 75 ff.

Rollenverständnis ab.⁴¹⁸ Als theoretische Extrempunkte des individuellen Verhaltens eines Mediators werden zwei sich einander gegenüberstehende Ansätze genannt: das „Verhandeln“ einerseits und die „therapeutische Integration“ andererseits.⁴¹⁹ Bei der so genannten Verhandlungsstrategie steht das Erreichen einer Einigung unter Bezugnahme auf die jeweiligen sachlichen Verhandlungsziele der Parteien im Mittelpunkt der Tätigkeit des Mediators. Aufgabe des Mediators ist es dann, das Verfahren zu strukturieren und zu kontrollieren sowie nach Möglichkeiten für einen Kooperationsgewinn zu suchen. Demgegenüber liegt der Fokus der therapeutischen Integration auf einer Beziehungsklärung und -änderung im Sinne einer „Einstellungsänderung“ der Parteien zueinander. In der Praxis werden je nach Art des Konfliktes, dem Zeitpunkt der Konfliktbehandlung und den Zielvorstellungen des Mediators beide Ansätze häufig miteinander verbunden,⁴²⁰ wobei in der Familienmediation der Schwerpunkt der Tätigkeit des Mediators eindeutig auf der therapeutischen Integration liegt. Die Abgrenzung zur Therapie lässt sich allerdings daran festmachen, dass im Rahmen der Mediation therapeutische Elemente einzig mit dem Ziel eingesetzt werden, Entscheidungen für bestimmte, mit der familialen Trennung zusammenhängende Fragestellungen zu erzielen.

Die insoweit vielfältigen Anforderungen an die Tätigkeit als Mediator werden in der Literatur unter den Begriffen Prozesskompetenz und Fachkompetenz sowie Neutralität erörtert.⁴²¹

a. Prozesskompetenz

Unter Prozesskompetenz lässt sich die Kompetenz des Mediators verstehen, das Mediationsverfahren in angemessener Weise in Gang zu setzen, am Laufen zu halten und entsprechend abzuschließen.⁴²² Der Mediator muss das Verfahren steuern und in der Balance halten können,⁴²³ dazu mit den typischen Verfahrensabläufen einer Mediation vertraut sein und die verschiedenen Mediationstechniken verstan-

⁴¹⁸ Duve in Henssler/Koch § 3, Rn. 9 ff. unterscheidet insofern vier typische Mediationsstile:

1. Sachbeurteilung: Der Mediator unterbreitet den Parteien einen Vorschlag und bietet sich aufgrund seiner Fachkunde als Experte an, wobei er typischerweise dazu neigt, sich auf die Erörterung bestimmter Sach- und Rechtsfragen zu konzentrieren und den Parteien gegenüber seine eigene Einschätzung der Sach- und Rechtslage zu erklären. 2. Sachmoderation: Der Mediator löst mit den Parteien genau definierte Sachfragen, möchte aber keine eigene Bewertung treffen und versteht sich insofern als Moderator. 3. Umfassende Beurteilung: Der Mediator untersucht die Ursachen für einen Konflikt umfassend und unterbreitet den Parteien seine Einschätzungen und Vorschläge für eine umfassende Beilegung des Konfliktes. 4. Umfassende Moderation: Der Mediator nimmt eine umfassende Problemdefinition vor, beschränkt seinen eigenen Einfluss bei der Erörterung der Probleme jedoch auf die Rolle des Moderators.

⁴¹⁹ Vgl. dazu im Einzelnen Breidenbach, S. 139 ff.

⁴²⁰ Breidenbach, S. 142.

⁴²¹ Vgl. dazu Breidenbach, S. 139 ff.; Eidenmüller in Henssler/Koch § 2 Rn. 89 f.; Glenewinkel, S. 90 ff. und speziell zur Familienmediation S. 130 ff.; Mähler/Mähler in Breidenbach/Henssler, S. 28. In manchen Fällen erlangt zudem noch die Gleichrangigkeit des potentiellen Mediators mit den Verhandlungs- bzw. Konfliktparteien als Selektionskriterium für Mediatoren Bedeutung, vgl. dazu Eidenmüller in Henssler/Koch § 2 Rn. 90.

⁴²² Glenewinkel, S. 91, der insoweit von Verfahrenskompetenz spricht.

⁴²³ Mähler/Mähler in Breidenbach/Henssler, S. 28.

dig einsetzen können.⁴²⁴ Auch die Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten beschreiben die Aufgabe des Mediators in dem Sinne, dass er für „die Gestaltung (Strukturierung) des Mediationsprozesses, die Beachtung der Prinzipien sowie die Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen verantwortlich“ ist.⁴²⁵

Ist es die Aufgabe des Mediators, die Kommunikation der Parteien wieder herzustellen und sie bei einer eigenständigen Konfliktbehandlung zu unterstützen, muss er über eine Fülle unterschiedlicher Techniken und Strategien verfügen, die aus der Therapie, der Gruppendynamik, der Erwachsenenpädagogik, der Gesprächsmoderation sowie der Beratung übernommen worden sind.⁴²⁶ Praktisch bedeutet Prozesskompetenz danach, dass der Mediator in der Lage sein sollte aktiv zuzuhören,⁴²⁷ die Verhandlungsleitung zu übernehmen, das Verständnis der Beteiligten für die Sicht der anderen Konfliktbeteiligten zu fördern, gemeinsame Interessen und Interessenunterschiede der Parteien herauszuarbeiten und Paketlösungen zu konzipieren.⁴²⁸ Ein Mediator muss daher verschiedene Rollen im Verfahren übernehmen können. In Betracht kommt die Rolle des Organisators des prozeduralen Ablaufs der Mediation im Hinblick auf Ort, Zeit, Logistik, Tagesordnung, die Rolle als Diskussionsleiter und Kommunikationskanal für die Beteiligten, die Funktion des Katalysators für Einigungsprozesse durch Fokussierung der Verhandlungen auf die Interessen und Nichteinigungsalternativen der Beteiligten, die Rolle als sachverständiger Ratgeber und Urheber etwaiger Einigungsvorschläge oder die des Chronisten einer Einigung.⁴²⁹ Ob allerdings eine bestimmte Technik im konkreten Einzelfall Wirkung entfaltet und welche Möglichkeiten und Risiken mit ihr einhergehen, hängt entscheidend von der Haltung des Mediators ab. Insofern geht es nicht um eine technokratische Anwendung von „Handwerkszeugen“, sondern um die einfühlsame, flexible und situationsspezifische Unterstützung des Verhandlungsprozesses durch unterschiedliche Hilfsmittel.⁴³⁰

⁴²⁴ Glenewinkel, S. 91 ff. unterscheidet nochmals zwischen Mediationskompetenz, welche die Fähigkeit, mit der Mediation als Verfahren umgehen zu können, umschreibt, und der personalen Kompetenz, welche die Persönlichkeit des Mediators und seine Haltung zur Mediation als Konfliktlösung, das heißt zu den Parteien, zum Umgang mit Konflikten und auch zu Werten und Einstellungen umfasst. Breidenbach, S. 145 ff. nennt insofern als Quellen der Autorität des Mediators seine Persönlichkeit und Selbstdarstellung sowie seine Neutralität.

⁴²⁵ Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten Punkt III. 1. Mediator/Mediatorin, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

⁴²⁶ Glenewinkel, S. 134.

⁴²⁷ Vgl. dazu ausführlich Ulrich, FPR 2000, S. 123 ff.; Hohmann, FPR 2000, S. 115 (122).

⁴²⁸ Eidenmüller in Henssler/Koch § 2, Rn. 70.

⁴²⁹ Eidenmüller in Henssler/Koch § 2 Rn. 69, der zudem die Rolle des Korrektors etwaiger verzerrter Wahrnehmungen und Einschätzungen anführt. Diese Rollendefinition erscheint jedoch zumindest missverständlich, da eine Person nicht die Wahrnehmung einer anderen „korrigieren“, sondern lediglich dem anderen seine eigene Wahrnehmung mitteilen kann.

⁴³⁰ Eidenmüller in Henssler/Koch § 2, Rn. 70.

Im Hinblick auf den dieser Untersuchung zugrunde liegenden systemischen Ansatz sind daneben folgende Fähigkeiten des Mediators für eine konstruktive Konfliktbehandlung mittels Mediation hervorzuheben: Notwendig erscheint zunächst, dass der Mediator den Parteien ihre individuellen Kommunikations- und Konfliktbehandlungsstrukturen verdeutlicht.⁴³¹ Die Parteien können so in die Lage versetzt werden, ihre persönlichen Konfliktstrategien sowie das Ineinandergreifen der jeweiligen Muster im elterlichen Konflikt (an-) zu erkennen, was für die Zukunft ein bewussteres Agieren im Konflikt ermöglicht. Darüber hinaus sollte der Mediator über Grundkenntnisse der systemischen Familientherapie verfügen, um die bestehenden Verbindungen der Eltern und Kinder zu den Herkunftsfamilien sowie deren Auswirkungen auf das aktuelle Konfliktgeschehen - falls erforderlich - in die Konfliktbehandlung einbeziehen zu können.

b. Fachkompetenz

Neben der Verfahrenskompetenz muss der Mediator über Fachkompetenz bezüglich des Verhandlungs- beziehungsweise Konfliktgegenstandes verfügen. Für das Mediationsverfahren im trennungsbedingten Sorgekonflikt spielen regelmäßig sowohl rechtliche als auch psychologische und familiendynamische Komponenten in die Konfliktbehandlung hinein.⁴³² Mediation erfordert daher neben rechtlichen Grundkenntnissen über die gesetzlichen Vorgaben zur Regelung der elterlichen Sorge auch psychosoziale Kenntnisse auf Seiten des Mediators. Auch die Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten erheben die Kenntnis des Rechts zur zwingenden Voraussetzung, soweit der Mediationsprozess eine rechtsverbindliche Vereinbarung anstrebt.⁴³³ Die Ausübung der Mediation setzt nach diesen Richtlinien zudem „die Wahrnehmung und Berücksichtigung trennungs- und familiendynamischer Vorgänge sowie fundiertes Grundwissen über die sozialen und psychischen Bedingungen von Konfliktverläufen voraus.“⁴³⁴ Geht es in der Mediation um Regelungen, die Kinder betreffen, muss der Mediator zudem über entwicklungspsychologische Kenntnisse bei Kindern und Jugendlichen verfügen.⁴³⁵

⁴³¹ So auch Fischer in Henssler/Koch § 10, Rn. 86 f.; Friedman, S. 215, die beide nicht ausdrücklich auf die Verbindungen zum systemischen Ansatz eingehen.

⁴³² Fischer in Henssler/Koch § 10, Rn. 7 ff. hebt im Hinblick auf die familienpsychologischen Aspekte insbesondere vier Punkte hervor, die es als Mediator zu berücksichtigen gilt: 1. den Trennungswunsch der Partner; 2. die Trennung als Entwicklungsgeschichte; 3. den Faktor Zeit; 4. das Bedürfnis nach Loyalität.

⁴³³ Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten unter Punkt IV. 1. Die Bedeutung des Rechts, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

⁴³⁴ Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten unter Punkt IV. 2. Bedeutung der Psychologie und der Sozialwissenschaften, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff. Vgl. dazu auch die damit korrespondierenden Lerninhalte der Ausbildungsordnung der BAFM für Familien-Mediation, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 349 ff.

⁴³⁵ Vgl. dazu auch die Lerninhalte der Ausbildungsordnung der BAFM für Familien-Mediation, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 349 ff.

c. Neutralität

Die Neutralität des Mediators ist eines der wichtigsten Kennzeichen der Mediation. Neutralität wird allgemein als unparteiische Haltung, Nichteinmischung beziehungsweise Nichtbeteiligung definiert.⁴³⁶

Als Handlungsanweisung an den Mediator bedeutet die Verpflichtung zur Neutralität, dass er sich jeder Partei einzeln und auch beiden Parteien gemeinsam zuwenden soll.⁴³⁷ Auch die Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten stellen ausdrücklich die „neutrale, allparteiliche Haltung des Mediators / der Mediatorin zu beiden Partnern“ heraus⁴³⁸ und gehen von der Ungeeignetheit des Mediators im Mediationsverfahren aus, wenn er entweder „durch verwandtschaftliche, institutionelle oder sonstige soziale Beziehungen so eng mit einer Seite verbunden ist, dass die andere Seite die Unparteilichkeit in Frage stellen könnte“ oder der Mediator ein privates Interesse in der Mediation verfolgt.⁴³⁹

Problematisch erscheint allerdings, wie sich der Mediator konkret zu verhalten hat, um dem Anspruch, neutral „zu wirken“,⁴⁴⁰ zu entsprechen. Dazu werden in der Literatur verschiedene Konzepte vertreten, die von der Forderung nach bewusster Passivität über die Rolle des Mediators als Katalysator bis zur Rolle des Unterhändlers mit dem Zugeständnis, bestimmte Ziele verfolgen zu dürfen, reichen.⁴⁴¹ Entscheidend ist jedoch nicht nur, wie sich der Mediator konkret verhält, sondern vielmehr welches Verständnis er von den Parteien und sich selbst hat. Neutralität in diesem Sinne setzt danach in erster Linie Achtung gegenüber allen Konfliktparteien mit deren jeweiligen Sicht- und Verhaltensweisen voraus.

⁴³⁶ Duden Fremdwörterbuch, S. 523.

⁴³⁷ Glenewinkel, S. 131; vgl. ausführlich dazu Breidenbach, S. 170 ff.

⁴³⁸ Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten unter Punkt II. 3. (2) Neutralität, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.; ähnlich auch Glenewinkel, S. 131 m.w.Nachw.

⁴³⁹ Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten unter Punkt III. 1. Mediator, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

Die im Rahmen der Mediation geforderte Neutralität weist deutliche Parallelen mit der in der systemischen Familientherapie vom Berater geforderten Allparteilichkeit und Neutralität auf. Unter Allparteilichkeit werden in diesem Zusammenhang die Fähigkeiten verstanden, für alle Familienmitglieder gleichermaßen Partei ergreifen zu können und die Verdienste jedes Familienmitgliedes (an)zuerkennen sowie sich mit beiden Seiten ambivalenter Beziehungen identifizieren zu können. Neutralität stellt also keine Frage der Absicht, sondern eine Frage der Wirkung dar und verbietet dem Berater auch nicht, sich phasenweise im Gespräch stark mit einzelnen Mitgliedern zu engagieren, wenn starkes Engagement für eine Person wechselt mit starkem Engagement für andere Personen des Systems und sich mit einer stärkeren Metaposition abwechselt. Neutralität als Haltung ist insofern möglich gegenüber Personen, Problemen oder Symptomen sowie Ideen. Vgl. dazu Schweitzer/Schlippe, S. 199 f.

⁴⁴⁰ Neutralität zeigt sich nicht in der Absicht des Mediators, sondern der Wirkung auf die Parteien. Vgl. dazu Fußnote 439.

⁴⁴¹ Vgl. dazu Glenewinkel, S. 131 m.w.Nachw., Duve in Henssler/Koch § 4 Rn. 9 ff. sowie oben Fn. 418.

Insbesondere in der Mediation familialer Trennungsprozesse stellt sich die neutrale Haltung oftmals als eine extreme Herausforderung an den Mediator dar, die umso schwerer wiegt, wenn Eltern um die Regelung der Sorge heftige Auseinandersetzungen führen. Dies hängt damit zusammen, dass auch Mediatoren - oftmals bereits als Kind - in ihrer eigenen Lebensgeschichte Erfahrungen mit partnerschaftlichen und familialen Konflikten gemacht haben.⁴⁴² Solche eigenen Erfahrungen können hilfreich sein, wenn es um das Verständnis für die emotionalen Verstrickungen der Konfliktparteien geht. Allerdings kann die eigene Lebensgeschichte des Mediators auch zur so genannten „biographischen Falle“ werden. Ernsthaftige Risiken für die Neutralität des Mediators stellen unter anderem folgende Situationen dar: die Identifikation mit einem Beteiligten auf Grund einer eigenen trennungsbedingten Konfliktlage; die Kontrolle des Geschehens beziehungsweise der Konfliktparteien durch den Mediator, um an ihnen eigene Beziehungs- und Trennungsproblematiken projektiv abzuhandeln; Eingriffe in das Mediationsverfahren, um Gefühle der Konfliktparteien wie Trauer oder Wut abzuwenden, weil sie der Mediator nicht aushalten kann und schließlich die Befriedigung von Wünschen, die die Konfliktparteien aus dem Trennungserleben heraus an den Berater richten wie mütterliches, väterliches, partnerschaftliches oder parteiisches Objekt zu sein.⁴⁴³

Aufgrund dieser im Hinblick auf die geforderte Neutralität komplexen Ausgangslage wird in der Literatur daher auch eine Co-Mediation durch zwei Mediatoren, die im Idealfall aus den beiden mit Mediation befassten Berufszweigen - dem juristischen und dem psychosozialen - kommen, empfohlen oder aber Supervision für Familienmediatoren gefordert.⁴⁴⁴

⁴⁴² So auch Fischer in Henssler/Koch § 10, Rn. 5; Woertge, S. 166 f. Die folgenden Ausführungen gelten im Übrigen nicht nur für Mediatoren sondern für alle zur Behandlung des Sorge- und Umgangskonfliktes herangezogenen Dritten wie Richter, Rechtsanwälte, Sachverständige und Mitarbeiter des Jugendamtes und andere mehr. Vgl. dazu auch unten 4. Teil

D. Die an der gerichtlichen Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes Beteiligten, S. 172 ff.

⁴⁴³ Vgl. dazu Bernhardt in Krabbe, S. 198 f. m.w.Nachw., der diese Risiken allgemein für psychosoziale Helfer, die mit Scheidungspaaaren und -familien zusammenarbeiten, aufstellt. Diez/Krabbe in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 122 empfehlen dazu folgende Frage an potentielle Mediatoren: „Wenn ich an Mediations-Inhalte wie etwa Geld/Haus/Kinder/Sorgerecht denke, wo wäre ich in Gefahr, meine neutrale Haltung als Mediator zu verlieren? Wo käme ich an meine Grenzen?“ Die Auswertung dieser Frage unter den Teilnehmern an der Bundeskonferenz für Erziehungsberatung ergab, dass über die Hälfte der Teilnehmer ihre Eignung als Mediator durch die Auseinandersetzung mit Kindern und deren Gefühlen in Gefahr sahen.

⁴⁴⁴ Diez/Krabbe in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 122; Fischer in Henssler/Koch § 10, Rn. 5 f.

Abbildung 5: Anforderungen an Parteien und Mediator

Die Anforderungen, welche im Mediationsverfahren einerseits an die Parteien und andererseits an den Mediator gestellt werden, korrespondieren miteinander. Der Mediator muss über spezielle Fertigkeiten verfügen, die dazu dienen, die Eltern im Laufe des Verfahrens zu einer eigenständigen Behandlung des Sorgekonfliktes anzuleiten. Einen Überblick zu den aufeinander bezogenen Anforderungen gibt nochmals die folgende Übersicht.

<i>Anforderungen an die Parteien</i>	<i>Anforderungen an den Mediator</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Motivation zur Mediation 	<ul style="list-style-type: none"> • Ziele der Parteien im Hinblick auf Mediationsverfahren erkennen und klären
<ul style="list-style-type: none"> • Kommunikationsbereitschaft 	<ul style="list-style-type: none"> • In-Gang-Setzen und Aufrechterhaltung von Kommunikation zwischen den Parteien • Kommunikationsstrukturen erkennen und benennen
<ul style="list-style-type: none"> • Bereitschaft zur Eigenverantwortung 	<ul style="list-style-type: none"> • mögliche Machtgefälle zwischen den Konfliktparteien erkennen und verdeutlichen
<ul style="list-style-type: none"> • Konfliktbereitschaft 	<ul style="list-style-type: none"> • Konfliktstrukturen der Parteien erkennen und benennen • etwaige Verbindungen zu und Einbindungen in die Herkunftsfamilien der Parteien im Hinblick auf das aktuelle Konfliktverhalten herausarbeiten • Empathie • Neutralität • eigene Konfliktbereitschaft • eigene „biographische Fallen“ erkennen und vom aktuellen Mediationsverfahren trennen
<ul style="list-style-type: none"> • Einigungsbereitschaft 	<ul style="list-style-type: none"> • Positionen und Interessen klären • gemeinsame und entgegengesetzte Interessen herausarbeiten
<ul style="list-style-type: none"> • Verhandlungsbereitschaft 	<ul style="list-style-type: none"> • Verfahrensleitung übernehmen und wenn möglich an die Parteien zurückgeben • Fachkompetenz im Hinblick auf Verhandlungs- bzw. Konfliktgegenstand wie z.B. Kenntnisse über das einschlägige Gesetzesrecht

Quelle: Eigener Entwurf

IV. Kinder in der Mediation

Geht es im Mediationsverfahren um die Behandlung von Sorgekonflikten, versuchen die Eltern mithilfe des Mediators, die Gestaltung des zukünftigen Alltags der Kinder mit den getrennt lebenden Eltern einverständlich zu regeln. Die Mediation stellt dann ein Verfahren dar, welches die erwachsenen Parteien wählen, um ihre eigenen Konflikte über die Gestaltung der elterlichen Sorge mit den Kindern zu bearbeiten: Wären sich die Eltern über die Regelung im Hinblick auf die Gestaltung der elterlichen Sorge einig, wäre ein Mediationsverfahren obsolet.⁴⁴⁵ Die Frage, wie das Kind mit den seitens der Eltern getroffenen einvernehmlichen Regelungen zurechtkommt, würde sich im Hinblick auf die Sorgeregelung nur dann stellen, wenn bei gemeinsamer elterlicher Sorge das mindestens vierzehn Jahre alte Kind einem Antrag auf Alleinsorge eines Elternteiles gemäß § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB widerspricht beziehungsweise eine Gefährdung des Kindeswohles nach § 1666 BGB vorliegt.

Die von den Eltern zu entwerfenden Vereinbarungen betreffen jedoch nicht in erster Linie die Beziehungen der Eltern zueinander sondern das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern und damit die Kinder. Verhandeln die Eltern beispielsweise darüber, bei wem das Kind zukünftig wohnen wird, werden entscheidende Weichen für die Zukunft des Kindes gestellt, da mit dieser Entscheidung beispielsweise ein Schulwechsel oder der Verlust des vertrauten Freundeskreises einhergehen kann. Gleiches gilt für befriedigende finanzielle und wirtschaftliche Scheidungsfolgenvereinbarungen, denn davon hängt ganz entscheidend der weitere Lebensstandard der Familie und damit auch die Entwicklungsoptionen des Kindes ab.⁴⁴⁶

Aus der Sicht der Kinder geht es allerdings nicht nur um die zukünftige Lebensplanung und die Festlegung von Tagesabläufen. Für sie hat vielmehr das Bedürfnis nach einem regelmäßigen und konfliktfreien Kontakt zu Mutter und Vater große Bedeutung.⁴⁴⁷ Damit verbunden ist in aller Regel der Wunsch nach einem konfliktfreien, fairen und freundschaftlichem Umgang der Eltern miteinander. Sind die Eltern in der Lage, ihre Konflikte eigenständig - also ohne Einbeziehung der Kinder - zu bearbeiten, wirkt dies positiv auf das Befinden der Kinder. Umgekehrt führen häufige und heftige elterliche

⁴⁴⁵ Vgl. auch Jaede in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 129, der darauf hinweist, dass einvernehmliche Sorgeregelungen auch möglich sind, obwohl die Eltern nur ihre eigenen Bedürfnisse sehen. Die Frage ist dann jedoch, ob den Interessen des Kindes so Genüge getan wird. Wenn beispielsweise ein Kind aus Angst vor Konflikten der Eltern bei den Besuchen beim Vater auf weitergehende Besuchswünsche verzichtet, kann dies den Eltern durchaus eine einvernehmliche Regelung gestatten. Die persönliche Bewältigungsstrategie und das Bedürfnis des Kindes wird dann jedoch nicht erkannt und berücksichtigt.

⁴⁴⁶ Jaede in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 125.

⁴⁴⁷ Jaede in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 125.

Konflikte zu Belastungen der Kinder.⁴⁴⁸ Ein konstruktiver Umgang der Eltern mit ihren Konflikten stellt auch die Voraussetzung dafür dar, dass die Kinder aus einer - meist unbewusst übernommenen - Vermittlerfunktion, einer Beraterrolle oder aber der Rolle des Ersatzpartners oder der -partnerin herausfinden und die ihnen gemäße Rolle des Kindes leben können. Auch die Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten greifen diesen Gedanken auf und betonen, dass es für Kinder und Jugendliche wichtig ist, „dass ihre Eltern in der Mediation kooperative Verhaltensformen einüben, überprüfen und weiterentwickeln“.⁴⁴⁹ Kinder möchten sich zudem darauf verlassen können, dass die Eltern ihren Bedürfnissen als Kinder auch nach der familialen Trennung Rechnung tragen.⁴⁵⁰ Da Kinder über eine andere Wahrnehmung von Zeit - also einen anderen Zeitbegriff - verfügen, haben sie zudem oftmals den Wunsch, dass Entscheidungen, die sie betreffen, aus ihrem Zeitverständnis heraus möglichst schnell fallen.⁴⁵¹

Das Mediationsverfahren bietet die Chance, die Bedürfnisse, Interessen und Wünsche der Kinder bezüglich der Regelung von Sorge und Umgang zu berücksichtigen. Dies ist zum einen möglich, indem der Mediator dafür sorgt, dass die Perspektive des Kindes in die elterliche Auseinandersetzung um die elterliche Sorge eingeführt wird. Zum anderen können auch die Kinder selbst in das Mediationsverfahren einbezogen werden.

1. Thematisierung der Bedürfnisse der Kinder durch den Mediator

Haben die Eltern aufgrund ihrer Trennung als Paar zum Zeitpunkt des Mediationsverfahrens keinen Blick für die Perspektive der Kinder, ist es die Aufgabe des Mediators, den Eltern diese Sicht zu vergegenwärtigen. Die Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten stellen insoweit heraus, dass den Interessen und Bedürfnissen von Kindern und Jugendlichen im Mediationsprozess besondere Bedeutung zukommt und der Mediator dafür Sorge trägt, „dass die Kinder soweit als möglich geschützt werden“.⁴⁵² Aufgabe des Mediators ist es danach, den Eltern die Gefühle ihrer Kinder, die im Zusammenhang mit der elterlichen Trennung stehen, zu verdeutlichen und sie über mögliche Verhaltensweisen der Kinder entsprechend ihrer Entwicklungs- und Altersstufe zu informieren. Konkret geht es dabei um folgende Fragen: Wie erleben die Kinder die Trennung ihrer Eltern? Wie kann den Kindern geholfen werden, ihre Situation zu bewältigen? Wie kann Mediation darin

⁴⁴⁸ Vgl. dazu ausführlich oben 1. Teil B.

III. Kinder im familialen Trennungsgeschehen, S. 30 ff.

⁴⁴⁹ Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten unter Punkt III. 3. Kinder und Jugendliche, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

⁴⁵⁰ Bono-Hörler, S. 52; Glenewinkel, S. 142; Jaede in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 125. Vgl. dazu auch die aus der Sicht eines Kindes erzählte Trennungsgeschichte „Ohne Tom geht es nicht“ bei Mundzeck in Krabbe, S. 36 ff.

⁴⁵¹ Bono-Hörler, S. 52; Glenewinkel, S. 140; Heilmann, S. 15.

⁴⁵² Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten unter Punkt III. 3. Kinder und Jugendliche, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

unterstützen? Sollen die Kinder in die Mediation einbezogen werden?⁴⁵³ Ein persönlicher Bezug lässt sich mit Fragen wie: „Wie würden Sie Ihrem Kind die Trennung erklären? Wie würden Sie sich selbst fühlen als Kind? Wie kann das Kind von Ihren Vereinbarungen profitieren?“ herstellen.⁴⁵⁴ Dieses Vorgehen setzt auf Seiten des Mediators neben den bereits genannten Fähigkeiten Kenntnisse der Entwicklungspsychologie von Kindern und Jugendlichen voraus.⁴⁵⁵

Nimmt der Mediator allerdings die Sichtweise der betroffenen Kinder ein, steht er in Gefahr, seine neutrale Position zu verlieren und sich zum Anwalt des Kindes zu machen. Hier besteht das Risiko, dass er eine moralische Vorwurfshaltung gegenüber den Eltern aufbaut, der eine innere Koalition mit dem Kind vorausgeht. Die Folge könnte sein, dass sich die Eltern in ihrer Elternrolle nicht geachtet fühlen und den Vermittlungsprozess abbrechen.⁴⁵⁶ Aufgabe des Mediators muss es daher sein, den Eltern ihre Elternverantwortung zu belassen - also die Eltern der Kinder als deren Eltern und die Kinder der Eltern als deren Kinder zu respektieren. Insoweit gilt es, die elterlichen Bedürfnisse und Interessen ebenso wie die der Kinder zu berücksichtigen, was nur gelingt, wenn der Mediator eine allparteiliche Haltung im Mediationsverfahren einnimmt.⁴⁵⁷

2. Persönliche Beteiligung der Kinder am Mediationsverfahren

Grundsätzlich besteht auch die Möglichkeit, Kinder persönlich in das Mediationsverfahren einzubeziehen, wobei jedoch die konkrete Vorgehensweise von Fall zu Fall entschieden werden muss und auch vom persönlichen Stil des Mediators abhängt.⁴⁵⁸ In der Literatur wird eine Teilnahme von Kindern am Mediationsverfahren überwiegend befürwortet, wenn folgende Vorgaben beachtet werden:⁴⁵⁹

⁴⁵³ Bono-Hörler, S. 58. Vgl. auch Friedman, S. 215 (240 f.), der in einer Fallbeschreibung darlegt, wie er versucht, sich in ein einjähriges Kind hinein zu versetzen und in der Folge dessen spürt, dass das Kind mit der beabsichtigten Vereinbarung nicht einverstanden sein wird. Im weiteren Verlauf der Mediationssitzung übernimmt er daher die Aufgabe, den beiden Parteien den Unterschied zwischen ihrer Perspektive und der des Kindes bewusst zu machen.

⁴⁵⁴ Jaede in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 130.

⁴⁵⁵ Vgl. dazu oben 3. Teil B. III. 2. Mediator, S. 80 ff. Auch die Ausbildungsordnung der BAFM für Mediation in Familienkonflikten erklärt die Vermittlung entwicklungspsychologischer Kenntnisse bei Kindern und Jugendlichen zum Lerninhalt einer Ausbildung für Familien-Mediation. Vgl. dazu Ausbildungsordnung der BAFM für Mediation in Familienkonflikten unter Punkt. IV. 3. (2), abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 349 ff.

⁴⁵⁶ Jaede in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 130. Vgl. auch Glenewinkel, S. 143, der zwar auch die Neutralität des Mediators in diesem Punkt als kritisch bewertet, aber darauf abstellt, dass letztendlich die Verantwortung für die zu treffenden Entscheidungen bei den Eltern liegt.

⁴⁵⁷ Vgl. auch Jaede in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 130.

⁴⁵⁸ Bono-Hörler, S. 58; Fischer in Henssler/Koch § 10, Rn. 117.

⁴⁵⁹ Fischer in Henssler/Koch § 10, Rn. 117; Glenewinkel, S. 144 m.w.Nachw.; Jaede in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 130 f.; kritisch Bono-Hörler, S. 58 f.

Der Mediator muss den individuellen psychischen Entwicklungsstand des Kindes sowie seine persönlichen Strategien im Umgang mit dem familialen Trennungsgeschehen berücksichtigen. Werden die Kinder aktiv am Verfahren beteiligt, besteht die Gefahr, dass sie in ihren Entwicklungsvoraussetzungen überschätzt und dementsprechend quasi als „kleine Erwachsene“ behandelt werden.⁴⁶⁰ Oftmals glauben Eltern auch, sie handeln im Interesse der Kinder, wenn sie ihnen die Entscheidung überlassen, wie die zukünftigen Kontakte mit den Eltern gestaltet werden. Dabei übersehen sie jedoch, dass sie die Kinder überfordern. Erleben die Kinder umgekehrt, dass die Eltern auch nach der Trennung als Paar noch gemeinsam Verantwortung für sie übernehmen, wirkt dies in der Regel äußerst entlastend. Das Mediationsverfahren muss daher so gestaltet werden, dass die Kinder wahrnehmen, beide Eltern werden ihnen als Eltern erhalten bleiben, selbst wenn sie kein Paar mehr sind.⁴⁶¹ Von besonderer Wichtigkeit ist daher, dass die von den Eltern zu treffenden Entscheidungen nicht an die Kinder delegiert werden, ihnen keine Verantwortung zugeschoben wird, welche sie in Loyalitätskonflikte mit dem jeweiligen Elternteil, gegen den sie sich entscheiden, bringen kann.⁴⁶² Auch nach den Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten soll Kindern und Jugendlichen „je nach Alter die Möglichkeit gegeben werden, sich am Prozess zu beteiligen“, wobei jedoch „die bei den Eltern liegende Verantwortung für die Entscheidung“ bei diesen verbleibt.⁴⁶³ Praktisch kommt dem Mediator danach die Aufgabe zu, genaue Beobachtungen über das Verhalten des Kindes und dessen Äußerungen anzustellen. Zudem muss er sich auf die speziellen kindlichen Bedürfnisse und Erlebensweisen des Kindes einstellen können.⁴⁶⁴

Welche Wirkungen die persönliche Einbeziehung des Kindes in das Mediationsverfahren hat, hängt mithin in hohem Maße von der Qualifikation des Mediators ab. Einfluss hat insbesondere die innere Haltung des Mediators gegenüber den beteiligten Familienmitgliedern.

⁴⁶⁰ Bono-Hörler, S. 58 f.; Jaede in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 130 f.

⁴⁶¹ Vgl. auch Weber, S. 74.

⁴⁶² Bono-Hörler, S. 58 f.; Fischer in Henssler/Koch § 10, Rn. 118 f. Vgl. auch Weber, S. 73.

⁴⁶³ Vgl. dazu Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten unter Punkt III. 3. Kinder und Jugendliche, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

⁴⁶⁴ Jaede in Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, S. 131 f. m.w.Nachw., der auf ein von Drapkin und Bienefeld ausgearbeitetes Konzept verweist, welches in Kalifornien zur Pflichtaufgabe in der Scheidungsmediation für Kinder ab drei Jahren gehört. Danach soll bei der Vorbereitung auf die Mediation das Kind über den Prozess und den Ablauf des Mediationsverfahrens informiert werden und mit ihm besprochen werden, wie die mit ihm erhobenen Daten und Beobachtungen verwertet werden. Im Anschluss daran werden bestimmte Fragetechniken und andere symbolische Techniken eingesetzt, um die Sicht- und Erlebnisweise des Kindes zu erfassen. Fragen wie zum Beispiel „Was könnten Deine Eltern tun, damit es Dir besser geht?“ dienen dazu, kindgerechte Lösungen zu erarbeiten, ohne das Kind selbst zum Entscheidungsträger zu machen. Dem Kind wird angeboten, über weitere belastende Erfahrungen oder Wünsche zu sprechen und es wird mit ihm geklärt, welche seiner Angaben Eingang in den Vermittlungsprozess mit den Eltern finden. Über die Ergebnisse des Vermittlungsprozesses mit den Eltern wird das Kind schließlich möglichst anschaulich informiert und es wird abgeschätzt, wie die Folgen und auch die Umsetzung für das Kind aussehen.

V. Phasen des Mediationsverfahrens

Der Ablauf eines Mediationsverfahrens unterliegt - im Gegensatz zum gerichtlichen Verfahren - keinen vorgegebenen Regeln. Dennoch lassen sich bestimmte, der Mediation eigene Phasen im Verfahren ausmachen, deren konkrete Ausgestaltung den Beteiligten - also den Konfliktparteien und dem Mediator - obliegt.

Regelmäßig durchläuft das Mediationsverfahren drei Stufen: die so genannte Vorphase, die eigentliche Mediationsphase und schließlich die Vollzugsphase.⁴⁶⁵ Wie eine detailliertere Unterteilung des Mediationsverfahrens vorzunehmen ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Insbesondere für die Mediation in Familienkonflikten werden fünf Phasen unterschieden, die im Folgenden dargestellt werden.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ Vgl. auch Glenewinkel, S. 98 ff.

⁴⁶⁶ Vertreten wird insbesondere für die Mediation in Familienkonflikten ein Fünf-Phasen-Modell, welches folgende Stufen kennt: 1. Abschluss eines Arbeitsbündnisses; 2. Erarbeitung der Themenbereiche und Bestandsaufnahme; 3. Bearbeitung der offenen Fragen und Konfliktfelder; 4. Einigung; 5. Rechtliche Gestaltung der Vereinbarung und Abschluss vgl. dazu Bono-Hörler, S. 74 ff.; Mähler/Mähler/Duss-von Werdt, S. 134 ff. Auch Diez/Krabbe in Krabbe, S. 112 schlagen für die Familienmediation ein fünfstufiges Verfahren vor und gliedern in 1. Vorbereitung und Abschluss eines Mediationskontraktes; 2. Zur Verhandlung anstehende Regelungspunkte; 3. Erweiterung und Umwandlung der Streitpunkte sowie Entwicklung neuer Optionen; 4. Vorbereitung und Entwurf der Mediationsvereinbarung; 5. Inkrafttreten der Vereinbarung, Durchführung und regelmäßige Überprüfung. Ebenso gliedert Duve in Henssler/Koch § 5 Rn. 34 in fünf Phasen: 1. Gespräch des Mediators mit den Beteiligten sowie Abschluss des Mediationsvertrages; 2. Klärung der Sach- und Rechtslage; 3. Erforschung der hinter den rechtlichen Positionen verborgenen persönlichen oder wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten und Eingrenzung der Probleme; 4. Problemlösung; 5. Einigung und rechtliche Gestaltung. Glenewinkel, S. 98 ff. unterscheidet zunächst zwischen Vorphase, dem Mediationsgespräch selbst und der Umsetzungsphase und gliedert das Mediationsgespräch nochmals in 1. Einleitung; 2. Sichtweise der einzelnen Konfliktparteien; 3. Konflikterhellung/Vertiefung; 4. Problemlösung/Entwurf von Lösungen; 5. Übereinkunft. Insbesondere für das Mediationsverfahren im Verwaltungsrecht wird demgegenüber ein vierstufiges Konzept vorgeschlagen: 1. Initiierungsphase; 2. Vorbereitungsphase; 3. Verhandlungsphase; 4. Umsetzungsphase, vgl. dazu Holznagel in Breidenbach/Henssler, S. 153 ff. Im Umweltrecht existiert ein dreistufiger Ansatz, der sich aus 1. Vorbereitungsphase; 2. Durchführungsphase; 3. Implementationsphase zusammensetzt, vgl. dazu Ramsauer in Breidenbach/Henssler, S. 167 ff. Eidenmüller in Henssler/Koch § 2 Rn. 58 ff. unterscheidet unterdessen sieben Schritte: 1. Einstieg in die Mediation; 2. Bestandsaufnahme; 3. Festlegen des Mediationsprozesses; 4. Erforschen der Interessen und Nichteinigungsalternativen; 5. Entwickeln von Lösungen; 6. Bewerten von Lösungen; 7. Detaillieren eines Lösungspaketes. Auch Proksch, Mediation - Vermittlung in familiären Konflikten, S. 26 ff. gliedert in sieben Stufen: 1. Einführung in die Mediation / Schaffung von Vertrauen / Vereinbarung zur Mediation; 2. Darstellung von Tatsachen, Fakten, Hintergründen, Erarbeiten der Streitfragen / Positionen / Interessen; 3. Erarbeiten von Prioritäten, Optionen und Alternativen; 4. Verhandlung und Entscheidung; 5. Festhalten der erzielten Vereinbarungen; 6. Rechtliche Überprüfung, Verfahrensbeendigung; 7. Vollzug der Vereinbarung, Überprüfung und Veränderung.

1. Abschluss eines Arbeitsbündnisses

In dieser Phase - der so genannten Vorphase - geht es darum, in einem ersten gemeinsamen Gespräch des Mediators mit den Eltern zu klären, ob Mediation als Konfliktbehandlungsmethode für alle Beteiligten - also sowohl die Konfliktparteien als auch den Mediator, in Betracht kommt. Ziel dieser Stufe ist die Erarbeitung eines Arbeitsbündnisses zwischen Mediator und Medianten.⁴⁶⁷

Dem Mediator kommt dabei die Aufgabe zu, den ersten Kontakt mit den Konfliktparteien zu gestalten und Eingangsinformationen zur Mediation zu geben. In dieser Stage wird der Mediator daher die Parteien über Grundbedingungen, Grenzen und Ziele der Mediation, seine Rolle als Mediator, die Rolle der Kinder, die Rolle der Rechtsanwälte als Informanten und Ratgeber zukünftiger Vereinbarungen, den Ablauf des Verfahrens sowie über die Regeln des Mediationsgesprächs unterrichten⁴⁶⁸ Darüber hinaus erteilt er Auskunft über die Rahmenbedingungen der Mediation - also beispielsweise Kosten, Dauer und Ort des Verfahrens sowie Schweigepflicht des Mediators und der Beteiligten.⁴⁶⁹ Daneben ist mit den Parteien zu klären, ob Mediation als Konfliktbehandlungsmethode im konkreten Fall geeignet ist. Insofern geht es sowohl darum, die Beweggründe der Parteien für die Wahl eines Mediationsverfahrens offen zu legen als auch die Eignung der Parteien für dieses Verfahren zu klären.⁴⁷⁰

Mediation in trennungsbedingten Sorgekonflikten findet meist in der Trennungsphase statt - das heißt zu einem Zeitpunkt, zu dem die Beziehungen der Eltern aufgrund der noch zeitlich nahen Trennung äußerst konfliktbehaftet sind.⁴⁷¹ Die Eltern sehen sich in dieser Phase ihrer Trennung oftmals nicht mehr - beziehungsweise noch nicht wieder - in der Lage, ohne Einschaltung eines Dritten miteinander zu kommunizieren. In dieser Situation ist es die Aufgabe des Mediators, zu klären, ob die Eltern eine reelle Chance haben, mittels Mediation zu einer fairen und stabilen Lösung im Hinblick auf die Regelung von Sorge- und Umgang für gemeinsame Kinder zu kommen.⁴⁷² Ist dies der Fall, so geht es im

⁴⁶⁷ Bono-Hörler, S. 74, die zwischen äußerem Ziel und innerem Ziel unterscheidet. Äußeres Ziel ist die Erarbeitung eines Arbeitsbündnisses zwischen Mediator und Medianten. Inneres Ziel soll sein, dass der Mediator beobachtet, in welcher Stufe der emotionalen Trennung das Paar sich befindet und welche persönlichen Blockierungen vorhanden sind, die die Verhandlungen behindern könnten.

⁴⁶⁸ Diez/Krabbe, S. 113 mit Fallbeispiel.

⁴⁶⁹ Mähler/Mähler/Duss-von Werdt, S. 129.

⁴⁷⁰ Vgl. dazu im Einzelnen Diez/Krabbe, S. 114 ff.

⁴⁷¹ Vgl. zu den unterschiedlichen Phasen der familialen Trennung oben 1. Teil B.

II. Phasen des Trennungsprozesses, S. 24 ff.

⁴⁷² Glenewinkel, S. 130; Mähler/Mähler in Breidenbach/Henssler, S. 28 sprechen von „Eignungsgrenzen“ der Mediation. Fischer in Henssler/Koch § 10, Rn. 25 f. nennt als Punkte, die aus der Sicht des Mediators zwischen den Eltern und dem Mediator beim ersten Kontakt zu klären sind: die Erwartungen und Motive beider Partner für Mediation, den Umgang des Paares mit dem Konflikt, die Umstände der Trennung sowie die Klärung der in familienrechtlichen Fällen notwendigen Eckdaten. Aus der Sicht der Konfliktparteien soll der Mediator Auskunft geben über: Mediation und alternative Konfliktlösungsmodelle, Ziel und Verlauf des Mediationsverfahrens, Kosten

sich anschließenden Mediationsprozess in erster Linie um die Wiederherstellung und Aufrechterhaltung der Kommunikation zwischen den Eltern, um diese zu einer eigenständigen Konfliktbehandlung zu befähigen.

Kommen die Parteien mit dem Mediator darin überein, ein Mediationsverfahren durchzuführen, wird diese Phase durch den Abschluss einer Mediationsvereinbarung beendet.⁴⁷³

2. Erarbeitung der Konfliktfelder und Bestandsaufnahme

Die Mediationsphase beginnt mit einer Bestandsaufnahme hinsichtlich der konkreten Konfliktsituation. Den Parteien wird dazu zunächst Gelegenheit gegeben, ihre eigene Wirklichkeit des Konfliktes darzustellen, wobei sowohl die inhaltliche Seite als auch der Beziehungsaspekt von den Parteien zu erörtern ist.⁴⁷⁴ Inhaltlich geht es darum, die Streitthemen herauszuarbeiten und zu klären, was die Beteiligten voneinander beanspruchen - also welche Positionen sie einnehmen.⁴⁷⁵ Im Hinblick auf die Beziehungsebene soll herausgearbeitet werden, welche Gefühle im Zusammenhang mit dem Konflikt bei den Parteien existieren.⁴⁷⁶ Ziel dieser Bestandsaufnahme ist es, die jeweiligen Positionen und Interessen zu ermitteln sowie sämtliche relevanten Verhandlungspunkte aufzudecken, zu sammeln und als brauchbare Streitpunkte zu formulieren.⁴⁷⁷

Meist kreisen die im Rahmen einer Scheidungsmediation zu regelnden Punkte um die Themen Unterhalt, Sorge- und Umgangsrecht für gemeinsame Kinder, die Aufteilung von Eigentum wie zum Beispiel Hausgrundstück oder Auto sowie die Tilgung von Schulden. Diese Streitfragen sind von den Beteiligten in eine individuelle Rangliste zu bringen.⁴⁷⁸ Im Weiteren verhandelt der Mediator mit beiden über die Reihenfolge der Behandlung der strittigen Punkte, lässt sie mit einem gemeinsam festgelegten Thema beginnen und alle Punkte nacheinander miteinander erörtern. Um möglichst alle relevanten Fakten zu erforschen, unterstützt er die Parteien darin, alle entscheidungserheblichen Tatsachen - wie beispielsweise feste und flexible Kosten des Haushaltes, Einkommen, Vermögen und Schulden - zu sammeln und offen zu legen.⁴⁷⁹ Das Datenmaterial geht der Mediator dann mit den Parteien durch und

der Mediation, den Stil des Mediators sowie die Frage, ob die Parteien mit dem Mediator arbeiten können und wollen.

⁴⁷³ Vgl. zum Muster eines Mediationsvertrages Koch in Henssler/Koch § 8 Anlage I; Krabbe, S. 275 f.

⁴⁷⁴ Glenewinkel, S. 100.

⁴⁷⁵ Vgl. zur Definition von Positionen oben 3. Teil B. II. 3. Interessengerechte und zukunftsorientierte Konfliktbehandlung, S. 76 ff.

⁴⁷⁶ Eidenmüller in Henssler/Koch § 2 Rn. 62.

⁴⁷⁷ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 118; Proksch, Mediation - Vermittlung in familiären Konflikten, S. 27.

⁴⁷⁸ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 118 mit Fallbeispiel, die berichten, dass oftmals die unsicheren Themen an erster Stelle genannt werden. Für Frauen sind dies häufig finanzielle Fragen, den Männern geht es in erster Linie um die Kinder.

⁴⁷⁹ Bono-Hörler, S. 77; Diez/Krabbe in Krabbe, S. 120 f.

klärt, zu welchen Punkten offene oder versteckte Konflikte bestehen. Die Aufdeckung der tieferliegenden Konflikte und unterschiedlichen Sichtweisen der Parteien soll dazu beitragen, aus dem Rohmaterial der gesammelten Daten und Streitigkeiten brauchbare Streitpunkte für die anstehenden Verhandlungen zu entwickeln.⁴⁸⁰ Abgeschlossen wird diese Phase durch die Zusammenfassung und Neuformulierung der Konfliktpunkte in handhabbare Streitpunkte.⁴⁸¹

3. Bearbeitung der Konfliktfelder

In dieser Stage ist zu erarbeiten, wie die Parteien „das erreichen können, was sie erreichen wollen“.⁴⁸² Dazu sollen die Konfliktpartner zunächst ihren Standpunkt zu den aufgeworfenen Streitpunkten darstellen und anschließend mithilfe des Mediators neue Optionen zur Lösung dieser Streitfragen entwickeln.⁴⁸³ Diese Stufe des Mediationsverfahrens dient der Erarbeitung von Prioritäten der Interessen, der Darstellung realistischer Optionen sowie der Entwicklung von Alternativen, um so die strittigen Themen in Verhandlungen aufzulösen.⁴⁸⁴

Der Mediator bedient sich hierbei unterschiedlichster Interventionstechniken. Angewandt werden Verfahren aus der systemischen Familientherapie wie die zukunftsorientierte Fragetechnik⁴⁸⁵ sowie Konzepte, die eine Verdeutlichung von lösungshemmenden Streitmustern zum Inhalt haben.⁴⁸⁶

Für den elterlichen Sorgekonflikt kann dies praktisch bedeuten, dass die Frage, wer die elterliche Sorge über gemeinsame Kinder bekommt, in die Frage, wie die Eltern es sicherstellen können, dass beide qualitativ und quantitativ Zeit mit den Kindern verbringen können, transformiert wird.⁴⁸⁷ Inhaltlich kann die Sorgeproblematik aus der zunächst absolut gestellten Frage, wer das Sorgerecht für gemeinsame Kinder erhält, in einzelne Teilaspekte umgewandelt werden. Als solche kommen dann in Betracht: die Regelung des Lebensmittelpunktes der Kinder, die konkrete Gestaltung des Kontaktes während der Schulzeit, in den Ferien, an Geburtstagen, an Feiertagen, Absprachen für den Fall, dass die Kinder krank werden, Kindesunterhalt, Kontakt zu beiden Verwandtschaften, Kontakt zu neuen Partnern der Eltern, Taschengeld, der Verbleib der Kinderzimmer-Möbel, Absprachen zur schulischen Ausbildung, Eintragungen auf den jeweiligen Steuerkarten, Regelung der Krankenversicherung, medizinische und religiöse Entscheidungen sowie der Umgang mit zukünftig auftretenden Konflikten

⁴⁸⁰ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 123.

⁴⁸¹ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 123 mit Fallbeispiel.

⁴⁸² Diez/Krabbe in Krabbe, S. 124.

⁴⁸³ Bono-Hörler, S. 78 f.; Diez/Krabbe in Krabbe, S. 124 f.

⁴⁸⁴ Proksch, *Mediation - Vermittlung in familiären Konflikten*, S. 27.

⁴⁸⁵ Bono-Hörler, S. 78; Proksch, *Mediation - Vermittlung in familiären Konflikten*, S. 27. Vgl. zur in der systemischen Familientherapie angewandten Fragetechnik Schweitzer/Schlippe, S. 137 ff.; Tomm, S. 197 ff.; Willms-Faß/Symalla, S. 117 ff. mit Beispielen.

⁴⁸⁶ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 124 f.

⁴⁸⁷ Bono-Hörler, S. 78 f.

und Schwierigkeiten.⁴⁸⁸ Beendet ist diese Stage, sobald alle denkbaren Optionen und Alternativen erarbeitet und Prioritäten festgehalten worden sind.⁴⁸⁹

4. Einigung

In dieser vierten Stufe werden die vorhandenen Optionen in ihren Auswirkungen nochmals überprüft, wobei eventuell fachkundige Dritte wie Anwälte, Steuer- und Rentenberater, Immobilien- und Bankfachleute sowie pädagogisch-psychologische Berater hinzugezogen werden können. In einem weiteren Schritt geht es dann darum, die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten zu den unterschiedlichen Konfliktthemen zu inspizieren, mit dem Ziel, eine gemeinsam getragene Vereinbarung zu treffen.⁴⁹⁰ Derartige Verhandlungsergebnisse entwickeln sich in der Praxis oftmals als Kompromiss aus kalkulierten Zugeständnissen beider Seiten, die auf Einschätzungen über Verhandlungsgrenzen der jeweils anderen Seite basieren.⁴⁹¹

Wurde in allen Streitpunkten ein Verhandlungsergebnis erzielt, ist nun zu regeln, wie die Vereinbarung sowohl formal als auch praktisch umzusetzen ist. Die Parteien müssen mithilfe des Mediators klären, wer die Übereinkunft formulieren soll, wie das weitere rechtlich bindende Verfahren gestaltet werden soll, welche Laufzeit die getroffene Vereinbarung hat, ob und welche Möglichkeiten für spätere Abänderungswünsche vorgesehen werden sollen, ob und welche Lösungswege für mögliche, zukünftige Konflikte vereinbart werden sollen und ob zukünftig regelmäßige Elterngespräche stattfinden sollen, um die die Kinder betreffenden Angelegenheiten zu besprechen.⁴⁹²

Bevor diese Phase zum Abschluss kommt, ist darüber hinaus sicherzustellen, dass die Beteiligten in der Lage sind, eigenverantwortlich die von ihnen gewünschte Entscheidung zu treffen. Ist eine Partei dazu (noch) nicht in der Lage, ist die Sitzung zu unterbrechen oder auszusetzen. Die Beendigung dieser Stage setzt also entweder voraus, dass die Parteien eine einvernehmliche Entscheidung getroffen haben, zu der sie beide gleichermaßen stehen können oder dass feststeht, dass eine Weiterführung der Mediation zur Zeit nicht (mehr) angezeigt ist.⁴⁹³

Abgeschlossen wird die Phase mit einer schriftlichen Fixierung der Vereinbarung meist in Form eines Protokolls, welches dazu dient, die zuvor getroffenen Entscheidungen endgültig abzusichern.⁴⁹⁴

⁴⁸⁸ Vgl. dazu Krabbe/Diez, S. 45 (47 f.).

⁴⁸⁹ Proksch, Mediation - Vermittlung in familiären Konflikten, S. 27.

⁴⁹⁰ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 126 f.

⁴⁹¹ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 127 f.

⁴⁹² Vgl. auch Diez/Krabbe in Krabbe, S. 128.

⁴⁹³ Proksch, Mediation - Vermittlung in familiären Konflikten, S. 28.

⁴⁹⁴ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 129; Proksch, Mediation - Vermittlung in familiären Konflikten, S. 28. Vgl. zu einem Fallbeispiel mit Mediationsvereinbarung sowie Elternvereinbarung Krabbe/Diez, S. 45 (46 ff.).

5. Rechtliche Gestaltung der Vereinbarung und Abschluss

Die letzte Phase beginnt damit, dass das seitens der Parteien erarbeitete Protokoll in eine rechtlich verbindliche Form gebracht wird.⁴⁹⁵ Die rechtliche Überprüfung der getroffenen Vereinbarungen durch jeweils eigene Rechtsanwälte ist dabei grundsätzlich angebracht, um Unsicherheiten auszuräumen oder aber eine Klärung nachträglich erkannter Unstimmigkeiten zu ermöglichen. In einem weiteren und letzten Schritt können die Parteien dann damit beginnen, die selbstentworfenen Vereinbarungen zu praktizieren. In dieser so genannten Vollzugsphase „erleben“ die Beteiligten nunmehr ihre Vereinbarung. Wenn nach Einschätzung beider Parteien genügend Zeit verstrichen ist, die Mediationsvereinbarung im alltäglichen Leben zu erproben und umzusetzen, kann nochmals zusammen mit dem Mediator ein gemeinsamer Rückblick über die zurückliegenden Erfahrungen stattfinden.⁴⁹⁶ Mit dem Ende der Mediation einhergehen soll der Beginn eines neuen Lebensabschnittes der Parteien: sie sollen ihre Trennung als Paar vollzogen haben und gleichzeitig als Elternteilpaar in neu ausgehandelten Verpflichtungen verbunden bleiben.

⁴⁹⁵ Bono-Hörler, S. 81 f.; Diez/Krabbe in Krabbe, S. 129; Proksch, Mediation - Vermittlung in familiären Konflikten, S. 28, der diesen Arbeitsschritt als sechste Stufe bezeichnet. Vgl. dazu auch unten 3. Teil

C. Die Rolle des Rechts in der Mediation, S. 100 ff.

⁴⁹⁶ Diez/Krabbe in Krabbe, S. 130, die zudem meinen, der Mediator solle in dieser Phase ausdrücklich gegenüber den Parteien feststellen, dass er nicht weiter für die Parteien verantwortlich ist. Diese Formulierung erscheint zumindest missverständlich, da es gerade die Funktion des Mediators verlangt, zu keinem Zeitpunkt der Verhandlungen die Verantwortung der Parteien für den Konfliktbehandlungsprozess zu übernehmen.

C. Die Rolle des Rechts in der Mediation

Ziel der Behandlung des Sorgekonfliktes im Rahmen des Mediationsverfahrens ist es, eine zukunftsorientierte und interessengerechte Vereinbarung zu entwickeln, die eine Erhaltung der elterlichen Beziehungen zu den gemeinsamen Kindern fördert.⁴⁹⁷ Neben den seitens der Eltern aushandelbaren individuellen Vereinbarungen existieren jedoch auch gesetzliche Vorschriften zur Behandlung des Sorgekonfliktes wie zum Beispiel § 1671 oder § 1672 BGB. Das Recht stellt mithin einen möglichen Bezugspunkt bei der Behandlung des Sorgekonfliktes dar.

Im Folgenden ist daher zu klären, in welchem Verhältnis das Gesetzesrecht zu den im Rahmen einer Mediation getroffenen Vereinbarungen steht und welche Funktion ihm in der Mediation zukommt. Da die Eltern regelmäßig nicht die notwendige Kenntnis über die gesetzlichen Vorschriften und rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten besitzen, ist weiter zu erörtern, durch wen und zu welchem Zeitpunkt eine rechtliche Beratung der Eltern im Rahmen des Mediationsverfahrens erfolgen kann.

I. Mediation als Möglichkeit der partei- und privatautonomen Rechtsgestaltung

Beabsichtigen die Parteien eine eigenverantwortliche Behandlung ihres Konfliktes, haben sie die Möglichkeit, sich entweder im Rahmen der gesetzlichen Grenzen ihr eigenes Recht zu schaffen oder aber auf die gesetzlichen Regelungsmodelle beispielsweise im Hinblick auf die elterliche Sorge zurückzugreifen.⁴⁹⁸ Um eine bewusste Entscheidung zu treffen, ob und inwieweit sie ihr eigenes Recht setzen oder sich an den gesetzlichen Vorschriften orientieren wollen, müssen die Parteien über die jeweiligen gesetzlichen Regelungen informiert sein. Zudem ist erforderlich, dass sie Kenntnis darüber haben, welche gesetzlichen Regelungen zwingendes Recht darstellen. Mediation findet mithin nicht im rechtsfreien Raum statt,⁴⁹⁹ sondern vielmehr im „Schatten des Rechts“.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ Vgl. dazu oben 3. Teil C. II. Grundlagen und Ziele, S. 75 ff.

⁴⁹⁸ Vgl. auch Hohmann/Morawe, S. 83.

⁴⁹⁹ Vgl. dazu ausführlich Haffke in Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 65 ff.; Hammerbacher, S. 180.

⁵⁰⁰ Diese Formulierung wird von vielen Autoren gewählt und geht auf einen Aufsatz von Mnookin und Kornhauser mit der Überschrift „Bargaining in the shadow of law: The Case of Divorce“ in The Yale Law Journal 1979, S. 950 - 997 zurück. Die Autoren formulieren zum Verhältnis von Recht und Verhandlungen in familialen Scheidungskonflikten wie folgt: „Divorcing parents do not bargain over the division of family wealth and custodial prerogatives in a vacuum; they bargain in the shadow of law. In other words, the outcome that the law will impose if no agreement is reached gives each parent certain bargaining chips - an endowment of sorts.“ (Mnookin/Kornhauser in: The Yale Law Journal 1979, S. 950 (968)). Vgl. u.a. Breidenbach, S. 187; Duve in Henssler/Koch § 5 Rn. 42; Glenewinkel, S. 196; Röhl, S. 476.

Den rechtlichen Ausgangspunkt für die Parteien, Konflikte eigenverantwortlich zu behandeln und entsprechende Vereinbarungen im „Schatten des Rechts“ zu entwickeln, bildet die Privatautonomie - also das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen.⁵⁰¹ Die Privatautonomie beruht auf dem Grundsatz der Selbstbestimmung und wird zumindest in ihrem Kern durch Art. 1 und Art. 2 GG geschützt.⁵⁰² Aus ihr fließt das Recht des Einzelnen, im Rahmen der Rechtsordnung eigenverantwortlich Regelungen zu treffen.⁵⁰³ Wenn also die Parteien ihren Konflikt durch eigenständig entwickelte Regelungen behandeln, nutzen sie die von dem Grundgesetz gewährte Freiheit. Diese Art der Vertragsfreiheit gibt den Parteien sowohl die Entscheidungsfreiheit, einen Vertrag abzuschließen oder auch nicht, als auch die Freiheit, den Inhalt des Vertrages selbst zu gestalten.⁵⁰⁴ Dies beinhaltet sowohl Chancen als auch Risiken: Einerseits bietet sich die Chance, vorteilhafte Regelungen, die auf die individuellen Interessen der Parteien zugeschnitten sind, zu treffen. Andererseits besteht jedoch auch die Gefahr, dass nachteilige oder aber für eine Partei unfaire Ergebnisse ausgehandelt werden.⁵⁰⁵

Wählen Eltern zur Behandlung des Sorgekonfliktes ein Mediationsverfahren, stellt das Gesetzesrecht mithin lediglich eine von mehreren Möglichkeiten einer eigenständig entwickelten privatautonomen Rechtsgestaltung dar.⁵⁰⁶ Die Parteien streiten im Mediationsverfahren also nicht um das Recht, sondern um die rechtliche Gestaltung der von ihnen entwickelten Vereinbarungen zur Behandlung des Sorgekonfliktes.⁵⁰⁷ Grenzen der partei- und privatautonomen Rechtsgestaltung finden sich dann „lediglich“ im zwingenden Recht. Entscheiden sie sich demgegenüber für ein gerichtliches Verfahren, streiten sie darum, wer Recht bekommt.

⁵⁰¹ Brox, Rn. 24 u. 73.

⁵⁰² BVerfGE 81, 242 (254); Breidenbach, S. 204; ausführlich Glenewinkel, S. 198 ff.; Palandt-Heinrichs Überbl. vor § 104 Rn. 1.

⁵⁰³ Palandt-Heinrichs Überbl. vor § 104 Rn. 1.

⁵⁰⁴ Breidenbach, S. 204.

⁵⁰⁵ Breidenbach, S. 203; Glenewinkel, S. 198 f.

⁵⁰⁶ Vgl. auch Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 53, die in der Mediation einen „rechtsschöpferischen Vorgang des Verhandeln und Gestaltens“ sehen. Dabei ist jedoch „nicht das Gesetz, sondern der interessen geleitete Gestaltungswille der Parteien die richtungsweisende Leitlinie.“

⁵⁰⁷ Vgl. dazu auch Glenewinkel, S. 194 der dem Rechtsstreit den Regelungsstreit gegenüberstellt. Der Begriff Regelungsstreit erscheint jedoch zumindest missverständlich, da die Parteien nicht um die zu treffenden Regelungen an sich streiten, sondern vielmehr eine rechtlich verbindliche Gestaltung der ausgehandelten Vereinbarungen erreichen wollen.

II. Funktionen des materiellen Rechts in der Mediation

Stellt das geschriebene Recht lediglich eine unter mehreren Möglichkeiten dar, eine parteiintern entwickelte Vereinbarung rechtsverbindlich zu gestalten, werden dem Gesetzesrecht andere Funktionen als im gerichtlichen Verfahren zugewiesen.⁵⁰⁸

Das Gesetzesrecht hat im Rahmen des Mediationsverfahrens zunächst die Funktion, die Grenzen der Vertragsgestaltung zu umreißen, denn der Vertrag darf nicht gegen zwingendes Recht oder die guten Sitten verstoßen.⁵⁰⁹ Weiter eröffnet es die Quelle zur Vorteilsgewinnung zugunsten beider Parteien. Dies kann etwa durch die Inanspruchnahme gesetzlich eröffneter Möglichkeiten durch beide Parteien erfolgen. So können beispielsweise die Vorteile des Realsplittings bei Ehegattenunterhaltszahlungen ausgeschöpft werden oder aber öffentliche Gelder wie die Zahlungen durch das Arbeitsamt für Umschulungsmaßnahmen in Anspruch genommen werden.⁵¹⁰ Das Recht stellt zudem bestimmte Rechtsfiguren bereit, die es den Parteien ermöglichen, ihre erzielten Lösungen rechtlich umzusetzen. Es dient so der Vertragsgestaltung, wenn zum Beispiel Wohneigentum übertragen werden soll oder Nießbrauchrechte eingeräumt werden.⁵¹¹

Die wichtigste Funktion des Rechts liegt indessen in der Fairnesskontrolle.⁵¹² Da die Parteien die gesetzlichen Vorschriften nicht unreflektiert übernehmen, müssen sie etwaige Abweichungen, die sich aus der Perspektive des Rechts als für sie nachteilig darstellen könnten, begründen. Umgekehrt bietet das Recht den Parteien die Möglichkeit, ihre individuellen Gerechtigkeitsmaßstäbe, die sich aus den konkret ausgehandelten Vereinbarungen ergeben, anhand der gesetzlichen Vorschriften zu hinterfra-

⁵⁰⁸ Vgl. dazu Bono-Hörler, S. 134 f.; ausführlich Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 53 f. Vgl. dazu auch die Richtlinien der BAFM unter Punkt IV. Die Bedeutung des Rechts, der Psychologie und der Sozialwissenschaften in der Mediation, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

⁵⁰⁹ Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 53. Vgl. auch die Richtlinien der BAFM unter Punkt IV. Die Bedeutung des Rechts, der Psychologie und der Sozialwissenschaften in der Mediation, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff., die insoweit von einer „Festlegung der Zulässigkeitsgrenzen für die Vereinbarung“ sprechen.

⁵¹⁰ Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 53. Vgl. dazu auch die Richtlinien der BAFM unter Punkt IV. Die Bedeutung des Rechts, der Psychologie und der Sozialwissenschaften in der Mediation, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff., nach denen das Recht auch „zur Ausschöpfung der rechtlichen Möglichkeiten zum Vorteil aller Familienmitglieder“ dient.

⁵¹¹ Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 53. Vgl. dazu auch die Richtlinien der BAFM unter Punkt IV. Die Bedeutung des Rechts, der Psychologie und der Sozialwissenschaften in der Mediation, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff., wonach das Recht zur Gestaltung der Vereinbarung durch eine differenzierte Nutzung der Rechtsfiguren und vertragstypischen Regelungen dient.

⁵¹² So auch die Richtlinien der BAFM unter Punkt IV. Die Bedeutung des Rechts, der Psychologie und der Sozialwissenschaften in der Mediation, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

gen.⁵¹³ Darüber hinaus können die in den Gesetzen vorgegebenen Konfliktbehandlungsmöglichkeiten den Parteien auch als Orientierungshilfe bei der individuellen Konfliktbehandlung dienen.⁵¹⁴ Allerdings besteht hier die Gefahr, dass eine zunächst gegebene Bereitschaft der Parteien, eigenständig Lösungen zu entwickeln, abnimmt und die gesetzlichen Regelungen zur Grenze des eigenen Verhandlungsspielraumes erklärt werden.⁵¹⁵ Oftmals weisen die Parteien eines Mediationsverfahrens dann darauf hin, dass sie nicht mehr und nicht weniger wollen, als ihnen von Gesetzes wegen zustehe.⁵¹⁶ Zudem hat das Gesetzesrecht die Funktion einer Stärkung der schwächeren Partei, indem die Berufung auf das Recht der eher zur Anpassung neigenden Konfliktpartei helfen kann, ihre Interessen zu behaupten. Die Bedeutung des Rechts liegt insoweit darin, die Einzelinteressen der Konfliktparteien zu aktivieren.⁵¹⁷

Schließlich dient das Recht dem Rechtsfrieden.⁵¹⁸ Ohne die Einbeziehung des Rechts in das Mediationsverfahren bestünde die Gefahr, dass Vereinbarungen quasi blind getroffen werden. Würde dann ein Konfliktpartner im Nachhinein erfahren, dass er - ohne eine bewusste Entscheidung - auf rechtlich gesicherte Ansprüche verzichtet hätte, könnte die gesamte Vereinbarung in Frage gestellt werden.

Die Einbeziehung des Rechts in das konkrete Mediationsverfahren stellt sich mithin als vielschichtig dar. Neben einer eher indirekten Wirkung des Gesetzesrechts, die ihm insoweit zukommt als es den Rahmen möglicher Vereinbarungen aufzeigt, ergibt sich auch die Möglichkeit einer direkten Einflussnahme auf die zu treffende Vereinbarung, indem sich die Parteien bewusst für gesetzlich vorgegebene Lösungsmöglichkeiten des Konfliktes entscheiden.

⁵¹³ So Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 54.

⁵¹⁴ Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 54. So auch die Richtlinien der BAFM unter Punkt IV. Die Bedeutung des Rechts, der Psychologie und der Sozialwissenschaften in der Mediation, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff., nach denen das Recht auch die Funktion hat, die Vereinbarung „durch eine differenzierte Nutzung der Rechtsfiguren und vertragstypischen Regelungen“ zu gestalten.

⁵¹⁵ Vgl. auch Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 55.

⁵¹⁶ Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 54.

⁵¹⁷ Vgl. dazu auch die Richtlinien der BAFM unter Punkt IV. Die Bedeutung des Rechts, der Psychologie und der Sozialwissenschaften in der Mediation, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff., nach denen das Recht „der Aktivierung der Einzelinteressen“ dient.

⁵¹⁸ Bono-Hörler, S. 136 m.w.Nachw.

III. Einführung des Gesetzesrechts in das konkrete Mediationsverfahren

Die mit der Einführung des Gesetzesrechtes in das konkrete Mediationsverfahren verbundene Problematik liegt maßgeblich in zwei Punkten: durch wen und zu welchem Zeitpunkt die Information erfolgen soll.

1. Beratung durch Rechtsanwälte als Rechtsaufklärung

Fraglich ist zunächst, wer die erforderliche Rechtsberatung geben kann.⁵¹⁹ Nach § 1 des Rechtsberatungsgesetzes gilt abgesehen von den in § 3 genannten Ausnahmen, dass nur Rechtsanwälte Rechtsberatung erteilen dürfen.⁵²⁰ Unabhängig davon stellt sich jedoch die Frage, ob nur der einseitig beratende Anwalt (so genannter *Beratungsanwalt*)⁵²¹ oder aber auch ein Mediator, der zugleich Anwalt ist (so genannter *Anwaltsmediator*)⁵²² über das Recht informieren darf. Überwiegend wird vertreten, dass zumindest eine überprüfende einseitige anwaltschaftliche Beratung der Parteien durch *Beratungsanwälte* unerlässlich ist.⁵²³ Demgegenüber gestatten die Richtlinien der BAFM eine offenere Handhabung. Danach „wirkt“ der *Anwaltsmediator* lediglich „darauf hin“, dass die Vereinbarung erst nach parteilicher Rechtsberatung Verbindlichkeit erlangt.⁵²⁴ In der Praxis folgen die Parteien einem dementsprechenden Hinweis seitens des Mediators zur Konsultation eines *Beratungsanwaltes* allerdings oftmals nicht, da sie fürchten, dass die Übereinkunft durch die Empfehlungen eines parteilichen Beraters wieder ins Wanken geraten könne.⁵²⁵

Die rechtliche Beratung im Rahmen eines Mediationsverfahrens zeigt zudem einen anderen Schwerpunkt als die Tätigkeit eines Anwaltes im herkömmlichen Sinne. Während das Ziel der Anwaltstätigkeit primär in der Prognose im Hinblick auf einen etwaigen Rechtsstreit oder einer Vertretung vor Gericht liegt, ist die Tätigkeit als *Beratungsanwalt* im Mediationsverfahren darauf gerichtet, eine zukunftsorientierte rechtlich haltbare Vereinbarung zu kreieren.⁵²⁶ Rechtsberatung in der Mediation

⁵¹⁹ Vgl. zur Beratung als Konfliktbehandlungsmethode allgemein 2. Teil B. II. 3. Dreiseitige Konfliktbehandlung, S. 58 ff.

⁵²⁰ Vgl. zur Zulässigkeit nicht-anwaltlicher Mediation im Hinblick auf das Rechtsberatungsgesetz Hammerbacher, S. 77 ff.; Henssler in Henssler/Koch § 3 Rn. 56 ff.; Sievers, S. 236 ff.

⁵²¹ Mähler/Mähler in Büchting/Heussen, C 8 Rn. 60 ff.

⁵²² Vgl. dazu auch Mähler/Mähler in Büchting/Heussen, C 8 Rn. 56 ff.

⁵²³ Bono-Hörler, S. 140 m.w.Nachw. in Fn. 502; Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 57. Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 67 berichtet jedoch, dass *Anwaltsmediatoren* eine Empfehlung, sich auch parteilich beraten zu lassen, nicht immer aussprechen.

⁵²⁴ Vgl. auch die Richtlinien der BAFM unter Punkt V. Das Zusammenwirken der Disziplinen im Mediationsprozess, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

⁵²⁵ Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 67.

⁵²⁶ Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 57.

bedeutet daher in erster Linie Rechts-Aufklärung.⁵²⁷ Insofern unterscheidet sich die Tätigkeit des Beratungsanwaltes nicht von der eines Anwaltes, der rechtsgestaltend tätig ist. Im Rahmen der rechtlichen Beratung soll geklärt werden, welche Vor- und Nachteile die im Mediationsverfahren gefundenen Vereinbarungen im Verhältnis zum Auslegungsspektrum des materiellen Rechtes und eines alternativ anzustrengenden gerichtlichen Verfahrens haben.⁵²⁸ Ist Ziel der Mediation (auch) die Behandlung des Sorgekonfliktes, kommt den Beratungsanwälten die Aufgabe zu, die gefundenen sorgerechtlichen Vereinbarungen auf die ebenfalls zu regelnden versorgungsrechtlichen Elemente wie beispielsweise Kindes- und Ehegattenunterhalt, die Hausratsaufteilung sowie die Vermögensauseinandersetzung abzustimmen.

Notwendige Voraussetzung für eine „lediglich“ beratende Tätigkeit des hinzugezogenen Anwaltes ist damit, dass der Anwalt ein entsprechendes Selbstverständnis im Hinblick auf seine Tätigkeit im Mediationsverfahren hat. Dem Beratungsanwalt müssen also Ziele, Wesensmerkmale und der Ablauf eines Mediationsverfahrens bekannt sein und er muss sich vor diesem Hintergrund in seine Rolle als Beratungsanwalt einfinden können. Versteht sich der Beratungsanwalt demgegenüber als Prozessvertreter im herkömmlichen Sinne, besteht die Gefahr, dass der Beratungsanwalt seine Kompetenzen überschreitet und infolgedessen das Mediationsverfahren zu scheitern droht.

2. Zeitpunkt der rechtlichen Beratung

Als schwierig erweist sich weiter, zu welchem Zeitpunkt die gesetzlichen Vorschriften in die Mediation eingebracht werden sollen. In der Praxis wird diese Frage uneinheitlich beantwortet: Zum Teil wird vertreten, dass sich die Konfliktparteien von Beginn der Mediation an über die Rechtslage durch Beratungsanwälte informieren lassen sollten, andere halten die Hinzuziehung eines Anwaltes erst in der Abschlussphase für erforderlich. Auch in den Richtlinien der BAFM finden sich keine eindeutigen Handlungsanweisungen: Für den Fall, dass der Mediator nicht selbst zur Rechtsberatung befugt ist, hat danach die Beratung durch die Anwälte der Parteien „rechtzeitig“ zu geschehen. Erfolgt die Mediation durch einen Anwaltsmediator, hat dieser „lediglich“ darauf hinzuwirken, dass die Vereinbarung erst nach parteilicher Rechtsberatung Verbindlichkeit erlangt.⁵²⁹

Findet eine Information über die Gesetzeslage in einer der ersten Phasen des Mediationsprozesses statt,⁵³⁰ birgt dies die Gefahr in sich, eine Regelung zu programmieren, die sich zu sehr am Gesetz orientiert. Denn oftmals steht hinter der Frage der Konfliktparteien nach den gesetzlichen Vorschriften

⁵²⁷ Mähler/Mähler in Büchting/Heussen, C 8 Rn. 54 a.

⁵²⁸ Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 57.

⁵²⁹ Vgl. dazu die Richtlinien der BAFM unter Punkt V. Das Zusammenwirken der Disziplinen im Mediationsprozess, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

⁵³⁰ Vgl. zu den fünf Verfahrensschritten der Familienmediation oben 3. Teil C. V. Phasen des Mediationsverfahrens, S. 94 ff.

die irrije Vorstellung, dass das Gesetz ihnen weitgehend vorschreibe, was sie zu vereinbaren hätten und dass ihre Vereinbarung seitens des Gerichtes oder eines Anwaltes genehmigt werden müsse.⁵³¹ Umgekehrt wird jedoch im Interesse der Parteien auch davon abgeraten, die notwendigen Informationen über Gesetz und Rechtsprechung zu lange hinauszuzögern, da dies zur Folge haben könnte, dass die juristischen Fragen zum Mittelpunkt der Verhandlungen werden und so eine der Mediation nicht angemessene Aufwertung erfahren würden.⁵³² Bereits erzielte Verhandlungsergebnisse könnten so wieder zu Fall gebracht werden, was im Extremfall dazu führen kann, dass die Parteien entweder nochmals sämtliche Mediationsphasen durchlaufen müssten oder aber das Verfahren abbrechen.⁵³³

Wird die Frage nach dem richtigen Zeitpunkt zur Einführung des Rechts in Zusammenhang mit einem der Ziele der Mediation - der Förderung der Eigenverantwortung⁵³⁴ - gebracht, ergibt sich, dass auch diese Entscheidung durch eine gemeinsame Bestimmung der Konfliktparteien erfolgen sollte. Aus verfahrensimmanenten Überlegungen kann die Bezugnahme auf das Gesetzesrecht dann frühestens nach Erörterung des Sachverhaltes⁵³⁵ und spätestens vor Vertragsabschluss erfolgen.⁵³⁶

⁵³¹ Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 59.

⁵³² Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 61.

⁵³³ Ähnlich Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 61.

⁵³⁴ Vgl. dazu oben 3. Teil C. II. Grundlagen und Ziele. S. 75 ff.

⁵³⁵ Fischer in Henssler/Koch § 10 Rn. 62 berichtet aus ihrer Praxis, dass Informationen zur Rechtslage oftmals bereits nach der Sachverhaltsfeststellung erfolgen.

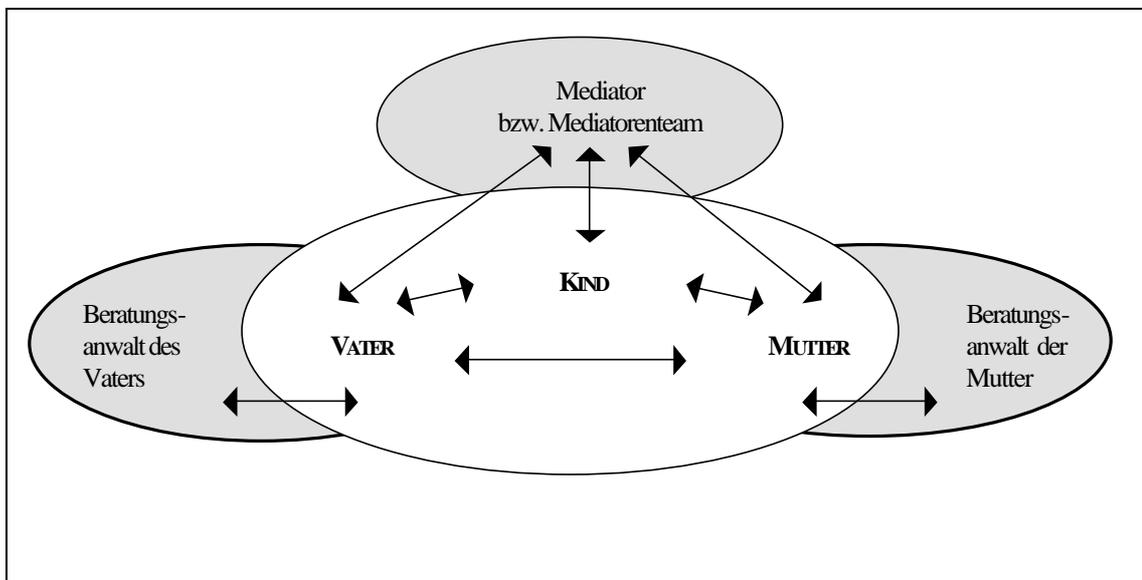
⁵³⁶ Mähler/Mähler in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, S. 56 legen dar, dass sie in ihrer Praxis als Anwaltsmediatoren gute Erfahrungen damit gemacht hätten, den Zeitpunkt der Einführung des Rechts einer gemeinsamen Bestimmung zu überlassen.

D. Die an der Mediation im Sorgekonflikt Beteiligten als System

Dem Konzept der Arbeit folgend ist - im Anschluss an die Darstellung der Wesensmerkmale, des Verfahrensablaufes, der Einbeziehung des Rechts sowie der Beteiligten eines Mediationsverfahrens - zu erörtern, welche Folgen die Hinzuziehung von Mediator und Beratungsanwälten für die Behandlung des familialen Sorgekonfliktes aus systemischer Sicht hat.

Graphisch lässt sich das um den Mediator und die Beratungsanwälte erweiterte System zur Behandlung des Sorgekonfliktes zunächst wie folgt darstellen:

Abbildung 6: Das um Mediator und Beratungsanwälte erweiterte System zur Behandlung des Sorgekonfliktes



Quelle: Eigener Entwurf

Wird der familiale Sorgekonflikt im Rahmen eines Mediationsverfahrens behandelt, erweitert sich das ursprünglich familiale Konfliktsystem, welches aus den einzelnen Familienmitgliedern besteht und durch die jeweiligen individuellen familialen Interaktions- und Konfliktbehandlungsstrukturen geprägt ist, also um den Mediator und die Beratungsanwälte. Das mediative Konfliktbehandlungssystem lässt sich daher als „sekundäres“ Konfliktbehandlungssystem bezeichnen, denn es ist dem familialen Konfliktbehandlungssystem, in dessen Sphäre der Konflikt angesiedelt ist, nachgeordnet.

Die Beteiligten des Mediationsverfahrens sind - wie Beteiligte von Systemen generell - in der Weise miteinander verbunden, dass das Verhalten jedes Einzelnen (Aus-)Wirkungen auf das Verhalten aller

anderen am Mediationsverfahren beteiligten Personen hat. Die Interaktion der Beteiligten des mediativen Konfliktbehandlungssystems ist demnach als zirkulär-kausal zu qualifizieren.⁵³⁷ Dies bedeutet, dass der Mediator durch seinen individuellen Mediationsstil den Verlauf und das Ergebnis der Mediation ebenso prägt wie dies die Eltern, das Kind und hinzu gezogene Beratungsanwälte tun. Einfluss auf die jeweilige Verhandlungsatmosphäre hat auch, wie die Beratungsanwälte ihre Aufgabe im Mediationsverfahren verstehen. Sieht sich ein Rechtsanwalt als „parteiischer“ Interessenvertreter, wird er anders agieren als ein Rechtsanwalt, der seine Rolle als „bloßer“ Berater eines Elternteiles begreift.

Anders als im gerichtlichen Verfahren gibt es für die Konfliktbehandlung mittels Mediation keine allgemein gültigen verbindlichen Regelungen. Wie sich das konkrete Mediationsverfahren gestaltet, hängt also „nur“ von dem jeweiligen Verhalten aller am Verfahren Beteiligten und den sich daraus ergebenden Interaktions- und Konfliktbehandlungsstrukturen ab. Sind der Mediator und / oder die Beratungsanwälte Mitglied der BAFM, gelten für sie die in den Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten genannten Verhaltensstandards,⁵³⁸ die dann die eigene Rollendefinition sowie das berufliche Selbstverständnis dieser Beteiligten beeinflussen können und damit wiederum (Aus-)Wirkungen auf das konkrete Verhalten haben.

Das mediative Konfliktbehandlungssystem selbst lässt sich in zwei Subsysteme unterteilen: das Subsystem der Mediatoren als „neutrale“ Drittbeteiligte, denen die Funktion zukommt, die Konfliktparteien bei einer eigenständigen Konfliktlösung zu unterstützen sowie das Subsystem der Beratungsanwälte als „parteiische“ Drittbeteiligte mit der Funktion der Beratung.

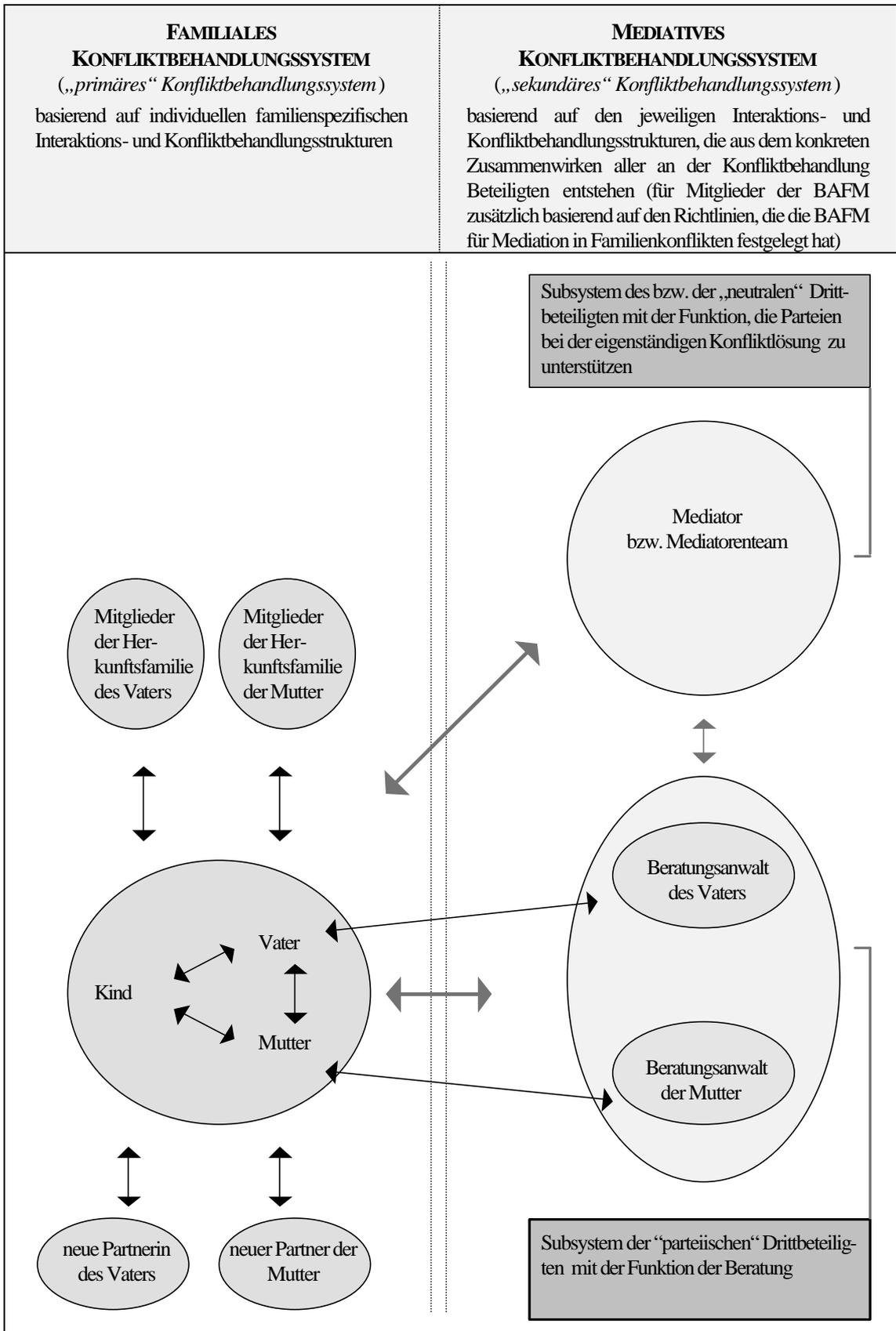
Voraussetzung für eine konstruktive Behandlung des Sorgekonfliktes mittels Mediation ist auch, dass die am Mediationsverfahren Beteiligten eigene klar umrissene Vorstellungen bezüglich ihrer jeweiligen Funktion und Rolle im Konfliktbehandlungssystem haben. Ist dies nicht der Fall, besteht die Gefahr, dass die Drittbeteiligten sich mit einem Familienmitglied und dessen Sichtweise zum Konfliktgeschehen identifizieren und insofern ihre Rolle nicht professionell ausüben. Dies kann darüber hinaus dazu führen, dass die Drittbeteiligten die Interaktions- und Konfliktbehandlungsmuster der jeweiligen Familie unreflektiert übernehmen und so einer konstruktiven und langfristigen Behandlung des Sorgekonfliktes der Weg versperrt ist.

⁵³⁷ Vgl. dazu oben Einführung III. 2. d. Zirkuläre Kausalität, S. 13.

⁵³⁸ Richtlinien der BAFM für Mediation in Familienkonflikten, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

Abbildung 7: Die Behandlung des Sorgekonfliktes im Rahmen des mediativen Konfliktbehandlungssystems

Die folgende Darstellung gibt nochmals einen Überblick zur Behandlung des Sorgekonfliktes im Rahmen des mediativen Konfliktbehandlungssystems.



4. Teil: Gesetzliche Regelungen zur Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes

A. Umformung des Sorgekonfliktes zum Sorgerechtskonflikt

Dass der Streit um die Sorge unter Bezugnahme auf das Recht behandelt wird, erscheint nicht von vorneherein selbstverständlich. Denkbar ist es auch, den elterlichen Konflikt beispielsweise im Rahmen eines psychologischen, religiösen oder systemischen Kontextes zu betrachten und aus diesen Blickwinkeln Lösungsmöglichkeiten zu suchen. Können die Konfliktparteien ihre Auseinandersetzungen unter jeweils anderen Fragestellungen betrachten, bedeutet dies auch, dass sich Konflikte in verschiedene Bezugssysteme bringen lassen, die wiederum nebeneinander bestehen können.⁵³⁹

Bereits die Vorstellung, dass sich die Beteiligten zur Konfliktbehandlung in unterschiedliche thematische Sinnzusammenhänge begeben, führt zu unterschiedlichen Vorstellungen über den jeweiligen Fokus der Konfliktbehandlung und den Auswirkungen, die dies auf die Beteiligten haben wird.⁵⁴⁰ Geht es um die Behandlung des Konfliktes aus psychologischer Sicht, werden insbesondere die emotionalen Aspekte der Beteiligten sowie die Störungen in der Kommunikation der Konfliktparteien im Vordergrund stehen. Eine Konfliktbehandlung unter religiösen Gesichtspunkten legt die Frage nach Schuld und Unschuld näher. Systemische Konfliktbehandlungsmethoden konzentrieren sich demgegenüber eher auf die Frage, wie das System der am Konflikt Beteiligten funktioniert und welche Beiträge die Einzelnen zur Aufrechterhaltung des Konfliktes leisten. Eine rechtliche Behandlung wird sich mit Fragen nach Recht und Unrecht beziehungsweise einer gerechten Entscheidung des Konfliktes auseinandersetzen.

Von diesen Überlegungen ausgehend liegt die Vermutung nahe, dass das Verhalten der Konfliktparteien - also deren Interaktion⁵⁴¹ - vom jeweiligen Bezugspunkt der Konfliktbehandlung beeinflusst wird und sich so wiederum auf das weitere Konfliktgeschehen auswirkt. Im Folgenden ist daher zu untersu-

⁵³⁹ Die autopoietische Systemtheorie versteht das Recht als ein Subsystem, welches sich neben anderen Subsystemen wie zum Beispiel der Politik, Wirtschaft, Wissenschaft, Gesundheit aufgrund seiner Funktion aus dem alle Kommunikationen umfassenden Gesellschaftssystem ausdifferenziert hat. Die einzelnen Subsysteme grenzen sich vom Rest der Gesellschaft durch Codes ab, denen sich die gesellschaftlichen Kommunikationen zuordnen können. Dabei gehören alle Kommunikationen, die sich auf den Code „Recht“ und „Unrecht“ beziehen, zum Rechtssystem. Es gibt also per definitionem keine Rechtskommunikation außerhalb des Rechtssystems. Vgl. dazu Callies ZfRSoz 2000, S. 293 (294) m.w.Nachw.

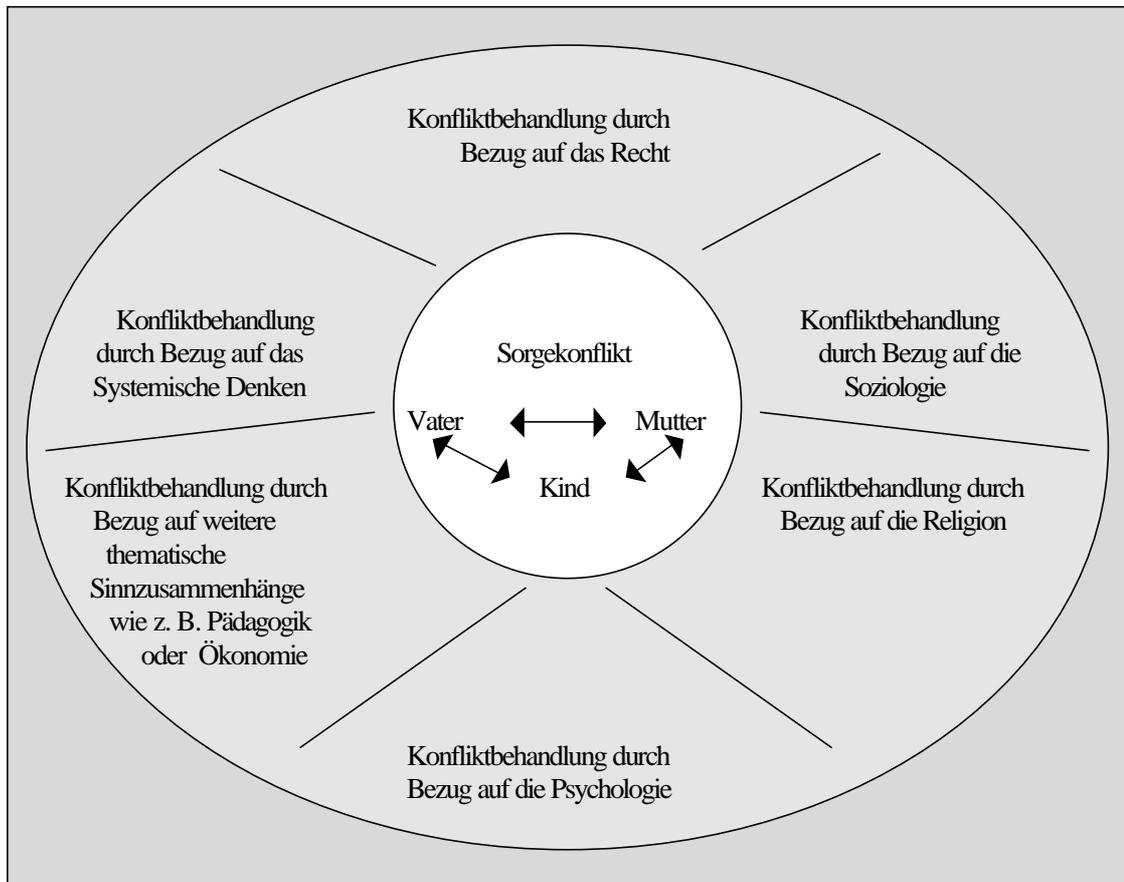
⁵⁴⁰ Daher ist auch eine wechselseitige Diffusion von Recht und anderen Sinnzusammenhängen vorstellbar. Dies führt dazu, dass es eine Art „Rauschen“ zwischen verschiedenen Gerechtigkeitsvorstellungen und Erwartungen geben muss, da die Rechtsunterworfenen bei dem gleichen Ereignis ständig zwischen verschiedenen Semantiken und Realitätskonstruktionen pendeln. Dies wirft die in Rechtssoziologie und Systemtheorie diskutierte Frage auf, wie offen oder geschlossen (soziale) Systeme - hier das Rechtssystem - sind. Vgl. dazu Bussmann, S. 271 m.w.Nachw.

⁵⁴¹ Vgl. zur Definition von „Interaktion“ oben Fn. 200.

chen, welchen Einfluss es auf die Konfliktparteien und damit die Entwicklung des Sorgekonfliktes hat, wenn die Beteiligten den Konflikt unter Bezugnahme auf das Recht behandeln.

Einen Überblick über die unterschiedlichen thematischen Sinnzusammenhänge, aus denen heraus die Behandlung des Sorgekonfliktes möglich ist, gibt nochmals die folgende graphische Darstellung.

Abbildung 8: Mögliche thematische Sinnzusammenhänge im Rahmen der Behandlung des Sorgekonfliktes



Quelle: Eigener Entwurf

I. Wirklichkeitskonstruierende Wirkungen des Rechts

Streiten Eltern im Verlauf ihrer Trennung darüber, wer von beiden das Sorge-„recht“ über gemeinsame Kinder bekommt, kommunizieren sie bereits über „Recht“ - unabhängig davon, ob zu diesem Zeitpunkt schon Anwälte oder das Familiengericht eingeschaltet sind oder nicht.⁵⁴² Bereits in diesem Augenblick erfolgt eine Bindung der Konfliktbeteiligten an die spezifisch rechtliche Konstruktion von Realität.⁵⁴³ Mit dem Recht wird ein neuer Bezugspunkt geschaffen, an dem die Eltern ihre Kommunikationen ansiedeln. Die neue Kommunikationsebene im Konflikt bezieht sich dann nicht mehr auf die Frage, wer das Kind „bekommt“, sondern welcher Elternteil „Recht“ hat und infolgedessen das Kind „bekommt“. Damit geht einher, dass nunmehr sowohl das eigene als auch das Verhalten des anderen auf den scheinbaren rechtlichen Bestand untersucht wird, um die eigene rechtliche Position zu stärken und die des anderen zu schwächen.

Grundsätzlich ist es also ausreichend, dass die Konfliktbeteiligten über vermeintliche Rechtspositionen kommunizieren, damit sie sich innerhalb des Rechtssystems bewegen.⁵⁴⁴ Dabei genügen auch laienhafte Verwendungen des Rechtscodes. Auch ist nicht erforderlich, dass die Beteiligten die Rechtsnormen, auf die sie Bezug nehmen, akzeptieren. Vielmehr bedeutet allein das Kommunizieren unter Bezugnahme auf den Code des Rechts, diesen Code „akzeptiert“ zu haben.⁵⁴⁵ Recht lässt sich also als ein Medium begreifen, welches durch seine Semantik und durch seine Unterscheidungen einen sprachlichen Raum zur Verfügung stellt, der die Wirklichkeitskonstruktionen der Rechtsunterworfenen beeinflusst.⁵⁴⁶ Das Recht hält damit bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt Einzug in den elterlichen Sorgekonflikt und prägt die Konfliktwirklichkeit. Insofern gestaltet das Recht die Interaktion der Beteiligten und damit die Entwicklung des Konfliktes mit.

⁵⁴² Vgl. auch Bussmann, S. 271: Die Konfliktbeteiligten nehmen nach der Kommunikationsmedientheorie selbst die Umwandlung ihres Konfliktes in einen Rechtsstreit vor, indem sie sich des Mediums Recht in ihrer Kommunikation über das jeweilige Ereignis bedienen.

⁵⁴³ Vgl. dazu auch oben Einführung III. 2. b. Wirklichkeit kann nicht losgelöst vom jeweiligen Betrachter gesehen werden, S. 10 ff.

⁵⁴⁴ Vgl. dazu auch Schweitzer/Schlippe, S. 93 ff. „Sprache und Rekursivität: Wie erzeugen wir soziale Wirklichkeiten?“ Die Konfliktbeteiligten sind gezwungen, so zu unterscheiden, wie das Recht es vorsieht. Gegen die Verwendung von Unterscheidungen kann man sich nicht wehren, weil es keine Kommunikation ohne Unterscheidungen gibt. Vgl. dazu Bussmann, S. 260.

⁵⁴⁵ So die Kommunikationsmedientheorie, vgl. dazu Bussmann, S. 263.

⁵⁴⁶ Bussmann, S. 261.

II. Die „Verrechtlichung“ des Konfliktes

Entscheidet sich im Laufe des Konfliktgeschehens mindestens ein Elternteil für eine gerichtliche Behandlung des Sorgekonfliktes, entsteht die Notwendigkeit, den ursprünglich familialen Konflikt in eine juristische Auseinandersetzung umzuwandeln - der Sorgekonflikt wird nun zum Sorgerechtskonflikt. Die juristische Konfliktbehandlung verlangt eine Reduzierung des Konfliktstoffes auf einen durch einen juristisch geschulten Dritten beurteilbaren Ausschnitt des Konfliktgeschehens.⁵⁴⁷ Dazu ist es erforderlich, dass sämtliche nicht justiziable Aspekte des Konfliktes im Rahmen der gerichtlichen Konfliktbehandlung außer Acht gelassen werden. Der Konflikt ist so zu fassen, dass er mit juristischen Konfliktbehandlungsmethoden bearbeitet werden kann. Dies geschieht, indem die dem Konflikt zugrunde liegenden elterlichen Differenzen in Meinungsverschiedenheiten über den Sachverhalt und über das Vorliegen der Voraussetzungen von Rechtsnormen wie zum Beispiel des § 1671 Abs. 2 BGB umformuliert werden.

Durch diese Kodierung - das Einfüttern in den „Trichter des Verfahrens“ - wandelt sich der Ausgangskonflikt zu einem abgeleiteten Konflikt.⁵⁴⁸ Der ursprüngliche Konflikt wird notwendigerweise nicht nur umstrukturiert, sondern zugleich auf rechtlich fassbare Fragestellungen beschränkt, was zwangsläufig zu einer Verringerung des Konfliktstoffes führt. Die Reduzierung der komplexen Konfliktwirklichkeit in einen mit juristischen Methoden fassbaren Konflikt erfolgt, indem möglichst bestimmte Konfliktergebnisse vorprogrammiert werden und zudem anhand verschiedener Relevanzkriterien nur bestimmte Ausschnitte aus einer komplexen Wirklichkeit verarbeitet werden.⁵⁴⁹ Es findet eine so genannte „Verrechtlichung“ des Konfliktes statt.⁵⁵⁰ Die Bezugnahme auf das Recht kann daher auch als Versuch verstanden werden, die dem Konflikt zugrunde liegenden unterschiedlichen „Wirklichkeiten“ der Konfliktbeteiligten durch objektive gesetzlich festgelegte Kriterien auf eine „Wirklichkeit“ festzuschreiben.⁵⁵¹

Diese rechtssoziologische Sicht der Umformung des Konfliktes im Rahmen einer gerichtlichen Konfliktbehandlung erscheint jedoch zumindest missverständlich. Wird ein Konflikt nämlich nicht als ein

⁵⁴⁷ Zur Frage nach dem Verhältnis zwischen der Konfliktkomplexität und deren rechtlicher Bearbeitung vgl. Goebel, S. 137 f. m.w.Nachw.: Personenbezogene komplexe Konflikte werden im streitigen Zivilprozess meist unterkomplex verarbeitet.

⁵⁴⁸ Raiser, S. 295 spricht insofern von einem „Metakonflikt“. Die Bezeichnung Metakonflikt erscheint jedoch zweifelhaft, da der Konflikt nicht auf eine höhere Ebene transponiert wird, sondern „nur“ in einem anderen Sinnzusammenhang - nämlich dem rechtlichen Kontext - behandelt wird.

⁵⁴⁹ Goebel, S. 137.

⁵⁵⁰ Breidenbach, S. 51; Raiser, S. 296. Vgl. zu einer möglichen „Entrechtlichung“ des Konfliktes Breidenbach, S. 51 f.

⁵⁵¹ Vgl. dazu auch oben Einführung III. 2. b. Wirklichkeit kann nicht losgelöst vom jeweiligen Betrachter gesehen werden, S. 10 ff.

von den Beteiligten abgespaltenes Phänomen, sondern als die Wahrnehmung von Interaktion⁵⁵² der Beteiligten durch sie selbst begriffen, wird nicht der Konflikt verrechtlicht, sondern das Verhalten der Konfliktparteien beeinflusst. Das Recht nimmt damit nicht Einfluss auf den Konflikt sondern vielmehr auf die Interaktion der Beteiligten.

⁵⁵² Zu der dieser Arbeit zugrunde liegenden Definition von Konflikt vgl. oben 2. Teil A. IV. Die der weiteren Untersuchung zugrunde liegende Definition des Sorge(rechts)konfliktes, S. 48 ff.

III. Recht und Interaktion der Konfliktbeteiligten

1. Reduzierung von Wahrnehmung und Interaktion der Konfliktbeteiligten durch den Bezug auf das Recht

Wird ein Sorgekonflikt im gerichtlichen Verfahren ausgetragen, entscheidet der Familienrichter aufgrund der vorgegebenen gesetzlichen Regelungen. Ein richterliches Urteil beendet dann den rechtlich entscheidbaren Teil der elterlichen Auseinandersetzung mit einem im Rechtssinne klaren Ergebnis, welches im Extremfall zu einer Entweder-Oder-Entscheidung führt:⁵⁵³ Entweder wird dem einen oder dem anderen Elternteil die Alleinsorge für das Kind übertragen. Der Gewinn des einen Elternteils ist insofern regelmäßig der Verlust des anderen, so dass sich dieses Vorgehen unter spieltheoretischen Gesichtspunkten als ein so genanntes Nullsummenspiel darstellt.⁵⁵⁴ Auch wenn im Kindschaftsrecht zahlreiche Regelungen bestehen, die es ermöglichen, Entscheidungen an geänderte Lebensverhältnisse der Scheidungsfamilie anzupassen,⁵⁵⁵ gilt auch hier, dass sich Eltern im Rahmen einer rechtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes dem gerichtlichen Verfahren und mithin dem Recht unterstellen, um eben jene eindeutige Entscheidung zu erlangen. Die Entscheidung gibt dann regelmäßig einem Elternteil „Recht“ und macht ihn damit zum (vermeintlichen) Gewinner, währenddessen der andere als (vermeintlicher) Verlierer erscheint.

Der Grund für diese meist eindeutige Rollenverteilung liegt in der kontradiktorischen Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens. Um den Konflikt einer juristischen Behandlung zuzuführen, sind die Parteien gezwungen, gegensätzliche Anträge zu stellen.⁵⁵⁶ Die Anträge markieren den Streitgegenstand und drücken sich in Rechtspositionen aus. Für das gerichtliche Verfahren bedeutet dies, dass vom Richter zu prüfen ist, ob die Anträge des Klägers beziehungsweise Antragstellers „zu Recht“ erhoben sind. Es wird demzufolge von vorneherein um positionelle Regelungen gerungen.⁵⁵⁷

Materiellrechtlich ist das kontradiktorische Verfahren vom Anspruchsdenken geprägt, welches sich auf die vom Gesetz eingeräumten subjektiven Rechte bezieht, die in Rechtspositionen münden.⁵⁵⁸ Die Parteien haben ihre jeweiligen Rechtsansprüche geltend zu machen, wozu erforderlich ist, dass beide Seiten die für sie vorteilhaften Umstände vortragen. Dieser offensive Charakter des Anspruchsdenkens trägt die Tendenz in sich, dass die Schwäche des Gegners als Waffe im Kampf um das Recht ausge-

⁵⁵³ Breidenbach, S. 193; vgl. dazu auch Glenewinkel, S. 191.

⁵⁵⁴ Vgl. dazu oben Fn. 290.

⁵⁵⁵ So zum Beispiel die Generalklausel des § 1696 BGB.

⁵⁵⁶ Zwar ist das sorgerechtliche Verfahren nach § 12 FGG als Amtsverfahren ausgestaltet, regelmäßig stellt aber ein Elternteil einen Antrag.

⁵⁵⁷ Mähler/Mähler in Breidenbach/Henssler, S. 18. Beispiel zur Formulierung eines Antrages auf Regelung der elterlichen Sorge bei Locher/Mes-Strohm II. H. 10, S. 589.

⁵⁵⁸ Mähler/Mähler in Krabbe, S. 149.

nutzt wird.⁵⁵⁹ Der juristische Weg einer Entscheidungsfindung im Konflikt beruht auf den Prinzipien von Angriff und Verteidigung, der jedoch durch die eingrenzenden und richtungsweisenden Vorschriften des Verfahrensrechtes begrenzt wird.⁵⁶⁰

Eine Bezugnahme auf das Recht birgt damit die Gefahr einer Betonung der gegensätzlichen Konfliktwirklichkeiten der Parteien in sich, was dazu führen kann, dass sich sowohl die Wahrnehmung als auch die Interaktion der Konfliktbeteiligten in noch größerem Maße auf die vorhandenen Differenzen, gegensätzlichen Positionen und unterschiedlichen Sichtweisen verengt.⁵⁶¹ Im Erleben der Parteien stellt sich der Standpunkt der jeweils anderen Partei im Verlauf des Verfahrens so zunehmend als unabrückbar und unwiderruflich dar. Möglicherweise auch vorhandene Gemeinsamkeiten auf der Ebene der Interessen treten demgegenüber eher in den Hintergrund oder werden jedenfalls durch die Einnahme der gegensätzlichen Positionen von diesen dominiert.⁵⁶² Meist haben die Konfliktbeteiligten auch Angst davor, der andere könne Äußerungen, insbesondere wenn diese selbstkritisch sind, als Waffe gegen ihn benutzen. So wird nicht zuletzt die zur konstruktiven Behandlung von Konflikten notwendige Kreativität beschnitten.⁵⁶³ Insofern führt die Bezugnahme auf das Recht regelmäßig zu einer Reduzierung von Wahrnehmung und Interaktion zwischen den Konfliktparteien.⁵⁶⁴

Einfluss auf die Behandlung des Sorgekonfliktes im gerichtlichen Verfahren nehmen darüber hinaus auch Faktoren, die jede zwischenmenschliche Interaktion prägen, da auch das Gerichtsverfahren aus Interaktionen der Verfahrensbeteiligten besteht.⁵⁶⁵ Bedeutung für die gerichtliche Konfliktbehandlung erlangt neben der Ausstattung der Gerichtsräume auch die Sitzordnung von Richter, Eltern, Rechtsanwälten sowie den anderen Verfahrensbeteiligten.⁵⁶⁶ Auf die zwischen den Beteiligten stattfindenden

⁵⁵⁹ Mähler/Mähler in Krabbe, S. 151.

⁵⁶⁰ Mähler/Mähler in Breidenbach/Henssler, S. 14.

⁵⁶¹ Auch unabhängig von der durch die Bezugnahme auf das Recht eintretenden Verengung von Wahrnehmung und Kommunikation der Konfliktbeteiligten nehmen die Parteien sich selbst sowie die anderen Beteiligten im Verlauf des Konfliktes oftmals nur noch selektiv wahr. Vgl. dazu Glasl, S. 36 f.

⁵⁶² Mähler/Mähler in Krabbe, S. 152. In der Konfliktbehandlungslehre wird daher vertreten, dass sowohl herauszuarbeiten ist, was die Parteien trennt als auch, was sie verbindet. Konfrontieren oder Differenzieren geschieht mit Interventionen, durch welche die Konfliktparteien ihre eigenen Ansichten, Einstellungen, Handlungsweisen und anderes mehr aussprechen. Jede Partei muss das Recht beanspruchen können, ihre Sicht der Dinge auszudrücken, ohne dass sie daraus nachteilige Folgen zu fürchten braucht. Dieses Selbstpräsentieren verschärft zunächst die Gegensätze. Zusammenführen oder Integrieren bedeutet, dass die Parteien nach dem Betonen des Trennenden nach Gemeinsamkeiten suchen. Vgl. dazu im Einzelnen Glasl, S. 354 ff.

⁵⁶³ Mähler/Mähler in Krabbe, S. 152.

⁵⁶⁴ Raiser, S. 297 spricht davon, dass die Konfliktbehandlung durch institutionalisierte Gerichtsverfahren zu einer „selektiven Realitätsverarbeitung“ führt.

⁵⁶⁵ Reh binder Rn. 163; zum Begriff „Interaktion“ vgl. oben 1. Teil B. I. 1. Subjektive Konfliktwahrnehmung und Interaktion der Konfliktbeteiligten, S. 41 ff.

⁵⁶⁶ Vgl. zu den räumlichen Strukturen des Gerichtes ausführlich Löscher, S. 94 f. Raschhorn, S. 175 ff. vergleicht das Gerichtsverfahren aufgrund seines Ritus und den einzuhaltenden Formalien mit einem Theaterstück und spricht insoweit von der „Justiz als Theater“.

Interaktionen und mithin die Konfliktbehandlung wirkt es sich aus, ob sich Richter und Eltern „frontal“ gegenüber sitzen, was meist bedeutet, dass lediglich der Richter die Chance hat, alle Beteiligten zu sehen, oder aber eine Sitzordnung gewählt wird, die es allen Beteiligten ermöglicht, einander wahrzunehmen. Von besonderer Wichtigkeit ist des Weiteren die Art und Weise der zwischen den Beteiligten ablaufenden Interaktion:⁵⁶⁷ Die Verwendung von juristischer Fachsprache oder aber das Bemühen um eine auch juristischen Laien verständliche Sprache⁵⁶⁸ in angemessenem Tonfall und Lautstärke, die Rolle des Richters als autoritativer Verfahrensleiter oder Verhandlungsmoderator und anderes mehr beeinflussen die Behandlung des Sorgerechtskonfliktes und dessen Ausgang entscheidend mit. Nicht zuletzt wird die Atmosphäre einer sorgerechtslichen Verhandlung - wie zwischenmenschliche Interaktion generell - durch nonverbale Signale wie beispielsweise den vorhandenen oder fehlenden Blickkontakt zwischen den Beteiligten, deren Gestik und Mimik geprägt. Im gerichtlich ausgetragenen Sorgerechtskonflikt lenken (und beschränken) insbesondere die Regelungen zum Ablauf des Verfahrens wie zum Beispiel die Anhörungspflichten des Richters nach §§ 49 a Nr. 9, 50 a und 50 b FGG die Interaktion aller Beteiligten.

2. Der Rückgriff auf das Recht als Ausdruck von Misstrauen

Die Bezugnahme auf das Recht lässt sich darüber hinaus auch als Ausdruck des gegenseitigen Misstrauens der Konfliktbeteiligten begreifen. Recht wird in der Regel erst dann von den Eltern zur Behandlung des Sorgerechtskonfliktes eingesetzt, wenn die eigenen familialen Konfliktlösungsmechanismen nicht mehr greifen. Insbesondere in familialen Beziehungen zeigt der Rückgriff auf das Recht also eine Krise an und leitet tendenziell eher die Abwicklung der Sozialbeziehung als deren Neu-Orientierung ein.⁵⁶⁹ Der antragstellende Elternteil bringt mit der Einleitung eines Verfahrens dann auch zum Ausdruck, dass er weder sich selbst noch dem anderen Elternteil eine eigenständige und einvernehmliche Konfliktbehandlung beziehungsweise die Einhaltung einer zu treffenden Regelung zutraut. Die Einleitung eines sorgerechtslichen Verfahrens erscheint daher auch als „Akt des Misstrauens“ der Eltern zueinander.

Damit zeigt sich eine weitere interaktionelle Bedeutungsseite des Rechts: Hält eine Person die Beziehung zu einer anderen Person für nicht stabil genug, um aufgetretene Konflikte ohne Zuhilfenahme des Rechts behandeln zu können, wird das Recht benutzt, um das Misstrauen in die andere Person zu manifestieren. Der Konfliktbeteiligte nimmt sich durch die Bezugnahme auf das Recht aus der Eigen- dynamik dieser Beziehung zurück und stellt sich mithilfe einer externen, aber als kalkulierbar gedach-

⁵⁶⁷ Vgl. dazu Breidenbach, S. 88 ff.; Löscher, S. 95 ff.; Röhl, S. 410; Rütters, Rn. 209; Wassermann, S. 46 ff.

⁵⁶⁸ Vgl. dazu auch von Münch, NJW 2002, 1995 f.

⁵⁶⁹ Vgl. auch Goebel S. 138.

ten Instanz auf sich selbst.⁵⁷⁰ Die Bezugnahme auf das Recht ist somit zumindest in längerfristigen Beziehungen immer auch ein Ausdruck des Misstrauens in die eigene Konfliktlösungskompetenz. Ist der Rückgriff auf das Recht durch Misstrauen geprägt, wird sich dies wiederum in der Interaktion der Konfliktbeteiligten zeigen und möglicherweise zu einer weiteren Konflikteskalation führen.

3. *Recht als Möglichkeit zur Konfliktdelegation*

Schließlich kann das Recht von den Konfliktparteien auch herangezogen werden, um die zur Konfliktbehandlung notwendige Kommunikation an andere Personen zu delegieren. Unter diesem Aspekt stellt bereits die Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz eine Delegation des Konfliktes dar: Der Entscheidungsmaßstab für den konkreten „Rechtskonflikt“ wird an das Gesetz, die Entscheidung an den Richter, die Vertretung der eigenen Position an den Rechtsanwalt und die Entscheidungsfindung durch den Richter an gesetzliche Verfahrensordnungen übertragen.⁵⁷¹ Indem die Eltern die Behandlung des Sorgekonfliktes an Dritte delegieren, unternehmen sie also oftmals auch den Versuch, einen Teil der zur Konfliktbehandlung notwendigen elterlichen Interaktion an andere abzugeben.⁵⁷² Diese Übertragung gelingt in dem Maße, in dem sich die Drittbeteiligten in die ihnen zugedachten Rollen einfinden.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Glenewinkel, S. 192 m.w.Nachw. In diesem Kontext wird dann auch vom „Recht als organisiertem Misstrauen“ gesprochen, womit die qualitative und quantitative Zunahme von Recht im Alltag als „gewaltig gestiegenes Misstrauen“ in der Gesellschaft diagnostiziert wird. Vgl. dazu Glenewinkel, S. 192 m.w.Nachw.

⁵⁷¹ Glenewinkel, S. 190.

⁵⁷² Rabaa, S. 87 m.w.Nachw. sieht insofern die „Unterdrückung von Emotionalität und Partizipation der Parteien“ sowie die im Verfahren herrschende „zivilprozessuale Sprachlosigkeit“ als allen juristischen Verfahren eigen an.

⁵⁷³ Vgl. dazu ausführlich unten 4. Teil D. Die an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten, S. 172 ff.

B. Die historische Entwicklung des Sorgerechtes

Die rechtliche Behandlung eines familialen Sorgekonfliktes nach Trennung und Scheidung setzt voraus, dass gesetzliche Regelungen existieren, die eine Befassung der Gerichte mit eben jenen Konflikten ermöglichen. Wie die gesetzlichen Vorschriften zur Behandlung des Sorgekonfliktes konkret ausgestaltet sind, steht in engem Zusammenhang mit den kulturellen, gesellschaftlichen und religiösen Einflüssen der jeweiligen Zeit und dem damit verbundenen Verständnis von Ehe, der Stellung von Mann und Frau in der Gesellschaft sowie der Eltern-Kind-Beziehung. Die aktuellen gesetzlichen Regelungen zur Behandlung des Sorgekonfliktes im Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1998 stellen das (Zwischen-) Ergebnis einer jahrhundertealten geschichtlichen Entwicklung dar, die im Folgenden aufgezeigt werden soll.

I. Vom römischen Recht bis zum frühen deutschen Recht

Das römische Recht zeigte sich in seinen Grundzügen patriarchalisch und war in den Beziehungen der Eltern zu ihren Kindern vom Verständnis eines eigennütigen Herrschaftsverhältnisses geprägt. Die Familienzugehörigkeit war nicht durch Blutsverwandtschaft, sondern vielmehr durch eine gemeinsame Unterwerfung unter die Gewalt des „pater familias“ gekennzeichnet, der als Oberhaupt über alle Mitglieder seines Hauses (familia) eine umfassende Herrschaft ausübte und über eine nahezu unbeschränkte Vollgewalt - die so genannte „manus“ beziehungsweise „patria potestas“ - verfügte.⁵⁷⁴ Auch die Ehefrau und Mutter unterstand der „manus“ des Ehemannes, was zur Folge hatte, dass sie im Verhältnis zu ihren Kindern als Schwester der Kinder galt und daher Geschwisterrecht Anwendung fand.

Eine ausdrückliche Regelung zur Sorge gab es nicht, da auch diese als selbstverständlicher Teil der „patria potestas“ verstanden wurde.⁵⁷⁵ Wurde eine Ehe geschieden, verlor die Frau mit dem Ausscheiden aus der „manus“ des Ehemannes zugleich ihre faktische Erziehungsmöglichkeit.⁵⁷⁶ Zwar wurden in der klassischen und nachklassischen Zeit die Rechte der Frauen gestärkt, dennoch war der Erwerb einer eigenen Rechtsposition der Ehefrau weiter ausgeschlossen.

Im Laufe der Zeit - insbesondere unter den christlichen Kaisern der Spätantike - schwächte sich die „patria potestas“ allerdings sowohl im Hinblick auf ihren Umfang als auch zeitlich zunehmend ab.⁵⁷⁷ Stritten Eltern um die Sorge für gemeinsame Kinder im Rahmen ihrer Scheidung, stand dem Richter bezüglich der zu treffenden Entscheidung Ermessen zu. Keinen Einfluss auf die richterliche Entschei-

⁵⁷⁴ Braun, S. 57.

⁵⁷⁵ Pätzhorn, S.76.

⁵⁷⁶ Braun, S. 57.

⁵⁷⁷ Pätzhorn, S. 76.

dung hatte das Verschulden an der Scheidung, denn das klassische Scheidungsrecht kannte keine Verschuldensmaßstäbe.⁵⁷⁸ In Bezug auf die sorgerechtliche Entscheidung bildete sich vielmehr die Regel, dass Mädchen stets und Jungen bis zum Eintritt in die Pubertätsjahre der Mutter zuzuweisen seien.⁵⁷⁹ Der Mutter wurde dann zwar das Sorgerecht zugesprochen, die „patria potestas“ des Vaters bestand jedoch fort. Die Mutter konnte also in keinem Fall die elterliche Gewalt erlangen - die Rechte über die Kinder verblieben zu Lebzeiten des Vaters stets bei diesem.⁵⁸⁰ Mithin gab es im römischen Recht keine Notwendigkeit für eine naheheliche Sorgerechtsregelung.⁵⁸¹

Auch das frühe deutsche Recht kannte keine Regelungen zur Sorge für gemeinsame Kinder im Falle einer elterlichen Scheidung. Die Frau stand unter der ehelichen „munt“ ihres Mannes, die Kinder unterlagen der Gewalt des Vaters, der für die Erziehung sorgte.⁵⁸² Diese wandelte sich erst unter dem Einfluss des Christentums zu einer mehr den Interessen des Unterworfenen dienenden Schutzgewalt und dauerte im Gegensatz zur altrömischen „patria potestas“ nicht mehr lebenslang, sondern war zugunsten des Selbständigkeitsstrebens der Kinder begrenzt.⁵⁸³ Im Laufe der Zeit erfolgte auch eine rechtliche Besserstellung der Frau. Sie äußerte sich im Hinblick auf die elterliche Sorge darin, dass ihr - allerdings zunächst erst nach dem Tode des Ehegatten - unter bestimmten Voraussetzungen die Gewalt über die Kinder zustand.⁵⁸⁴ Diese Einführung der auch heute noch bekannten Rechtsfigur der „Vormundschaft“ führte schließlich auch zu einer rechtlichen Besserstellung der Frau zu Lebzeiten des Ehemannes - ihr wurde eine faktische Gewaltinhaberschaft über die gemeinsamen Kinder eingeräumt.⁵⁸⁵ Das deutsche Recht nahm jedoch keine Umsetzung dieser Gleichstellung vor, so dass weiterhin keine Notwendigkeit für eine Sorgeregelung nach Scheidung der Ehe bestand.

Etwaige elterliche Konflikte in Bezug auf die Regelung der Sorge nach einer Scheidung traten also weder im römischen noch im frühen deutschen Recht aus dem privaten Bereich der Familie hinaus - sie waren damit einer gerichtlichen Behandlung entzogen.

⁵⁷⁸ Vgl. dazu Pätzhorn, S. 77. Das Verschuldensprinzip wurde erst durch die Kaiser des 4. und 5. Jahrhunderts eingeführt, die unter dem Einfluss des christlichen Dogmas von der Unauflöslichkeit der Ehe die Scheidung an eng umgrenzte Tatbestände knüpften. Das Verschuldensprinzip zog sich seitdem durch sämtliche Gesetzgebungen hindurch und wurde erst durch das 1. EheRG vom 1.7.1977 durch das Zerrüttungsprinzip ersetzt.

⁵⁷⁹ Wacke, S. 205 (208).

⁵⁸⁰ Wacke, S. 205 (207).

⁵⁸¹ Braun, S. 58.

⁵⁸² Braun, S. 58; Schwab, Familienrecht, Rn. 430.

⁵⁸³ Braun, S. 58.

⁵⁸⁴ Bugla, S. 8 f.

⁵⁸⁵ Braun, S. 59.

II. Die gemeinrechtliche Praxis und das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR)

Auch in der Praxis des gemeinen Rechts hatte die Ehescheidung keinen Einfluss auf die väterliche Gewalt. Die Entwicklung von Rechten der Mutter wurde völlig zurückgedrängt und durch die ausschließliche Gewalt des Vaters ersetzt.⁵⁸⁶ Erst nach dem Tode des Mannes war die Mutter als Vormund über die Kinder berufen.⁵⁸⁷ Im Zuge einer Scheidung konnte der Mutter nur ausnahmsweise die Gewalt über die Kinder zugesprochen werden. Voraussetzung dafür war, dass der Mann für schuldig an der Scheidung erklärt wurde oder es nach richterlichem Ermessen die Interessen des Kindes erforderten.⁵⁸⁸ Für die Scheidung war bereits eine Art Verbundverfahren vorgesehen, nach dem „das Erforderliche wegen der Erziehung der Kinder“ festzusetzen war.⁵⁸⁹

Im Zeitalter der Aufklärung kam es dann zu einer neuen Deutung der Kindschaftsverhältnisse. Als Grundlage der Beziehung zwischen Eltern und Kindern wurde nunmehr statt der Herrschaft die Sorgspflicht angesehen.⁵⁹⁰ Es standen nicht mehr die Vater- oder Elternrechte im Mittelpunkt, sondern die Menschenrechte des Kindes, die es galt, mit elterlicher Hilfe zu bewahren und zu entfalten.⁵⁹¹

So nahm das allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 die Leitlinien des gemeinen Rechts in Bezug auf die Verteilung der Gewalt über die Kinder bei bestehender Ehe auf. Nach seinem Wortlaut gab es nur eine väterliche Gewalt. Die Mutter besaß lediglich bis zur Vollendung des vierten Lebensjahres des Kindes ein ausschließliches und danach ein dem Vater untergeordnetes Fürsorge- und Erziehungsrecht.⁵⁹²

Grundsätzlich wurde im Falle einer elterlichen Scheidung gem. § 92 ALR Teil II, Tit. 2 dem an der Scheidung für unschuldig erklärten Elternteil die Kinder zugesprochen.⁵⁹³ Bis zur Vollendung des vierten Lebensjahres des Kindes oblag allerdings nach § 93 ALR Teil II, Tit. 2 im Regelfall der Mutter die Erziehung der Kinder.⁵⁹⁴ Töchter konnten gem. § 96 ALR, Teil II, Tit. 2 auch über diese

⁵⁸⁶ Schwab, Familienrecht, Rn. 431.

⁵⁸⁷ Braun, S. 59.

⁵⁸⁸ Braun, S. 60.

⁵⁸⁹ Titel 40 und 51 der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793/95 (AGO). Vgl. dazu Braun, S. 60.

⁵⁹⁰ Schwab, Familienrecht, Rn. 432.

⁵⁹¹ Schwab, Familienrecht, Rn. 432.

⁵⁹² Braun, S. 60.

⁵⁹³ § 92 ALR lautet: „Sind die Aeltern geschieden worden: so müssen die Kinder bey dem unschuldigen Theile erzogen werden.“

Vgl. dazu Braun, Anhang, S. 271.

⁵⁹⁴ § 94 ALR lautet: „Die Pflege der Kinder, welche das Vierte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, verbleibt, ohne Unterschied des Geschlechts, bis zur Zurücklegung dieses Alters der auch für schuldig erklärten Mutter; in so fern die vorgekommenen Scheidungsursachen nicht

Altersgrenze hinaus der mütterlichen Erziehung unterstellt werden.⁵⁹⁵ Im Vergleich zum vormals geltenden Recht waren in Bezug auf die Verteilung der elterlichen Gewalt nach einer elterlichen Trennung jedoch auch flexiblere Regelungen möglich - auch wenn sie im Grundsatz an das Verschulden anknüpften. Danach hing es in erster Linie von den Eltern und deren Übereinkunft ab, bei wem die Kinder erzogen werden sollten. Zwar war dieser Grundsatz nicht ausdrücklich festgelegt, dennoch wurden Vereinbarungen dieser Art in der Praxis gleichwohl als bindend anerkannt.⁵⁹⁶

Das preußische Recht enthielt mithin gesetzliche Vorschriften zur Regelung der elterlichen Sorge nach einer Scheidung, die grundsätzlich an das durch den Richter festzustellende Verschulden am Scheitern der Ehe anknüpften. Daneben ermöglichte es allerdings auch sorgerechtliche Regelungen, die die Eltern miteinander vereinbarten.

III. Die Entwicklungen im 20. Jahrhundert

Im 20. Jahrhundert erfuhr das Kindschaftsrecht einen grundlegenden Wandel.⁵⁹⁷ Maßgeblich dafür war unter anderem die Einführung der Gleichberechtigung von Frauen auf allen Gebieten des Rechts. Dies hatte zur Folge, dass die Mutter nunmehr neben den Vater als Inhaberin der elterlichen Sorge und Verantwortung trat. Die Gleichberechtigung führte zudem dazu, dass Konflikte zwischen den Eltern auch rechtlich ausgetragen werden konnten - sie hat damit auch zu einer „Verrechtlichung des familiären Innenraumes“ beigetragen.⁵⁹⁸ Zudem trat der Staat zunehmend als Instanz der Erziehung, Ausbildung und Jugendhilfe in Erscheinung, so dass für die Rechtsposition des Kindes öffentlich-rechtliche Regelungen beispielsweise in Form des Jugendhilferechts an Bedeutung gewannen.

1. Das BGB vom 1.1.1900

Im ursprünglichen BGB vom 18.08.1896, das am 01.01.1900 in Kraft getreten ist, war die elterliche Sorge noch als originär väterliche Gewalt ausgestaltet. Sie beinhaltete die Sorge für das Vermögen des Kindes und das Recht zur Vertretung. Die Mutter hatte dagegen nur die Personensorge inne.⁵⁹⁹ Auch nach einer Scheidung oblag daher nach § 1635 Abs. 1 S. 1 a. F. BGB die Vertretung des Kindes zunächst noch dem Vater, und zwar selbst dann, wenn den Vater die Alleinschuld an der Ehescheidung

von einer solchen Verderbniß des moralischen Charakters zeugen, dass dadurch erhebliche Besorgnisse einer Vernachlässigung der Kinder begründet werden.“

Vgl. dazu Braun, Anhang, S. 272.

⁵⁹⁵ § 96 ALR lautet: „Doch kann, wenn Töchter darunter sind, der Richter die Erziehung derselben überhaupt, bewandten Umständen nach, der Mutter anvertrauen.“

Vgl. dazu Braun, Anhang, S. 272.

⁵⁹⁶ Braun, S. 60.

⁵⁹⁷ Bugla, S. 9; Schwab, Familienrecht, Rn. 434.

⁵⁹⁸ Schwab, Familienrecht, Rn. 434.

⁵⁹⁹ Vgl. § 1634 BGB a. F.; Lüderitz, Rn. 909; Pätzhorn, S. 78.

traf.⁶⁰⁰ Die Personensorge wurde hingegen dem an der Scheidung schuldlosen Elternteil zugesprochen. Wurde eine beiderseitige Schuld der Elternteile festgestellt, existierte eine starre altersabhängige Regelung. § 1635 Abs. 1 S. 1 a. F. BGB bestimmte, dass die Mutter über Söhne bis zu sechs Jahren und über Töchter die Personensorge erhielt. Über Söhne, die älter als sechs Jahre waren, wurde dem Vater die Personensorge zugewiesen. Das Familiengericht konnte allerdings gem. § 1635 Abs. 1 S. 2 a. F. BGB eine abweichende Regelung treffen, wenn sie im Kindesinteresse geboten war.

Die Übertragung der elterlichen Gewalt war mithin in der ursprünglichen Fassung des BGB grundsätzlich an den Verschuldenstatbestand im Hinblick auf das Scheitern der Ehe gekoppelt. Insofern wurden Paar- und Elternebene miteinander verknüpft. Der Entscheidung über die elterliche Gewalt lag eine Bewertung der Paarbeziehung mit dem Ziel, einen Schuldigen am Scheitern der elterlichen Beziehung auszumachen, zugrunde. Eine Auseinandersetzung mit dem familialen Trennungsgeschehen und dem damit verbundenen Sorgekonflikt durch das Gericht fand nur insoweit statt, als es darum ging, diese Schuldfrage zu klären.

2. Das Ehegesetz von 1938

Das Ehegesetz vom 06.07.1938 brachte unter dem Einfluss des Nationalsozialismus unter anderem die Neuregelung des § 1635 BGB a. F., die zum Ziel hatte, den „Schematismus“ dieser Vorschrift aufzuheben.⁶⁰¹ Nach § 81 EheG a. F. hatte nunmehr das Vormundschaftsgericht in jedem Scheidungsfall von Amts wegen eine Anordnung über die Personensorge einschließlich der gesetzlichen Vertretung des Kindes auf diesem Gebiet zu treffen.⁶⁰² Eingang in die gesetzlichen Regelungen fand die Sicht, dass die Individualität des Kindes und die Vielfalt der familialen Lebensverhältnisse eine Einzelfallprüfung

⁶⁰⁰ § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. lautet:

„(1) Ist die Ehe aus einem der in §§ 1565 bis 1568 bestimmten Gründe geschieden, so steht, solange die geschiedenen Ehegatten leben, die Sorge für die Person des Kindes, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, dem anderen Ehegatten zu; sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn, der über sechs Jahre alt ist, dem Vater zu. Das Vormundschaftsgericht kann eine abweichende Regelung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist; es kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist.

(2) Das Recht zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt.“

Vgl. dazu RGBl. 1896, S. 195 ff.

⁶⁰¹ Bugla, S. 12.

⁶⁰² § 81 EheG 1938 lautet:

„(1) Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Ehegatten die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes zustehen soll. Maßgebend ist, was nach Lage der Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

(2) Sind mehrere gemeinschaftliche Kinder vorhanden, so soll die Sorge für die Person aller Kinder dem gleichen Elternteil übertragen werden, sofern nicht eine abweichende Regelung aus besonderen Gründen geboten und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.

(3) Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.“

Vgl. dazu RGBl. I 1938, S. 807 ff.; Braun, S. 62 f.; Bugla, S. 12.

erfordern. § 81 I EheG a. F. sah auch erstmals das vom Richter zu ermittelnde Kindeswohl als maßgebliches Kriterium vor. Trotzdem kam der Schuldfrage weiterhin entscheidunglenkende Bedeutung zu: Gemäß § 81 III EheG a. F. sollte der überwiegend oder allein für schuldig erklärte Ehegatte nur aus besonderen Kindeswohlgründen das Sorgerecht erhalten. Dem lag die Ansicht zugrunde, dass der Schuldausspruch gewisse Schlüsse auf die erzieherischen Fähigkeiten des schuldigen Elternteils zulässt.⁶⁰³ Regelungen zur Frage, was mit den Kindern im Falle des Getrenntlebens der Eltern geschehen sollte, kannte das Gesetz nicht.

Die einschlägigen Vorschriften nahmen also nach wie vor eine Verbindung von Scheidungsschuld und Sorgerechtszuteilung vor. Darüber hinaus gaben die gesetzlichen Regelungen nun eine generelle Behandlung des Sorgekonfliktes durch den Richter vor, da bei jeder Scheidung eine richterliche Entscheidung über die Personensorge sowie die gesetzliche Vertretung des Kindes auf diesem Gebiet zu treffen war. Damit war nun erstmals - und bis zur Reform des Kindschaftsrechtes im Jahr 1998 durchgängig - die rechtsgestaltende Entscheidung des Gerichtes für die Ausgestaltung des nahehelichen Sorgerechts in allen Ehescheidungen, von denen gemeinsame Kinder betroffen waren, maßgeblich.

3. Das Ehegesetz vom 20.02.1946

Auch nach § 74 EheG 1946 war bei einer elterlichen Scheidung nur die Übertragung der Personensorge möglich. Erstmals ließ diese Regelung aber eine Vereinbarung darüber zu.⁶⁰⁴ Wenn die Eltern Einfluss auf die Sorgerechtsgestaltung nehmen wollten, mussten sie gemäß § 74 II EheG a. F. innerhalb von zwei Wochen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils dem Vormundschaftsgericht ihren

⁶⁰³ Braun, S. 63.

⁶⁰⁴ § 74 EheG 1946 lautet:

„(1) Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, falls eine Einigung der Ehegatten nicht zustande gekommen ist, welchem von ihnen die Sorge für die Person des oder der gemeinschaftlichen Kinder zustehen soll. Die Einigung der Ehegatten ist in einem schriftlichen Vorschlag binnen einer Frist von zwei Wochen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils dem Vormundschaftsgericht zur Genehmigung vorzulegen.

(2) Ist der Vorschlag innerhalb der in Absatz 1 bestimmten Frist nicht vorgelegt worden oder findet er nicht die Billigung des Vormundschaftsgerichts, hat dasselbe diejenige Regelung zu treffen, die dem wohlverstandenen Interesse des oder der Kinder unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse am besten entspricht. Es kann dabei auch mit den Kindern persönlich Fühlung nehmen.

(3) Vor der Entscheidung sind die geschiedenen Eltern persönlich zu hören. Von der Anhörung soll nur abgewichen werden, wenn sie unmöglich ist.

(4) Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt worden ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des oder der Kinder dient.

(5) Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge einem Pfleger übertragen, wenn dies aus besonderen Gründen für das Wohl des oder der Kinder erforderlich ist.

(6) Das Vormundschaftsgericht kann die Regelung jederzeit ändern, wenn es dies im Interesse des Wohls des oder der Kinder für angezeigt hält.“

Vgl. dazu Kontrollratsgesetz Nr. 16 - KRABl. 1946, S. 77 (92).

gemeinsamen Vorschlag zur Genehmigung vorlegen. Diesem Vorschlag hatte das Gericht in der Regel zu folgen.⁶⁰⁵ Etwas anderes galt nach § 74 II EheG a. F. nur, wenn die Frist versäumt wurde oder der Vorschlag nicht die Billigung des Gerichtes fand. Dann war diejenige Regelung zu treffen, die dem wohlverstandenen Interesse der Kinder am besten entsprach. Unverändert übernommen wurde das Kriterium der Scheidungsschuld: Das alleinige oder überwiegende Verschulden eines Ehegatten hatte zur Folge, dass ihm die Sorge nicht zu übertragen war. Im Hinblick auf den Inhalt der elterlichen Gewalt war die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg noch geprägt von einer Dominanz des Elternrechtes, hinter dem eigene Kinderpositionen weitgehend zurücktraten. Das Kind wurde - bis zur Neuregelung der elterlichen Sorge 1980 - überwiegend als Objekt eines subjektiven Rechtes der Eltern betrachtet.⁶⁰⁶

4. Das Gleichberechtigungsgesetz von 1957

Eine regelungslose Phase im Familienrecht brachte die Zeit vom 01.04.1953 bis zum 30.06.1958. Der Verfassungsgeber legte durch die Neugestaltung des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG die Gleichberechtigung von Mann und Frau verbindlich fest, entgegenstehendes Recht trat daher mit Ablauf des 31.03.1953 außer Kraft, wobei die einschlägigen sorgerechtlichen Vorschriften jedoch nicht rechtzeitig vom Gesetzgeber angepasst wurden.⁶⁰⁷

Die Umsetzung der grundrechtlichen Änderungen und die Anpassung des einfachen Rechts wurde mit dem Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts (GleichberG) vom 18.06.1957 vollzogen und brachte zugunsten der Mutter neue Regelungen im Kindschaftsrecht. § 1671 Abs. 1 BGB a. F. bestimmte nun, dass das Vormundschaftsgericht zu entscheiden hat, welchem Elternteil die elterliche Gewalt nach der Scheidung zustehen sollte.⁶⁰⁸ Grund-

⁶⁰⁵ Pätzhorn, S. 79.

⁶⁰⁶ Braun, S. 65.

⁶⁰⁷ Braun, S. 65; Bugla, S. 13.

⁶⁰⁸ § 1671 a. F. (GleichberG) lautet:

„(1) Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.

(2) Von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern soll das Vormundschaftsgericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

(3) Haben die Eltern innerhalb von zwei Monaten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils keinen Vorschlag gemacht oder billigt das Vormundschaftsgericht ihren Vorschlag nicht, so trifft es die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht. Ist ein Elternteil allein für schuldig erklärt und sprechen keine schwerwiegenden Gründe dafür, ihm die elterliche Gewalt zu übertragen, so soll das Vormundschaftsgericht sie dem schuldlosen Teil übertragen.

(4) Die elterliche Gewalt soll in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden. Erfordert es das Wohl des Kindes, so kann einem Elternteil die Sorge für die Person, dem anderen die Sorge für das Vermögen des Kindes übertragen werden.

(5) Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes einem Vormund oder Pfleger übertragen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das geistige oder leibliche Wohl oder für das Vermögen des Kindes abzuwenden.

lage der gerichtlichen Entscheidung war nach § 1671 Abs. 2 BGB a. F. ein gemeinsamer Elternvorschlag, der innerhalb einer verlängerten Frist von zwei Monaten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils abzugeben war.⁶⁰⁹ Missbilligte das Gericht diesen Vorschlag oder hatten es die Eltern versäumt, einen solchen vorzulegen, war gemäß § 1671 Abs. 2 und Abs. 3 BGB a. F. diejenige Regelung zu treffen, die dem Kindeswohl am ehesten entsprach. Die Bedeutung der Scheidungsschuld wurde durch diese Regelungen weiter zurückgedrängt. Lediglich bei einer Alleinschuld eines Ehegatten sollte das Sorgerecht auf den schuldlosen Teil übertragen werden, wenn keine schwerwiegenden Gründe für eine Übertragung auf den schuldigen Teil sprachen.⁶¹⁰ Nach § 1671 Abs. 4 Satz 1 BGB a. F. sollte die elterliche Gewalt in der Regel nur einem Elternteil übertragen werden. Allerdings war es gemäß § 1671 Absatz 4 Satz 2 BGB a. F. in Ausnahmefällen auch möglich, die elterliche Gewalt aufzuteilen und dem einen Teil die Personen-, dem anderen Teil die Vermögenssorge zu übertragen. Umstritten war indessen, ob das Vormundschaftsgericht einem Antrag der Eltern auf eine gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung stattgeben konnte. Dies wurde von der überwiegenden Ansicht mit dem Argument verneint, dass das Vormundschaftsgericht nur billigen könne, was es ohne Elternvorschlag zu beschließen in der Lage sei.⁶¹¹

Der Gesetzgeber hatte zudem mit der Vorschrift des § 1672 BGB a. F. erstmals eine Regelung für die Zeit des Getrenntlebens der Eltern getroffen.⁶¹² Das Vormundschaftsgericht konnte danach auf Antrag eines Ehegatten entsprechend § 1671 BGB a. F. tätig werden.

5. Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechtes von 1977 und das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge von 1980

In den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts begannen sich Wissenschaft und Gesetzgebung zunehmend mit dem Modell einer gemeinsamen Sorge nach elterlicher Scheidung zu befassen.⁶¹³ Der Grund dafür lag zum einen in den gestiegenen Scheidungsraten: 1961 waren 49.271 Scheidungen zu

(6) Die vorstehenden Vorschriften gelten auch, wenn die Ehe der Eltern für nichtig erklärt worden ist. Der Schuldigerklärung steht es gleich, wenn einem der Ehegatten die Nichtigkeit bei der Eheschließung bekannt war.“

Vgl. dazu das Gesetz vom 18.6.1957 über die Gleichberechtigung von Mann und Frau, BGBl. I 1957, 609 ff.

⁶⁰⁹ Vgl. dazu auch Braun, S. 66.

⁶¹⁰ Braun, S. 66.

⁶¹¹ Vgl. OLG Bremen FamRZ 1961, 534 f.; OLG Celle NJW 1960, 151; OLG Hamburg FamRZ 1956, 241 f.; OLG Stuttgart FamRZ 1960, 365; LG Tübingen FamRZ 1960, 121 f.; Braun, S. 67; Bugla, S. 14.

⁶¹² § 1672 a. F. BGB lautet:

„Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt, so gelten die Vorschriften des § 1671 Abs. 1 bis 4 entsprechend. Das Vormundschaftsgericht entscheidet nur auf Antrag eines Elternteiles.“

Vgl. dazu das Gesetz vom 18.6.1957 über die Gleichberechtigung von Mann und Frau, BGBl. I 1957, 609 ff.

⁶¹³ Vgl. dazu auch Braun, S. 143 ff.

verzeichnen - im Jahr 1971 waren es 80.444.⁶¹⁴ Zum anderen wurde nun das Kriterium des Kindeswohles in den Mittelpunkt der Diskussion gestellt, da entwicklungspsychologische Untersuchungen aufzeigten, welche Risiken die elterliche Scheidung für die betroffenen Kinder in sich bergen konnten.⁶¹⁵

Diesen Ansatz griff das *Bundesverfassungsgericht* in einer Entscheidung aus dem Jahr 1971 auf und stellte klar, dass sich der Elternvorrang des Artikel 6 Abs. 2 Satz 1 GG auch auf die Bewältigung des Sorgeproblems nach der Scheidung erstreckt.⁶¹⁶ Die fortbestehende Verantwortung gegenüber dem Kind legt danach den geschiedenen Eltern die Pflicht auf, „die regelmäßig mit der Scheidung für die Entwicklung des Kindes verbundene Schädigung nach Möglichkeit zu mildern und eine vernünftige, den Interessen des Kindes entsprechende Lösung für seine Pflege und Erziehung sowie seine persönlichen Beziehungen zu den nunmehr getrennten Eltern zu finden.“⁶¹⁷ Weiter konstatierte das *Bundesverfassungsgericht*, dass das Wohl des Kindes durch den Streit der geschiedenen Ehegatten gefährdet sei oder gefährdet werden könne, so dass es die Aufgabe des Staates sei, für eine klare Regelung zu sorgen. Insofern könne die elterliche Gewalt regelmäßig nur einem Elternteil allein zustehen, wobei jedoch „die Bindung und Verbindung des Kindes zu dem anderen Elternteil fortbestehen und entsprechend berücksichtigt werden“ müssten.⁶¹⁸ Diese Entscheidung enthält mithin den Gedanken einer am Wohl des Kindes ausgerichteten Behandlung des Sorgekonfliktes durch die Eltern selbst, der sich jedoch durch die klare Absage an eine gemeinsame elterliche Sorge nach Trennung und Scheidung sowie die richterliche Entscheidungshoheit nur schwer umsetzen ließ.

Mit den Änderungen im Scheidungsrecht durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 01.07.1977 (1. EheRG) wurden schließlich die alten am elterlichen Verschulden ausgerichteten Zuweisungskriterien in Bezug auf die Regelungen der elterlichen Sorge nach einer Scheidung abgeschafft. Zugleich wurde mit § 1671 Abs. 1 a. F. BGB⁶¹⁹ die Entscheidungszuständigkeit des

⁶¹⁴ Pätzhorn, S. 81 m.w.Nachw.

⁶¹⁵ Pätzhorn, S. 81 m.w.Nachw.

⁶¹⁶ BVerfG NJW 1971, S. 1447.

⁶¹⁷ BVerfG NJW 1971, S. 1447.

⁶¹⁸ BVerfG NJW 1971, S. 1447.

⁶¹⁹ § 1671 a. F. BGB lautet:

„(1) Wird die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Familiengericht, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.

(2) Von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern soll das Familiengericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

(3) Haben die Eltern keinen Vorschlag gemacht oder billigt das Familiengericht ihren Vorschlag nicht, so trifft es die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

(4) Die elterliche Gewalt soll in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden. Erfordert es das Wohl des Kindes, so kann einem Elternteil die Sorge für die Person, dem anderen die Sorge für das Vermögen des Kindes übertragen werden.

Familiengerichtes auch für die elterliche Sorge begründet, welches nun aufgrund des in § 621 ZPO a. F. festgeschriebenen Verbundprinzips bei der Scheidung ohne elterlichen Antrag eine Regelung über eheliche Kinder zu treffen hatte. § 1672 BGB a. F. blieb demgegenüber unverändert. Auch galt § 1671 Abs. 1 bis 5 BGB a. F. bei nicht nur vorübergehender Trennung der Eltern weiterhin entsprechend.⁶²⁰

Die rechtliche Möglichkeit einer gemeinsamen Sorge geschiedener Eltern blieb weiter eine umstrittene Ausnahmeregelung.⁶²¹ Jedoch schlossen sich mit der Zeit einige Oberlandesgerichte der zunehmend vertretenen Gegenauffassung an und beließen in verfassungskonformer Auslegung des § 1671 BGB a. F. die Sorgeberechtigung beiden Eltern.⁶²²

Durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge (Sorgerechtsgesetz) vom 18.07.1979,⁶²³ welches zum 01.01.1980 in Kraft trat, schaffte der Gesetzgeber bezüglich der Regelungen zur elterlichen Sorge Klarheit. In § 1671 Abs. 4 S. 1 a. F. BGB⁶²⁴ wurde festgelegt, dass die elterliche Sorge einem Elternteil allein zu übertragen ist. Zudem wurde das Kindeswohl als Leitprinzip der Sorgerechtsentscheidung stärker herausgestellt. Auch erfuhr das Kindeswohl in § 1671 Abs. 2 a. F. BGB eine inhaltliche Konkretisierung durch den gesetzlichen Hinweis zur Berücksichtigung der Bindungen des Kindes im Rahmen der zu treffenden Entscheidung.⁶²⁵

6. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 03.11.1982

Erhebliche Auswirkungen auf die gerichtliche Behandlung von Sorgekonflikten sowie die spätere Reform des Kindschaftsrechtes im Jahr 1998 hatte schließlich das Urteil des *Bundesverfassungsgerichtes* vom 03.11.1982.⁶²⁶ Mit dieser Entscheidung wurde die Regelung des § 1671 Abs. 4 Satz 1 BGB a. F. für verfassungswidrig erklärt und so den Familiengerichten die Möglichkeit eingeräumt, das

(5) Das Familiengericht kann die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes einem Vormund oder Pfleger übertragen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das geistige oder leibliche Wohl oder für das Vermögen des Kindes abzuwenden.

(6) Die vorstehenden Vorschriften gelten entsprechend, wenn die Ehe der Eltern für nichtig erklärt oder aufgehoben worden ist. Haben die Eltern innerhalb von zwei Monaten nach Rechtskraft des Urteils, durch das die Ehe für nichtig erklärt oder aufgehoben worden ist, keinen Vorschlag gemacht, so trifft das Familiengericht die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht.“

Vgl. dazu BGBl. I 1976, 1421 ff.

⁶²⁰ Braun, S. 68.

⁶²¹ Vgl. zur Rechtsprechung gegen die Zulässigkeit einer gemeinsamen elterlichen Sorge geschiedener Eltern KG FamRZ 1979, 539 f.; LG Köln FamRZ 1974, 99 (100); LG München FamRZ 1972, 378 f.

⁶²² Grundlegend dazu KG FamRZ 1979, 340.

⁶²³ BGBl. 1979 I, 1061.

⁶²⁴ § 1671 Abs. 4 S. 1 a. F. BGB lautet:

„Die elterliche Sorge ist einem Elternteil allein zu übertragen.“

⁶²⁵ § 1671 Abs. 2 a. F. lautet:

„Das Gericht trifft die Regelung, die dem Wohle des Kindes am besten entspricht; hierbei sind die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister, zu berücksichtigen.“

⁶²⁶ BVerfG FamRZ 1982, 1179.

Sorgerecht nach der Scheidung beiden Eltern gemeinsam zu belassen.⁶²⁷ Das *Bundesverfassungsgericht* begründete die Verfassungswidrigkeit damit, dass eine Regelung, „die zwingend die Übertragung des Sorgerechts für ein aus geschiedener Ehe stammendes Kind auf einen Elternteil vorschreibt und auch in Ausnahmefällen nicht zulässt, dass Vater und Mutter nach Scheidung der Ehe das Sorgerecht für ihr Kind weiterhin gemeinsam zusteht“, mit dem Elternrecht des Artikel 6 Abs. 2 Satz 1 GG unvereinbar ist.⁶²⁸

In dieser Entscheidung entwarf das *Bundesverfassungsgericht* zudem hinsichtlich der Gestaltung der familialen Beziehungen nach elterlicher Trennung oder Scheidung ein neues Bild, welches den Umgang der Eltern mit Konflikten und dessen Auswirkungen auf die Kinder als Kriterium für die zu treffende Sorgeentscheidung einführte. Ausgehend von den Erkenntnissen der kinderrechtlichen Wissenschaftsbereiche sah das Gericht die Dauerhaftigkeit familialer Sozialbeziehungen als entscheidende Grundlage für eine stabile und gesunde psychosoziale Entwicklung des heranwachsenden Menschen an.⁶²⁹ Daraus wurde gefolgert, dass die gefühlsmäßigen Bindungen des Kindes an Mutter und Vater unabhängig von der Trennung und Scheidung der Eltern fortbestehen könnten und die Eltern insofern die Pflicht hätten, mögliche kindliche Schädigungen zu mildern und eine vernünftige, den Interessen des Kindes entsprechende Lösung für seine Pflege und Erziehung sowie seine weiteren persönlichen Beziehungen zu finden.⁶³⁰ Die Eltern müssten bei der Ausübung eines so verstandenen fortbestehenden Elternrechts bemüht sein, die Kinder nicht mit ihren Konflikten zu belasten, wozu auch gehöre, dass ein Elternteil alles unterlässt, was das Verhältnis des Kindes zum anderen beeinträchtigen könnte. Auf diese Weise könnten geschiedene Eltern erreichen, dass für die Entwicklung des Kindes förderliche familiäre Bindungen in einem Restbestand erhalten blieben.⁶³¹

Das *Bundesverfassungsgericht* erkennt mithin in dieser Entscheidung an, dass elterliche Konflikte im Zuge familialer Trennungsprozesse auch Auswirkungen auf die davon betroffenen Kinder haben und die Kinder zu einer positiven Entwicklung die Bindung an beide Elternteile benötigen. Zu möglichen Methoden einer konstruktiven Konfliktbehandlung wird jedoch keine Aussage getroffen - die Eltern werden lediglich dazu angehalten, die Kinder nicht mit ihren Konflikten zu belasten.

Darüber hinaus finden sich in diesem Urteil Ausführungen zur Rolle der Familiengerichte. Diesen kommt danach in jedem Scheidungsfall die Aufgabe zu, eine Entscheidung über das Sorgerecht für gemeinschaftliche Kinder im Scheidungsverbund zu treffen. Allerdings hängt die konkrete Funktion des Gerichtes davon ab, ob die Eltern auch nach einer Scheidung die gemeinsame Verantwortung für ihre

⁶²⁷ Vgl. dazu ausführlich Köster, S. 21 ff.

⁶²⁸ BVerfG FamRZ 1982, 1179 (1182).

⁶²⁹ BVerfG FamRZ 1982, 1179 (1182).

⁶³⁰ BVerfG FamRZ 1982, 1179 (1182) mit Verweis auf BVerfG NJW 1971, 1447 vgl. dazu oben Fn. 616.

⁶³¹ BVerfG FamRZ 1982, 1179 (1182).

Kinder tragen wollen oder nicht. Besteht ein elterlicher Konflikt im Hinblick auf die Sorgeregelung, soll das Tätigwerden des Familiengerichtes darauf gerichtet sein, im Konfliktfall den Ausgleich zwischen den beiden eigenständigen und durch das Elternrecht geschützten Rechtspositionen geschiedener Eltern vorzunehmen, ohne ihren Vorrang als Erziehungsträger anzutasten.⁶³² Einer Schlichtung widerstreitender Interessen durch das Gericht bedarf es indessen nicht, wenn die Eltern gewillt sind, die gemeinsame Verantwortung für ihr Kind nach einer Ehescheidung weiter zu tragen, beide Elternteile voll erziehungsfähig sind und keine Gründe vorliegen, die im Interesse des Kindeswohles die Übertragung des Sorgerechtes auf einen Elternteil angezeigt erscheinen lassen.⁶³³ Existiert ein elterlicher Konflikt im Hinblick auf die Sorge für gemeinsame Kinder, stellte sich die Funktion der Familiengerichte nach der Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichtes* damit als eine doppelte dar: Einerseits waren die Gerichte zur Entscheidung berufen und damit richtend tätig - andererseits soll die konkrete Tätigkeit im elterlichen Konflikt in einer Schlichtung zwischen den unterschiedlichen elterlichen Interessen bestehen.⁶³⁴

Die gerichtliche Praxis orientierte sich in der Folgezeit an den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien und nahm als Voraussetzung für die gemeinsame Sorge nach Trennung und Scheidung neben der gegenwärtigen Einigkeit der Eltern⁶³⁵ und deren voller Erziehungsfähigkeit den Willen beider Elternteile, die Verantwortung für die Kinder weiterhin gemeinsam zu tragen, an.⁶³⁶ Im Rahmen des letztgenannten Kriteriums - der so genannten subjektiven Kooperationsbereitschaft - hatten die Gerichte zu prüfen, ob und in welchem Maße Konflikte zwischen den Eltern bestanden. Mit dieser Voraussetzung sollte die Gefahr behoben werden, dass Kinder infolge von ständigen Meinungsverschiedenheiten der Eltern in ihrer weiteren Persönlichkeitsentwicklung Schaden nehmen könnten.⁶³⁷

Im Hinblick auf die elterliche Kooperationsbereitschaft führten die Gerichte unter anderem das Ausmaß der „elterlichen Spannungen“,⁶³⁸ die Unmöglichkeit einer „einvernehmlichen Verständigung“,⁶³⁹ das „gestörte persönliche Verhältnis“⁶⁴⁰ und auch die nicht mehr „mögliche persönliche Kommunikation“ der Eltern an.⁶⁴¹ Die Übertragung der gemeinsamen Sorge wurde also in Beziehung zum elterli-

⁶³² BVerfG FamRZ 1982, 1179 (1182).

⁶³³ BVerfG FamRZ 1982, 1179 (1182).

⁶³⁴ Vgl. zu den unterschiedlichen theoretischen Möglichkeiten einer Konfliktbehandlung durch Dritte 2. Teil B. II. Idealtypische Konfliktbehandlungsmodelle, S. 55 ff.

⁶³⁵ OLG Bamberg NJW-RR 1991, 580.

⁶³⁶ KG FamRZ 1989, 654; OLG Bamberg, FamRZ 1995, 1509; OLG Frankfurt FamRZ 1993, 1352; OLG Hamm FamRZ 1997, 48.

⁶³⁷ Vgl. OLG Bamberg, FamRZ 1995, 1509 (1510).

⁶³⁸ KG FamRZ 1989, S. 654.

⁶³⁹ KG FamRZ 1989, 654.

⁶⁴⁰ OLG Bamberg, FamRZ 1995, 1509 (1510).

⁶⁴¹ OLG Bamberg, FamRZ 1995, 1509 (1510).

chen Kommunikationsverhalten gesetzt. Stellte sich dies aus der Sicht des Gerichtes als konflikthaft dar, lehnten die Gerichte eine gemeinsame Sorge nach der elterlichen Trennung und Scheidung ab.

Während damit in der frühen Zeit zunächst lediglich der Vater die rechtliche Macht über die Kinder besaß, wurde schließlich auch der Mutter das Recht auf die nacheheliche Sorge zugestanden, wobei die Frage des Verschuldens am Scheitern der Ehe mehr und mehr in den Hintergrund trat. Stattdessen rückte Ende des 20. Jahrhunderts das konkrete elterliche Miteinander nach einer Trennung und Scheidung in den Mittelpunkt der familiengerichtlichen Entscheidung zur elterlichen Sorge. Die Einigungsfähigkeit der Eltern - also deren Umgang mit Konflikten - und das Wohl des Kindes bildeten in zunehmendem Maß die Leitidee der sorgerechtlichen Entscheidung.

C. Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen

Die geltende gesetzliche Grundlage zur gerichtlichen Behandlung von Sorgerechtskonflikten stellt das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 01.07.1998 dar.⁶⁴² Ein maßgebliches Ziel dieses Reformgesetzes ist es, die Eltern bei der „eigenständigen Konfliktlösung“⁶⁴³ in Sorgerverfahren zu unterstützen und ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, in „eigener Verantwortung zu prüfen, inwieweit es ihnen gelingt, die elterliche Sorge für ihr Kind trotz Trennung und Scheidung weiter gemeinsam auszuüben.“⁶⁴⁴ Was allerdings unter einem elterlichen Konflikt zu verstehen ist, gibt das Gesetz nicht vor. Insoweit lässt sich lediglich aus § 1628 S. 1 BGB entnehmen, dass elterliche „Meinungsverschiedenheiten“ dann bestehen, wenn „sich die Eltern in einer einzelnen Angelegenheit oder in einer bestimmten Art von Angelegenheiten der elterlichen Sorge, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, nicht einigen“ können.

Die Ausrichtung auf die elterliche Entscheidungsautonomie und Verantwortung im Sorgekonflikt begründet der Gesetzgeber mit der für eine gelingende Durchführung von Sorgeregelungen notwendigen Akzeptanz dieser Regelungen durch die Beteiligten. Diese sei am besten zu erreichen, wenn die Regelungen von den Beteiligten „in eigener Verantwortung“ - gegebenenfalls unter Inanspruchnahme von Beratung - getroffen würden.⁶⁴⁵

In der Praxis zeigt sich jedoch oftmals, dass Eltern ihre Handlungs- und Entscheidungsautonomie, die ihnen naturgemäß in familialen Angelegenheiten zusteht, auf den Familienrichter übertragen wollen. Streiten Eltern nach einer Trennung oder Scheidung um die künftige Ausgestaltung der elterlichen Sorge im gerichtlichen Verfahren, bedeutet dies nämlich in der Regel, dass außergerichtliche Versuche einer Lösung des Konfliktes gescheitert sind.⁶⁴⁶ Der Anfang des Sorgeprozesses stellt gleichzeitig meist das Ende eines erfolglosen innerfamilialen Konfliktlösungsprozesses dar. Wird der Sorgekonflikt dann aus der Familie hinaus vor den Familienrichter getragen, ist damit auch das Eingeständnis der Eltern verbunden, keine eigene Lösung im Sorgekonflikt zu finden.⁶⁴⁷ In einer solchen Situation liegt es nahe, dass Eltern die Wahrnehmung ihrer „Rechte“ an einen Rechtsanwalt und die Lösung des familialen Konfliktes an einen Richter delegieren wollen.

⁶⁴² BGBl. I 1997, 2942.

⁶⁴³ BT-Drucks. 13/4899, S. 75.

⁶⁴⁴ BT-Drucks. 13/4899, S. 74. Matthey in Proksch, S. 64 spricht insofern von einer „Bemündigung“ der Eltern.

⁶⁴⁵ BT-Drucks. 13/4899, S. 75.

⁶⁴⁶ Vgl. auch Blankenburg, S. 43: In fortlaufenden Sozialbeziehungen ist der Gang zum Gericht immer eine Eskalation, meist der Endpunkt eines längeren Konfliktprozesses.

⁶⁴⁷ Vgl. dazu auch § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, wonach die Eltern im Hinblick auf die zukünftige Regelung der elterlichen Sorge übereinstimmende Erklärungen abgeben müssen, wenn eine einverständliche Scheidung nach § 1565 BGB i.V.m. § 1566 Abs. 1 BGB erfolgen soll.

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, welchen Beitrag die geltenden gesetzlichen Regelungen zu einer konstruktiven Behandlung des Sorgekonfliktes - auch durch die Eltern selbst - leisten können.

I. Grundlagen

1. Steuerung des Sorgerechtskonfliktes durch gesetzliche Vorgaben

Stellt ein Elternteil beim Familiengericht einen Antrag zur Regelung der elterlichen Sorge, wird der bislang private familiäre Konflikt in einen rechtlichen Kontext übertragen und unter Zuhilfenahme des juristischen Instrumentariums behandelt.⁶⁴⁸ Jetzt steht nicht mehr der ursprüngliche elterliche Sorgestreit mit seinen vielfältigen Aspekten im Vordergrund - dieser wird vielmehr in Meinungsverschiedenheiten über den einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt sowie in die Anwendbarkeit und Auslegung von Rechtsvorschriften transponiert. Der Sorgerechtskonflikt wird also unter neuen „Spielregeln“ ausgetragen, wobei der familiäre Konflikt trotzdem bestehen bleiben kann, wenn dessen konstruktive Behandlung im sorgerechtlichen Verfahren nicht gelingt.⁶⁴⁹

Durch die Einleitung eines sorgerechtlichen Verfahrens erhält der vormals in seiner Behandlung und seinem Ausgang für die Eltern offene Sorgerechtskonflikt also eine (zusätzliche) Struktur: Den Eltern werden Regelungen vorgegeben, die Handlungsanweisungen zur formalen und inhaltlichen Konfliktaustragung enthalten, die Beteiligten festlegen sowie bestimmen, wie der Konflikt beendet werden kann. Vorschriften, die die äußeren Rahmenbedingungen der gerichtlichen Behandlung des Sorgerechtskonfliktes festlegen, finden sich vornehmlich in der Zivilprozessordnung und dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.⁶⁵⁰ Den Katalog der im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens erheblichen Konfliktthemen geben die Regelungen des BGB zum Beispiel in § 1671 BGB oder § 1672 BGB vor. Eine formale Beendigung des Konfliktes wird im sorgerechtlichen Verfahren durch den Beschluss erreicht.

Im Unterschied zur privaten Behandlung des Sorgerechtskonfliktes durch die Eltern, deren Familien und weitere Personen stellt das sorgerechtliche Verfahren also eine in Regeln gefasste und dadurch begrenzte Konfliktbehandlung dar.⁶⁵¹ Der familiäre Sorgerechtskonflikt wird darüber hinaus aufgrund der kontradiktorischen Ausgestaltung des Verfahrens zum (juristisch) erlaubten Konflikt, da die Eltern regelmäßig gegensätzliche Anträge stellen, um überhaupt eine gerichtliche Austragung des Konfliktes zu erreichen. Die gesetzlichen Vorgaben zum Konfliktbehandlungsverfahren führen dazu, dass sowohl die formale wie auch die inhaltliche gerichtliche Konfliktaustragung für die Parteien überschaubar und

⁶⁴⁸ Vgl. dazu ausführlich oben 4. Teil A. Umformung des Sorgerechtskonfliktes zum Sorgerechtsstreit, S. 111 ff.

⁶⁴⁹ In der Rechtstheorie wird nicht von allen Autoren die Lösung des dem Prozess zugrunde liegenden sozialen Konfliktes als Zweck des Zivilprozesses gesehen. Vgl. dazu Goebel, S. 63 m.w.Nachw. in Fn. 3.

⁶⁵⁰ Vgl. insbesondere zur mündlichen Verhandlung auch Redeker, S. 192 f.

⁶⁵¹ Vgl. dazu allgemein Röhl, S. 411 m.w.Nachw.

damit kalkulierbar wird. Eine Steuerung des Sorgekonfliktes auf der Ebene der juristischen Konfliktbehandlung ist damit erreicht.

Kritisch anzumerken ist jedoch, dass eben jene Festlegung in Bezug auf Konfliktbehandlung und Konflikthalt auch zu einer Verengung auf die jeweils eigene Sicht und damit zu einer weiteren Konflikteskalation zwischen den Eltern führen kann. Wie oben dargestellt neigen Menschen in konflikthaften Interaktionen unter anderem dazu, dem anderen „Schuld“ an der aktuellen Situation zu geben, das Konfliktgeschehen zu ihren Gunsten zu simplifizieren und persönliche Begegnungen mit dem anderen zu meiden.⁶⁵² Ein flexibler Umgang im Geschehen weicht dabei meist einer mehr und mehr starren Haltung gegenüber den übrigen Konfliktbeteiligten. Hier besteht nun die Gefahr, dass das sorgerechtlche Verfahren aufgrund seiner formalen und eher starren Ausgestaltung dieses Konfliktverhalten unterstützt und so zu einer Konfliktverschärfung beiträgt.

⁶⁵² Vgl. dazu oben II. Systemischer Ansatz zur Erklärung von (familialen) Konflikten, S. 40 ff.

Abbildung 9: Übersicht zu den Unterscheidungsmerkmalen der privaten und der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes

Die folgende Übersicht stellt nochmals die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale der privaten und der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes dar.

PRIVATE KONFLIKTBEHANDLUNG	GERICHTLICHE KONFLIKTBEHANDLUNG
<p>Konfliktthemen offen z. B. Beziehungskonflikt der Eltern, unterschiedliche Vorstellungen zur Erziehung gemeinsamer Kinder</p>	<p>Konfliktthemen begrenzt durch gesetzliche Vorgaben: z. B. bei einer Übertragung der Alleinsorge nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB die Wahrung des Kindeswohles als Konfliktthema</p>
<p>Konfliktbehandlung offen: z. B. durch Leugnen, Nachgeben, Streiten, Verhandeln</p>	<p>Konfliktbehandlung begrenzt durch Verfahrensordnungen: z. B. Antragstellung, Anhörung, Beweismittel</p>
<p>Kreis der Konfliktbeteiligten offen z. B. Familienangehörige, Freunde, Arbeitskollegen, Nachbarn</p>	<p>Kreis der Konfliktbeteiligten festgelegt in einschlägigen Verfahrensordnungen: z. B. Antragsteller, Antragsgegner, Richter, Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigter, Sachverständige, Verfahrenspfleger</p>
<p>Konfliktbeendigung offen z. B. Versöhnung, lebenslanger Konflikt</p>	<p>Konfliktbeendigung festgelegt in einschlägiger Verfahrensordnung: z. B. Beschluss oder Urteil</p>

Quelle: Eigener Entwurf

2. Das gerichtliche Verfahren im Sorgekonflikt

a. Grundsätzliche Ausgestaltung eines sorgerechtlichen Verfahrens

Nach der Reform des Kindschaftsrechtes ist für sämtliche Sorgerechtsverfahren gemäß § 23 b Abs. 1 Nr. 2 GVG i. V. m. § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nunmehr das Familiengericht sachlich zuständig.

Die örtliche Zuständigkeit hängt davon ab, ob eine Ehesache der Eltern des betroffenen Kindes anhängig oder rechtshängig ist. Bei Anhängigkeit einer Ehesache ergibt sich die örtliche Zuständigkeit aus § 621 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Danach ist das Gericht, bei dem die Ehesache anhängig ist, im Sorgerechtsverfahren zuständig. Ab Rechtshängigkeit der Ehesache richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach § 621 Abs. 3 ZPO. Ein anhängiges Sorgerechtsverfahren ist dann von Amts wegen an das Gericht der Ehesache zu verweisen. Ist keine Ehesache anhängig, entscheidet der Wohnsitz des Kindes.⁶⁵³

Als Eingangsgesicht instanzial zuständig ist gem. § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO i. V. m. § 23 b Abs. 1 Nr. 2 GVG das den Amtsgerichten zugeordnete Familiengericht. Die zweitinstanzliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichtes in Beschwerdeverfahren ergibt sich aus § 621 e Abs. 1 ZPO i. V. m. § 119 Nr. 2 GVG. Der Bundesgerichtshof ist gemäß § 621 e Abs. 2 ZPO i. V. m. § 133 Nr. 2 GVG drittinstanzlich für die weitere befristete Beschwerde zuständig.

Nach § 621 a Abs. 1 S. 1 ZPO finden im sorgerechtlichen Verfahren die Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) Anwendung. Damit gilt auch der in § 12 FGG statuierte Amtsermittlungsgrundsatz.⁶⁵⁴ Dieser gibt dem Familiengericht die Berechtigung und Verpflichtung, von sich aus alle erforderlichen Tatsachen zu ermitteln, um eine dem Wohl des Kindes gerecht werdende Entscheidung treffen zu können.⁶⁵⁵

Das Gericht erfüllt diese Verpflichtung in erster Linie durch die Anhörung der Eltern nach § 50 a FGG, des Kindes gemäß 50 b FGG⁶⁵⁶ sowie des Jugendamtes nach § 49 a FGG oder auch Dritter, wenn sie Einfluss auf das Wohlergehen der Kinder haben.⁶⁵⁷ Die Anhörungen dienen sowohl der Sicherstellung des Rechts auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG wie auch der nach § 12 FGG gebotenen Sachaufklärung und der richterlichen Überzeugungsbildung.⁶⁵⁸ Daneben gebietet es das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes, dass sich das Gericht vor einer Entscheidung über

⁶⁵³ Oelkers, Rn. 296. In den meisten Fällen teilt das Kind den Wohnsitz desjenigen Elternteiles, bei dem es lebt, vgl. dazu ausführlich Palandt-Heinrichs § 12 Rn. 2 ff.

⁶⁵⁴ Ausführlich dazu Keidel/Kuntze/Winkler-Kayser § 12 Rn. 1 ff.

⁶⁵⁵ OLG Frankfurt FamRZ 1992, 207 (208); OLG München FamRZ 1979, 70 (71); Gerhardt/v.Heintschel-Heinegg/Klein-Oelkers 4. Kap., Rn. 263 ff.

⁶⁵⁶ Vgl. dazu ausführlich Weisbrodt JAmT (DAVorm) 2001, S. 508 ff.

⁶⁵⁷ BayObLG FamRZ 1987, 619 ff.; Gerhardt/v.Heintschel-Heinegg/Klein-Oelkers 4. Kap., Rn. 275 ff. Ausführlich zur Anhörung von Kindern im familiengerichtlichen Verfahren vgl. Weisbrodt, JAmT (DAVorm) 2001, S. 508 ff.

⁶⁵⁸ BVerfG FamRZ 1987, 786 (789); BGH FamRZ 1985, 169 (172); BayObLG FamRZ 1995, 500 (501); OLG Köln FamRZ 1997, 1549; OLG Oldenburg FamRZ 1999, 35 (36).

seine Wünsche, Neigungen und Bindungen persönlich informiert.⁶⁵⁹ Verfahrensrechtlich ist demnach die Anhörung aller Konfliktbeteiligten sowie der Mitarbeiter des Jugendamtes durch den Familiengericht notwendig aber auch ausreichend.

Die im Rahmen der Anhörung notwendige Fokussierung auf den Richter kann jedoch auch dazu führen, dass die für eine konstruktive Konfliktbehandlung notwendige Kommunikation zwischen den Eltern nicht im erforderlichen Maße (wieder) hergestellt wird. Eine auf die Förderung der elterlichen Kommunikation zielende richterliche Tätigkeit ließe sich bereits durch eine andere gesetzliche Wortwahl verdeutlichen. Statt „Persönliche Anhörung“ könnte etwa „Persönliches Gespräch zwischen den Eltern im Beisein des Richters“ formuliert und eine Beteiligung beider Elternteile an diesem Gespräch gesetzlich festgeschrieben werden.

b. Richterliches Hinwirken auf ein Einvernehmen der Beteiligten als Verfahrensmaxime nach § 52 FGG

Wird das Familiengericht mit einem Antrag aus dem Bereich der elterlichen Sorge befasst, hat es nach § 52 Abs. 1 FGG⁶⁶⁰ so früh wie möglich und in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinzuwirken, die Beteiligten so früh wie möglich anzuhören und auf bestehende Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Jugendhilfe hinzuweisen. Durch diese mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz eingefügte Regelung soll im Interesse der Kinder eine selbständige Konfliktlösung durch die Eltern ermöglicht⁶⁶¹ und die Belastungen der Kinder im Vergleich zu einem gerichtlichen Verfahren mit Anhörungen, Sachverständigengutachten und Ermittlungen des Jugendamtes vermindert werden.⁶⁶² Der Gesetzgeber ließ sich dabei von der Annahme leiten, dass die Akzeptanz der getroffenen elterlichen Sorgeregelung eine wichtige Voraussetzung für deren gelingende Durchführung ist. Akzeptanz - so die Amtliche Begründung - sei am besten zu errei-

⁶⁵⁹ BVerfG FamRZ 1981, 124 (126); OLG Zweibrücken FamRZ 1999, 246 (247); OLG Köln FamRZ 1997, 1549.

⁶⁶⁰ § 52 FGG lautet:

„(1) In einem die Person eines Kindes betreffenden Verfahren soll das Gericht so früh wie möglich und in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken. Es soll die Beteiligten so früh wie möglich anhören und auf bestehende Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Jugendhilfe insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung hinweisen.

(2) Soweit dies nicht zu einer für das Kindeswohl nachteiligen Verzögerung führt, soll das Gericht das Verfahren aussetzen, wenn

1. die Beteiligten bereit sind, außergerichtliche Beratung in Anspruch zu nehmen, oder
2. nach freier Überzeugung des Gerichts Aussicht auf Einvernehmen der Beteiligten besteht; in diesem Fall soll das Gericht den Beteiligten nahelegen, eine außergerichtliche Beratung in Anspruch zu nehmen.

(3) Im Fall des Absatzes 2 kann das Gericht eine einstweilige Anordnung über den Verfahrensgegenstand von Amts wegen erlassen.“

⁶⁶¹ BT-Drucks. 13/4899, S. 133; Keidel/Kuntze/Winkler-Engelhardt § 52 Rn. 1.

⁶⁶² BT-Drucks. 13/4899, S. 133.

chen, wenn die Regelung von den Eltern in eigener Verantwortung - gegebenenfalls unter Inanspruchnahme von Beratung - getroffen wird.⁶⁶³ § 52 FGG schafft damit eine über die allgemeine Pflicht zur gütlichen Beilegung von rechtlichen Konflikten hinausgehende Verpflichtung des Gerichtes, auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinzuwirken und eine selbständige Konfliktbehandlung durch die Eltern zu initiieren.⁶⁶⁴

Nach § 52 Abs. 2 FGG hat das Gericht die Möglichkeit, auf eine einvernehmliche Konfliktlösung hin zu arbeiten, indem es das Verfahren zugunsten einer außergerichtlichen Beratung aussetzt. Da mit der Aussetzung eine Verzögerung des weiteren Ablaufs des Verfahrens einhergeht, darf diese allerdings grundsätzlich nur dann erfolgen, wenn die Verzögerungen sich nicht nachteilig auf das Kindeswohl auswirken. Daher muss die Erklärung, außergerichtliche Beratung nach § 52 Abs. 2 Nr. 1 FGG in Anspruch zu nehmen, glaubhaft sein.⁶⁶⁵ Die freie Überzeugung des Gerichtes, dass Aussicht auf ein Einvernehmen der Beteiligten nach § 52 Abs. 2 Nr. 2 FGG besteht, darf sich nur auf Tatsachen gründen, die diese Würdigung zu rechtfertigen vermögen. Macht das Familiengericht von der Möglichkeit zur Aussetzung keinen Gebrauch, kann dies als Verfahrensfehler zu werten sein und zu einer Aufhebung der Entscheidung führen.⁶⁶⁶

Zweck des Sorgeverfahrens ist es also auch, dass das Gericht klärt, ob eine sozialpflegerische Unterstützung bei der Entwicklung einer Konfliktlösung anstelle einer gerichtlichen Entscheidung zur Behandlung des Sorgekonfliktes geeignet erscheint.⁶⁶⁷ Ist das Gericht erst zur Entscheidung berufen, wenn die sozialpflegerischen Möglichkeiten erschöpft sind oder nicht ausreichen, hat der Familienrichter im Hinblick auf die vorrangige elterliche Konfliktbehandlung zu erforschen, ob diese außergerichtlich erfolgen kann und die Eltern in diesem Sinne zu „beraten“.

Das Familiengericht ist damit nicht auf eine richtende Konfliktbehandlung beschränkt, sondern sogar verpflichtet, auch beratend und vermittelnd tätig zu werden. Das Verfahren im Sorgekonflikt lässt sich daher im Hinblick auf die oben dargestellten idealtypischen Konfliktbehandlungsmodelle,⁶⁶⁸ denen eine klare Unterscheidung der Aufgabenzuweisung an den mit der Konfliktbehandlung befassten Dritten zugrunde liegt, nicht eindeutig zuordnen. Gerichtliche Konfliktbehandlung und außergerichtliche Konfliktbehandlungsmethoden der Beratung und Vermittlung werden vielmehr über § 52 FGG

⁶⁶³ BT-Drucks. 13/4899, S. 75: Insoweit wird auf die von Proksch durchgeführte Studie hingewiesen, die belegt, dass gezielte Beratung der Eltern durch das Jugendamt eine hohe Zahl einvernehmlicher Konfliktlösungen im Sorgerecht möglich macht.

⁶⁶⁴ So BT-Drucks. 13/4899, S. 133.

⁶⁶⁵ OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 627.

⁶⁶⁶ OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 627.

⁶⁶⁷ Die gerichtliche Entscheidung ist gegenüber den Beratungsmöglichkeiten nach §§ 17 ff. KJHG subsidär. Vgl. dazu OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 627 (628).

⁶⁶⁸ Siehe oben 2. Teil B. II. 3. Dreiseitige Konfliktbehandlung, S. 58 ff.

miteinander verzahnt. Letztendlich überwiegt allerdings die richtende Konfliktbehandlung, da das Gericht nach § 52 FGG an keiner Stelle des Verfahrens seine Entscheidungsbefugnis verliert und eine sorgerechtliche Entscheidung zu treffen hat, wenn die in § 52 FGG aufgezeigten Möglichkeiten nicht zu einer einvernehmlichen Lösung des elterlichen Konfliktes führen.⁶⁶⁹

3. Materiell-rechtliche Regelungen

a. Begriffsbestimmung, Zweck und Ausübung der elterlichen Sorge

Der Begriff „Sorge“ hat sprachgeschichtlich zwei unterschiedliche Bedeutungen, die bereits auf den vielschichtigen Charakter der damit beschriebenen Eltern-Kind-Beziehung hinweisen. Einerseits wurde er als Umschreibung von „Unruhe, Angst und quälende Gedanken“, andererseits als „Bemühung um Abhilfe“ verwendet.⁶⁷⁰ Der juristische Terminus „elterliche Sorge“ wurde durch die Sorgerechtsreform im Jahr 1980 eingeführt und sollte den bis dahin verwendeten Ausdruck „elterliche Gewalt“ ersetzen.⁶⁷¹ Das Kindschaftsrechtsreformgesetz hielt an der „elterlichen Sorge“ als juristische Umschreibung der Eltern-Kind-Beziehung fest. Mit der Reform des Kindschaftsrechtes sollte nach so kurzer Zeit kein neuerlicher Begriffswechsel verbunden sein, da nach der Amtlichen Begründung mit der Formulierung „elterliche Sorge“ im Vergleich zum früher benutzten Ausdruck „elterliche Gewalt“ der Fürsorgecharakter der elterlichen Aufgabe besser zum Ausdruck kommt.⁶⁷²

Zweck der gesetzlichen Regelungen zur elterlichen Sorge ist es, die natürliche Eltern-Kind-Beziehung zu schützen und mit den nötigen rechtlichen Instrumenten auszustatten.⁶⁷³ Nach der Legaldefinition des § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB umfasst die elterliche Sorge daher „die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen.“ Aufgrund dieser Verschränkung von elterlichen Pflichten und Rechten stellt sich die elterliche Sorge als ambivalente Rechtsposition dar, bei der allerdings die elterliche Verantwortung und damit der Pflichtcharakter im Vordergrund steht.⁶⁷⁴ Das Kind tritt daher seinen Eltern als Träger des Rechtes auf pflichtgemäße Ausübung der elterlichen Sorge gegenüber,⁶⁷⁵ woran auch eine elterliche Trennung oder Scheidung grundsätzlich nichts ändert.

Die elterliche Sorge kann entweder als gemeinsames Sorgerecht beider Eltern oder als Alleinsorge eines Elternteiles ausgestaltet sein. Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes miteinander verheiratet,

⁶⁶⁹ So auch Glenewinkel, S. 172.

⁶⁷⁰ Vgl. Duden Herkunftswörterbuch - Etymologie der deutschen Sprache, S. 684.

⁶⁷¹ Jans/Happe § 1626 Anm. 8; zum vorgeschlagenen Begriff „elterliche Verantwortung“ vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 58 und Palandt-Diederichsen Einf v § 1626 Rn. 1 m.w.Nachw. Der Begriff „elterliche Verantwortung“ wurde allerdings in § 50 Abs. 1 FGG in Anlehnung an die Formulierung des § 17 Abs. 1 SGB VIII übernommen; vgl. dazu BT-Drucksache 13/8511, S. 79.

⁶⁷² BT-Drucksache. 13/4899, S. 58.

⁶⁷³ Schwab, Familienrecht, Rn. 539.

⁶⁷⁴ BVerfG NJW 1994, 1645 (1646); Lipp-Wagenitz § 1626 Rn. 3; Palandt-Diederichsen § 1626 Rn. 1.

⁶⁷⁵ MünchKomm-Huber § 1626 Rn. 7.

steht ihnen wie unter altem Recht kraft Gesetzes die elterliche Sorge nach § 1626 Abs. 1 BGB gemeinsam zu. Wenn die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind, haben sie gemäß § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB die Möglichkeit, die gemeinsame Sorge zu erlangen, indem sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen. Nach § 1626 a Abs. 1 Nr. 2 BGB erlangen sie die gemeinsame Sorge schließlich auch, wenn sie einander nach der Geburt des Kindes heiraten.⁶⁷⁶ Nach § 1627 S.1 BGB üben beide Eltern das gemeinsame Sorgerecht jeweils in eigener Verantwortung aus. Etwaige Aufgabenaufteilungen der Eltern untereinander heben die gemeinsame Verantwortung für den gesamten Bereich der elterlichen Sorge nicht auf. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie gemäß § 1627 S. 2 BGB versuchen, sich zu einigen. Erzielen die Eltern keine Einigung, so gebührt keinem Elternteil der Vorrang. Das Gesetz gibt dann in § 1628 BGB die Möglichkeit, das Familiengericht um eine Entscheidung anzurufen.

Eine Alleinsorge der Mutter besteht gemäß § 1626 a Abs. 2 BGB, wenn die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind und keine Sorgeerklärungen abgegeben haben. Des Weiteren kann eine Alleinsorge kraft gerichtlicher Entscheidung begründet werden, zum Beispiel bei der Trennung der Eltern nach § 1671 und § 1672 BGB oder bei Verhinderung oder Tod eines Elternteils gemäß § 1678 BGB oder § 1680 BGB.

Wie das Sorgerecht konkret ausgestaltet wird, bleibt weitgehend den Sorgeberechtigten überlassen, wobei § 1618 a BGB als Leitbild Eltern und Kinder zu gegenseitigem Beistand und zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet und § 1626 Abs. 2 BGB einen partnerschaftlichen Erziehungsstil anstrebt.⁶⁷⁷ Das Gesetz unterscheidet in § 1626 Abs. 1 Satz 2 BGB zwischen der elterlichen Sorge für die Person und für das Vermögen des Kindes. Personen- und Vermögenssorge haben jeweils zwei Bereiche, die nicht immer scharf gegeneinander abzugrenzen sind: die tatsächliche Fürsorge und die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht.⁶⁷⁸ Die Personensorge, welche insbesondere in den §§ 1631 - 1633 BGB geregelt ist, betrifft alle Betreuungsaufgaben, die nicht bloße Vermögensverwaltung sind. Sie umfasst die Pflege des Kindes, das heißt die Sorge für das leibliche Wohl und eine gesunde äußere Entwicklung, sowie die Erziehung, also die Sorge für die geistige, seelische und soziale Entwicklung des Kindes.⁶⁷⁹ Ziel der vornehmlich in den §§ 1638 - 1649, 1683, 1698 - 1698 b BGB geregelten Vermögenssorge ist die Erhaltung, Vermehrung und Verwendung des Vermögens des Kindes im Kindesinteresse. Sie äußert sich in Rechtsgeschäften wie in tatsächlichen Verwaltungsmaßnahmen. Nach einer Trennung oder Scheidung der Eltern bleibt die elterliche Sorge grundsätzlich in der Form bestehen, die sie bis dahin hatte. Stand den Eltern die elterliche Sorge bislang nach § 1626 Abs. 1 S.

⁶⁷⁶ Nach altem Recht erhielten Kinder, deren Eltern später einander heirateten, den Status eines ehelichen Kindes; vgl. § 1719 Satz 1 BGB a. F.

⁶⁷⁷ Tschernitschek, Rn. 529.

⁶⁷⁸ Palandt-Diederichsen § 1626 Rn. 17 und 22.

⁶⁷⁹ Vgl. dazu im Einzelnen Schwab, Familienrecht, Rn. 538 ff.

1 BGB oder § 1626 a Abs. 1 BGB gemeinsam zu, gilt dies auch, wenn sie nunmehr im Sinne von § 1567 BGB getrennt leben - also nach Trennung oder Scheidung als Ehegatten oder nach Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Hatte die Mutter in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Alleinsorge nach § 1626 a Abs. 2 BGB inne, ändert die Trennung vom Vater daran nichts. Ob es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Änderung der Sorge nach Trennung der Eltern kommt, hängt also vom Willen der Eltern ab.

Durch die elterliche Trennung verändert sich allerdings die tatsächliche Ausübung der elterlichen Sorge, da das Kind in der Mehrzahl der Fälle bei einem der Elternteile - oftmals bei der Mutter - leben wird und den anderen nur im meist wöchentlichen Rhythmus sehen wird.⁶⁸⁰ Damit sind verschiedenste Bereiche des Lebens von Eltern und Kind neu zu ordnen: Der Aufenthalt des Kindes muss bestimmt werden, Erziehungsfragen sind zu klären, inwieweit eine Befugnis zur alleinigen Entscheidung eines Elternteils für das Kind besteht, muss geregelt werden. Des Weiteren ist der Umgang mit den Großeltern und Verwandten neu zu organisieren und nicht zuletzt sind Unterhaltsfragen zu klären.⁶⁸¹ Die elterliche Sorge nach einer familialen Trennung erhält ihre konkrete Ausformung mithin erst durch die individuelle Gestaltung und Anpassung an die geänderten Lebensbedingungen. Aufgrund der familialen Trennungssituation sind diese Anpassungsprozesse dann meist mit elterlichen Konflikten behaftet.

b. Das Kindeswohl als maßgebliches Kriterium im elterlichen Sorgerechtskonflikt

Im Mittelpunkt der rechtlichen Behandlung elterlicher Sorgerechtskonflikte steht das Kindeswohl. Es findet in allen zentralen sorgerechtlichen Bestimmungen ausdrückliche Erwähnung und stellt insofern den Bezugspunkt richterlichen Handelns im elterlichen Sorgerechtskonflikt dar. So ist die gemeinsame elterliche Sorge nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB dann aufzuheben, wenn „die Übertragung der Alleinsorge dem Wohl des Kindes am besten entspricht.“ Auch die Übertragung der Alleinsorge oder von Teilen der elterlichen Sorge auf den Vater, der zunächst nicht Inhaber der elterlichen Sorge war, kann gemäß § 1672 Abs. 1 Satz 2 BGB nur erfolgen, wenn „die Übertragung dem Wohl des Kindes dient.“ Hat in solchen Fällen eine Übertragung der Alleinsorge auf den Vater stattgefunden, hängt die insoweit mögliche Initiierung einer gemeinsamen elterlichen Sorge nach § 1672 Abs. 2 Satz 1 BGB schließlich wiederum davon ab, dass diese Entscheidung „dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.“ Weiter kann das Entscheidungsrecht über Angelegenheiten, die das Kind betreffen, gemäß §§ 1687, 1687 a und 1687 b BGB eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, wenn dies „zum Wohl des Kindes

⁶⁸⁰ Sog. Residenz- oder Eingliederungsmodell: das Kind lebt zeitlich zumindest vorwiegend in der Wohnung eines Elternteiles, unterbrochen durch Kontakte mit regelmäßigen Aufenthalten in der Wohnung des anderen Elternteiles. Beim so genannten Wechselmodell wohnt das Kind hingegen in abwechselnden, ungefähr gleich langen Phasen in den jeweiligen Haushalten der Eltern. Das Wechselmodell wird allerdings nur in circa 10 % der Fälle praktiziert. Vgl. dazu Johannsen/Henrich/Jaeger-Jaeger § 1687 Rn. 7 m.w.Nachw.

⁶⁸¹ Vgl. dazu die Übersicht „Mögliche Konflikte bei gemeinsamem Sorgerecht“ bei Schwab, Familienrecht, Rn. 673.

erforderlich ist.“ Neben der Bezugnahme auf das Wohl des Kindes in den genannten Vorschriften erhebt § 1697 a BGB nochmals ausdrücklich das Kindeswohl zum allgemeinen Rechtsprinzip.⁶⁸² Diese Bestimmung verpflichtet sämtliche in sorgerechtlichen Angelegenheiten tätigen Gerichte auf Einhaltung und Verwirklichung des Kindeswohls.⁶⁸³

Was unter dem Kindeswohl zu verstehen ist und wann es im Sorgekonflikt als verwirklicht gelten kann, lässt der Gesetzgeber allerdings offen.⁶⁸⁴ Insoweit ergibt sich lediglich aus § 1666 Abs. 1 BGB, dass das Kindeswohl das „körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes“ umfasst. Dem Begriff wird deshalb teilweise der normative Gehalt abgesprochen oder er wird als „Leerformel“ bezeichnet, die sich in ihrer „grenzenlosen Offenheit allen Deutungsmöglichkeiten erschließe.“⁶⁸⁵ Positiv gewendet stellt der Terminus einen außerordentlich komplexen, wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff dar.⁶⁸⁶ Grundsätzlich wird der richterlichen Entscheidung im Hinblick auf die Verwirklichung des Kindeswohles in der gegenwärtigen Fachdiskussion eine eher untergeordnete Rolle zugeschrieben, da die tatsächlichen Einflussfaktoren für das Kindeswohl als nur begrenzt justizierbar gelten.⁶⁸⁷

Aufgrund der Ausfüllungsbedürftigkeit dieses generalklauselartigen Rechtsbegriffes haben Rechtsprechung und Literatur unterschiedlichste Kriterien entwickelt, die für den konkreten Einzelfall Orientierungshilfen bieten sollen und vom entscheidenden Gericht zu berücksichtigen und gegebenenfalls gegeneinander abzuwägen sind.⁶⁸⁸ Entscheidungserheblich ist danach, welcher Elternteil für das Kind die stabilere und verlässlichere Bezugsperson zu sein verspricht (so genanntes Förderungsprinzip) und welcher Elternteil größere Bereitschaft zeigt, den Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil zu unterstützen (so genannte Bindungstoleranz). Des Weiteren gilt, dass die Lösung für das Kind am vorteilhaftesten ist, die die Einheitlichkeit und Gleichmässigkeit der Erziehung am wenigsten stört (so genannter Kontinuitätsgrundsatz). Berücksichtigt werden sollen darüber hinaus die Bindungen des Kindes vor allem an Eltern und Geschwister. Schließlich soll auch der Wille des Kindes selbst in die zu treffende Entscheidung einfließen.

Unabhängig davon, im Rahmen welcher gesetzlichen Vorschrift das Kindeswohl zu berücksichtigen ist, sind bei der Prüfung des Kindeswohles darüber hinaus zwei Grundwertungen vom Richter zu

⁶⁸² MünchKomm-Finger § 1697 a Rn. 2; Palandt-Diederichsen § 1697 a Rn. 1.

⁶⁸³ Palandt-Diederichsen Rn. 1. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift ist allerdings aufgrund der genannten ausdrücklichen Erwähnungen in den entsprechenden Vorschriften gering. Vgl. dazu MünchKomm-Finger § 1697 a Rn. 2 f.

⁶⁸⁴ Vgl. zu den Definitionsversuchen auch Köster S. 116 ff.

⁶⁸⁵ Diederichsen FamRZ 1978, 461 (468). Vgl. auch Zitelmann, S. 118 m.w.Nachw.

⁶⁸⁶ So Johannsen/Henrich/Jaeger-Jaeger § 1687 Rn. 47. Vgl. dazu auch Rabaa, S. 12 f.

⁶⁸⁷ Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe, Vor § 50 Rn. 11 m.w.Nachw.

⁶⁸⁸ Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 20 ff.; Staudinger-Coester § 1671 Rn. 177 ff.; vgl. dazu ausführlich auch unten 4. Teil C. II. 3. Übertragung der Alleinsorge ohne Zustimmung nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB, S. 155 ff.

beachten: Zum einen gilt der Vorrang von Einzelfallgerechtigkeit vor allgemeinen Regeln. Zum anderen haben die Kindesinteressen stets Vorrang vor allen anderen beteiligten Interessen. Dem Kindeswohl ist daher eine „Leit- und Sperrfunktion“ eigen, die zur kindzentrierten Sicht und Bewertung der Gesamtsituation zwingt und kindeswohlfremde oder -widrige Kriterien in den Grenzen des § 1618 a BGB abwehrt.⁶⁸⁹

Die ausschließliche Fixierung auf das Kindeswohl im Rahmen einer gerichtlichen Behandlung des Sorgerechtskonfliktes erscheint jedoch zweifelhaft.⁶⁹⁰ Unter systemischen Gesichtspunkten ergeben sich Bedenken insbesondere aus der dem Kind vom Gesetzgeber zugewiesenen Rolle. Denn mit dem Kindeswohl steht nicht nur ein Begriff sondern das Kind selbst im Mittelpunkt des sorgerechtlichen Konfliktgeschehens und der justiziellen Konfliktbehandlung. Oftmals streiten Eltern aber nicht (nur) um das Wohl des Kindes, sondern (auch) um das eigene Wohl. Damit besteht die Gefahr, dass sich im Zuge dieser ausschließlichen Ausrichtung des Sorgerechtskonfliktes auf das kindliche Wohlbefinden ein großer Teil des elterlichen und familialen Konfliktpotentials auf das Kind fokussiert. Das Kind als Kristallisationspunkt des familialen Trennungsgeschehens erhält im Zuge dieser gesetzlich fixierten Ausrichtung auf das Kindeswohl eine im Familiensystem hervorgehobene Stellung, wobei ausgeblendet wird, dass es nur Teil eines komplexen Familiensystems ist, welches sich in seiner Umstrukturierung befindet. Gesamtfamiliale und die Paarbeziehung der Eltern betreffende Aspekte, die zugleich die Ursache wie auch den Rahmen des Sorgerechtskonfliktes bilden, treten so in den Hintergrund. Praktisch kann dies dazu führen, dass das Kind im familialen Trennungsgeschehen eine mit zu großer Macht ausgestattete und damit nicht kindgemäße Position im Familiensystem einnimmt.

Mit der Fokussierung auf das Kindeswohl greift der Gesetzgeber daher insofern zu kurz als die familialen Beziehungen lediglich eindimensional aus dem Blickwinkel des Kindes gewertet werden. Das Wohl des Kindes ist jedoch erst dann verwirklicht, wenn es die Bindungen zu allen Familienmitgliedern in einer kindgemäßen Rolle als möglich und erlaubt erlebt.⁶⁹¹ Dies lässt sich nur erreichen, wenn

⁶⁸⁹ Staudinger-Coester § 1666 Rn. 64; Zitelmann, S. 122. Vgl. aber auch MünchKomm-Olzen § 1666 Rn. 45, der darauf hinweist, dass Eltern- und Kindesinteressen sich gegenseitig beeinflussen und aufgrund von § 1618 a BGB und § 1619 BGB die Verwirklichung ausschließlich eigener Interessen des Kindes nicht ausschlaggebend für die Kindeswohlbeurteilung sein kann.

⁶⁹⁰ Schon der Begriff „Kindeswohl“ lässt den Eindruck entstehen, dass die Belange des Kindes im Mittelpunkt der gerichtlichen Prüfung stehen, ohne dass die Eingebundenheit des Kindes in das jeweilige Familiensystem - und damit auch die Interessen der anderen Familienangehörigen - berücksichtigt werden. Würde stattdessen der Begriff „Interesse des Kindes“ eingeführt, würde bereits durch die Wortwahl deutlich, dass es im Rahmen der gerichtlichen Prüfung auch darum geht, zu erforschen, welche Entscheidung aus der Sicht der erwachsenen Beteiligten für das Kind nützlich ist. Vgl. dazu auch den im amerikanischen Recht verwendeten Begriff „best interest of the child“. Für das kalifornische Recht dargestellt bei Pätzhorn, S. 63.

⁶⁹¹ Vgl. auch Staudinger-Coester § 1666 Rn. 66, wonach das „Gesamtwohl“ des Kindes Schutzobjekt im Rahmen des § 1666 BGB ist. Dieses Gesamtwohl definiert sich aus der „Eingebundenheit“ des Kindes „in und Angewiesenheit auf die familiäre Gemeinschaft“. Vgl. auch Staudinger-Coester § 1671 Rn. 158, wonach es eine verfehlte Sicht auf § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist, wenn dieser

nicht nur das Kind eine positive Einstellung zu Eltern, Geschwistern und Großeltern hat, sondern diese umgekehrt auch die Bindungen des Kindes zu den jeweils anderen Familienmitgliedern würdigen und respektieren. Das Kindeswohl ist daher nicht als antithetische Position gegenüber den Eltern und deren Familien zu deuten, sondern vielmehr aus der Familie heraus zu definieren.⁶⁹² Konkret könnten dazu die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien zum Kindeswohl um den Aspekt des „Familienwohles“, der die Herstellung und den Erhalt von positiv erlebbaren Bindungen des Kindes zu Eltern, Geschwistern und Großeltern und die Würdigung der Beziehungen des Kindes durch die jeweils anderen Familienmitglieder zum Inhalt hat, ergänzt werden.⁶⁹³

Darüber hinaus könnte die Generalklausel des § 1697 a BGB um einen weiteren Absatz ergänzt werden, der wie folgt lautet:

„In gerichtlichen Entscheidungen zum Sorge- und Umgangsrecht im Falle elterlicher Trennung oder Scheidung trifft das Familiengericht diejenige Entscheidung, die aus der Sicht des Gerichtes geeignet erscheint, dem Kind Vater und Mutter als Eltern zu erhalten und ihm eine positive Bindung zu Geschwistern und Großeltern und weiteren für das Kind wichtigen Bezugspersonen zu ermöglichen.“⁶⁹⁴

Vorschrift das Gebot entnommen würde, aus dem komplexen Beziehungs- und Interessengefüge „Familie“ ein Individualinteresse herauszuschälen und isoliert zu verwirklichen. Zwischen den beteiligten Individualinteressen (Kind, Mutter, Vater, Geschwister) besteht eine unauflösbare Interdependenz, an der ein die Einzelinteressen überwältigendes Gemeinschaftsinteresse („Familieninteresse“) teil hat.

⁶⁹² Vgl. auch Rabaa, S. 38.

⁶⁹³ Vgl. auch Bono-Hörler, S. 45, Fn. 150 m.w.Nachw. Das Kriterium der Bindungstoleranz, das im Rahmen der Frage, welchem Elternteil die Alleinsorge übertragen werden soll, eine gewichtige Rolle spielt, erscheint insofern nicht ausreichend. Im Rahmen dieses Kriterium wird lediglich erörtert, welcher Elternteil den Kontakt zum andern Elternteil ermöglicht. Vgl. dazu auch unten 4. Teil C. IV. 3. Übertragung der Alleinsorge ohne Zustimmung nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB, S. 155 ff.

⁶⁹⁴ Diese Formulierung sollte auch in § 52 FGG einfließen. Ziel des richterlichen Hinwirkens auf ein Einvernehmen der Beteiligten i.S.v. § 52 FGG wäre es dann, dem Kind Vater und Mutter als Eltern zu erhalten und ihm eine positive Bindung zu Geschwistern und Großeltern und weiteren für das Kind wichtigen Bezugspersonen zu ermöglichen. Zum Wortlaut von § 52 FGG vgl. oben Fn. 660.

II. Regelungen des § 1671 BGB zu elterlichen Konflikten über die Aufhebung der gemeinsamen Sorge

1. Grundlagen

a. Verfahrensrechtliche Besonderheiten

Voraussetzung für eine Regelung der elterlichen Sorge nach § 1671 BGB im Rahmen der elterlichen Scheidung ist nach der Reform des Kindschaftsrechtes die Antragsstellung durch einen Elternteil. Die Herausnahme der elterlichen Sorge aus dem so genannten „Zwangsverbund“ als Konsequenz der gesetzgeberischen Entscheidung für die gemeinsame elterliche Sorge nach Trennung und Scheidung gehörte zu den strittigsten Punkten der Reformdiskussion.⁶⁹⁵ Der Gesetzgeber erklärt den Verzicht auf eine gerichtliche Überprüfung und Entscheidung zum Sorgerecht in den Fällen, in denen kein Antrag auf Übertragung der Alleinsorge auf einen Elternteil gestellt wird, ausdrücklich mit einer durch das Verfahren möglichen Konfliktverschärfung: Allein der Zwang, über die Kinder ein Verfahren führen zu müssen, trage zur Verschärfung der elterlichen Auseinandersetzungen bei und verringere die Chance, die bisherige gemeinsame Sorge beizubehalten.⁶⁹⁶

Allerdings kann auch nach neuem Recht der Sorgerechtsstreit im Fall der Ehescheidung Gegenstand des Scheidungsverbundes werden. Dies ist nach § 623 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 ZPO dann der Fall, wenn ein diesbezüglicher Antrag eines Elternteiles während eines anhängigen Scheidungsverfahrens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz gestellt wird. Der Sorgerechtsstreit wird auch dann Teil des Verbundverfahrens, wenn bei Einreichung des Scheidungsantrages das Sorgerechtsverfahren bereits anderweitig anhängig ist. In diesem Fall ist das Sorgerechtsverfahren von Amts wegen an das Gericht der Ehesache zu verweisen oder nach § 621 Abs. 2 Satz 1 ZPO abzugeben. Umgekehrt kann der Sorgerechtsstreit als Folgesache auch auf Antrag eines Ehegatten nach § 623 Abs. 5 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 und Satz 4 ZPO abgetrennt und als selbständige Familiensache fortgeführt werden. Ein Antrag auf eine Sorgerechtsentscheidung kann allerdings auch außerhalb eines Scheidungsverfahrens gestellt

⁶⁹⁵ Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber dieser Regelung Lipp/Wagenitz § 1671 Rn. 11 m.w.Nachw.; vgl. auch Staudinger-Coester § 1671 Rn. 11. Zur Reformdiskussion vgl. im Einzelnen Johannsen/Henrich/Jaeger-Jaeger § 1671 Rn. 4 m.w.Nachw.

Die Aufhebung des Zwangsverbundes war im Übrigen bereits durch den dem Gesetzgeber seitens des *Bundesverfassungsgerichtes* in seiner Entscheidung FamRZ 1991, 913 erteilten Auftrag vorgegeben. Danach waren Regelungen zu schaffen, die eine gemeinsame Sorge auch der nicht miteinander verheirateten Eltern zulassen. Beim Scheitern einer nichtehelichen Partnerschaft fehlt es indessen an einem Anknüpfungspunkt für ein von Amts wegen einzuleitendes Verfahren zur Überprüfung der elterlichen Sorge. Eine Ungleichbehandlung der Eltern ehelicher und nichtehelicher Kinder in der staatlichen Überwachung anlässlich des Scheiterns einer Partnerschaft wäre aber verfassungsrechtlich sehr bedenklich gewesen. Vgl. dazu Johannsen/Henrich/Jaeger-Jaeger § 1671 Rn. 4.

⁶⁹⁶ Amtliche Begründung BT-Drucks. 13/4899, S. 62 u. 74.

werden, wenn zum Beispiel die Eltern getrennt leben oder aber das Scheidungsverfahren bereits abgeschlossen ist. Die Intention des Gesetzes, eine Konfliktverschärfung zwischen den Eltern dadurch zu vermeiden, dass auf eine Entscheidung zum Sorgerecht seitens des Familiengerichtes im Zusammenhang mit der Scheidung verzichtet wird, erscheint daher nicht konsequent umgesetzt. Den Eltern ist es auch nach neuem Recht möglich, den Sorgekonflikt im Rahmen des Scheidungsverbundes auszutragen.

Die Aufhebung des Zwangsverbundes wird auch von Familienrichtern kritisch gesehen. Eine Erhebung an bayrischen Familiengerichten hat ergeben, dass lediglich 45 Prozent der befragten Familienrichter die Aufhebung des Zwangsverbundes für eine richtige Entscheidung halten.⁶⁹⁷ Begründet wird diese Einschätzung von den Richtern unter anderem damit, dass der Kampf um die elterliche Sorge im Streitfall nunmehr unerbittlicher geführt werde und einer Entlastung durch den Wegfall regelhafter Sorgerechtsentscheidungen im Scheidungsverbund eine deutliche Zunahme von Umgangsrechtsverfahren gegenüber stehe.⁶⁹⁸

Unabhängig davon, ob die Eltern einen Antrag zur Regelung der elterlichen Sorge stellen, muss nach § 622 Abs. 2 Nr. 1 ZPO im Scheidungsantrag mitgeteilt werden, ob minderjährige Kinder aus der Ehe hervorgegangen sind. Zweck dieser Regelung ist es, das Gericht darüber zu informieren, ob eine von Amts wegen einzuleitende Regelung der elterlichen Sorge nach § 623 Abs. 3 ZPO oder eine einstweilige Anordnung gem. § 620 Nr. 1 ZPO in Betracht kommen kann und ob Anhörungs- und Hinweispflichten nach §§ 613 Abs. 1 Satz 2 ZPO, 50 a FGG bestehen.⁶⁹⁹ Soll eine einvernehmliche Scheidung nach §§ 1565, 1566 Abs. 1 BGB erfolgen, müssen darüber hinaus gemäß § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO Angaben zur weiteren Handhabung des Sorgerechtes gemacht werden.

Erhält das Familiengericht die Mitteilung, dass minderjährige Kinder vorhanden sind, ist dies in der Regel Anlass zur Bestimmung eines frühen ersten Termins, um die Ehegatten gem. § 613 Abs. 1 Satz 2 ZPO frühzeitig zur elterlichen Sorge anzuhören und auf bestehende Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und Dienste der Träger der Jugendhilfe nach § 17 KJHG hinzuweisen. Diese Anhörung der Eltern soll zu einer frühestmöglichen Thematisierung des Sorgerechtes führen⁷⁰⁰ und die

⁶⁹⁷ Vgl. dazu ausführlich Buchholz-Graf, ZfJ 2001, S. 209 ff. Die Befragung fand an allen bayrischen Familiengerichten und Jugendämtern statt, wobei 151 Richter geantwortet haben. Insofern ergab sich eine Rücklaufquote von 60 bis 70 Prozent aller in Bayern tätigen Familienrichter, die wiederum 93 Prozent aller bayrischen Familiengerichte repräsentieren. Im Hinblick auf die Befragung der Jugendämter lag ein hundertprozentiger Rücklauf vor - alle 96 bayrischen Jugendämter beteiligten sich an der Umfrage.

⁶⁹⁸ Buchholz-Graf, ZfJ 2001, S. 209 (211).

⁶⁹⁹ Zur Problematik der nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz nicht mehr erforderlichen Anhörung des Kindes, wenn kein Sorgerechtsantrag gestellt wird, vgl. Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 7.

⁷⁰⁰ Baumbach/Lauterbach-Albers § 613 Rn. 3; Musielak-Borth § 613 Rn. 8; Schwab-Wagenitz FamRZ 1997, 1377 (1379).

Eltern mit den Möglichkeiten sachkundiger Unterstützung im Sorgekonflikt vertraut machen. Die Träger der Jugendhilfe erhalten seitens des Familiengerichtes Mitteilung über die Rechtshängigkeit der Scheidungssache. Das Jugendamt hat dann gemäß § 17 Abs. 3 a. E. KJHG die Eltern über mögliche sorgerechtliche Hilfestellungen zu unterrichten und sie gegebenenfalls nach Maßgabe des § 17 Abs. 2 KJHG zu unterstützen.

Aufgabe des Familiengerichtes in diesem Stadium des Verfahrens ist es außerdem, über die rechtlichen Folgen der elterlichen Entscheidung zur zukünftigen Ausgestaltung des Sorgerechtes aufzuklären, damit sich die Eltern in Kenntnis der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bewusst für eine Regelung des Sorgerechtes entscheiden.⁷⁰¹ Zugleich wird mit der Anhörung der Zweck verfolgt, festzustellen, ob die elterliche Sorge aus vordergründigen Motiven ungeregt bleiben soll, um zum Beispiel eine möglichst schnelle Scheidung durch Ausklammerung einer unter Umständen langwierigen Sorgerechtsauseinandersetzung zu erreichen. Der Richter muss daher beurteilen, ob die Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge auch nach Trennung und Scheidung nur ein Scheinkonsens ist,⁷⁰² hinter dem sich möglicherweise elterliche Konflikte verbergen. Nach dem Ergebnis dieser Anhörung entscheidet das Familiengericht, ob ein Beratungsbedarf oder gerichtlicher Interventionsbedarf besteht. Je nachdem kann auf die Beratung gem. § 17 KJHG verwiesen werden oder bei den Eltern die Stellung sachgerechter Anträge zur Regelung der elterlichen Sorge angeregt werden oder es ist nach § 1666 BGB zu verfahren. Im Falle einer einvernehmlich vorgebrachten Sorgeregelung ist demnach einer möglichen gerichtlichen Konfliktbehandlung die Konfliktwahrnehmung durch den Familienrichter vorgeschaltet.

b. Allgemeine materiell-rechtliche Voraussetzungen

Bestehen zwischen den Eltern Konflikte, die eine weitere Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge zumindest für einen Elternteil unmöglich erscheinen lassen, kann nach § 1671 BGB die Aufhebung der gemeinsamen Sorge erreicht werden. Nach dieser Vorschrift hat das Gericht die Möglichkeit, die gemeinsame Sorge wie bisher beiden Eltern gemeinsam zu belassen oder eine Übertragung - vollständig oder auch nur in Teilen - auf einen Elternteil vorzunehmen. Diese Regelung gilt als eine der Zentralnormen des neuen Kindschaftsrechtes.⁷⁰³ Mit ihr wird dem Gebot des Bundesverfassungsgerichtes,⁷⁰⁴ auch geschiedenen Eltern die Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge zu ermöglichen, im

⁷⁰¹ BT-Drucks. 13/4899, S. 160. Zugleich soll mit der Anhörung auch sichergestellt werden, dass das Gericht die notwendigen Informationen erhält, wenn im Einzelfall zur Wahrung des Kindeswohles die Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen erforderlich werden sollte. Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 161.

⁷⁰² Weisbrodt, KindPrax 2000, S. 35 (37).

⁷⁰³ Motzer, FamRZ 1999, S. 1101.

⁷⁰⁴ BVerfG FamRZ 1982, 1179; siehe dazu oben 4. Teil B. III. 6. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 03.11.1982, S. 130.

Gesetz Rechnung getragen und den bis dahin von der Rechtsprechung⁷⁰⁵ aufgestellten Grundsätzen über die Voraussetzungen der Aufhebung oder Beibehaltung der gemeinsamen Sorge der gesetzliche Rahmen gegeben. Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung der „Übertragung“ der elterlichen Sorge, verschleiert allerdings die Tatsache, dass es sich tatsächlich um den Entzug der Sorge beim Antragsgegner handelt. Im technischen Sinn kann die Alleinsorge nämlich nicht übertragen werden, da vor der Entscheidung eine Alleinsorge überhaupt nicht bestand. Begründet wird diese sprachliche Ungenauigkeit damit, dass die förmliche Ausgestaltung der Vorschrift als „Sorgeentzug“ die Konflikte nur verschärfen würde, ohne dass für einen Beteiligten etwas gewonnen wäre.⁷⁰⁶

Insofern als die Kinder nach einer elterlichen Trennung in den meisten Fällen bei der Mutter wohnen, lassen sich für die Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge unterschiedliche Motive der Väter und umgekehrt von Müttern für die Übertragung der Alleinsorge feststellen. Leben die Kinder bei der Mutter, sehen die Väter das gemeinsame Sorgerecht oftmals als Chance für eine echte Beteiligung an der weiteren Erziehung des Kindes⁷⁰⁷ und fühlen sich bei einer Übertragung auf die Mutter ausgegrenzt und aus der Elternverantwortung gedrängt.⁷⁰⁸ Sie reagieren dann häufig mit einem totalen Rückzug vom Kind. Streitigkeiten entstehen auch aufgrund unrichtiger Vorstellungen der Beteiligten vom Umfang des gemeinsamen Sorgerechtes. Väter glauben vielfach, das Sorgerecht werde geteilt und sie könnten nunmehr in allen Bereichen mitentscheiden, auch wenn das Kind bei der Mutter lebt. Umgekehrt löst bei den Müttern der Wunsch der Väter nach dem gemeinsamen Sorgerecht oft schon Aggressionen aus. Abgesehen von - auf ihrer Seite korrespondierend - unrichtigen Vorstellungen über den Umfang des gemeinsamen Sorgerechtes wird ein gezieltes Störmanöver des Vaters vermutet, mit dem Ziel, sich in alle das Kind betreffende Belange einzumischen.⁷⁰⁹

Voraussetzung für die Übertragung der alleinigen Sorge ist, dass die - nunmehr auf Dauer getrennt lebenden - Eltern das Sorgerecht bisher gemeinsam ausgeübt haben und mindestens ein Elternteil einen Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge oder eines Teils der elterlichen Sorge auf sich stellt. Unzulässig ist der Antrag, die Alleinsorge auf den anderen Elternteil zu übertragen.⁷¹⁰

Weiter muss nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB entweder der andere Elternteil dem Antrag zustimmen oder es muss gemäß § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu erwarten sein, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragssteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Wider-

⁷⁰⁵ Vgl. BGH FamRZ 1993, 314 (315).

⁷⁰⁶ BT-Drucksache 13/4899, S. 99.

⁷⁰⁷ Born FamRZ 2000, 396 (397).

⁷⁰⁸ Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 62; vgl. dazu auch KG FamRZ 1999, S. 616.

⁷⁰⁹ Born, FamRZ 2000, 396 (397); Bsp. dazu siehe OLG Hamm FamRZ 1999, S. 38 (39).

⁷¹⁰ Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 11. Der Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge wird allerdings bei Eltern, die sich gegenseitig die Kinder „zuschieben“, so kaum in Betracht kommen. Daher ist gem. § 1671 Abs. 3 BGB nach anderen Lösungen zu suchen und eine entsprechende gerichtliche Entscheidung zu treffen. Vgl. dazu MünchKomm-Finger § 1671 Rn. 60.

spricht das über vierzehn Jahre alte Kind der Alleinübertragung, kann diese nach § 1671 Abs. 2 BGB nur dann erfolgen, wenn zu erwarten ist, dass dies dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Der Antrag von zumindest einem Elternteil ist sowohl materiellrechtliche wie auch prozessuale Voraussetzung für eine Entscheidung nach § 1671 Abs. 1. Antragsberechtigt sind allein die Eltern des Kindes, nicht jedoch das betroffene Kind.⁷¹¹ Das Gericht kann von Amts wegen nach § 1671 Abs. 3 BGB i.V.m. § 1666 BGB nunmehr nur noch tätig werden, wenn die elterliche Sorge aufgrund von § 1666 BGB zu regeln ist. Auch dem Jugendamt steht kein Antragsrecht zu. Unberührt bleibt allerdings die Möglichkeit des Jugendamtes, eine Entscheidung über die elterliche Sorge nach anderen Vorschriften wie zum Beispiel § 1666 BGB anzuregen.⁷¹²

Ein Antrag nach § 1671 Abs. 1 BGB auf Übertragung der Alleinsorge setzt weiter voraus, dass die Ehegatten „nicht nur vorübergehend“ getrennt leben.⁷¹³ Einbezogen werden aufgrund dieser Formulierung auch die Fallkonstellationen, bei denen Eltern zwar durch eine Sorgeerklärung die gemeinsame Sorge erlangt, aber nie zusammengelebt haben.⁷¹⁴ Maßgebend für den Begriff des Getrenntlebens ist die Definition des § 1567 Abs. 1 S. 1 BGB.⁷¹⁵ Danach kommt es darauf an, dass die Eltern nach außen dokumentiert haben, dass sie die Absicht haben, auf Dauer getrennt zu leben.⁷¹⁶

Eine Sorgerechtsübertragung nach § 1671 Abs. 1 BGB darf das Gericht schließlich nur dann vornehmen, wenn die Eltern das Sorgerecht bisher gemeinsam inne hatten.⁷¹⁷ Worin die gemeinsame Sorge ihre Grundlage hat, spielt keine Rolle. Als Rechtsgrund kommen in Betracht: Ehe, richteheliche Elternschaft bei entsprechenden Sorgeerklärungen sowie Fortdauer der gemeinsamen Sorge bei Getrenntleben oder nach Scheidung. Einem Elternteil, dem die elterliche Sorge bereits entzogen worden ist, steht kein Recht zu, die Übertragung nach § 1671 BGB zu beantragen - es greifen dann die allgemeinen Vorschriften. So soll erreicht werden, dass sich die Rechtsposition desjenigen, dem die Sorge

⁷¹¹ Kritisch zu dessen Ausschluss Staudinger-Coester § 1671 Rn. 14; Willutzki Rpfleger 97, 336 (338). Nach der Begründung des Gesetzes ist es allein Sache der Eltern zu entscheiden, ob sie die gemeinsame Sorge beibehalten wollen oder nicht - das Kind könne auch während einer bestehenden Ehe das sorgerechtliche Band zu einem Elternteil nicht mithilfe des Gerichtes durchschneiden. Vgl. dazu BT-Drucksache 13/4899, S. 64.

⁷¹² Mühlens/Kirchmeier/Gressmann, S. 153.

⁷¹³ Ausführlich dazu Staudinger-Coester § 1671 Rn. 38 ff.

⁷¹⁴ Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 10.

⁷¹⁵ Ob bei einer vorhandenen Lebensgemeinschaft die bloße Absicht der Trennung ausreicht, ist umstritten. Vgl. dazu Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 10 sowie Schwab FamRZ 1998, 457 (461).

⁷¹⁶ Gerhardt/v. Heintschel-Heinegg/Klein 4. Kap., Rn. 160.

⁷¹⁷ Nach altem Recht war auch dann eine Entscheidung im Zwangsverbund zu treffen, wenn die elterliche Sorge einem Elternteil allein zustand oder ein Vormund bestellt war; vgl. dazu BT-Drucks. 13/4899, S. 98.

bereits entzogen war, nicht durch eine Trennung insoweit verbessert, als ihm nunmehr ein förmliches Antragsrecht zugestanden wird.⁷¹⁸

Anders als nach altem Recht⁷¹⁹ kann nach Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes nunmehr auch lediglich ein Teil der elterlichen Sorge auf einen Elternteil übertragen werden, wobei eine gemeinsame Rest-Sorge nicht unbedingt bestehen bleiben muss.⁷²⁰ Diese Möglichkeit bietet sich beispielsweise an, wenn die Eltern sich nach der Trennung nur über eine Frage - wie etwa die der Ausbildung des Kindes - nicht einigen können. Die damit verbundene Abkehr vom Alles-oder-Nichts-Prinzip zwingt die Eltern nicht mehr zu einer totalen Revision der Sorgeregelung, wenn der Konflikt zwischen ihnen sich nur auf einen Teilbereich beschränkt.⁷²¹ Praktisch kommt es am häufigsten im Hinblick auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu einer Teilübertragung auf einen Elternteil bei Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge im Übrigen.⁷²²

⁷¹⁸ BT-Drucks. 13/4899, S. 98.

⁷¹⁹ Nach altem Recht galt der so genannte Grundsatz der Unteilbarkeit der Personensorge. Möglich war nur die Aufteilung der elterlichen Sorge in Personensorge und Vermögenssorge; vgl. § 1671 IV 2 a. F.

⁷²⁰ MünchKomm-Finger § 1671 Rn. 18; vgl. auch Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 6. Danach ist diese Regelung verfahrenstechnisch nur erreichbar durch Kumulierung entsprechender Anträge beider Elternteile.

⁷²¹ BT-Drucks. 13/4899, S. 99; Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 4.

⁷²² MünchKomm-Finger § 1671 Rn. 19; Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 5.

2. Übertragung der Alleinsorge mit Zustimmung nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB ergeht die begehrte Sorgerechtsgestaltung des Antragsstellers, wenn der Antragsgegner dem Antrag zustimmt und das mindestens vierzehn Jahre alte Kind der Übertragung nicht widerspricht.

Bei Zustimmung des anderen Elternteiles ist das Gericht an den damit zum Ausdruck gebrachten übereinstimmenden Willen der Eltern ohne Richtigkeitskontrolle oder Auswahlermessen und ohne Überprüfung der Motive der Eltern gebunden.⁷²³ Der gemeinsame Elternwille gründet sich auf das Elternrecht und ist für die staatliche Gewalt gem. Art. 6 Abs. 2 GG verbindlich.⁷²⁴ Die Zustimmung des Antragsgegners muss in bezug auf den konkreten Antrag erteilt werden, die Berufung auf anderweitig geäußerte Einverständniserklärungen reicht nicht aus.⁷²⁵ Das Gericht hat sich im Rahmen seiner Amtsermittlung nach § 12 FGG zu vergewissern, dass der Antragsgegner von dem Antrag, der den Gegenstand des Verfahrens bildet, Kenntnis erhalten hat und diesem Antrag zustimmt. Die Zustimmung kann bis zur letzten Tatsachenverhandlung erklärt werden und ist frei widerruflich.⁷²⁶

Hält das Gericht eine Alleinsorge des Antragsstellers für plausibel, wird es in Anwendung des § 52 FGG und unter Hinweis auf § 1687 BGB dem anderen Elternteil die Zustimmung nahe legen.⁷²⁷ Ergibt sich allerdings, dass dem Kindeswohl am besten gedient wäre, wenn die alleinige Sorge dem Antragsgegner übertragen wird, müsste nach der Logik des Gesetzes der Antrag zurückgewiesen werden. Das Gericht kann jedoch - insbesondere auch in den Fällen, in denen die Eingriffsschwelle des § 1666 BGB noch nicht erreicht ist - den anderen Elternteil dazu veranlassen, gem. § 1671 Abs. 1 BGB den Gegenantrag zu stellen, ihm selbst die Alleinsorge für das Kind zu übertragen.⁷²⁸ Eine Sorgerechtsübertragung gemäß § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf den Antragsgegner kommt demzufolge nicht in Betracht, wenn dieser nicht einen eigenen Antrag stellt.⁷²⁹

Widerspricht das Kind dem Antrag, bewirkt dies nicht, dass sich das Gericht in jedem Fall nach dem Kindeswillen richten muss. Vielmehr ist die Zustimmung des anderen Elternteiles hinfällig und das Gericht tritt ohne Prüfung der Berechtigung des Widerspruches in die Kindeswohlprüfung nach § 1671

⁷²³ Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 13, Schwab FamRZ 1998, S. 457 (461).

⁷²⁴ Schwab, Familienrecht Rn. 676.

⁷²⁵ Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 14; Schwab FamRZ 1998, S. 457 (461).

⁷²⁶ Nach altem Recht war die Frage der Widerruflichkeit eines übereinstimmenden Elternvorschlages streitig. Für die Widerruflichkeit der Zustimmung nach neuem Recht siehe Palandt-Diederichsen § 1671 Rn.14; Schwab FamRZ 1998, S. 457 (461).

⁷²⁷ Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 14.

⁷²⁸ Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 14.

⁷²⁹ Motzer, FamRZ 1999, S. 1101; Johannsen/Henrich/Jaeger-Jaeger § 1671 Rn. 20; Schwab FamRZ 1998, 457 (458); a. A. FamRefK-Rogner, § 1671 Rn. 27. Das OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 801 (802) hält die Übertragung der Alleinsorge auf einen Elternteil auch ohne Antrag und gegen seinen Willen gem. § 1666 für möglich.

Abs. 2 Nr. 2 BGB ein. Das Kind hat somit kein Vetorecht,⁷³⁰ sondern es kann lediglich verhindern, dass der Vorschlag der Eltern vom Gericht ohne Sachprüfung übernommen wird.⁷³¹ Die Bindungswirkung des Elternwillens für das Gericht ist damit aufgehoben. Für den Widerspruch ist ausreichend, wenn das Kind bei der Anhörung⁷³² zum Ausdruck bringt, dass die gemeinsame Sorge bestehen bleiben soll oder dass es lieber zum anderen Elternteil möchte.⁷³³ Widerspricht ein noch nicht vierzehn Jahre altes Kind dem Antrag, besteht Anlass für die Bestellung eines Verfahrenspflegers nach § 50 FGG und zum Übergang zu einer Sorgerechtsregelung nach § 1666.⁷³⁴ Der Widerspruch kann bis zur letzten Tatsachenverhandlung geäußert werden und ist bis zu diesem Zeitpunkt frei widerruflich.⁷³⁵

Die in § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB statuierte Regelung zur Übertragung der Alleinsorge bei Zustimmung des anderen Elternteiles greift damit dann, wenn die Eltern sich über die Aufhebung der gemeinsamen Sorge einig sind. Hintergründe und Motive der elterlichen Übereinstimmung spielen für die richterliche Entscheidung keine Rolle. Insofern besteht die Möglichkeit, dass elterliche Sorgekonflikte zwar existieren, aber aufgrund anderer, im Vordergrund stehender Interessen nicht gerichtlich ausgetragen werden sollen. In Betracht kommt zum Beispiel, dass die elterliche Scheidung möglichst schnell vollzogen werden soll, damit einer oder beide Elternteile ihre neuen Partner heiraten können oder finanzielle - insbesondere unterhaltsrechtliche - Vereinbarungen von den Eltern mit der zu treffenden Sorgeregelung verknüpft werden. Eine Zustimmung des anderen Elternteiles zur Übertragung der elterlichen Sorge nach § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB bedeutet damit nicht unbedingt, dass keine elterlichen Konflikte vorhanden sind. Ausgeschlossen ist aufgrund des Vorranges des Elternwillens nach Art. 6 GG Abs. 2 lediglich die gerichtliche Behandlung der möglicherweise bestehenden elterlichen Konflikte.

3. Übertragung der Alleinsorge ohne Zustimmung nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Dem Antrag auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge ist gemäß § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch dann stattzugeben, wenn zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Ob die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den antragstellenden Elternteil dem Kindeswohl dient, wird in zwei Schritten geprüft. Zunächst ist festzustellen, dass die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge dem Kindeswohl am besten entspricht. Sodann muss das Gericht

⁷³⁰ BT-Drucks. 13/4899, S. 99; Gerhardt/v.Heintschel-Heinegg/Klein-Oelkers 4. Kap., Rn. 166.

⁷³¹ BT-Drucks. 13/4899, S. 99; Palandt-Diedrichsen § 1671 Rn. 15; Schwab, Familienrecht, Rn. 676.

⁷³² Zwingend ist es daher, dass das Kind ab dieser Altersstufe vor der Entscheidung des Familiengerichts selbst in untreitigen Fällen angehört wird. Vgl. dazu § 50 b Abs. 2 FGG; Motzer FamRZ 1999 S. 1101 (1102).

⁷³³ Palandt-Diedrichsen § 1671 Rn. 15.

⁷³⁴ Palandt-Diedrichsen § 1671 Rn. 15 und 19.

⁷³⁵ Schwab FamRZ 1998, S. 457 (461).

aufgrund seiner Ermittlungen erwarten können, dass die Übertragung der Alleinsorge gerade auf den Antragsteller die beste Lösung für das Kind darstellt. Stellen beide Eltern einen Antrag auf Übertragung der Alleinsorge, stehen sich die Anträge gegenüber. Das Gericht kann dann zugunsten des einen oder des anderen entscheiden. Scheitert indessen die an sich angezeigte Aufhebung der gemeinsamen Sorge daran, dass der nach § 1671 Abs. 1 BGB erforderliche Antrag vom ungeeigneten Elternteil beziehungsweise gar nicht gestellt wird⁷³⁶ oder kommen beide Elternteile trotz Antragstellung für die Übernahme der Alleinsorge nicht in Betracht, bleibt es bei der gemeinsamen Sorge.

a. Mangelnde elterliche Kooperation und Kommunikation als maßgeblicher Grund für die Aufhebung der gemeinsamen Sorge

Im Hinblick auf die Frage, ob die Aufhebung der gemeinsamen Sorge nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB dem Kindeswohl dient, hat sich als maßgebliches Kriterium in Rechtsprechung und Literatur die elterliche Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit herausgebildet. Weitere Gründe für die Aufhebung der gemeinsamen Sorge ergeben sich hauptsächlich aus der konkreten Gestaltung der Beziehung zwischen dem Kind und dem jeweiligen Elternteil. Die erkennbare Gleichgültigkeit eines Elternteiles an der Erziehung und dem Wohl des Kindes wird ebenso gegen eine Belassung der gemeinsamen Sorge angeführt wie die Ungeeignetheit eines Elternteiles zur Pflege und Erziehung.⁷³⁷ Eine solche liegt bei schwerer Gewaltanwendung oder sonstiger schwerer Misshandlung (vgl. § 1631 Abs. 2 BGB) oder schwerer Vernachlässigung des Kindes vor.⁷³⁸ Auch Gewaltanwendungen eines Elternteiles gegen den anderen schließen nach der Amtlichen Begründung einen Fortbestand der gemeinsamen Sorge aus.⁷³⁹

Dass Eltern nur dann die gemeinsame Sorge erhalten, wenn sie einvernehmlich zusammenarbeiten, war bis zum Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes im Jahr 1998 in der Rechtsprechung nahezu einhellig anerkannt.⁷⁴⁰ Die Unabdingbarkeit elterlicher Kooperation für die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge hat der *Bundesgerichtshof* in seiner Entscheidung zum gemeinsamen Sorgerecht vom 14.10.1992 festgelegt.⁷⁴¹ Das Gericht bezieht sich hier ausdrücklich auf die Auswirkungen elterlicher Streitigkeiten auf das Kindeswohl als wesentliches Kriterium für eine Begründung der gemeinsamen Sorge auch nach elterlicher Trennung oder Scheidung: Die Vorzüge und positiven Wirkungen einer gemeinsamen elterlichen Sorge, nämlich die Loyalitätsgefühle des Kindes zu scho-

⁷³⁶ Dem Gericht bleibt dann die Möglichkeit einer Übertragung des Sorgerechts nach § 1666 auf denjenigen, der keinen Antrag gestellt hat. Vgl. dazu Schwab FamRZ 1998, S. 457 (462).

⁷³⁷ MünchKomm-Finger § 1671 Rn. 79.

⁷³⁸ Vgl. dazu Schwab FamRZ 1998, 457 (463).

⁷³⁹ BT-Drucks. 13/4899, S. 99.

⁷⁴⁰ BVerfG FamRZ 1982, 1179; OLG Bamberg FamRZ 1995, 1509 (1510); OLG Frankfurt FamRZ 1993, 1352; OLG Hamm FamRZ 1996, 890; OLG Hamm FamRZ 1997, 48; OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 89 (90).

⁷⁴¹ BGH FamRZ 1993, 314.

nen, die Kontinuität der familialen Beziehungen und die Befriedung der elterlichen Konflikte zu fördern, würden in ihr Gegenteil verkehrt, wenn das Kind der durch die fortdauernde gemeinsame elterliche Sorge „gleichberechtigten“ Auseinandersetzung zwischen den nicht kooperationswilligen Eltern ausgesetzt würde.⁷⁴² Auch das Kriterium der elterlichen Kommunikation als Maßstab elterlicher Kooperation ist höchststrichterlich in dieser Entscheidung des *Bundesgerichtshofes* vom 14.10.1992⁷⁴³ benannt: Danach ist eine Grundvoraussetzung für die gemeinsame elterliche Sorge entfallen, wenn sich Eltern in einer so wesentlichen Frage wie der Aufbringung des Barunterhaltes für ihr gemeinschaftliches minderjähriges Kind nicht einigen können, nur noch über Anwälte kommunizieren und ein persönliches Gespräch nicht mehr möglich ist.⁷⁴⁴

Schließlich bringt auch die Amtliche Begründung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz die Entscheidung über die Aufhebung der gemeinsamen Sorge zum Wohl des Kindes mit dem Maß der elterlichen Konflikte in Verbindung:⁷⁴⁵ Die Feststellung, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge dem Wohl des Kindes entspricht, werde sich danach oft schon anhand der bisherigen Konflikte treffen lassen. Allein die Tatsache, dass notwendige Entscheidungen nicht getroffen werden können und das Kind „dauernder Zankapfel“ zwischen den Eltern ist, verlange eine Entscheidung.⁷⁴⁶

Nach Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes wurden die Anforderungen an die elterliche Kooperation allerdings von einigen Gerichten herabgesetzt. Dies hatte seinen Grund darin, dass nach den Gesetzesänderungen umstritten war,⁷⁴⁷ ob die gemeinsame Sorge nunmehr den Regelfall bildet und die Übertragung der Alleinsorge gesetzestechisch als Ausnahme anzusehen ist⁷⁴⁸ oder aber die gemeinsame Sorge keinen zwingenden Vorrang vor der Alleinsorge hat.⁷⁴⁹ Wird die gemeinsame Sorge als Regelfall angesehen, sind die Eltern verpflichtet, im Rahmen der elterlichen Sorge einen Konsens zu erreichen. Die Anforderungen an das elterliche Konfliktverhalten und die Bereitschaft zur Kommunikation werden geringer angesetzt, da grundsätzlich am gemeinsamen Sorgerecht festgehalten werden soll. Wenn hingegen die gemeinsame Sorge keinen zwingenden Vorrang vor der Alleinsorge hat, steigen auch die Anforderungen an das gemeinsame Sorgerecht. Schon bei einigermaßen gravierenden Störungen der Kommunikation zwischen den Eltern scheidet dann das gemeinsame Sorgerecht

⁷⁴² BGH FamRZ 1993, 314.

⁷⁴³ BGH FamRZ 1993, 314.

⁷⁴⁴ BGH FamRZ 1993, 314 (315).

⁷⁴⁵ BT-Drucksache 13/4899, S. 99.

⁷⁴⁶ BT-Drucksache 13/4899, S. 99.

⁷⁴⁷ Vgl. zum Meinungsstand auch Motzer FamRZ 2001, S. 1034 ff.

⁷⁴⁸ So KG FamRZ 1999, S. 737; OLG Bamberg FamRZ 1999, S. 1005; OLG Hamm FamRZ 1999, S. 38 (39); OLG Nürnberg FamRZ 1999, 740; OLG Stuttgart FamRZ 1999, S. 39; Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 18; Schwab FamRZ 1998, S. 457 (462).

⁷⁴⁹ So BGH FamRZ 1999, 1646 (1647); OLG Dresden FamRZ 1999, 1156; OLG Frankfurt FamRZ 1999, 392; AG Holzminden FamRZ 1998, 977 (978); Gerhard/v.Heintschel-Heinegg/Klein-Oelkers 4. Kap., Rn. 171; Johannsen/Henrich/Jaeger-Jaeger § 1671 Rn. 35.

aus. Je geringer also die Anforderungen an die elterliche Kooperation ausfallen, desto konfliktreicher können die Beziehungen zwischen den Eltern beziehungsweise zwischen Eltern und Kind im Rahmen eines gemeinsamen Sorgerechtes sein und desto weniger ist elterliche Kommunikation erforderlich.

Inzwischen hat der *Bundesgerichtshof* in seiner richtungsweisenden Entscheidung vom 29.09.1999⁷⁵⁰ klar gestellt, dass die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz kein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der gemeinsamen Sorge enthält. Als Begründung wird angeführt, dass sich elterliche Gemeinsamkeit in der Realität nicht verordnen lasse. Wenn sich Eltern bei Fortbestehen der gemeinsamen Sorge fortwährend über die das Kind betreffenden Angelegenheiten streiten, könne dies zu Belastungen führen, die mit dem Wohl des Kindes nicht vereinbar seien. In solchen Fällen, in denen die gemeinsame Sorge praktisch nicht funktioniere und es den Eltern nicht gelänge, zu Entscheidungen im Interesse der Kinder zu kommen, sei der Alleinsorge eines Elternteiles der Vorzug zu geben.⁷⁵¹

Wann allerdings der elterliche Streit als so gravierend angesehen wird, dass eine Aufhebung der elterlichen Sorge im Interesse des Kindeswohles geboten ist, wird nach wie vor unterschiedlich beurteilt. Im Einzelnen ergibt sich folgendes Meinungsbild:

Die Mehrzahl der veröffentlichten Entscheidungen messen der Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft erhebliche bis ausschlaggebende Bedeutung bei und kommen zu dem Ergebnis, dass ohne diese ein gemeinsames Sorgerecht dem Kindeswohl nicht am besten dient.⁷⁵² Kooperationsfähigkeit wird nur bei einem niedrigen elterlichen Konfliktpotential angenommen, was konkret bedeutet, dass die Eltern in der Lage sein müssen, sich über Angelegenheiten des Kindes zu verständigen.⁷⁵³ Elterliche Kooperation soll dann nicht mehr gegeben sein, wenn die Eltern nachhaltig über Angelegenheiten, die die Kinder betreffen, streiten und nicht in der Lage sind, gemeinsam Erziehungsstrategien zu entwickeln.⁷⁵⁴ Die Zusammenarbeit für das Beste des Kindes steht bei häufigen, feindlich oder gar gehässig geführten Streitigkeiten in Kindesangelegenheiten in Zweifel.⁷⁵⁵ Dabei können die Eltern durchaus in einzelnen Erziehungsfragen unterschiedlicher Auffassung sein, wenn zwischen ihnen in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung im Sinne der § 1628 BGB und § 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB im wesent-

⁷⁵⁰ BGH NJW 2000, 203.

⁷⁵¹ BGH NJW 2000, 203 (204).

⁷⁵² KG FamRZ 1999, 616; OLG Dresden FamRZ 1999, 324; OLG Dresden FamRZ 2000, 109; OLG Hamburg MDR 1999, 748; OLG Oldenburg FamRZ 1998, 1464; AG Fürstfeldbruck FamRZ 2000, S. 117; AG Solingen, FamRZ 1999, 183. So auch Motzer FamRZ 2001, S. 1034 (1036); MünchKomm-Finger § 1671 Rn. 71; Oelkers § 1 Rn. 203; Schwab FamRZ 1998, 457 (462); Staudinger-Coester § 1671 Rn. 137; Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 36. Vgl. auch die Übersicht bei Born FamRZ 2000, 396 (397 f.). Vgl. dazu auch Mähler/Mähler in Haft/Schlieffen, § 34 Rdnr. 55 ff.

⁷⁵³ OLG Hamburg MDR 1999, S. 748 (749).

⁷⁵⁴ KG FamRZ 1999, S. 616; AG Fürstfeldbruck FamRZ 2000, S. 117.

⁷⁵⁵ Schwab, FamRZ 2000, S. 457 (463).

lichen keine Uneinigkeit besteht. Kann allerdings in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung wiederholt keine Einigung erzielt werden, ist davon auszugehen, dass der elterliche Grundkonsens zerstört ist.⁷⁵⁶ Als wesentliche Bereiche gelten das Umgangsrecht, die Vermögenssorge und die Erziehung des Kindes.⁷⁵⁷ Als weiteres Indiz für die nicht vorhandene elterliche Kooperationsfähigkeit wird vereinzelt auch die Unfähigkeit der Eltern, ihren Paarkonflikt vom elterlichen Konflikt zu trennen, herangezogen.⁷⁵⁸

Um das Merkmal der Kooperation bejahen zu können, muss nach dieser Ansicht ausreichende elterliche Kommunikation stattfinden, da ein gegenseitiges Einvernehmen ohne gemeinsame Kommunikationsebene nicht gewährleistet erscheint. Eine ausreichende Kommunikationsbasis zwischen den Eltern stellt daher die Grundvoraussetzung der gemeinsamen Sorge dar, die ein gemeinsames Agieren unter Zurückstellung der Partnerprobleme zum Wohl des Kindes gewährleistet.⁷⁵⁹ Zeigen die Eltern keine Gesprächsbereitschaft mehr,⁷⁶⁰ können sie nicht mehr miteinander kommunizieren⁷⁶¹ oder haben sie aufgrund der bestehenden Spannungen die Kommunikation eingestellt, ist dies ein Zeichen mangelnder Kooperationsbereitschaft.⁷⁶²

Die Gegenansicht, die von der gemeinsamen Sorge als Regelfall ausgeht, hält auch im Fall von nicht unerheblichen Streitigkeiten der Eltern an der gemeinsamen Sorge fest, solange keine pauschale und gänzlich negative Prognose gegeben werden kann.⁷⁶³ Danach sind die Eltern verpflichtet, im Rahmen der elterlichen Sorge Konsens zu suchen und zu finden. Aus dieser Pflicht sind die Eltern nicht zu entlassen, solange ihnen ein gemeinsames Erziehungshandeln zum Wohle des Kindes zumutbar ist und die darauf gerichtete Erwartung nicht unbegründet erscheint.⁷⁶⁴ Mangelnde elterliche Kooperation kann nach dieser Meinung nur angenommen werden, wenn zwischen den Eltern erhebliche Streitigkeiten bestehen und zu erwarten ist, dass sich diese Konflikte nach der Trennung fortsetzen und sich zum Nachteil des Kindes auswirken.⁷⁶⁵ Die in diesem Zusammenhang vorzunehmende Prognose kann nur

⁷⁵⁶ OLG Hamburg MDR 1999, S. 748 (749).

⁷⁵⁷ BGH FamRZ 1999, 1646 (1647).

⁷⁵⁸ OLG Frankfurt FamRZ 1999, 392; Motzer, FamRZ 1999, 1101 (1104). In der Regel wird dabei die Kooperationsbereitschaft vom betreuenden und das alleinige Sorgerecht begehrenden Elternteil verweigert. Vgl. dazu AG Chemnitz FamRZ 1999, 321 (323). Kritisch zur Anforderung, die Paar- von der Elternebene zu trennen: Dieckmann AcP 178, S. 298 (306); Oelkers FuR 1999, S. 349 (351); Salzgeber, S. 336; Sittig/Störr FuR 2000, 199 (201); Staudinger-Coester § 1671 Rn. 129.

⁷⁵⁹ OLG Frankfurt FamRZ 1999, 392.

⁷⁶⁰ KG FamRZ 1999, S. 616 (617).

⁷⁶¹ OLG Dresden FamRZ 2000, 109 (110); AmtsG Solingen FamRZ 1999, 183.

⁷⁶² OLG München FamRZ 2002, 189 (190).

⁷⁶³ KG FamRZ 1999, 737; OLG Frankfurt FamRZ 2002, 187; OLG Köln FamRZ 2000, 499; OLG München FamRZ 1999, 1006 (1007); OLG Zweibrücken FamRZ 1999, 40 (41); OLG Zweibrücken FamRZ 2000 1042 (1043); Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 17.

⁷⁶⁴ OLG Zweibrücken FamRZ 1999, 40 (41).

⁷⁶⁵ OLG Hamm FamRZ 1999, 38.

auf der Grundlage des bisherigen Verhaltens der Eltern erfolgen, wobei zu beachten ist, dass trennungsbedingte Spannungen zwischen den Eltern in der Regel schnell abgebaut werden und der gemeinsamen Sorge der Eltern nicht grundsätzlich entgegenstehen.⁷⁶⁶ So soll „unbeherrschtes Verhalten“ eines Elternteiles dann kein Grund zur Aufhebung der elterlichen Sorge sein, wenn die Kinder zu diesem Elternteil noch eine emotionale Bindung haben.⁷⁶⁷

Soll eine gemeinsame Sorge möglichst erhalten werden, lässt sich dies nur erreichen, wenn auch an die Form der elterlichen Kommunikation geringere Anforderungen gestellt werden. Auch erhebliche Kommunikationsstörungen der Eltern stehen deshalb nach dieser Ansicht einer gemeinsamen Sorge dann nicht entgegen, wenn der Elternteil, bei dem sich das Kind befindet, zu dem Kind eine gute Beziehung hat und regelmäßige Besuchskontakte zum anderen Elternteil stattfinden.⁷⁶⁸ Ist die Kommunikationsfähigkeit eines Elternteiles so gestört, dass er einer fachlichen Beratung bedarf, soll auch dies die gemeinsame Sorge nicht hindern. Als ausreichend wird vielmehr angesehen, dass die Eltern willens und in der Lage sind, einvernehmliche Lösungen zu finden und in Erziehungsfragen keine unauflösbaren Meinungsverschiedenheiten bestehen.⁷⁶⁹ In einzelnen Entscheidungen wird die Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge selbst bei fehlender Kommunikation der Eltern bejaht: Wenn zum Beispiel der Vater bei der Abholung des Kindes mit der Mutter nicht kommuniziert, ist dies kein ausreichender Anhaltspunkt dafür, dass die Eltern in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung nicht zu einer einvernehmlichen Lösung kommen.⁷⁷⁰

Für die Aufhebung der elterlichen Sorge nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist nach den vertretenen Meinungen damit nicht entscheidungserheblich, ob elterliche Konflikte bestehen, sondern welches Ausmaß der elterliche Streit haben darf, damit die gemeinsame Sorge dem Kind dennoch dient. Dass die Aufrechterhaltung der elterlichen Sorge nicht von einem durchweg harmonischen Umgang der Eltern abhängig gemacht wird, erscheint realitätsnah. Auch in Familien, in denen beide Eltern mit ihren Kindern zusammen leben, treten mitunter familiäre Konflikte auf. Allerdings werden diese Konflikte - im Unterschied zu den hier in Frage stehenden - familienintern gelöst. Begehren Eltern jedoch eine gerichtliche Entscheidung in Sorgekonflikten, deutet dies meist auf ernsthafte elterliche Kooperations- und Kommunikationsschwierigkeiten hin, da die Behandlung familialer Streitigkeiten in der Regel nur dann aus dem familialen Privatbereich an außenstehende Dritte delegiert wird, wenn die Familienmit-

⁷⁶⁶ OLG Hamm FamRZ 1999, 38 (39).

⁷⁶⁷ OLG Frankfurt FamRZ 2002, 187.

⁷⁶⁸ OLG Hamm FamRZ 2000, 26.

⁷⁶⁹ OLG Hamm FamRZ 1999, 1600.

⁷⁷⁰ AG Offenbach Kind-Prax 1999, 98. Aus der Entscheidung geht nicht hervor, wie die Eltern bei der Abholung des Kindes tatsächlich miteinander umgehen. Offen bleibt insofern, ob die Eltern nicht miteinander sprechen oder z. B. auch keinen Blickkontakt aufnehmen.

glieder selbst sich nicht mehr in der Lage sehen, eine konstruktive Konfliktbehandlung familienintern zu erreichen.⁷⁷¹

Fraglich ist jedoch, ob eine aufgrund der genannten Kriterien ergangene gerichtliche Entscheidung das elterliche Streitpotential senkt und damit dem Kind dient, und zwar unabhängig davon, ob die elterliche Sorge aufgehoben wird oder bestehen bleibt. Dies erscheint insofern zweifelhaft als meist mindestens ein Elternteil mit der getroffenen Regelung nicht zufrieden sein wird und die richterliche Entscheidung daher häufig nicht zu einer Deeskalierung führt: Wird die gemeinsame Sorge aufgehoben, ist aus Sicht desjenigen, der eine Beibehaltung der gemeinsamen Sorge wünschte, eine Entscheidung gegen seinen Willen erfolgt. Umgekehrt fällt bei Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge die Entscheidung zu Ungunsten desjenigen aus, der die Alleinsorge beantragt hat. Aus diesem Grund wird in vielen Fällen das elterliche Streitpotential auch nach einer Entscheidung über die Aufhebung der gemeinsamen Sorge (mindestens) auf ähnlich hohem Niveau liegen. Das kann dazu führen, dass der unterlegene Elternteil die ergangene Entscheidung im Beschwerdeverfahren angreift oder aber den Streit anhand anderer Themen wie beispielsweise den Umgangsregelungen fortführt. Für das betroffene Kind bedeutet dies daher meist, dass es auch zukünftig Fokus elterlicher Streitigkeiten bleibt. Sowohl die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge aufgrund massiver elterlicher Streitigkeiten wie auch die Beibehaltung der gemeinsamen Sorge trotz elterlicher Konflikte führen damit häufig nicht zu einer konstruktiven Behandlung des Sorgekonfliktes. Die Beurteilung der elterlichen Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft stellt daher zwar einen Indikator zur Beurteilung der elterlichen Interaktion dar, der Zweck des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, eine privatautonome elterliche Konfliktbehandlung zum Wohl des Kindes zu initiieren, wird allerdings nur begrenzt verwirklicht.

b. Kindeswohlkriterien zur Übertragung der elterlichen Sorge auf den antragstellenden Elternteil

Steht nach Auffassung des Gerichtes fest, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge dem Kindeswohl entspricht, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Übertragung der Alleinsorge auf den Antragsteller dem kindlichen Wohlbefinden dient. Dafür sind - wie nach altem Recht auch - in erster Linie folgende Beurteilungskriterien maßgebend:⁷⁷²

⁷⁷¹ Johannsen/Henrich/Jaeger-Jaeger § 1671 Rn. 37 geht davon aus, dass bereits der Antrag auf Übertragung der Alleinsorge das Fehlen der elterlichen Kooperationsbereitschaft signalisiert. Vgl. auch Bode, FamRZ 2000, 1400 (1401), der die Frage aufwirft, ob - und bejahendenfalls - unter welchen Voraussetzungen ein gemeinsames Sorgerecht der Eltern auch dann beibehalten werden kann, wenn ein Antrag nach § 1671 Abs. 1 BGB gestellt ist.

⁷⁷² OLG Hamm FamRZ 1998 1315 (1316); Motzer FamRZ 1999, 1101 (1102 f.); Schwab FamRZ 1998, 457 (464). Zum alten Recht vgl. Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 40 ff.; Rabaa, S. 7 ff.

Nach dem Förderungsprinzip soll die elterliche Sorge dem Elternteil übertragen werden, der am besten zur Erziehung und Betreuung des Kindes geeignet erscheint und von dem es vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit erwarten kann.⁷⁷³

Der Kontinuitätsgrundsatz besagt, dass die Stetigkeit der Erziehung und Betreuung sicherzustellen ist.⁷⁷⁴ Mit dem Kriterium der Bindungen des Kindes zu den Eltern soll ermittelt werden, zu welchem Elternteil das Kind die gefühlsmäßig stärkere Bindung hat.⁷⁷⁵ Daneben sind auch die Bindungen des Kindes an seine Geschwister zu berücksichtigen. Dies entspricht der Überzeugung, dass es regelmäßig dem Wohl des Kindes dient, wenn es zusammen mit Geschwistern aufwächst und erzogen wird.⁷⁷⁶ Ebenfalls beachtet werden sollen die emotionalen Bindungen des Kindes zu anderen Personen - insbesondere den Großeltern.⁷⁷⁷ Schließlich ist der Wille des Kindes selbst im Rahmen der Kindeswohlprüfung zu würdigen.⁷⁷⁸ Dieser ist zum einen der verbale Ausdruck für die relativ stärkste Personenbindung, die das Kind empfindet oder aber unter Beeinflussung artikuliert. Zum anderen stellt dies einen Akt der Selbstbestimmung des Kindes als eine zur Selbständigkeit erzogene und zur Selbständigkeit strebende Person dar.⁷⁷⁹

Besondere Bedeutung für die Konkretisierung des Kindeswohles erlangt seit Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes zudem der Aspekt der Bindungstoleranz.⁷⁸⁰ Gemeint ist damit, dass das Kind ohne Schuldgefühle das von gegenseitiger Zuneigung getragene Verhältnis zu beiden Eltern aufrechterhalten können soll. Der Elternteil, der den persönlichen Umgang mit dem anderen Elternteil

⁷⁷³ BVerfG FamRZ 1981, 124 (126); BGH FamRZ 1985, 169; BGH FamRZ 1990, 392 (393); OLG Hamm FamRZ 1990, 781 (782); OLG Brandenburg FamRZ 1996, 1095 (1096); Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 52 ff.; MünchKomm-Finger § 1671 Rn. 28; Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 21; ausführlich Staudinger-Coester § 1671 Rn. 178 ff.

⁷⁷⁴ BVerfG, FamRZ 1982, 1179 (1183); BGH, FamRZ 1985, 169; Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 64 ff.; MünchKomm-Finger § 1671 Rn. 30; Palandt-Diederichsen § 1671 Rn. 22; Staudinger-Coester § 1671 Rn. 246 ff.

⁷⁷⁵ Gerhardt/v.Heintschel-Heinegg/Klein-Oelkers 4. Kap., Rn. 208. Ausführlich Staudinger-Coester § 1671 Rn. 213 ff. Zu den ungeklärten und umstrittenen Fragen, welche Bedeutung die Hauptbezugsperson neben anderen persönlichen und lokalen Bindungen des Kindes hat und ob die Möglichkeit, die frühkindliche Bezugsperson auszuwechseln, prinzipiell zu bejahen ist und ob die Stärke einer Bindung oder auch die Qualität einer Bindung in einer gerichtlich verwertbaren Weise gemessen werden kann; vgl. Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 70 m.w.Nachw. Die Bedeutung der Bindungen zu Eltern und Geschwistern wurde in § 1671 Abs. 2 S. 2 a. F. noch besonders erwähnt. Vgl. dazu Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 68.

⁷⁷⁶ BayObLG FamRZ 1985, 522 (523); Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 73.

⁷⁷⁷ Vgl. auch § 1626 Abs. 3, S. 2; § 1685 Abs. 1 BGB; Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 74; MünchKomm-Finger § 1671 Rn. 24 u. Rn. 46.

⁷⁷⁸ Ausführlich dazu Staudinger-Coester § 1671 Rn. 233 ff.

⁷⁷⁹ Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 79; MünchKomm-Finger § 1671, Rn. 47.

⁷⁸⁰ OLG Zweibrücken FamRZ 2001, S. 185; Motzer FamRZ 1999, 1101 (1103). Dieser Grundsatz ist auch in den §§ 1626 BGB Abs. 3 und § 1684 BGB Abs. 2 besonders hervorgehoben. Das Kriterium der Bindungstoleranz wird z.T. im Rahmen des Förderungsprinzipes erörtert, so Gerhardt/v.Heintschel-Heinegg/Klein-Oelkers 4. Kap., Rn. 208; Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 61.

nicht nur angstfrei für das Kind zulässt, sondern das Kind gegebenenfalls auch in einer pädagogisch geeigneten Art zum Umgang mit dem anderen Elternteil motiviert, wird unter diesem Gesichtspunkt als besser geeignet zur Übernahme der Alleinsorge angesehen.⁷⁸¹ Hintergrund ist, dass es für die Entwicklung eines Kindes von entscheidender Bedeutung ist, nach der Trennung seiner Eltern einen möglichst spannungsfreien Kontakt auch zu dem Elternteil zu behalten, der das Sorgerecht nicht erhält.⁷⁸²

Im Hinblick auf die Behandlung des elterlichen Sorgekonfliktes im gerichtlichen Verfahren stellen sich die genannten Kriterien als zweiseitig dar. Einerseits geben sie Handlungsanweisungen anhand derer vom Familienrichter entscheidbar wird, welchem Elternteil die Alleinsorge zu übertragen ist. Andererseits bergen die einzelnen Merkmale die Gefahr einer Verfestigung des elterlichen Konfliktgeschehens in sich, da sie Anlass für weitere elterliche Streitigkeiten bieten können. Bei einem hohen, ungeklärten elterlichen Konfliktpotential werden die Eltern allerdings ohnehin jede Möglichkeit nutzen, den elterlichen Streit erneut herauf zu beschwören beziehungsweise aufrecht zu erhalten.

So wird ein Elternteil dem anderen meist nicht ohne weiteres zugestehen, zur Erziehung und Betreuung des Kindes besser geeignet zu sein als er selbst. Stattdessen können Enttäuschungen über das Scheitern der elterlichen Paarbeziehung im Sorgerechtsverfahren vom enttäuschten Partner in Vorwürfe umgemünzt werden, aus dem sich das Fehlen der Erziehungseignung des anderen Ehegatten ergeben soll.⁷⁸³

Auch erscheint es problematisch, im Rahmen des justiziellen Verfahrens mit den Eltern das kindliche Beziehungsnetz zu erarbeiten, um die Bindungen des Kindes im Rahmen der Sorgerechtsentscheidung zu ermitteln. Des öfteren werfen sich Eltern dann vor, das Kind so beeinflusst zu haben, dass eben diese Kindesbindungen zum anderen Elternteil entstanden sind oder sich verstärkt haben. Dies gilt insbesondere bei „Vorenthaltung“ des Kindes oder bei verbaler Herabsetzung des anderen Elternteiles gegenüber dem Kind.⁷⁸⁴ Zudem kann sich bei der Feststellung der für das Kind wichtigen Bindungen auch herausstellen, dass bei einer symbiotischen Bindung zwischen Hauptbezugsperson und Kind die Trennung von dieser Hauptbezugsperson unter Erhaltung der übrigen Beziehungen und der Übernahme der Betreuung durch eine schon vertraute Person ratsam ist.⁷⁸⁵ Auch hier bietet sich dann Raum für zusätzliche elterliche Konflikte. Schließlich besteht die Gefahr, dass derjenige Elternteil, dem die Sorge aufgrund der genannten Kriterien nicht übertragen wird, eine solche gerichtliche Entscheidung

⁷⁸¹ AG Bergheim FamRZ 1999, 611; Gerhardt/v.Heintschel-Heinegg/Klein-Oelkers 4. Kap., Rn. 209; Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 61; Motzer FamRZ 1999, S. 1101 (1103).

⁷⁸² OLG Bamberg NJW 1995, 1684 (1685); OLG Frankfurt FamRZ 1997, 573 (574); OLG Schleswig FamRZ 1990, 433 (434); BezG Erfurt FamRZ 1994, 921 (922); vgl. dazu auch oben 1. Teil B. III. Kinder im familialen Trennungsgeschehen, S. 30 ff.

⁷⁸³ Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 62 f. Hier könnte auch umgekehrt gefragt werden, wie der Elternteil, der zur Erziehung des Kindes als nicht geeignet erscheint, die zur Übertragung der elterlichen Sorge notwendigen Kompetenzen entwickeln kann.

⁷⁸⁴ Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 77.

⁷⁸⁵ Johannsen/Henrich-Jaeger § 1671 Rn. 71.

dahingehend deutet, dass er aus seiner Elternrolle gedrängt wird und daraufhin den Kontakt zum Kind einstellt.

Die Ausrichtung der Entscheidung zur Übertragung des Sorgerechts an den genannten Kindeswohlkriterien erweist sich also nicht grundsätzlich als konfliktmindernd. Grund dafür ist, dass die genannten Kriterien bezwecken, den für das Kind „geeigneteren“ Elternteil zu ermitteln. Dies führt dazu, dass oftmals derjenige Elternteil, der letztlich im gerichtlichen Verfahren als „ungeeignet“ angesehen wird und damit unterliegt, aus eben diesem Grunde die Entscheidung nicht akzeptieren kann oder will und deswegen weiter um die elterliche Sorge streitet.

III. Möglichkeiten der Sorgerechtsübertragung bei bestehender Alleinsorge der Mutter nach § 1672 BGB

Steht ein nichteheliches Kind nach § 1626 a Abs. 2 BGB unter der alleinigen Sorge der Mutter, kann der Vater im Falle einer Trennung gemäß § 1672 Abs. 1 BGB beantragen, ihm das Sorgerecht oder einen Teil davon zu übertragen.⁷⁸⁶ Voraussetzung dafür ist, dass die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt leben,⁷⁸⁷ die Mutter zustimmt und die Übertragung des Sorgerechts auf den Vater dem Kindeswohl dient. Der Sinn der Regelung des § 1672 Abs. 1 BGB liegt also darin, Vätern nichtehelicher Kinder einen Weg zum alleinigen Sorgerecht zu eröffnen.⁷⁸⁸ Die Möglichkeiten des Vaters, die elterliche Sorge zu erlangen, sind jedoch sehr beschränkt, da bereits der Antrag auf Übertragung der Alleinsorge von der Zustimmung der Mutter abhängig ist. Die Position der Mutter ist in § 1672 Abs. 1 BGB damit sehr stark ausgestaltet.⁷⁸⁹ Wenn sie die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater ablehnt, wird der Vater grundsätzlich nicht an der elterlichen Sorge für das Kind beteiligt.⁷⁹⁰ In der Praxis spielt diese Vorschrift daher auch eine eher untergeordnete Rolle.

Gesetzgeberisches Ziel der - verfassungsrechtlich bedenklichen⁷⁹¹ - Voraussetzung der mütterlichen Zustimmung ist es, die Mutter und ihre Beziehung zum Kind vor Beunruhigungen und Belastungen, die im Zusammenhang mit elterlichen Auseinandersetzungen zur Übertragung der elterlichen Sorge auftreten könnten, zu schützen.⁷⁹² Dieses Anliegen erscheint im Hinblick auf die tatsächlichen Gegebenheiten jedoch zweifelhaft. Denn es ist nicht in jedem Fall der Vater, der aus unterschiedlichsten Beweggründen - wie zum Beispiel Enttäuschung über das Ende der Beziehung mit der Mutter - die Alleinsorge für das gemeinsame Kind begehrt. Auch die Mutter hat unter Umständen andere als nur am Kindeswohl orientierte Motive, die ihrer ablehnenden Haltung zugrunde liegen.⁷⁹³

⁷⁸⁶ Vgl. zur rechtlichen Ausgestaltung nach altem Recht Bugla S. 40 ff.; MünchKomm-Finger § 1672 Rn. 11.

⁷⁸⁷ Vgl. dazu auch die Ausführungen oben 4. Teil C. IV. 1. b. Allgemeine materiell-rechtliche Voraussetzungen, S. 150 ff.

⁷⁸⁸ Schwab, Familienrecht, Rn. 682.

⁷⁸⁹ Vgl. auch Lipp, FamRZ 1998, S. 65 (72); zur Kritik an § 1672 sowie Alternativvorschlägen siehe Bugla, S. 122 m.w.Nachw.

⁷⁹⁰ So ausdrücklich BT-Drucks. 13/4899, S. 59.

⁷⁹¹ Nach der Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003 ist die Regelung des § 1626 a BGB verfassungsgemäß; vgl. Pressemitteilung des BVerfG, Nr. 7 / 2003 v. 29.01.2003. Vgl. dazu auch MünchKomm-Finger § 1672 Rn. 13; Palandt-Diederichsen § 1672 Rn. 3: Hat das Kind mit beiden Eltern zusammengelebt, entwickelt es in der Regel auch zum Vater eine enge Bindung, die es verbietet, die Beantwortung der Frage, bei wem das Kind nach einer Trennung gut aufgehoben ist, allein der Mutter zu übertragen.

⁷⁹² BT-Drucks. 13/4899, S. 101.

⁷⁹³ MünchKomm-Finger § 1672 Rn. 15.

Die Absicht, Mutter und Kind vor Konflikten mit dem Vater um die Regelung der Sorge zu schützen, scheint im Rahmen der getroffenen gesetzlichen Regelung auch nicht umsetzbar. Grund dafür ist, dass der elterliche Konflikt um das Sorgerecht meist nicht mit der Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung der Alleinsorge auf den Vater beginnt und endet. Vielmehr kann der Vater mit unterschiedlichsten Mitteln versuchen, die begehrte Zustimmung trotz ablehnender Haltung der Mutter zu erreichen. Die Verweigerung der Zustimmung durch die Mutter und der Wille des Vaters, eben jene Zustimmung zu erhalten, wirken sich so auf die gesamtfamilialen Beziehungen aus und führen zu Belastungen derselben, auch ohne dass das Verfahren nach § 1672 Abs. 1 BGB eröffnet ist. Liegt in einer solchen Situation keine Zustimmung der Mutter vor, besteht der elterliche Konflikt damit trotzdem - der gerichtlichen Konfliktbehandlung ist allerdings der Weg versperrt. Dies führt dazu, dass Konflikte im Zusammenhang mit der Übertragung der elterlichen Sorge über nichteheliche Kinder, die unter der Alleinsorge der Mutter stehen, ohne gerichtliche Beteiligung von den Eltern und eventuell deren Familien regelmäßig „privat“ ausgetragen werden.

Bedingung für eine gerichtliche Behandlung des Sorgekonfliktes im Hinblick auf nichteheliche Kinder, deren Eltern nach § 1672 Abs. 1 BGB um die Alleinsorge streiten, wäre demnach der Verzicht auf das Zustimmungserfordernis der Mutter in § 1672 Abs. 1 BGB als Verfahrensvoraussetzung.

Indem die Übertragung der Alleinsorge auf den Vater zudem davon abhängig gemacht wird, dass sie dem Wohl des Kindes dienen und nicht nur - wie in § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB postuliert - am besten entsprechen muss, hat der Gesetzgeber die Anforderungen gegenüber den in § 1672 Abs. 1 Satz 2 BGB genannten erhöht.⁷⁹⁴ Nach der Begründung des Gesetzes ist darin jedoch keine willkürliche Ungleichbehandlung zu sehen, da eine vergleichbare Konfliktsituation in den Fällen des § 1672 Abs. 1 BGB nicht vorliege: Bei der gemeinsamen Sorge bestehe nämlich in Konfliktfällen die Gefahr, dass sich die Eltern nicht einigen könnten und aufgrund dessen notwendige Entscheidungen nicht getroffen werden könnten.⁷⁹⁵ Die gemeinsame elterliche Sorge setze daher ein Mindestmaß an Kooperationsbereitschaft voraus. Fehlt dies, sei die Gefahr gegeben, dass Konflikte auf dem Rücken des Kindes ausgetragen werden. Eine vergleichbare Gefährdung besteht nach Ansicht des Gesetzgebers bei § 1672 Abs. 1 nicht, da in diesem Fall die Mutter allein sorgeberechtigt ist, und sie daher auch gegen den Willen des Vaters alle erforderlichen Maßnahmen treffen könne.⁷⁹⁶

Die Annahme, elterliche Konflikte im Hinblick auf Entscheidungen, die gemeinsame Kinder betreffen, träten nur im Rahmen einer gemeinsamen Sorge auf, erscheint jedoch bedenklich. Zwar ist im Rahmen einer mütterlichen Alleinsorge und der damit verbundenen unbeschränkten Entscheidungskompetenz

⁷⁹⁴ Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 101. Zu dem darin liegenden Wertungswiderspruch und Systembruch im Verhältnis zu den § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB und § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB vgl. Coester FamRZ 1995, 1247 f.; Palandt-Diederichsen § 1672 Rn. 4.

⁷⁹⁵ BT-Drucks. 13/4899, S. 101.

⁷⁹⁶ BT-Drucks. 13/4899, S. 101.

eine elterliche Kooperation nicht notwendig, allerdings will der Vater mit der Übertragung der Alleinsorge nach § 1672 Abs. 1 BGB auf ihn erreichen, dass nunmehr er an die Stelle der Mutter rückt. Die Motivation zur Übertragung der Alleinsorge auf den Vater steht regelmäßig auch mit der gewünschten Entscheidungskompetenz über das Kind in Zusammenhang. Damit bestehen keine Unterschiede zwischen dem elterlichen Konflikt nach § 1672 Abs. 2 Nr. 2 BGB und einem solchen nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wenn sich dieser auf die elterliche Entscheidungskompetenz bezieht und durch die Übertragung auf einen Elternteil gelöst werden soll. Die im Vergleich zu § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB höheren Anforderungen an die mit der Sorgeübertragung verbundene Verwirklichung des Kindeswohles erscheinen daher nicht überzeugend.

§ 1672 Abs. 2 BGB eröffnet schließlich die Möglichkeit, das Sorgerecht, welches zunächst mit Zustimmung der Mutter nach § 1672 Abs. 1 BGB auf den Vater übertragen wurde, nun auf beide Eltern gemeinsam zu übertragen. Dies muss von einem Elternteil beantragt werden und der andere muss zustimmen. Zudem darf die Entscheidung dem Kindeswohl nicht widersprechen. Etwaige elterliche Konflikte werden aufgrund des nach § 1672 Abs. 2 BGB erforderlichen Konsenses zumindest „offiziell“ während des gerichtlichen Verfahrens nicht bestehen. Insofern gilt auch für diese Fallkonstellation, dass bestehende Konflikte von den Eltern und eventuell deren Familien „privat“ ausgetragen werden.

Die Regelungen des § 1672 BGB führen also dazu, dass im Rahmen dieser Norm bestehende elterliche Sorgekonflikte im familialen System behandelt werden. Aufgrund der in § 1672 BGB statuierten Zustimmungserfordernisse ist einer gerichtlichen Konfliktbehandlung der Weg versperrt.

IV. Regelungen zu Konflikten über den Umfang der elterlichen Entscheidungsbefugnisse nach §§ 1687, 1687 a und 1687 b BGB

Üben Eltern nach einer Trennung weiter die gemeinsame Sorge aus und lebt das Kind bei einem Elternteil, treffen die Eltern damit schon aus tatsächlichen Gründen nicht mehr alle Entscheidungen für das Kind in oder nach Absprache miteinander. Häufig entstehen dann Konflikte darüber, unter welchen Voraussetzungen die Eltern gemeinsam entscheiden beziehungsweise wann derjenige, bei dem das Kind lebt, befugt ist, Entscheidungen alleine zu treffen. Elterliche Konflikte können zudem auftreten, wenn sich das Kind bei demjenigen Elternteil aufhält, der nicht Inhaber der elterlichen Sorge ist. In diesem Fall kann zwischen den Eltern streitig werden, welche Entscheidungskompetenz dem nicht sorgeberechtigten Elternteil zusteht. Schwierigkeiten können sich schließlich auch daraus ergeben, dass ein allein sorgeberechtigter Elternteil erneut heiratet. Hier kann es zwischen den Eltern zum Streit darüber kommen, welche Entscheidungsbefugnisse der Ehepartner des allein sorgeberechtigten Elternteiles hat. Das Gesetz gibt mit den §§ 1687, 1687 a und 1687 b BGB Leitlinien zur Entscheidungskompetenz getrennt lebender Eltern vor.

Streiten Eltern, denen die gemeinsame elterliche Sorge zusteht, über die ihnen gesetzlich zustehenden Kompetenzen, enthält § 1687 BGB Vorgaben zur elterlichen Entscheidungszuständigkeit. In § 1687 Abs. 1 BGB wird zwischen der Alleinentscheidungsbefugnis in Angelegenheiten des täglichen Lebens und einer gemeinsamen elterlichen Entscheidung bei Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung unterschieden. Das gemeinsame Sorgerecht nach der Trennung der Eltern ist damit gespalten. Neben dem Bereich der gemeinsamen Zuständigkeit in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung existiert ein Bereich alleiniger Zuständigkeit des Elternteiles, bei dem das Kind lebt.⁷⁹⁷ Dieses abgestufte System von Alleinentscheidungs- und Vertretungsermächtigungen soll einen praktikablen Kompromiss ermöglichen, um dem Kind einerseits mit dem rechtlichen Band der gemeinsamen Sorge beide Eltern zu erhalten und andererseits die gemeinsame Sorge zugleich möglichst konfliktfrei funktionieren zu lassen.⁷⁹⁸ Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung insbesondere für den Bereich der Angelegenheiten des täglichen Lebens eine Minimierung der elterlichen Konflikte herbeiführen: „Der Zwang zur ständigen Kommunikation“ auch in Angelegenheiten des täglichen Lebens stelle gerade für den Elternteil, bei dem sich das Kind aufhält, eine erhebliche Erschwernis dar.⁷⁹⁹ Es bestehe daher die Gefahr, dass es durch Streitigkeiten über vergleichsweise unwichtige Fragen zu Konflikten komme, die das Funktionieren der gemeinsamen Sorge insgesamt gefährden könnten.⁸⁰⁰

⁷⁹⁷ Vgl. Schwab, Familienrecht Rn. 668.

⁷⁹⁸ Johannsen/Henrich/Jaeger-Jaeger § 1687 Rn. 1.

⁷⁹⁹ BT-Drucks. 13/4899, S. 58 u. S.107.

⁸⁰⁰ BT-Drucks. 13/4899, S. 107.

Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt, so ist ihr gegenseitiges Einvernehmen nach § 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB daher nur bei Entscheidungen in Angelegenheiten, die für das Kind von erheblicher Bedeutung sind, erforderlich.⁸⁰¹ Als solche werden Angelegenheiten bezeichnet, die nicht häufig vorkommen und die nur schwer abzuändernde Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben. Hierzu zählen unter anderem Entscheidungen zur Aufenthaltsbestimmung, die Wahl der Schulart und Schule, Heilbehandlungen und Grundentscheidungen des Umgangs.⁸⁰² Der Elternteil, bei dem das Kind lebt, ist verpflichtet, den anderen über die Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung zu informieren. Bei Streitigkeiten zwischen den Eltern kann gemäß § 1628 BGB das Familiengericht angerufen werden, das die Entscheidung in diesem Fall auf Mutter oder Vater allein übertragen kann. Hält das Gericht die Angelegenheit für eine solche des täglichen Lebens, so kann der Elternteil, bei dem sich das Kind gewöhnlich aufhält, gemäß § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB darüber alleine entscheiden.

Hingegen hat nach § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB derjenige Elternteil, bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteils oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung aufhält, die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens. Darunter fallen häufig vorkommende Situationen, die eine sorgerechtliche Entscheidung der Eltern erfordern, deren Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes ohne Aufwand wieder abänderbar sind, wie zum Beispiel Bestimmung der Schlafenszeiten, Essensfragen, Entscheidung zur Teilnahme an einem Tagesausflug.⁸⁰³ Die Befugnis zur Alleinentscheidung kann allerdings nach § 1687 Abs. 2 BGB durch das Familiengericht eingeschränkt werden, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist.

Obwohl es Zweck der Vorschrift ist, das elterliche Konfliktpotential zu verringern, kann es zwischen den Eltern dennoch zu Auseinandersetzungen um die in § 1687 BGB geregelte Entscheidungsbefugnis kommen. Zum elterlichen Streitthema kann sich hier insbesondere die Frage entwickeln, ob es sich bei einer Angelegenheit, über die sich die Eltern nicht einig sind, um eine solche des „täglichen Lebens“ handelt oder nicht.⁸⁰⁴ Auch die in § 1687 Abs. 1 Satz 2 und 4 BGB statuierte Möglichkeit, die Befugnis zur Alleinentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens wie der tatsächlichen Betreuung einzuschränken oder auszuschließen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist, eröffnet die Möglichkeit zu elterlichen Konflikten. Streitthema kann dann sein, ob der jeweilige Elternteil aus Sicht

⁸⁰¹ OLG Köln FamRZ 1999, S. 249 (250). Während der Regierungsentwurf noch das gegenseitige Einvernehmen bei „grundsätzlichen Entscheidungen“ verlangte, hat sich der Rechtsausschuß mit seiner an den Wortlaut des § 1628 Abs. 1 BGB anknüpfenden Formulierung der „Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung“ durchgesetzt. Vgl. dazu BT-Drucks. 13/4899, S. 107; BT-Drucks. 13/8511, S. 74 f.

⁸⁰² Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 107; Johannsen/Henrich/Jaeger-Jaeger § 1687 Rn. 4; Schwab FamRZ 1998, S. 457 (469).

⁸⁰³ BT-Drucks. 13/4899, S. 107 f.; Palandt-Diederichsen § 1687 Rn. 11 ff.; Johannsen/Henrich/Jaeger-Jaeger § 1687 Rn. 7.

⁸⁰⁴ Schwab FamRZ 1998, S. 457 (468).

des anderen zur Alleinentscheidungsbefugnis in Angelegenheiten von untergeordneter Bedeutung berechtigt sein soll oder nicht.

Bestehen zwischen dem Elternteil, der die Alleinsorge inne hat und demjenigen, der nicht Inhaber der elterlichen Sorge ist, Konflikte über dessen Entscheidungsbefugnis, gibt § 1687 a BGB i. V. m. § 1687 Abs. 1 Satz 4 und 5 BGB die Kompetenzen des nicht sorgeberechtigten Elternteiles vor. Der nicht sorgeberechtigte Elternteil hat - wenn sich das Kind bei ihm aufhält - das Alleinentscheidungsrecht in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung. Praktisch gilt § 1687 a BGB damit für die Besuchszeiten, die das Kind bei dem nicht sorgeberechtigten Elternteil verbringt.⁸⁰⁵ Auch hier besteht allerdings nach § 1687 a BGB i. V. m. § 1687 Abs. 2 BGB die Möglichkeit des sonst betreuenden Elternteiles, diese Befugnisse einschränken zu lassen, wenn von ihm vorgegebene Grenzen überschritten sind, die sein Erziehungsverhalten erschweren oder entwerten.⁸⁰⁶ Da der allein sorgeberechtigte Elternteil damit die Möglichkeit hat, dem anderen Elternteil das Entscheidungsrecht in Fragen der tatsächlichen Betreuung zu entziehen, können sich an diesem Punkt elterliche Konflikte entwickeln. Meist wird allein die Drohung des sorgeberechtigten Elternteiles mit eben jenen gerichtlichen Maßnahmen ausreichen, um einen Streit zwischen den Eltern eskalieren zu lassen.

Mit § 1687 b BGB existiert schließlich eine Regelung zur Frage, welche Entscheidungskompetenz der Ehegatte des allein sorgeberechtigten Elternteiles, der nicht Elternteil des Kindes ist, hat. Nach dieser Vorschrift hat der neue Ehegatte des alleinsorgeberechtigten Elternteiles ein Mitentscheidungsrecht in Angelegenheiten des täglichen Lebens. Dieses so genannte „kleine Sorgerecht“⁸⁰⁷ gibt Stiefeltern Entscheidungsbefugnisse in Angelegenheiten, die häufig vorkommen und keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben.⁸⁰⁸ Voraussetzung dafür ist jedoch, dass insofern Einvernehmen mit dem leiblichen Elternteil besteht. Dieses Einvernehmen kann jederzeit - auch durch schlüssiges Verhalten - widerrufen werden.⁸⁰⁹ Auch hier kann das Mitentscheidungsrecht nach § 1687 b Abs. 3 BGB eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, wobei die Schwelle für diese Maßnahmen nach der Amtlichen Begründung niedriger als bei § 1687 Abs. 2 BGB beziehungsweise § 1687 a BGB i.V.m. § 1687 Abs. 2 BGB liegt. Ausreichend sind insofern bereits „fortdauernde Streitigkeiten in der Stieffamilie“, wenn diese Auseinandersetzungen für das Kind Belastungen mit sich bringen und seine Entwicklung gefährden.⁸¹⁰ Bezogen auf das elterliche Konfliktverhalten bietet demnach auch diese Vorschrift den Eltern die Gelegenheit, Konflikte fortzuführen beziehungsweise neue elterliche Konfliktfelder zu eröffnen.

⁸⁰⁵ MünchKomm-Finger § 1687 a Rn. 1.

⁸⁰⁶ MünchKomm-Finger § 1687 a Rn. 3.

⁸⁰⁷ Vgl. dazu MünchKomm-Finger § 1687 b Rn. 1.

⁸⁰⁸ BT-Drucks. 14/3751, S. 39.

⁸⁰⁹ MünchKomm-Finger § 1687 b Rn. 1.

⁸¹⁰ BT-Drucks. 14/3751, S. 39.

Die gesetzlichen Regelungen der §§ 1687, 1687 a, 1687 b BGB geben damit zwar Leitlinien im Hinblick auf die elterliche Entscheidungskompetenz im Falle einer Trennung oder Scheidung vor, bergen aber gleichzeitig auch die Gefahr neuerlicher elterlicher Streitigkeiten in sich.

D. Die an der gerichtlichen Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes Beteiligten

Glaukt mindestens ein Elternteil, den Sorgekonflikt nicht mehr selbst lösen zu können, werden Dritte in die Konfliktbehandlung einbezogen. Meist sind dies zunächst „nur“ Familienmitglieder, Freunde und Bekannte. Lassen sich die Konflikte dennoch nicht zur Zufriedenheit der Beteiligten behandeln, treten oftmals weitere „professionelle Konfliktbehandler“ hinzu. Das System⁸¹¹ der an der Konfliktbehandlung beteiligten Personen wird dann um Richter, Rechtsanwälte, Mitarbeiter des Jugendamtes sowie gegebenenfalls einen „Anwalt des Kindes“ und einen Sachverständigen erweitert.

Diesen Personen können von den ursprünglich am Konflikt beteiligten Familienmitgliedern unterschiedliche oder auch gleiche Rollen zugesprochen werden, die vom Rechtsanwalt und Mitarbeiter des Jugendamtes als Verbündeten⁸¹² oder Gegner bis zum Richter als Autoritätsperson reichen können, je nachdem welche Erwartungen an die Drittbeteiligten gestellt werden. Aber auch die Drittbeteiligten selbst haben jeweils eigene Definitionen ihrer Rollen und Ziele in der Konfliktbehandlung sowie ein durch die eigene Lebensgeschichte geprägtes berufliches Selbstverständnis. Daneben enthalten die einschlägigen Vorschriften gesetzliche Aufgabenzuweisungen und geben bestimmte Ausbildungsstandards für die professionell an der Behandlung des Sorgerechtskonfliktes Beteiligten vor.

Im Folgenden soll erörtert werden, welche Aufgaben den an der Behandlung des Sorgerechtskonfliktes beteiligten Berufsgruppen vom Gesetzgeber zugewiesen sind. Des Weiteren wird dargestellt, welche Rollen die Drittbeteiligten im Konfliktbehandlungssystem übernehmen (können) und welche Qualifikationen für eine Tätigkeit als Familienrichter, Rechtsanwalt, Mitarbeiter des Jugendamtes, Anwalt des Kindes und Sachverständiger gesetzlich vorgegeben sind.

⁸¹¹ Vgl. auch Weber, ZfJ 2000, S. 361 (363).

⁸¹² Vgl. dazu Weber ZfJ 2000, S. 361 (363).

I. Richter

1. Gesetzliche Aufgabendefinition

Die gesetzlichen Aufgaben des Familienrichters, die die Regelung der elterlichen Sorge nach Trennung oder Scheidung betreffen, ergeben sich aus § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO und § 23 b Abs. 1 Nr. 2 GVG.⁸¹³ Konkret erstreckt sich die Tätigkeit des Familienrichters danach auf folgende Maßnahmen: Die Regelung der elterlichen Sorge bei einer Trennung der Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht (§ 1671 BGB); die Regelung der elterlichen Sorge bei Trennung der nicht miteinander verheirateten Eltern, wenn bisher der Mutter die Alleinsorge gemäß § 1626 a Abs. 2 BGB zustand (§ 1672 BGB);⁸¹⁴ die Einschränkung oder Ausschließung der Befugnisse zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens und der tatsächlichen Betreuung des Kindes (§ 1687 Abs. 2 BGB)⁸¹⁵ sowie die Einschränkung oder Ausschließung der Befugnisse desjenigen Elternteils, der nicht Inhaber der elterlichen Sorge ist und bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteiles oder aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung aufhält (§ 1687 a und § 1687 b BGB).⁸¹⁶

Die Zuständigkeit für Verfahren, die die elterliche Sorge für ein Kind betreffen, weist § 23 b GVG i. V. m. § 23 b Abs. 1 Nr. 2 GVG den Abteilungen für Familiensachen (Familiengerichten) als Spezialspruchkörper des Amtsgerichtes zu.⁸¹⁷ Die Abteilungen für Familiensachen wurden im Zuge der Eherechtsreform von 1976 mit der Absicht geschaffen, eine einheitliche Zuständigkeit für Ehesachen und damit eng zusammenhängende Verfahren wie beispielsweise dem Sorgerechtsverfahren zu erreichen.⁸¹⁸ Ausschlaggebend für die Einführung von Familiengerichten war nach der Amtlichen Begründung zum 1. EheRG die Überlegung des Gesetzgebers, dass bei einem Richter, der sich „ausschließlich oder doch überwiegend mit Angelegenheiten dieser Art befasst“, eine „besondere Sachkunde“ erwartet werden könne. Diese Sachkunde sei „unentbehrlich für Entscheidungen, die sich nicht in reiner Rechtsanwendung erschöpfen“, was auf Scheidungssachen in hohem Maße zutrefte, „weil für

⁸¹³ Nach Oelkers, S. 5 machen das Sorge- und Umgangsrecht und die Anträge auf Herausgabe des Kindes etwa insgesamt 20 % der Arbeit des Familienrichters aus.

⁸¹⁴ Vgl. auch § 14 Abs. 1 Nr. 15 Rechtspflegergesetz.

⁸¹⁵ Vgl. auch § 14 Abs. 1 Nr. 16 Rechtspflegergesetz.

⁸¹⁶ Vgl. dazu auch § 14 Abs. 1 Nr. 16 Rechtspflegergesetz.

⁸¹⁷ Vgl. auch Kissel, § 23 b Rn. 8 und 21.

⁸¹⁸ Um sicherzustellen, dass mit dem gerichtlichen Ausspruch der Scheidung grundsätzlich auch die wichtigsten Scheidungsfolgen wie beispielsweise die Regelung der elterlichen Sorge geklärt werden, gilt zudem innerhalb der Zuständigkeit des Familiengerichtes der Grundsatz der Verfahrenskonzentration. Vgl. dazu Kissel, § 23 b Rn. 1.

Zu den prozessualen Überlegungen des Gesetzgebers im Hinblick auf die einheitliche Zuständigkeit des Familiengerichtes für Ehesachen und damit eng zusammenhängende Verfahren vgl. Kissel, § 23 b Rn. 1.

ihre Beurteilung eine Bewertung der zwischenmenschlichen Beziehungen von besonderer Bedeutung ist.⁸¹⁹

Im Rahmen seiner Aufgaben und zur Aufklärung des Sachverhaltes nach § 12 FGG⁸²⁰ hört der Familiengericht unter den in §§ 49 a Nr. 9, 50 a, 50 b FGG genannten Voraussetzungen dazu das Jugendamt, die Eltern und das Kind an. Der Familiengericht hat dann nach § 1697 a BGB diejenige Entscheidung zu treffen, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Die Aufgabe des Familiengerichters im Hinblick auf den elterlichen Sorgekonflikt ergibt sich aus § 52 FGG. Danach soll der Familiengericht so früh wie möglich und in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken (§ 52 Abs. 1 S. 1 FGG), die Beteiligten so früh wie möglich anhören, auf bestehende Beratungsmöglichkeiten hinweisen (§ 52 Abs. 1 S. 2 FGG) beziehungsweise das Verfahren aussetzen, wenn die Beteiligten bereit sind, außergerichtliche Beratung in Anspruch zu nehmen (§ 52 Abs. 2 FGG). § 52 FGG schafft damit eine besondere - über die in § 278 Abs. 1 ZPO n. F. hinausgehende Verpflichtung des Gerichts - im Interesse des betroffenen Kindes auf ein elterliches Einvernehmen hinzuwirken.⁸²¹

Zum Aufgabenbereich des Familiengerichters nach § 52 FGG gehört also die gerichtliche beziehungsweise die außergerichtliche Beilegung des Sorgerechtsstreites.⁸²² Wird eine gerichtliche oder außergerichtliche Streitbeilegung im Hinblick auf die elterliche Sorge allerdings nicht erreicht, bleibt der Richter zur Entscheidung über die Regelung der Sorge berufen. Die Tätigkeit des Familiengerichters im sorgerechtlichen Verfahren gliedert sich mithin in zwei Phasen. Während es in einer ersten Phase zunächst darum geht, die Parteien zu einer Beilegung des sorgerechtlichen Streits zu bewegen, ist die zweite Phase auf die Entscheidung des sorgerechtlichen Konfliktes ausgerichtet.

Die gesetzliche Aufgabe des Familiengerichters im Rahmen der gerichtlichen Behandlung des Sorgerechtskonfliktes lässt sich damit als dual qualifizieren: Neben der ihm nach § 52 Abs. 1 FGG zugewiesenen Aufgabe, auf ein elterliches Einvernehmen hinzuwirken, hat der Familiengericht im Falle eines Scheiterns dieser Bemühungen eine Entscheidung über die zukünftige Gestaltung des Sorgerechts zu treffen.

⁸¹⁹ BT-Drucks. 7/650, S. 80.

⁸²⁰ Bumiller/Winkler § 12 Rn. 51; vgl. auch Gerhardt/v.Heintschel-Heinegg/Klein, 4. Kap., Rn. 262 ff.

⁸²¹ So BT-Drucks. 13/4899, S. 133. § 52 Abs. 1 S. 1 FGG geht damit deutlich über § 278 Abs. 1 Satz 1 ZPO hinaus, wonach das Gericht in jeder Lage des Verfahrens lediglich auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites oder einzelner Streitpunkte „bedacht“ sein soll.

⁸²² Auch die Amtliche Begründung zu § 52 FGG, BT-Drucks. 13/4899, S. 133 spricht insoweit von „gerichtlicher“ und „außergerichtlicher“ Streitbeilegung. Weisbrodt, KindPrax 2000, S. 35 (38) meint daher, dass sich der Familiengericht als „Konfliktmanager“ zu zeigen habe.

2. Rolle in der Konfliktbehandlung

Familienrichter haben - wie alle anderen Richter auch - ihre Tätigkeit in „innerer Unabhängigkeit“ auszuüben.⁸²³ Dies bedeutet, dass sie ihre Aufgaben unvoreingenommen, neutral, unparteiisch und unbefangen ausführen sollen⁸²⁴ - also ihre Unabhängigkeit gegenüber inneren und äußeren Einflüssen täglich neu gewinnen sollen und sich bemühen müssen, bei der Rechtsfindung von subjektiven Einstellungen frei zu sein.⁸²⁵ Von Richtern wird daher erwartet, dass sie ihre eigene individuelle Persönlichkeit hinter die Aufgabe der Rechtsfindung im konkreten Fall zurückstellen.⁸²⁶ Danach hätte der Familienrichter das gerichtliche Verfahren zur Behandlung des elterlichen Sorgekonfliktes in der Rolle des „unbeteiligten Verfahrensbeteiligten“ zu leiten und - falls erforderlich - auch aus dieser Haltung eine sorgerechtlche Entscheidung zu treffen.

Dieses Konzept zur Rolle des Richters im sorgerechtlchen Verfahren erscheint jedoch im Hinblick auf die praktische Umsetzung fragwürdig.⁸²⁷ Zum einen stellt sich die zwischen den beteiligten Eltern, Kindern und dem Richter ablaufende Interaktion - wie die Interaktion zwischen Menschen generell - aus systemischer Sicht als wechselseitig und damit zirkulär dar. Der Richter setzt durch sein Verhalten Ursachen für das Verhalten der übrigen Beteiligten und umgekehrt setzen die Beteiligten wiederum Ursachen für das Verhandlungs- und Entscheidungsverhalten des Richters. Er prägt mithin durch sein Verhalten den Gang des Verfahrens und eine unter Umständen zu treffende Entscheidung mit. Zum anderen gibt es aus systemischer Sicht nicht nur die „eine“ vom Familienrichter anhand von gesetzlichen Vorschriften zu entdeckende Wirklichkeit des elterlichen Sorgekonfliktes. Vielmehr steht die jeweils als „wirklich“ erkannte Wirklichkeit immer im Zusammenhang mit denjenigen, der diese Wirklichkeit erkannt hat - in diesem Fall mit dem Familienrichter selbst.⁸²⁸ Dies bedeutet, dass sich

⁸²³ Diese „innere Unabhängigkeit“ des Richters ist keine durch Art. 97 GG gegebene Garantie, sondern vielmehr eine ihm mithilfe der Garantien des Art. 97 GG gestellte Aufgabe. Vgl. dazu und zur in Art. 97 GG normierten Unabhängigkeit der Richter Kramer, ZZP 2001, S. 267 (278 ff.). Vgl. auch § 1 GVG, § 25 DRiG sowie Art. 6 EMRK.

⁸²⁴ Insoweit bestehen ähnliche Anforderungen wie sie auch an den Mediator unter dem Gesichtspunkt „Neutralität“ gestellt werden. Vgl. dazu oben 3. Teil C. III. Anforderungen an die Beteiligten, S. 80 ff.

⁸²⁵ Kissel, § 1 Rn. 157 m.w.Nachw.

⁸²⁶ Gast, Rn. 127 f. m.w.Nachw., der vermutet, dass es notwendig ist, eine Rechtsansicht ins Überindividuelle zu entheben - das „Eigene im objektiven Rechtsstoff unterzubringen“, damit es für Betroffene leichter hinnehmbar wird: „Dass man sich dem Recht zu fügen habe, ist eine besser erträgliche Zumutung als jene, der Meinung eines gewissen Herrn NN unterworfen zu sein.“ Diese Anforderungen an die Richterpersönlichkeit können dann dazu führen, dass der Jurist es eher vermeidet, ein Verhältnis zu den Personen, deren Rechtsfall er bearbeitet, herzustellen und aus diesem Grunde persönliche Zuneigung oder Abneigung ihnen gegenüber - so gut wie möglich - verdrängt.

⁸²⁷ Vgl. dazu auch Schmid/Drosdeck/Koch, S. 5 f. und ausführlich zum richterlichen Entscheidungsverhalten S. 57 ff. Bereits in den dreißiger Jahren des 20. Jahrhunderts wurde im Hinblick auf die richterliche Tatsachenermittlung von Jerome Frank vertreten, dass diese stets subjektiv und daher nicht vorhersehbar sei: „Fakten sind nicht objektiv. Sie sind das, wofür Richter sie halten.“ Vgl. dazu Raiser, S. 294 m.w.Nachw.

⁸²⁸ Vgl. dazu oben 1. Teil B. I. Systemische Erklärungsansätze familialer Trennungen, S. 21 ff.

der mit dem Sorgekonflikt befasste Richter seine Wirklichkeit über das Geschehen und die an ihm Beteiligten erschafft. Dem entspricht es auch, wenn nach § 12 FGG i. V. m. § 50 a FGG beziehungsweise § 50 b FGG die erforderliche Anhörung von Eltern und Kindern dem Familienrichter einen „persönlichen Eindruck“ von den entscheidungserheblichen Umständen verschaffen soll.⁸²⁹

In der gerichtlichen Praxis ist zu beobachten, dass familienrechtliche Verhandlungen und Entscheidungen auch vom Gefühl und der Intuition des Richters, seinen eigenen Wertvorstellungen und seiner Lebenserfahrung geprägt sind.⁸³⁰ Eigene Wertvorstellungen des Familienrichters können sich beispielsweise auf die Bewertung von Erziehungsstilen und Erziehungszielen der um die Sorge streitenden Eltern beziehen.⁸³¹ Die einigen familienrechtlichen Entscheidungen sogar explizit zugrunde gelegte richterliche Lebenserfahrung umfasst sowohl die während der Tätigkeit als Familienrichter gewonnenen Erkenntnisse und Einsichten als auch die im Laufe des eigenen Lebens gesammelten Erfahrungen.⁸³²

Großen Einfluss auf das richterliche Handeln und Entscheiden in familienrechtlichen Verfahren hat die eigene familiäre Herkunft des Richters und die damit verbundenen eigenen Erfahrungen und Erlebnisse in und mit familialen Konfliktsituationen als Kind, Jugendlicher und Erwachsener.⁸³³ Diese eigene Lebenserfahrung kann hilfreich sein, wenn es darum geht, sich in die Eltern, Kinder oder andere vom Verfahren Betroffene wie beispielsweise Großeltern hineinzusetzen. Überträgt der Familienrichter jedoch unreflektiert eigene Konflikterfahrungen auf am konkreten Verfahren Beteiligte, ist eine dem Verfahren angemessene und damit professionelle Haltung nicht mehr gewährleistet. Im Hinblick auf die Rolle des Familienrichters im gerichtlich ausgetragenen Sorgekonflikt erscheint es daher notwendig, dass Familienrichter eigene biographisch bedingte Konflikterfahrungen von den ihnen zur gerichtlichen Behandlung übertragenen Sorgekonflikten trennen (können). Praktisch bietet sich dazu beispielsweise die Einrichtung von Supervisionsgruppen für Familienrichter an.

Neben der eigenen - mehr oder weniger bewussten - Rollendefinition des Familienrichters selbst tragen auch die um die Sorge streitenden Eltern oftmals Rollen an ihn heran, die über die des bloßen

⁸²⁹ Vgl. auch BayObLG FamRZ 1987, 87 (88); BayObLG FamRZ 1988, 871 (872);_Gerhardt/v.Heintschel-Heinegg/Klein 4. Kap., Rn. 284.

⁸³⁰ Ollmann, FamRZ 1997, S. 321.

⁸³¹ Ollmann, FamRZ 1997, S. 322 f. mit dem Hinweis auf OLG Bamberg, FamRZ 1985, S. 528 sowie AG Berlin-Charlottenburg, KJ 1983, S. 208 (209 f.). Zur sozialen Herkunft und sich daraus ergebenden Grundhaltungen des Richters vgl. Kissel § 1 Rn. 158 m.w.Nachw.; Raiser, S. 377 ff.; Röhl, S. 347 ff.; Schmid/Drosdeck/Koch, S. 59 ff.

⁸³² Ollmann, S. 223 mit Beispielen aus der Rechtsprechung und der Frage, inwieweit die eigenen Erfahrungen verallgemeinerungsfähig sind, beziehungsweise ob nicht das vom Verfahren betroffene Kind aufgrund seiner speziellen Eigenarten und seiner speziellen Biographie aus dem allgemeinen Rahmen fällt.

⁸³³ Ähnlich Kissel § 1 Rn. 158; Schapp, S. 120 ff. Vgl. dazu auch die unter 3. Teil C. III. Anforderungen an die Beteiligten, S. 80 ff. dargestellten Situationen, die die Neutralität des Mediators in Frage stellen und auch für den Familienrichter eintreten können.

Familienrichters hinausgehen. So wird die männliche Richterrolle gerade in Scheidungsverfahren von den Parteien häufig auch als Vaterrolle erlebt.⁸³⁴ Oftmals meinen die Verfahrensbeteiligten auch, dass aufgrund der jeweiligen Geschlechtszugehörigkeit ein Richter eher zugunsten des Vaters, eine Richterin hingegen eher zugunsten der Mutter entscheiden wird. Tragen die am Sorgekonflikt Beteiligten dem Richter Rollen an, die über die des Familienrichters hinausgehen, erscheint es notwendig, dass dies vom Familienrichter erkannt wird, um so etwaige Rollenverquickungen vermeiden zu können.

3. *Qualifikation*

Das Gesetz gibt für die Tätigkeit des in Familiensachen tätigen Richters keine besonderen Qualifikationen vor. Die bereits oben angeführten Erwägungen des Gesetzgebers, nach denen nur besonders qualifizierte Richter, die bereits über hinreichende richterliche Erfahrung verfügen, als Familienrichter tätig werden sollen, sind lediglich gesetzgeberisches Motiv ohne verbindliche Kraft geblieben.⁸³⁵ Einzige Voraussetzung für die Tätigkeit als Familienrichter ist damit, dass ein Richter auf Probe sich mindestens im zweiten Jahr seiner Ernennung befinden muss (§ 23 b Abs. 3 Satz 2 GVG).⁸³⁶

Dass die Tätigkeit als Familienrichter lediglich qualifizierte juristische Kenntnisse voraussetzt, erscheint jedoch im Hinblick auf die Bedeutung des familialen Sorgekonfliktes und eine möglichst konstruktive Behandlung desselben im gerichtlichen Verfahren weder angemessen noch ausreichend.

⁸³⁷ Ist es nach § 52 FGG Aufgabe des Familienrichters, sorgerechtliche Konflikte einer einvernehmlichen Sorgeregelung zuzuführen, muss er über entsprechende Fähigkeiten und Techniken verfügen.⁸³⁸

Auch die nach § 50 a FGG und § 50 b FGG vorgesehene Anhörung verlangt vom Richter eine den beteiligten Eltern und Kindern und ihren jeweiligen Anliegen angemessene Gesprächsführung.⁸³⁹

⁸³⁴ Glenewinkel, S. 185 m.w.Nachw. Daraus lässt sich folgern, dass die weibliche Richterrolle von den beteiligten Eltern oftmals als Mutterrolle erlebt wird.

⁸³⁵ Kissel, § 23 b Rn. 87. Vgl. auch oben 4. Teil E. I. Richter, S. 173 ff.

⁸³⁶ Zu den vornehmlich fiskalischen Interessen, die zu der am 01.07.1977 in Kraft getretenen Fassung des § 23 b Abs. 3 GVG führten, vgl. Heilmann, S. 12 f. m.w.Nachw. Zur gesetzlichen Entstehungsgeschichte des § 23 b Abs. 3 GVG s. a. Schnitzler, S. 507 ff. Kritisch zur Verwendung von Richtern auf Probe als Familienrichter Baumbach/Lauterbach-Albers § 23 b GVG Rn. 10.

⁸³⁷ So auch Heilmann, S. 13; Kissel, § 23 b Rn. 87; Oelkers/Möller in Seitz/Büschel, S. 746 Rn. 4. Born in FamRZ 2000, 396 meint, dass es den Familienrichter nicht unbedingt dränge, „sich zusätzlich mit kleinen Kindern zu befassen und unter Zuhilfenahme von - in Studium und Ausbildung in der Regel nicht erlernten - Erkenntnissen aus Pädagogik und Psychologie zu ermitteln, welche Regelung für das Kindeswohl die beste“ sei.

⁸³⁸ Oelkers/Möller in Seitz/Büschel, S. 746 Rn. 4 fordern eine Richterpersönlichkeit, die im besonderen Maße Verhandlungsgeschick hat und über die Fähigkeit zum Ausgleich verfügt. Neben der juristischen wird daher auch eine „menschliche Kompetenz“ des Richters verlangt. Der Richter sollte zudem die Eigenschaft besitzen, sich in die Parteien in ihrer besonderen Situation hineinversetzen zu können.

⁸³⁹ So auch Prestien, ZfJ 1995, S. 166 (168), der darstellt, welche Gefahren bestehen, wenn diese Kenntnisse fehlen und dazu unter anderem ausführt, dass dann im Hinblick auf zukünftige Veränderungen bei Aufenthalt und Kontakten des Kindes die Familie bzw. ihre Mitglieder in die Abhängigkeit von immer neuen Gerichtsentscheidungen zu diesen Fragen kommen. Darüber hinaus

Ausdrücklich gibt dazu § 50 b Abs. 2 Satz 3 FGG vor, dass das Kind bei der Anhörung über den Gegenstand und möglichen Ausgang des Verfahrens „in geeigneter Weise“ unterrichtet werden soll, „soweit nicht Nachteile für seine Entwicklung oder Erziehung zu befürchten sind“.⁸⁴⁰

Erforderlich ist damit, dass der Familienrichter auch über kommunikationstheoretische und -praktische Kenntnisse zur Gesprächs- und Verhandlungsführung mit Erwachsenen und Kindern verfügt.⁸⁴¹ Der Umgang mit Erwachsenen und Kindern, die sich in einem familialen Konflikt befinden, setzt zudem psychologisches und pädagogisches Grundwissen voraus.⁸⁴² Dies gilt um so mehr als der Familienrichter im Hinblick auf die persönliche Anhörung von über vierzehn Jahre alten und nicht geschäftsunfähigen Kindern nach § 50 b Abs. 3 Satz 1 FGG zu entscheiden hat, ob schwerwiegende Gründe vorliegen, die das Absehen von einer Anhörung rechtfertigen.⁸⁴³ Um den Sorgekonflikt als Teil der familialen Trennungproblematik der jeweiligen Familie begreifen und mit diesem Wissen behandeln zu können, sollte der Familienrichter schließlich über familiensystemische Kenntnisse verfügen.⁸⁴⁴

könne „das Kind durch unangemessene Befragungen, die die Generationsgrenzen aufheben und das Kind zum Schiedsrichter machen, massiv mit extremen Spätfolgen (auch für weitere Generationen) geschädigt“ werden.

⁸⁴⁰ Vgl. dazu Bumiller/Winkler § 50 b Rn. 4 f.

⁸⁴¹ Die zur Verhandlungsführung notwendigen Fertigkeiten erlernt ein Richter während seiner Ausbildung in Studium und Referendariat meist nicht. Vgl. dazu auch Ortloff in Breidenbach/Henssler, S. 114.

⁸⁴² So auch BT-Drucks. 8/2788, S. 42 zum SorgeG sowie BVerfGE 55, 171 (180). Oelkers/Möller in Seitz/Büschel, S. 746 Rn. 4 fordern daher insbesondere Fortbildungen mit familientherapeutischem Bezug.

⁸⁴³ Vgl. dazu BGH NJW-RR 86, 1130; Bumiller/Winkler § 50 b Rn. 5.

⁸⁴⁴ Die Anforderungen an den Familienrichter unterscheiden sich insoweit nicht von denen, die an einen im Sorgekonflikt tätigen Mediator gestellt werden. Vgl. dazu oben 2. Teil C. III. Anforderungen an die Beteiligten, S. 75 ff.

II. Mitarbeiter des Jugendamtes

I. Gesetzliche Aufgabendefinition

Hauptaufgabe des Jugendamtes im Sorgekonflikt ist es, das „Kindeswohl“ zu verwirklichen beziehungsweise zu fördern.⁸⁴⁵ Dieser Auftrag konkretisiert sich zum einen in der Beratung und Unterstützung von Müttern, Vätern und Kindern, die als Leistung der Jugendhilfe in den §§ 17 und 18 Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG)⁸⁴⁶ statuiert ist.⁸⁴⁷ Daneben wirkt das Jugendamt gemäß § 50 Abs. 1 S. 2 KJHG i. V. m. § 49 a Nr. 9 FGG in Sorgerechtsverfahren nach § 1671 BGB und § 1672 Abs. 1 BGB mit. Das Jugendamt ist dabei den Zielen der Jugendhilfe nach § 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KJHG verpflichtet, wonach im Mittelpunkt sämtlicher Tätigkeiten die Förderung der Entwicklung und Erziehung des jungen Menschen zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit steht.⁸⁴⁸

Mit Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes erhielt die Beratung im Sorgekonflikt durch Mitarbeiter des Jugendamtes eine zentrale Bedeutung, da es ein Ziel der Reform war, die Elternautonomie bei Trennung und Scheidung durch Abbau der Staatsintervention und gleichzeitigem Ausbau von Beratungsangeboten zu stärken. Dies führte zu einer Verlagerung des Schwerpunktes staatlicher

⁸⁴⁵ Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe, Vor § 50 Rn. 16; Wabnitz, ZfJ 2000, S. 336 (343). Der Bundesrat hat im Gegensatz dazu in seiner Stellungnahme zu § 49 Regierungsentwurf - dem jetzigen § 50 KJHG - an der traditionellen Rollenzuschreibung festgehalten. Danach sieht der Bundesrat die Jugendämter in der Rolle, dem Familiengericht gegenüber zu berichten und gutachterlich Stellung zu beziehen. Vgl. BT-Drucks. 11/5948, S. 138.

⁸⁴⁶ Das KJHG vom 26. Juni 1990 BGBl. I, 1163 in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Mai 1993 BGBl. I, 637 hat das Jugendhilferecht in das Sozialgesetzbuch als SGB VIII integriert. Es enthält neben dem so genannten Stammgesetz, dem SGB VIII „Kinder- und Jugendhilfe“, in weiteren Artikeln Änderungen anderer Gesetze aus Anlass der Neuregelung der Kinder- und Jugendhilfe, Überleitungs- und Schlussvorschriften. Vgl. zur Geschichte und Entwicklung des Jugendhilferechts Waltermann Rn. 485; Wiesner in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe, Einl. Rn. 32.

⁸⁴⁷ Die Jugendämter nehmen die Aufgaben des örtlichen Trägers der Kinder- und Jugendhilfe wahr (§ 69 Abs. 3 1. Hs. KJHG).

⁸⁴⁸ § 1 KJHG lautet:

- (1) *Jeder junge Mensch hat ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.*
- (2) *Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.*
- (3) *Jugendhilfe soll zur Verwirklichung des Rechts nach Absatz 1 insbesondere*
 1. *junge Menschen in ihrer individuellen und sozialen Entwicklung fördern und dazu beitragen, Benachteiligungen zu vermeiden oder abzubauen,*
 2. *Eltern und andere Erziehungsberechtigte bei der Erziehung beraten und unterstützen,*
 3. *Kinder und Jugendliche vor Gefahren für ihr Wohl schützen,*
 4. *dazu beitragen, positive Lebensbedingungen für junge Menschen und ihre Familien sowie eine kinder- und familienfreundliche Umwelt zu erhalten oder zu schaffen.*

Aktivitäten weg von der richterlichen Entscheidung über die elterliche Sorge hin zu Beratungsangeboten für Eltern und Kinder zur Wahl des Sorgerechtsmodells und zur Unterstützung bei dessen Entwicklung und praktischer Umsetzung.⁸⁴⁹ Im Sinne der oben genannten idealtypischen Konfliktbehandlungsmodelle zielt das Kindschaftsrechtsreformgesetz damit grundsätzlich auf eine Behandlung des Sorgerechtskonfliktes durch Beratung.⁸⁵⁰

Methodisch bedeutet die Neuorientierung für die Jugendhilfe, dass von Seiten des Jugendamtes nunmehr Hilfestellung in Form einer Verbesserung der Konfliktlösungskompetenz der Familie zu geben ist. Entscheidungsprozesse zum Sorgerecht sollen in der Familie belassen werden, sie sind allenfalls zu fördern. Eine Konsequenz dieses Perspektivenwechsels ist, dass mit Einführung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes grundsätzlich keine richterliche Entscheidung und damit auch keine Anhörung des Kindes oder des Jugendamtes über die Fortsetzung der gemeinsamen Sorge nach Scheidung ergeht. Statt dessen werden die Eltern nunmehr von Amts wegen nach Eingang des Scheidungsantrages durch das Jugendamt über die Beratungsangebote der Jugendhilfe informiert (§ 17 Abs. 3 KJHG). So soll sichergestellt werden, dass Eltern, die ihre Scheidung beantragen, vom Jugendamt über die Beratungs- und Unterstützungsangebote der Jugendhilfe nach § 17 Abs. 2 KJHG unterrichtet werden. Die Jugendämter schreiben die Eltern dann an⁸⁵¹ und informieren über das Beratungsangebot sowie den Beratungsanspruch.⁸⁵² Ein Kontakt zwischen betroffenen Eltern und den Mitarbeitern des Jugendamtes erfolgt mithin regelmäßig auf zwei sehr unterschiedlichen Wegen: Entweder teilt das Familiengericht die Scheidungsabsicht von Eltern mit und bittet in den Fällen, die einen Antrag zur Regelung der elterlichen Sorge enthalten, um eine Stellungnahme⁸⁵³ oder es melden sich Eltern - häufig entweder nur die Mutter oder nur der Vater - aufgrund eigener Initiative.⁸⁵⁴

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine entsprechende Beratung und Unterstützung durch das Jugendamt gibt das Kindschaftsrechtsreformgesetz in § 52 FGG durch die besondere, über die allgemeine Pflicht zur gütlichen Regelung hinausgehende Verpflichtung des Gerichtes vor.⁸⁵⁵ In die gleiche

⁸⁴⁹ Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 5.

⁸⁵⁰ Vgl. dazu ausführlich oben 2. Teil B.II. Idealtypische Konfliktbehandlungsmodelle, S. 55 ff.

⁸⁵¹ Zum Inhalt der Anschreiben vgl. Buchholz-Graf/Vergo-Sgolik S. 82 ff.

⁸⁵² Zur Elternpflicht gehört es, dass die Eltern die gewährten Hilfen annehmen. Vgl. dazu OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 627; Gerhardt/v.Heintschel-Heinegg/Klein 4. Kap., Rn. 233.

⁸⁵³ Beispiel eines standardisierten Anschreibens des Familiengerichts an das Jugendamt bei Buchholz-Graf/Vergo-Sgolik S. 81.

⁸⁵⁴ Seit Einführung des neuen Kindschaftsrechts ist auch ein erhöhter Beratungsbedarf bei Eltern erkennbar, die vorher noch keinen oder kaum Kontakt zum Amt hatten. Seitens der betroffenen Eltern bestehen häufig vielfältige Fragen im Hinblick auf die Beteiligung des Jugendamtes wie z.B.: Was will das Jugendamt von mir? Wie und warum erfährt das Jugendamt von meiner Scheidungsabsicht? Warum soll ich mit einer sozialpädagogischen Fachkraft sprechen? Warum ist das Wohl meines Kindes dort Thema? Vgl. dazu Buchholz-Graf/Vergo-Sgolik S. 78 ff. auch zum besonderen Modell der Trennungs- und Scheidungsberatung in Regensburg.

⁸⁵⁵ Vgl. dazu ausführlich oben 4. Teil C. II 2. b sowie Fn. 660, S. 140.

Richtung zielen die Neuregelungen der §§ 613 Abs. 1, 622 Abs. 2, 630 Abs. 1 ZPO. Danach soll der Familienrichter Ehegatten mit gemeinsamen Kindern im Scheidungsfall auch zur elterlichen Sorge anhören und sie auf bestehende Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und Dienste der Jugendhilfe hinweisen.

a. Beratung in Fragen der Partnerschaft, Trennung und Scheidung nach § 17 KJHG

Zentrales Anliegen von § 17 KJHG⁸⁵⁶ ist es, die Handlungskompetenz der Eltern zu verbessern, um sie so zu eigenständigen Problemlösungen und damit zu verantwortungsvollen Entscheidungen im Interesse ihrer Kinder zu befähigen.⁸⁵⁷ Dies erfolgt zum einen durch das Angebot der Partnerschaftskonfliktberatung nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KJHG zur Bewältigung von Krisen und Konflikten zwischen den Eltern, um so Konflikteskalationen zwischen ihnen vorzubeugen und eine Trennung und Scheidung zu verhindern.⁸⁵⁸ Zum anderen findet Beratung auch in akuten Trennungs- und Scheidungssituationen mit dem in § 17 Abs. 1 Nr. 3 KJHG genannten Ziel statt, dem Kind ein Optimum an nahehegender Elternschaft zu sichern.⁸⁵⁹ Die Entwicklung eines einvernehmlichen Konzeptes zur Wahrnehmung der elterlichen Sorge nach Trennung und Scheidung nach § 17 Abs. 2 KJHG erhält über die Beratung hinaus auch Bedeutung für das familiengerichtliche Verfahren und stellt damit sowohl die rechtliche als auch die inhaltlich-methodische Verbindung zur Mitwirkung des Jugendamtes im familiengerichtlichen Verfahren her (§ 17 Abs. 3 KJHG und § 50 KJHG). Zudem stehen die Beratungsangebote des § 17 KJHG in engem Zusammenhang zu § 18 KJHG, da § 18 KJHG beiden Eltern jeweils individuell auf ihre Situation zugeschnittene Ansprüche auf Beratung und Unterstützung nach einer gerichtlichen Sorgerechtsregelung oder der faktischen Trennung bietet.⁸⁶⁰

⁸⁵⁶ § 17 KJHG lautet:

„(1) Mütter und Väter haben im Rahmen der Jugendhilfe Anspruch auf Beratung in Fragen der Partnerschaft, wenn sie für ein Kind oder einen Jugendlichen zu sorgen haben oder tatsächlich sorgen. Die Beratung soll helfen,

- 1. ein partnerschaftliches Zusammenleben in der Familie aufzubauen,*
- 2. Konflikte und Krisen in der Familie zu bewältigen,*
- 3. im Falle der Trennung oder Scheidung die Bedingungen für eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen förderliche Wahrnehmung der Elternverantwortung zu schaffen.*

(2) Im Falle der Trennung oder Scheidung sind Eltern unter angemessener Beteiligung des betroffenen Kindes oder Jugendlichen bei der Entwicklung eines einvernehmlichen Konzeptes für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge zu unterstützen; dieses Konzept kann auch als Grundlage für die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge nach der Trennung und Scheidung dienen.

(3) Die Gerichte teilen die Rechtshängigkeit von Scheidungssachen, wenn gemeinschaftliche minderjährige Kinder vorhanden sind (§ 622 Abs. 2 Satz 1 der Zivilprozessordnung), sowie Namen und Anschriften der Parteien dem Jugendamt mit, damit dieses die Eltern über das Leistungsangebot der Jugendhilfe nach Absatz 2 unterrichtet.“

⁸⁵⁷ Vgl. dazu Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 1.

⁸⁵⁸ Vgl. dazu im Einzelnen Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 9 ff.

⁸⁵⁹ Wabnitz, ZfJ 2000, S. 336 (339).

⁸⁶⁰ Münder § 17 Rn. 6.

Ziel der Beratung nach § 17 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 KJHG ist es, im Falle einer Trennung oder Scheidung die Sensibilität der Eltern für die Situation des Kindes und dessen weitere Entwicklung zu schärfen und die Handlungskompetenzen der Eltern zu verbessern, um so ein Fortbestehen der Bindungen der Kinder an Vater und Mutter und damit der gemeinschaftlichen elterlichen Verantwortung für die Kinder auch über die Scheidung hinaus zu erreichen. Daher soll Eltern, auch wenn sie nach Fremdentcheidung des Sorgerechtskonfliktes drängen, die Verantwortung für die Suche nach einer Konfliktlösung nicht abgenommen werden. Andererseits soll aber auch vermieden werden, dass Eltern zugunsten einer zügigen Abwicklung der familialen Trennung Kompromisse eingehen, die die tieferliegende Konfliktdynamik nicht berücksichtigen und so ein erneutes Aufbrechen der Konflikte zu einem späteren Zeitpunkt wahrscheinlich machen. Insofern wird auch die Klärung tiefergehender Kommunikationsstörungen sowie die seelische Verarbeitung von Konflikten und Gefühlen als Aufgabe des Jugendamtes im Sinne des § 17 Abs. 2 KJHG angesehen.⁸⁶¹

Je nach angestrebter Sorgerechtskonstellation erhält die Beratung durch das Jugendamt nach §§ 17 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 KJHG in Trennungs- und Scheidungssituationen eine unterschiedliche Richtung:

Wenn anlässlich einer Scheidung kein Antrag auf Zuweisung der elterlichen Sorge gestellt wird, behalten die Eltern die gemeinsame Sorge, ohne dass es einer richterlichen Entscheidung dazu bedarf. Damit allein ist allerdings noch nicht sichergestellt, dass Eltern das Wohl ihrer Kinder im Scheidungsverfahren im Blick haben und sie sich bewusst und in Kenntnis der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten entscheiden, ob sie von einem Antrag auf Regelung der Sorge absehen. Daher kommt sowohl der richterlichen Anhörung der Eltern nach § 613 Abs. 1 ZPO als auch der Beratung durch Mitarbeiter des Jugendamtes die Funktion zu, Eltern mit den Anforderungen an die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge und ihrer besonderen rechtlichen Ausgestaltung vertraut zu machen und sie gegebenenfalls zu der für die Ausübung notwendigen Kooperation zu befähigen.⁸⁶² In diesem Fall tritt dann an die Stelle der gerichtlichen Entscheidung die Information der Eltern über Beratungsangebote, sowohl nach § 17 Abs. 3 KJHG durch das Jugendamt zu Beginn des Scheidungsverfahrens als auch gemäß § 613 Abs. 1 Satz 2 ZPO durch den Richter im Rahmen der mündlichen Verhandlung.⁸⁶³

Wird hingegen ein Antrag auf Übertragung der Alleinsorge nach § 1671 BGB oder § 1672 BGB gestellt, so ergibt sich aus § 52 Abs. 1 Satz 2 FGG, dass die Beratung insbesondere die Aufgabe hat, eine streitige Entscheidung zu vermeiden, zwischen den Eltern zu vermitteln und auf eine einvernehm-

⁸⁶¹ Struck in SGB Wiesner VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 35.

⁸⁶² Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 23.

⁸⁶³ Die unter Fn. 697 genannte Erhebung an bayrischen Familiengerichten und Jugendämtern hat ergeben, dass die Beratungsangebote der bayrischen Jugendämter in erster Linie von Eltern wahrgenommen werden, die um die elterliche Sorge bzw. das Umgangsrecht streiten. Die schriftlichen Beratungsangebote der Jugendämter an Eltern, die keinen Antrag zum Sorgerecht stellen, werden von diesen wenig nachgefragt. Vgl. dazu Buchholz-Graf, ZfJ 2001, S. 209 (216).

liche Lösung hinsichtlich des (Allein-)Sorgerechts hinzuwirken.⁸⁶⁴ Konkret kann dies bedeuten, dass am Ende einer Beratung eine so genannte „Elternvereinbarung“ steht, die nach § 17 Abs. 2 KJHG auch Gegenstand einer richterlichen Entscheidung sein kann und insbesondere folgende Themen beinhaltet: die Anerkennung der Eltern, dass ihr Kind sowohl Vater als auch Mutter für eine positive Entwicklung braucht; eine Zusicherung der Eltern, sich gegenseitig als Eltern zu achten; Regelungen zur Gestaltung der Kontakte zum nicht im Haushalt lebenden Elternteil sowie Absprachen zu Verantwortlichkeiten, das heißt, es wird festgelegt, welcher Elternteil im Hinblick auf das Kind für welche Bereiche verantwortlich ist.⁸⁶⁵

Die Beratung selbst erfolgt nicht nach einem einheitlichen theoretischen Entwurf. Vielmehr besteht hier eine konzeptionelle Vielfalt, die familientherapeutische Ansätze, verhaltenstherapeutische, gruppensystemische und psychoanalytische Verfahren ebenso wie Vermittlungsverfahren (Mediation),⁸⁶⁶ ferner systemische und ressourcenorientierte Beratungshilfen entsprechend den jeweiligen Bedürfnissen im Einzelfall beinhalten kann.⁸⁶⁷ Als Formen der Beratung kommen Gruppenberatungen, Einzelberatung und Informationsveranstaltungen im Hinblick auf die Aktivitäten des Jugendamtes in Betracht, wobei Paargespräche, Gespräche mit der Gesamtfamilie und Einzelgespräche am häufigsten angewendet werden.⁸⁶⁸

b. Mitwirkung in Sorgerechtsverfahren nach § 50 KJHG

Nach § 50 Abs. 1 S. 1 KJHG hat das Jugendamt das Familiengericht bei allen Maßnahmen zu unterstützen, die die Sorge für die Person von Kindern und Jugendlichen betreffen. Gemäß § 50 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 49 a Abs. 1 Nr. 9 FGG⁸⁶⁹ ist das Jugendamt vor einer Entscheidung zur elterlichen Sorge nach § 1671 und § 1672 Abs. 2 BGB anzuhören.⁸⁷⁰ Die Mitwirkung bezieht sich in erster Linie auf den sozialpädagogischen Aspekt, ob und inwieweit fachgerechte Hilfe- oder Leistungsangebote der Jugendhilfe erforderlich sind beziehungsweise werden. Diese Aufgabe steht nicht zur Disposition des Jugendamtes, es hat also kein Ermessen bei der Frage, ob es in den genannten Verfahren mitwirkt.

⁸⁶⁴ Vgl. zum Wortlaut des § 52 FGG oben Fn. 660.

⁸⁶⁵ Kleber/Tschierschwitz ZfJ 1999, S. 281 f.

⁸⁶⁶ Die bereits unter Fn. 697 genannte Erhebung an bayrischen Familiengerichten und Jugendämtern ergab, dass jedes 3. Jugendamt in Bayern Mediation anbietet. Vgl. dazu Buchholz-Graf, ZfJ 2001, S. 209 (213).

⁸⁶⁷ Münder § 17 Rn. 29; Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 30.

⁸⁶⁸ Kleber/Tschierschwitz ZfJ 1999, S. 281 (282).

⁸⁶⁹ § 49 a Abs. 1 Nr. 9 FGG lautet:

„Das Familiengericht hört das Jugendamt vor einer Entscheidung nach folgenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches:

...9. elterliche Sorge bei Getrenntleben der Eltern (§§1671,1672 Abs. 1)“

⁸⁷⁰ Zu den Kontroversen im Gesetzgebungsverfahren im Hinblick auf die ausdrückliche Verpflichtung des Jugendamtes durch die Formulierung „hat mitzuwirken“ vgl. Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50, Rn. 24 ff.

Aus § 50 Abs. 1 Satz 2 FGG ist jedoch auch nicht zu entnehmen, wie das Jugendamt die konkrete Mitwirkung auszugestalten hat.⁸⁷¹

Die in § 50 Abs. 1 KJHG⁸⁷² statuierte Beteiligung an Verfahren der Familiengerichtsbarkeit nach § 49 a FGG gehört zu den traditionellen Aufgaben des Jugendamtes.⁸⁷³ Wurde früher die Funktion des Jugendamtes in der Sachverhaltsermittlung als Grundlage für gerichtliche Entscheidungen gesehen, steht inzwischen der Angebotscharakter der Hilfe im Vordergrund. Das Jugendamt fungiert daher in diesen Verfahren auch nicht mehr als Hilfsorgan des Gerichtes, sondern hat eine eigenständige Position im Sinne eines „status sui generis“ gegenüber dem Gericht.⁸⁷⁴ Die Mitwirkung⁸⁷⁵ in den Verfahren stellt deshalb eine selbständige und eigenverantwortlich zu erfüllende sozialpädagogische Aufgabe der Jugendhilfe zugunsten junger Menschen und ihrer Familien nach § 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 6 KJHG⁸⁷⁶ dar.

§ 50 Abs. 2 KJHG konkretisiert die Mitwirkung⁸⁷⁷ des Jugendamtes in dem Verfahren nach § 49 a Abs. 1 Nr. 9 FGG. Dabei sind Art und Umfang der im Rahmen der Anhörung erforderlichen Hinweise und Mitteilungen an das Gericht in das sach- und fachgerechte Ermessen des Jugendamtes gestellt und

⁸⁷¹ Münder § 50 Rn. 7. Zum Verhältnis von § 50 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ausführlich Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50 Rn. 18 ff.

⁸⁷² § 50 FGG lautet:

„(1) Das Jugendamt unterstützt das Vormundschaftsgericht und das Familiengericht bei allen Maßnahmen, die die Sorge für die Personen von Kindern und Jugendlichen betreffen. Es hat in Verfahren vor dem Vormundschafts- und dem Familiengericht mitzuwirken, die in den §§ 49 und 49 a des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit genannt sind.

(2) Das Jugendamt unterrichtet insbesondere über angebotene und erbrachte Leistungen, bringt erzieherische und soziale Gesichtspunkte zur Entwicklung des Kindes oder des Jugendlichen ein und weist auf weitere Möglichkeiten der Hilfe hin.

(3) Hält das Jugendamt zur Abwendung einer Gefährdung des Wohles des Kindes oder des Jugendlichen das Tätigwerden des Gerichtes für erforderlich, so hat es das Gericht anzurufen. Absatz 2 gilt entsprechend.“

⁸⁷³ Vgl. dazu Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Vor § 50 Rn. 2.

⁸⁷⁴ OLG Frankfurt FamRZ 1992, 206 f.; OLG Oldenburg NJW-RR 1996, 650; OLG Schleswig FamRZ 1994, 1129 f.; AG Friedberg FamRZ 1992, 1333; Kaufmann, FamRZ 2000, S. 7 (8). Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Vor § 50 Rn. 2 ff.

⁸⁷⁵ Die in § 50 KJHG enthaltenen Mitwirkungspflichten gehen auf § 3 Nr. 2 und § 43 Abs. 2 RGJW sowie danach § 48 JWG in der Fassung von 1961 zurück und wurden mit der Einführung der Familiengerichte erneut modifiziert. Vgl. dazu Wabnitz ZfJ 2000, S. 336 (337).

⁸⁷⁶ § 2 Abs. 1 KJHG lautet:

„Die Jugendhilfe umfasst Leistungen und andere Aufgaben zugunsten junger Menschen und Familien.“

§ 3 Abs. 2 Nr. 6 KJHG lautet:

„Andere Aufgaben der Jugendhilfe sind:

.... 6. die Mitwirkung in Verfahren vor dem Vormundschafts- und den Familiengerichten (§ 50).“

⁸⁷⁷ Zu den Kontroversen um die Form der Mitwirkung des Jugendamtes vgl. Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50 Rn. 41 ff.

unter Umständen auch zu begründen.⁸⁷⁸ Die seitens des Jugendamtes an das Gericht geleiteten Hinweise auf weitere Möglichkeiten der Hilfe können insbesondere bei Trennung und Scheidung ein Angebot an die beteiligten Konfliktparteien sein, eine erforderliche Beratung fortzusetzen. Für das Gericht können derartige Hinweise Anlass sein, auf die Betroffenen in diesem Sinne einzuwirken, um noch eine einvernehmliche Lösung der Konflikte zu erreichen.⁸⁷⁹

Auch wenn die Form der praktischen Zusammenarbeit zwischen einzelnen Jugendämtern und Familiengerichten nach Inkrafttreten des SGB VIII unterschiedlich geblieben ist,⁸⁸⁰ wird als Ziel der Jugendhilfe i. R.d. § 50 KJHG überwiegend die Förderung langfristig angelegter familialer Verständigungsprozesse gesehen. Die Bemühungen der Jugendämter gehen damit in die Richtung, Zugang zu den betroffenen Klienten und gegebenenfalls zu ihren Familien - mithin zum System Familie - zu bekommen.⁸⁸¹ Verfolgt das Jugendamt diese Strategie, kann dies zu Kontroversen mit den übrigen Konfliktbeteiligten führen, da eventuell bestehende Erwartungen anderer Beteiligter wie zum Beispiel eines oder beider Elternteile im Hinblick auf angestaute und zur Entladung drängende Emotionen, Erwartungen des Gerichtes hinsichtlich seiner Ermittlungspflicht oder des Rechtsanwaltes wegen seiner möglicherweise anders angelegten Prozesstaktik damit nicht in Einklang stehen.⁸⁸²

2. Rolle in der Konfliktbehandlung

Den Mitarbeitern des Jugendamtes sind im Rahmen der Behandlung des Sorgekonfliktes unterschiedliche Rollen zugewiesen: Zum einen beraten und unterstützen sie die Eltern nach §§ 17 und 18 KJHG, zum anderen wirken sie nach § 50 Abs. 1 KJHG i. V. m. § 49 a Abs. 1 Nr. 9 FGG in Sorgeverfahren nach § 1671 BGB und § 1672 Abs. 1 BGB mit. Die Rolle als Drittbeteiligte im Sorgekonflikt stellt sich damit als zweistufig dar: Scheitert eine Beratung nach §§ 17 und 18 KJHG, hat das Jugendamt nunmehr im gerichtlichen Verfahren mitzuwirken.

Aus diesen unterschiedlichen Rollenzuschreibungen können sich in der Praxis erhebliche Spannungen sowohl für das Rollenverständnis der Mitarbeiter selbst als auch deren Rollenbeschreibung aus Sicht der streitenden Eltern und des Gerichtes ergeben. Der Grund dafür liegt darin, dass der gleiche Mitarbeiter des Jugendamtes, der die Eltern im Hinblick auf deren Sorgekonflikte nach §§ 17 und 18 KJHG beraten hat, möglicherweise in einem nachfolgenden gerichtlichen Sorgeverfahren nach § 50 KJHG i. V. m. § 49 a Abs. 1 Nr. 9 FGG tätig ist.⁸⁸³ In diesem Fall muss der Mitarbeiter, nachdem er die für

⁸⁷⁸ Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50 Rn. 32; Münder § 50 Rn. 9. Beispiel für eine gutachterliche Stellungnahme des Jugendamtes in einem sorgerechtlichen Verfahren bei Oberloskamp/Balloff/Fabian, S. 209 ff.

⁸⁷⁹ Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50 Rn. 40.

⁸⁸⁰ Vgl. dazu im Einzelnen Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50 Rn. 5.

⁸⁸¹ Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50 Rn. 6.

⁸⁸² Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50 Rn. 6.

⁸⁸³ Wabnitz, ZfJ 2000, S. 336 (340). Das Verhältnis von §§ 17 und 18 KJHG zu § 50 KJHG und die sich daraus für das Jugendamt im Sorgekonflikt ergebende Rolle wird uneinheitlich gesehen.

einen konstruktiven Beratungsprozess erforderliche Vertrauensbasis zu den einzelnen Familienmitgliedern aufgebaut hat, nunmehr auch mit dem Familiengericht kooperieren, was das Vertrauen zu den beteiligten Eltern und Kindern zerstören und insofern eine konstruktive Beratung konterkarieren kann.⁸⁸⁴

Gelingt es den Eltern durch die Unterstützung des Jugendamtes nicht, den Streit zu lösen, besteht zudem die Gefahr, dass der mit dem Fall befasste Mitarbeiter selbst in den Konflikt hineingezogen wird.⁸⁸⁵

An dem Verhalten der Fachkraft des Jugendamtes kann sich dann ein „Stellvertreterkonflikt“ entwickeln, wenn sich ein Elternteil als benachteiligt behandelt betrachtet.⁸⁸⁶

Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50 Rn. 50 ff. beschreibt vier unterschiedliche Grundkonzeptionen zum Rollenverständnis des Jugendamtes im Sorgekonflikt:

(1) Nach der modifiziert-traditionellen Konzeption stellt sich die Mitwirkung des Jugendamtes nach § 50 KJHG im Sinne der früheren Familiengerichtshilfe dar. Danach besteht ein Spannungsverhältnis zur beratenden Tätigkeit nach §§ 17 und 18 KJHG, welches nur durch eine organisatorische Trennung der beiden Tätigkeiten gelöst werden kann.

(2) Das Beratungskonzept mit Interventionsvorbehalt beschreibt die Rolle des Jugendamtes im Sorgekonflikt dergestalt, dass es zunächst nur Aufgabe des Jugendamtes ist, einvernehmliche Konzepte der Eltern zur Wahrnehmung ihrer Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung dem Gericht vorzulegen und weitere Hilfen anzubieten. Besteht kein elterliches Einvernehmen, teilt das Jugendamt dem Gericht die Gründe mit, warum es zu keiner Einigung gekommen ist, wo jeder Elternteil die Gründe für das Scheitern sieht, welche Hilfen das Jugendamt bereits angeboten hat und welche es noch anbieten kann. Wenn diese Maßnahme zu keiner Einigung führt und der Richter weitere Informationen benötigt, kann er das Jugendamt um eine zweite Äußerung bitten. Ist auch dann keine Einigung der Eltern zu erzielen und widersprechen die Eltern einer Weitergabe ihrer Daten an das Gericht, soll das Jugendamt sie darauf hinweisen, dass sowohl das Jugendamt als auch die Eltern selbst gehalten sind, mit dem Gericht zusammen zu arbeiten.

(3) Nach dem kooperativ-fachlichen Aufgabenverständnis bei personeller Trennung von Leistungen nach §§ 17 und 18 KJHG und einer Mitwirkung nach § 50 KJHG nimmt das Jugendamt eine koordinierende Funktion wahr und muss daher gemeinsam mit dem Familiengericht auf eine Inanspruchnahme außergerichtlicher Konfliktregulierungen hinwirken. Das Jugendamt soll danach das Familiengericht beraten, um so die Perspektive der Kinder und Jugendlichen einzubringen und ihre Beteiligungsrechte im Verfahren zu stärken.

(4) Das integrative Konzept von Mitwirkung und Beratung sieht die Funktion des Jugendamtes darin, zwischen möglichen Beratungsprozessen und gerichtlichem Verfahren eine produktive Verbindung herzustellen.

⁸⁸⁴ Aus diesem Grund werden in den Jugendämtern unterschiedliche Modelle der Beteiligung im sorgerechtlichen Verfahren angewandt: Nach dem so genannten Personalwechselmodell führt das Jugendamt einen Personalwechsel durch, wenn die Beratung gescheitert ist und Aufgaben der Mitwirkung im gerichtlichen Verfahren anstehen. Das gegensätzliche Modell der Personalunion meint, dass derselbe Mitarbeiter, der die Beratung durchgeführt hat, nun auch die Mitwirkung im gerichtlichen Verfahren übernimmt, was allerdings nach § 62 KJHG die Weitergabe von aus der Beratung bekannten Informationen an das zuständige Familiengericht einschränken kann. Die bereits unter Fn. 697 genannte Erhebung an allen bayrischen Jugendämtern hat ergeben, dass das Modell der Personalunion zu 86 Prozent an bayrischen Jugendämtern praktiziert wird. Vgl. dazu ausführlich Buchholz-Graf, ZfJ 2001, S. 209 (214).

⁸⁸⁵ Vgl. dazu Kaufmann, FamRZ 2000, S. 7 f.

⁸⁸⁶ Zur verfahrensrechtlichen Einbindung des Handelns von Fachkräften des Jugendamtes vgl. Kaufmann, FamRZ 2000, S. 7 (8 ff.): Viele Eltern sehen die Stellungnahme des Jugendamtes häufig schon als vorweggenommenes Urteil.

Hier zeigen sich hauptsächlich folgende Fallvarianten: Zum einen besteht die Möglichkeit, dass die Eltern den Mitarbeiter für ihre jeweiligen Interessen instrumentalisieren oder der Mitarbeiter einem Elternteil vermeintlich oder tatsächlich Vorteile einräumt und den anderen benachteiligt. Darüber hinaus kann mangelhafte fachliche Arbeit zu Zerwürfnissen und Auseinandersetzungen zwischen Eltern und dem Jugendamt führen. Eine defizitäre und unzuverlässige Datenerhebung oder die verfälschte Wiedergabe von Fakten, die fehlende Unterscheidung zwischen erhobenen Fakten und eigenen Bewertungen, die Beurteilung und Bewertung menschlichen Verhaltens aus der Position des eigenen Wertesystems sowie aus der Psychologie entnommene Deutungsmuster ohne entsprechend fundierte Kenntnisse können dann zu nicht nachvollziehbaren Arbeitsergebnissen führen, die mindestens einen Elternteil gegen den jeweiligen Mitarbeiter des Jugendamtes aufbringen.⁸⁸⁷

Neben möglichen Konflikten zwischen den Eltern und dem Jugendamt über die Rolle der Mitarbeiter im Sorgekonflikt können zudem Schwierigkeiten zwischen Jugendamt und Familiengericht auftreten, da deren Rollen nicht identisch sind⁸⁸⁸ und zudem Unterschiede zwischen beiden Berufsgruppen hinsichtlich des beruflichen Selbstverständnisses existieren.⁸⁸⁹ Diese Konflikte entstehen, wenn der Familienrichter in einem gerichtlichen Verfahren nach § 50 Abs. 1 Satz 2 KJHG gutachterliche Stellungnahmen, Berichte und Entscheidungsvorschläge von einem Mitarbeiter des Jugendamtes verlangt, der diese Familie bereits im Rahmen einer Trennung oder Scheidung nach §§ 17, 18 KJHG beraten hat.⁸⁹⁰ Während das Jugendamt nach § 1 KJHG eine Hilfefunktion zugunsten der betroffenen Kinder und Jugendlichen hat, handeln Familienrichter entscheidungsorientiert.⁸⁹¹ Aufgabe und Aufgabenrealisierung des Jugendamtes lassen sich insofern als prozesshaft und dynamisch beschreiben. Familienrichter haben demgegenüber eine Entscheidung zu treffen, die einen Prozess abschließt. Diese unterschiedliche Ausgangslage erschwert die Zusammenarbeit zwischen Jugendhilfe und Familiengericht und führt mitunter zu „Machtkämpfen“.⁸⁹²

⁸⁸⁷ Kaufmann, FamRZ 2000, S. 7 (8).

⁸⁸⁸ Wabnitz, ZfJ 2000, S. 336 (340); vgl. zu den unterschiedlichen Denk- und Arbeitsansätzen von Sozialarbeitern und Richtern auch Oberloskamp/Balloff/Fabian, S. 53.

⁸⁸⁹ Vgl. dazu die Auswertungen zum so genannten Regensburger Modellprojekt „Familienberatung bei Trennung und Scheidung (FaTS)“ am Amtsgericht Regensburg in Buchholz-Graf/Vergo, S. 46 ff. Im Rahmen der unter Fn. 697 genannten Erhebung bescheinigten sich allerdings die Richter mit 76 Prozent und die Jugendämter mit 77 Prozent gegenseitig „gute“ Zusammenarbeit. Jedoch lassen diese Zahlen keine Rückschlüsse darüber zu, welche jeweiligen Kriterien der Bewertung zugrunde lagen. Vgl. dazu Buchholz-Graf, ZfJ 2001, S. 209 (215). Vgl. zum Rollenverständnis von Sozialarbeitern auch Oberloskamp/Balloff/Fabian, S. 35 f. Weisbrodt, KindPrax 2000, S. 35 (41) spricht von einem „Interessenkonflikt“ zwischen Beratung und Familiengerichtshilfe.

⁸⁹⁰ Vgl. dazu ausführlich Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50 Rn. 41 ff.

⁸⁹¹ Buchholz-Graf/Vergo S. 58; Wabnitz, ZfJ 2000, S. 336 (340); Weber, ZfJ 2000, S. 361 (363).

⁸⁹² So Wabnitz, ZfJ 2000, S. 336 (340).

Der psychologische oder psycho-soziale Berater will den Eltern helfen, die Voraussetzungen zu schaffen, damit sie als Eltern künftig eigenverantwortlich die anstehenden Konflikte lösen können. Gelingt dies nicht, ist seine Tätigkeit beendet oder er verweist an andere Stellen. Auch Familienrichter ermutigen Parteien zu eigenständigen Problemlösungen. Zeigt dieses Vorgehen keinen Erfolg, bleiben sie dennoch in der Verantwortung und müssen Entscheidungen treffen. Für das Familiengericht haben Sachverhaltsaufklärungen daher meist absolute Priorität. Die Jugendhilfe verfolgt demgegenüber das vorrangige Ziel, den Aspekt der Hilfe zu beachten, das Kindeswohl im Blick zu behalten und die Entwicklung von Jugendlichen auch in die Zukunft hinein zu begleiten. Mitarbeiter des Jugendamtes können dabei in Konflikte mit den Familienrichtern geraten, weil sie einerseits eine Vertrauensbasis zum Klienten aufbauen und erhalten müssen, damit ein Beratungserfolg möglich wird. Andererseits sind sie auch auf die Kooperation mit dem Familiengericht angewiesen, um wirksame Hilfe leisten zu können.⁸⁹³

Schließlich besteht auch bei den Mitarbeitern des Jugendamtes die Gefahr, aufgrund eigener - noch unbearbeiteter - Konflikterfahrungen die Rolle des Beraters im Sorgekonflikt beziehungsweise des Beteiligten im Sorgerechtsverfahren nicht professionell auszuüben.⁸⁹⁴

3. Qualifikation

Hauptamtliche Mitarbeiter des Jugendamtes dürfen nach § 72 Abs. 1 Satz 1 KJHG nur solche Personen sein, „die sich für die jeweilige Aufgabe nach ihrer Persönlichkeit eignen und eine dieser Aufgabe entsprechende Ausbildung erhalten haben (Fachkräfte) oder aufgrund besonderer Erfahrungen in der sozialen Arbeit in der Lage sind, die Aufgaben zu erfüllen“.⁸⁹⁵ Die persönliche Eignung umfasst hierbei Eigenschaften wie Glaubwürdigkeit, Empathie, Verantwortlichkeit, Engagement, Belastbarkeit und Offenheit im Umgang mit den Klienten.⁸⁹⁶ Da die Vorschrift keinen Ausbildungsabschluss namentlich nennt, kommen unterschiedliche Berufsgruppen wie zum Beispiel Sozialarbeiter, Sozialpädagogen, Erzieher, Psychologen, Diplompädagogen, Heilpädagogen, Sonderschulpädagogen, Psychagogen, Jugendpsychiater, Pädiater und Psychotherapeuten als Mitarbeiter des Jugendamtes in Betracht.⁸⁹⁷ Überwiegend handelt es sich bei den im Sorgekonflikt tätigen Fachkräften jedoch um solche, die einen Fachhochschulabschluss als Sozialarbeiter beziehungsweise als Sozialpädagoge erworben haben.⁸⁹⁸

⁸⁹³ Wabnitz, ZfJ 2000, S. 336 (340).

⁸⁹⁴ Vgl. dazu ausführlich oben 4. Teil E. I. Richter, S. 173 ff.; Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50 Rn. 39.

⁸⁹⁵ Als Soll-Vorschrift stellt diese Vorschrift jedoch keine Leistungsnorm mit Rechtswirkung nach außen dar. Vgl. dazu Wiesner in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 72 Rn. 4.

⁸⁹⁶ Wiesner in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 72 Rn. 5 f.

⁸⁹⁷ BT-Drucks. 11/5948, S. 97.

⁸⁹⁸ Ollmann FamRZ 1997, S. 321 (325).

An die Kompetenz der Fachkräfte des Jugendamtes werden im Hinblick auf ihre Beteiligung an der Behandlung des Sorgekonfliktes hohe Anforderungen gestellt. Sie müssen sowohl über sozialpädagogische, psychologische, kommunikationstheoretische, verhandlungstechnische als auch rechtliche Kenntnisse verfügen, um ihrem Auftrag nach §§ 17 und 18 KJHG beziehungsweise § 50 KJHG gerecht werden zu können.⁸⁹⁹ Die über das Studium der Sozialarbeit und Sozialpädagogik vermittelten Qualifikationen bereiten jedoch oftmals nicht in ausreichendem Maße auf eine professionelle Tätigkeit im Sorgekonflikt vor, da die für Psychologie, Pädagogik und Recht notwendigen Studienleistungen sich meist in Grundkenntnissen über jeweils ausgewählte Themengebiete erschöpfen.⁹⁰⁰ Notwendig erscheint daher sowohl eine Verbesserung der fachlichen Ausbildung als auch eine systematische Fortbildung der Fachkräfte insbesondere auch im Hinblick auf Mediation als Konfliktbehandlungsmethode⁹⁰¹ sowie systemische Familienberatung.⁹⁰² Um die erforderlichen Kompetenzen zu vermitteln und zu verbessern, kommt daher der in § 72 Abs. 3 KJHG statuierten Fortbildungs- und Supervisionsmöglichkeit für Mitarbeiter des Jugendamtes eine große Bedeutung zu.⁹⁰³

⁸⁹⁹ Kritisch zu den insoweit vorhandenen Fähigkeiten auch Mörsberger in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 50 Rn. 62. Vgl. aber auch Jordan, ZfJ 2001, S. 48 m.w.Nachw., der auf eine vertretene Meinung im Hinblick auf sozialpädagogisches Können hinweist, nach der sich dieses mehr durch eine günstige Kombination individueller Eigenarten, Fähigkeiten und Erfahrungen - im Idealfall durch persönliches Charisma, pädagogischen Eros und / oder caritative Hingabe bzw. christliche Liebestätigkeit und weniger durch ein Set von planbaren, erlernbaren, erprobten Problemlösestrategien auszeichnet. Zu den Rechtsfolgen bei Verletzung professioneller Standards vgl. Münder ZfJ 2001, S. 401 ff.

⁹⁰⁰ Ollmann FamRZ 1997, S. 321 (325).

⁹⁰¹ Die Forderung nach weiteren ausgebildeten Mediatoren wurde auch im Rahmen der unter Fn. 697 genannten Befragung sowohl von Richtern als auch den Jugendämtern erhoben. Vgl. dazu Buchholz-Graf, ZfJ 2001, S. 209 (215).

⁹⁰² Münder § 17 Rn. 30; Kleber/Tschierschwitz ZfJ 1999, S. 281 (283); Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 17 Rn. 29.

⁹⁰³ Die in § 72 Abs. 3 genannte Praxisberatung wird häufig auch als Supervision bezeichnet. Vgl. dazu Wiesner in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 72 Rn. 18.

III. Rechtsanwalt

1. Gesetzliche Aufgabendefinition

Etwa zwanzig Prozent der Arbeit einer familienrechtlich ausgerichteten Anwaltskanzlei macht das Sorge- und Umgangsrecht sowie die Anträge auf Herausgabe des Kindes aus.⁹⁰⁴ Der Tätigkeit eines Anwalts im sorgerechtlichen Verfahren liegen zwei unterschiedliche Fallgestaltungen zugrunde: Entweder wird der Anwalt aufgrund von zwingenden gesetzlichen Vorschriften oder aber in Folge einer gesetzlich nicht erforderlichen, aber dennoch erfolgten Mandatsübertragung durch ein Elternteil tätig.

Wollen miteinander verheiratete Eltern gemäß § 623 Abs. 1 S. 1 ZPO i. V. m. § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ein sorgerechtliches Verfahren nach § 1671 Abs. 1 BGB oder § 1687 Abs. 2 BGB mit der ehelichen Scheidung verbinden, müssen sie sich durch einen beim Familiengericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen. Dies folgt daraus, dass in Ehesachen und damit verbundenen Folgesachen nach § 78 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO grundsätzlich in allen Rechtszügen Anwaltszwang besteht.⁹⁰⁵ Gleiches gilt, wenn der zunächst im Scheidungsverbund gestellte Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge gemäß § 623 Abs. 2 S. 2 ZPO abgetrennt wird, nach § 627 ZPO vorweg entschieden oder die Entscheidung über einen solchen Antrag nach § 628 Abs. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 ZPO zurückgestellt werden soll.⁹⁰⁶

Eine zwingende anwaltliche Vertretung ist jedoch nur im Hinblick auf den antragstellenden Ehegatten erforderlich.⁹⁰⁷ Auch der Antragsgegner bedarf allerdings anwaltlicher Vertretung, wenn er Anträge stellen oder andere Prozesshandlungen vornehmen will.⁹⁰⁸ In der Praxis lassen sich daher regelmäßig auch die als Antragsgegner am Verfahren beteiligten Ehegatten anwaltlich vertreten.⁹⁰⁹ Hat der Antragsgegner dennoch keinen Anwalt bestellt, kann ihm das Familiengericht gemäß § 625 ZPO für die Scheidungssache und das Verfahren über die elterliche Sorge nach § 1671 Abs. 1 BGB einen Rechts-

⁹⁰⁴ Oelkers, S. 5.

⁹⁰⁵ Der Anwaltszwang ist durch das 1. EheRG eingeführt worden, um einen angemessenen Schutz der Ehegatten im Hinblick auf die Tragweite einer Scheidung einschließlich ihrer Folgeregelungen zu gewährleisten. Vgl. dazu Henrich/Sedemund-Treiber, § 78 ZPO Rn. 1.

⁹⁰⁶ Henrich/Sedemund-Treiber, § 78 ZPO Rn. 5.

⁹⁰⁷ Der Anwaltszwang kann vom Antragsgegner in der Ehesache und den FGG-Folgesachen unterlaufen werden, da gegen ihn kein Versäumnisurteil erlassen werden kann. Im Hinblick auf die Scheidungssache regelt dies § 612 Abs. 4 ZPO, für die FGG-Sachen folgt dies daraus, dass das FGG-Verfahren keine Säumnisentscheidung kennt. Denkbar ist es daher, dass sich ein Antragsgegner nur in den ZPO-Folgesachen vertreten lässt, um die dort möglichen Versäumnisurteile abzuwehren oder aber dass er auf eine anwaltliche Beratung ganz verzichtet und eventuelle Versäumnisurteile in den ZPO-Folgesachen gegen sich hinnimmt. Vgl. dazu Henrich/Sedemund-Treiber, § 78 ZPO Rn. 11; Wieczorek/Schütze-Kemper § 625 Rn. 1.

⁹⁰⁸ Gerhardt/v.Heintschel-Heinegg/Klein-v. Heintschel-Heinegg 1. Kap., Rn. 139.

⁹⁰⁹ Wieczorek/Schütze-Kemper § 625 Rn. 2.

anwalt beordnen, wenn diese Maßnahme nach der freien Überzeugung des Gerichtes zum Schutz des Antragsgegners unabweisbar erscheint.⁹¹⁰

Etwas anderes gilt, wenn die Eltern Verfahren über die elterliche Sorge nach § 1671 Abs. 1 BGB oder § 1687 Abs. 2 BGB als isolierte Familiensachen führen - also damit kein Scheidungsverfahren verbunden ist. Eine solche Konstellation kann sich zum Beispiel ergeben, wenn die Eltern getrennt leben oder bereits geschieden sind. In diesem Fall besteht mangels einer gesetzlichen Regelung im ersten und zweiten Rechtszug kein Anwaltszwang.⁹¹¹ Wie sich aus § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO ergibt, müssen sich die Parteien lediglich für die weitere Beschwerde nach § 621 e Abs. 2 ZPO vor dem Bundesgerichtshof durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen.

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet und stellt der Vater Antrag auf Übertragung der Alleinsorge nach § 1672 Abs. 1, ergibt sich aus §§ 78 Abs. 2 Nr. 3, 621 e Abs. 2 ZPO, dass Anwaltszwang nur im Hinblick auf die weitere Beschwerde zum Bundesgerichtshof besteht.⁹¹² Gleiches gilt, wenn nach § 1672 Abs. 2 zunächst eine Übertragung der Sorge auf den Vater stattgefunden hat und ein Elternteil beantragt, dass die elterliche Sorge nunmehr den Eltern gemeinsam zustehen soll. Im Rahmen von sorgerechtlichen Verfahren nach § 1672 BGB wird ein Anwalt demnach zunächst nur tätig, wenn die Parteien dies veranlassen.

Auch für Verfahren, in denen es um die Übertragung des Entscheidungsrechtes auf einen Elternteil nach § 1687 BGB oder § 1687 a BGB beziehungsweise das Mitentscheidungsrecht des Ehegatten nach § 1687 b BGB geht,⁹¹³ ist eine anwaltliche Vertretung grundsätzlich nicht erforderlich. Nach § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO i. V. m. § 621 e Abs. 2 ZPO wird eine anwaltliche Vertretung ebenfalls nur für die weitere Beschwerde vor dem Bundesgerichtshof notwendig.

In den genannten sorgerechtlichen Verfahren hat der Anwalt darzulegen, dass dem Wohl des Kindes im Sinne der § 1671 BGB, § 1672 BGB, § 1687 BGB, § 1687 a BGB und § 1687 b BGB am besten gedient ist, wenn eine für den eigenen Mandanten günstige gerichtliche Entscheidung ergeht. Dazu muss der Anwalt argumentativ das Wohl des Kindes mit dem jeweils von ihm vertretenen Elternteil verknüpfen und umgekehrt darlegen, dass eine Entscheidung zugunsten des von ihm nicht vertretenen Elternteiles nicht dem Wohl des Kindes entspricht. Diese Ausrichtung der anwaltlichen Tätigkeit in

⁹¹⁰ Wieczorek/Schütze-Kemper § 625 Rn. 1: Zweck der Regelung des § 625 ZPO ist es zu verhindern, dass der Antragsgegner aus unterschiedlichsten Gründen wie beispielsweise einer Beeinflussung durch den anderen Ehegatten, Scheu vor dem gerichtlichen Verfahren, Unkenntnis oder mangelnder Übersicht über die mit dem Verfahren verbundenen rechtlichen Konsequenzen auf die Wahrnehmung seiner Rechte durch einen Anwalt verzichtet.

⁹¹¹ Gerhardt/v.Heintschel-Heinegg/Klein-v.Heintschel-Heinegg, 1. Kap., Rn. 214.

⁹¹² Vgl. dazu ausführlich oben 4. Teil C. III. Möglichkeiten der Sorgerechtsübertragung bei bestehender Alleinsorge der Mutter nach § 1672 BGB, S. 165 ff.

⁹¹³ Vgl. dazu ausführlich oben 4. Teil C. IV. Regelungen zu Konflikten über den Umfang der elterlichen Entscheidungsbefugnisse nach §§ 1687, 1687 a und 1687 b BGB, S. 144.

sorgerechtlichen Verfahren bringt es mit sich, dass der Anwalt oftmals gezwungen sein wird, den „gegnerischen“ Elternteil in seiner Funktion als Vater oder Mutter herabzusetzen beziehungsweise die Verbindung dieses Elternteiles mit dem Kind als dem Kind nicht zuträglich darzustellen. Eine Verschärfung des elterlichen Sorgekonfliktes durch den Anwalt ist aufgrund dieser Aufgabenzuweisung wahrscheinlich. Auch ist dem betroffenen Kind durch eine Herabwürdigung eines oder beider Elternteile in aller Regel nicht gedient, da es für seine Entwicklung eine positiv erlebte Bindung zu beiden Elternteilen benötigt.⁹¹⁴

2. Rolle in der Konfliktbehandlung

Der Rechtsanwalt ist nach § 1 BRAO unabhängiges Organ der Rechtspflege, woraus sich die Aufgabe des unabhängigen Beraters und Vertreters in Rechtsangelegenheiten nach § 3 Abs. 1 BRAO ergibt.⁹¹⁵ § 43 a Abs. 1 BRAO legt dem Anwalt die Pflicht auf, seine berufliche und persönliche Unabhängigkeit zu wahren. Dies meint unter anderem auch die Unabhängigkeit vom eigenen Mandanten.⁹¹⁶ Da der Anwalt entweder den Vater oder die Mutter - nicht jedoch das Kind - im Sorgekonflikt vertritt, geht es im Rahmen seiner Tätigkeit auch nicht darum, die Interessen des Kindes zu fördern.⁹¹⁷ Im sorgerechtlichen Verfahren hat der Anwalt mithin die Rolle des unabhängigen Beraters und Vertreters des jeweiligen Elternteiles einzunehmen. Diese Unabhängigkeit auch vom eigenen Mandanten erscheint jedoch aus mehreren Gründen problematisch.

Anwälte haben - wie alle anderen Drittbeteiligten im Sorgerechtsverfahren - regelmäßig eigene Erfahrung in und mit familialen Konflikten, die in die konkrete Beratungs- und Vertretungssituation im Sorgerechtsverfahren einfließen können.⁹¹⁸ So will möglicherweise ein Anwalt, der als Kind eigene Erfahrungen mit elterlichen Sorgestreitigkeiten gesammelt hat, in denen beispielsweise der Vater von der Mutter als unzuverlässig und dem Kind abgeneigt dargestellt wurde, diese eigene Konfliktsituation

⁹¹⁴ Vgl. dazu ausführlich oben 1. Teil B. III. Kinder im familialen Trennungsgeschehen, S. 30 ff. Eine Übung für die erwachsenen Beteiligten wäre beispielsweise sich vorzustellen, was in dem Kind vorginge, wenn es sämtliche anwaltlichen Schriftsätze und gerichtlichen Entscheidungen lesen und verstehen könnte.

⁹¹⁵ Die anwaltliche Tätigkeit beinhaltet neben der Wahrnehmung der Rechte der Beteiligten vor Gericht auch die rechtliche Beratung als vorsorgende Rechtspflege. Vgl. dazu Feuerich/Braun § 3 Rn. 1. Zur Bedeutung des Anwaltsberufes als so genannte „Filterebene“ in Rechtsstreitigkeiten vgl. Ponschab in Breidenbach/Henssler, S. 97. Allgemein zur Beratung als Möglichkeit der Konfliktbehandlung unter Hinzuziehung eines Dritten vgl. oben 2. Teil B. II. Idealtypische Konfliktbehandlungsmodelle, S. 55 ff.

⁹¹⁶ Zum Begriff der Unabhängigkeit zählt weiter die Staatsunabhängigkeit, die wirtschaftliche sowie die gesellschaftliche Unabhängigkeit. Vgl. Feuerich/Braun § 43 a Rn. 4.

⁹¹⁷ § 1697 a BGB verpflichtet nur den Familienrichter, eine Entscheidung zu treffen, die dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Vgl. zur Wahrung der kindlichen Interessen durch die Bestellung eines Verfahrenspflegers unten 4. Teil E. IV. Verfahrenspfleger, S. 198 ff.

⁹¹⁸ Vgl. dazu ausführlicher oben 4. Teil E. I. Richter, S. 173 ff. sowie die unter 3. Teil C. III. Anforderungen an die Beteiligten, S. 80 ff. dargestellten Situationen, die die Neutralität des Mediators in Frage stellen und auch für den Rechtsanwalt eintreten können.

unter Zuhilfenahme des fremden Konfliktes wiederholen und lösen. In Betracht kommt aber auch, dass Anwälte ihre Erfahrungen aus eigenen aktuellen familialen Trennungssituationen in ihre berufliche Tätigkeit einbringen. In derartigen Fallgestaltungen erscheint die Rolle des Anwaltes als nicht eindeutig auf die des unabhängigen Beraters und Vertreters und damit professionell handelnden Parteivertreters ausgerichtet.⁹¹⁹

Aufgrund ihrer sonstigen Tätigkeiten, die häufig eine Beratung und Vertretung in kontradiktorisch ausgestalteten Verfahren zum Gegenstand haben, sind Anwälte es zudem gewöhnt, um die Durchsetzung der Ansprüche „ihrer“ Mandanten zu kämpfen.⁹²⁰ Ein „obsiegenderes“ Urteil im Rechtsstreit wird daher vom Anwalt oftmals auch als persönlicher Sieg erlebt.⁹²¹ Dem geht voraus, dass der Anwalt den (Rechts-) Streit des Mandanten zu seinem eigenen macht, indem er zumindest teilweise in die Rolle des Mandanten schlüpft.⁹²² Nimmt der Anwalt diese Haltung auch im sorgerechtlichen Verfahren ein, ist seine Unabhängigkeit vom durch ihn vertretenen Elternteil nicht mehr gewährleistet. Auch eine auf konstruktive Behandlung des Sorgekonfliktes zielende Tätigkeit erscheint aus diesem anwaltlichen Rollenverständnis heraus unwahrscheinlich.

Darüber hinaus sind Anwälte im Gegensatz zu den anderen Drittbeteiligten im Sorgeverfahren darauf angewiesen, durch Honorare ihre materielle Grundlage zu sichern, so dass meist ein finanzielles Abhängigkeitsverhältnis zwischen Anwalt und Mandant besteht.⁹²³ Entspricht der Anwalt dann nicht den Erwartungen, die der jeweilige Elternteil als Mandant in ihn setzt, läuft er Gefahr, dass er das Mandat verliert und ein anderer Anwalt aufgesucht wird.⁹²⁴

⁹¹⁹ Menne-Fröhlich, S. 325 spricht von einer nicht klar definierten Rolle des Rechtsanwaltes und diagnostiziert bei Anwälten eventuell ein „unerkanntes Helfersyndrom, verbunden mit einem sicher nicht erkannten Bedürfnis nach Selbstwertsteigerung durch das Ausüben von Macht im Leben anderer Menschen“. Dabei lasse sich im Grunde häufig eine „Verführung des Anwaltes durch den Mandanten“ feststellen, wobei häufig ein „williger Verführter vorgegeben ist“. Dies führe zum Verlust der Fachlichkeit, induziert durch die vermeintliche Hilfsbedürftigkeit des Mandanten.

⁹²⁰ Vgl. auch Matthey in Proksch, S. 62.

⁹²¹ Vgl. dazu auch Grunsky, Rn. 3, der unter dem Titel „Taktik im Zivilprozess“ Möglichkeiten aufzeigt, die zum „Erfolg“ im zivilrechtlichen Verfahren führen sollen. Unter dem Begriff „Prozesstaktik“ wird dabei verstanden, wie ein im Gesetz vorgegebenes bestimmtes rechtliches Instrument zur Erreichung eines angestrebten Erfolges eingesetzt werden sollte. Darüber hinaus wird auf den Einsatz „psychologischer Mittel“ wie beispielsweise das Werben um Sympathie, Einschüchterungsversuche und Zermürbungstaktiken im Rahmen der Prozesstaktik hingewiesen.

⁹²² Vgl. dazu auch oben 2. Teil B. II. 3. e. Vertretung als dreiseitige Konfliktbehandlung?

⁹²³ Feuerich/Braun § 43 a Rn. 18; Hartung in Büchting/Heussen, S. 1597 Rn. 8; Matthey in Proksch, S. 62.

⁹²⁴ Dies gilt umso mehr als in Deutschland eine so genannte „Anwaltsschwemme“ gegeben ist, da die meisten Assessoren mangels anderer Möglichkeiten in den Anwaltsberuf drängen. Viele der neu zugelassenen Anwälte müssen dann um das materielle Überleben bangen und werden daher eher geneigt sein, den Forderungen des Mandanten nachzukommen, um das Mandat nicht zu verlieren. Vgl. dazu Ponschab in Breidenbach/Henssler, S. 99.

Die Vergütung der anwaltlichen Tätigkeiten im sorgerechtlichen Verfahren fällt aufgrund der in § 12 Abs. 2 Satz 3 GKG festgelegten Wertberechnung des Streitgegenstandes mit 2.000 Euro für ein im Scheidungsverbund geführtes Verfahren und nach §§ 94 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5, 30 Abs. 2 KostO mit 3.000 Euro für ein isoliertes Verfahren von vorneherein eher gering aus.⁹²⁵ Für konfliktmindernde Vergleiche beziehungsweise elterliche Vereinbarungen, die oft erst als Ergebnis mehrerer Sitzungen erzielt werden, erhalten Anwälte zudem in der Regel ein geringeres Honorar als für Schriftsätze und die Durchführung eines Sorgerechtsverfahrens.⁹²⁶ Die gebührenrechtlichen Regelungen führen also dazu, dass der Anwalt eher im streitigen Sorgerechtsverfahren als in der außergerichtlichen Konfliktbehandlung tätig wird. Diese auf einseitige Parteivertretung gerichtete anwaltliche Tätigkeit fördert dann wiederum eine Abhängigkeit des Anwaltes vom Mandanten.

Neben den gesetzlichen Vorgaben und den eigenen Vorstellungen des Anwaltes haben auch die Mandanten meist eine bestimmte Vorstellung zur Rolle des Anwalts im Sorgerechtskonflikt. In der Regel sind Anwälte die ersten Ansprechpartner der Eltern, wenn es darum geht, außerhalb des privaten Beziehungsgefüges stehende Dritte in den Sorgerechtskonflikt einzubeziehen.⁹²⁷ Die Eltern kommen dann zu

⁹²⁵ Im Verbundverfahren kann der Wert je nach der konkreten Fallgestaltung niedriger oder höher sein. Zu berücksichtigen sind dabei die Bedeutung und der Zweck der Sache, das Interesse der Beteiligten sowie die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Beteiligten. Im isolierten Verfahren sind die Vermögensverhältnisse doppelt - nämlich sowohl im Rahmen des § 12 BRAGO als auch bei der Wertbestimmung - einzubeziehen.

Diese Streitwerte gelten nach § 19 a Abs. 1 Satz 2 GKG bzw. § 94 Abs. 2 S. 2 KostO auch für Verfahren, die mehrere von einem Anwalt vertretene Kinder betreffen. Wenn jedoch die Betroffenheit mehrerer Kinder zu einer Erschwerung des Verfahrens führt, ist nach herrschender Meinung der Gegenstandswert zu erhöhen. Vgl. mit Berechnungsbeispielen dazu Gerhard/v.Heintschel-Heinegg/Klein-Müller-Rabe, 17. Kap., Rn. 5 ff. und 85.

⁹²⁶ Dies ergibt sich aus den Regelungen der BRAGO: Wird der Anwalt im Rahmen einer einverständlichen Scheidung nach § 1565 BGB i.V.m. § 1566 Abs. 1 BGB tätig, die - meist erst nach mehreren Verhandlungen - mit einem außergerichtlichen Scheidungsvergleich zur elterlichen Sorge endet, kann er gem. § 118 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BRAGO eine Geschäftsgebühr und eine Besprechungsgebühr in Höhe von 5/10 bis 10/10 der vollen Gebühr sowie nach § 23 Abs. 1 S. 1 BRAGO die Vergleichsgebühr in Höhe von 15/10 der vollen Gebühr abrechnen. Führt der Anwalt ein Sorgerechtsverfahren im Scheidungsverbund, fallen regelmäßig eine Prozess- sowie eine Verhandlungsgebühr gem. § 31 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BRAGO an. Hinzu kommt eventuell eine Beweisgebühr nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO. Wird das Sorgerechtsverfahren als isoliertes Verfahren geführt, können nach § 118 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3 BRAGO wiederum sowohl eine Geschäftsgebühr, eine Besprechungsgebühr sowie eine Beweisaufnahmegebühr entstehen, für die der Anwalt 5/10 bis 10/10 der vollen Gebühr beanspruchen kann. Wird der Anwalt lediglich außergerichtlich tätig, hat also keinen unbedingten Prozessauftrag und erzielt keine Sorgerechtsregelung, kann er nach § 118 BRAGO jeweils eine halbe Gebühr als Schriftsatzgebühr sowie eine weitere halbe Gebühr als Terminsgebühr ansetzen. Eine intensive, auf Konfliktlösung zielende anwaltliche Auseinandersetzung mit dem Sorgerechtskonflikt erscheint daher aufgrund der im Vergleich zum „streitigen“ Sorgerechtsverfahren geringeren Vergütung auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten eher unwahrscheinlich.

Aufgrund dieser gebührenrechtlichen Regelungen sehen Anwälte das sorgerechtliche Verfahren häufig auch als „lästiges Anhängsel“, das notwendigerweise mitläuft und erledigt werden muss. Vgl. dazu Born in FamRZ 2000, S. 396.

⁹²⁷ Ponschab in Breidenbach/Henssler, S. 98; Mähler/Mähler in Krabbe, S. 148.

den Anwälten, um Schutz zu suchen, sich über die Rechtslage zu informieren oder weil sie meinen, die eigenen Interessen dem anderen Elternteil gegenüber nicht ausreichend vertreten zu können.⁹²⁸ Dem eigenen Anwalt wird häufig die Aufgabe zugesprochen, dem jeweiligen Elternteil zu „seinem Recht“ zu verhelfen und die eigenen Positionen sowohl gegenüber dem anderen Elternteil als auch gegenüber den anderen am sorgerechtlichen Verfahren beteiligten Dritten durchzusetzen.⁹²⁹ Versucht der Anwalt dagegen, im Rechtsstreit zu vermitteln, fühlen sich die Mandanten oftmals nicht verstanden und es kommt in der Folge häufig zum Entzug des Mandats.⁹³⁰ Umgekehrt wird der „gegnerische“ Anwalt - also der Anwalt des anderen Elternteils - meist lediglich als dessen „Sprachrohr“ gesehen. Die in das sorgerechtliche Verfahren involvierten Anwälte können sich aufgrund dieser Dynamik und der Heftigkeit der elterlichen Auseinandersetzung einer Konflikteskalation häufig nicht entziehen und agieren dann selbst kämpferisch, womit sich die elterliche Konfliktsituation erneut verschärfen kann.⁹³¹

Schließlich kann der Anwalt durch seine Tätigkeit im elterlichen Sorgekonflikt auch in die Trennungsdynamik des Paares einbezogen werden. Menschen in psychischen Krisensituationen versuchen unbewusst oftmals, die ihnen vertraute, sie aber belastende Beziehungsstruktur auch in anderen zwischenmenschlichen Beziehungen wieder herzustellen.⁹³² Vornehmlich in Scheidungsverfahren und die gemeinsamen Kinder betreffenden Verfahren agieren dann womöglich beide Partner ihre eigene Beziehungsdynamik im jeweiligen Anwalt-Mandanten-Verhältnis aus und reinszenieren damit in diesem Verhältnis ein ähnliches Beziehungsmuster wie in der (gescheiterten) Paarbeziehung. Übernimmt der Anwalt die ihm vom Mandanten angetragene Rolle, wird dieses „Wohlverhalten“ vom Mandanten meist zunächst mit Anerkennung bedacht. Allerdings kann damit auch eine übersteigerte Erwartung einhergehen, die leicht in Anklage und Abwertung des Anwaltes umschlägt, wenn dieser den in ihn gesetzten Erwartungen nicht mehr entspricht.⁹³³

⁹²⁸ Mähler/Mähler in Krabbe, S. 148; Matthey in Proksch, S. 62.

⁹²⁹ Vgl. auch Weber, ZfJ 2000, S. (361) 363. Nach Menne-Fröhlich, S. 325 erwartet der Mandant von seinem Rechtsanwalt einen „mächtigen und willigen Streithelfer, der ihm unter Einsatz von harten oder gerade noch an der Grenze zur Legalität befindlichen Tricks zum Sieg verhilft, der jedem - insbesondere dem Richter - klar macht, dass er der Unschuldige und Gute und der andere Ehegatte der Schuldige und Böse ist, der ihm unbequeme, weil vielleicht nicht ganz ausgetragene Grundentscheidungen, sowohl was das eigene Leben als auch was das Leben von Kindern angeht, abnimmt.“

⁹³⁰ Matthey in Proksch, S. 62.

⁹³¹ Vgl. Weber, ZfJ 2000, S. (361) 363: Anlass für dieses Verhalten von Anwälten ist häufig, dass Schriftsätze des gegnerischen Anwaltes als aggressiv erlebt werden.

⁹³² Willms-Faß/Symalla, S. 42.

⁹³³ Willms-Faß/Symalla, S. 42 ff. mit Fallbeispielen. Weitere Beispiele bei Günter-Klosinski, S. 164 f., der darauf hinweist, dass bestimmte Beziehungskonstellationen in einem Ehekonflikt dazu angetan sind, zu besonders intensiven Identifikationen und unbewussten Schaukämpfen durch die beteiligten Rechtsanwälte zu führen, ohne dass sich diese ihrer Übertragungs- und Gegenübertragungsreaktionen bewusst sind.

Auch andere professionelle Drittbeteiligte im Sorgerechtskonflikt sehen den Anwalt oftmals in der Rolle des „Konfliktverschärfers“, der mit aggressiven Schriftsätzen eine eher kontraproduktive Wirkung erzeugt.⁹³⁴

Insgesamt stellt sich die Rolle, die dem Anwalt sowohl vom eigenen Mandanten als auch vom anderen Elternteil sowie den übrigen am Sorgerechtsverfahren beteiligten Dritten zugeschrieben wird, damit als die des kämpferischen und durchaus parteiischen Vertreters des jeweiligen Mandanten dar. Dies steht in Gegensatz zu der gesetzlich geforderten Rolle des Rechtsanwaltes als - auch vom eigenen Mandanten - unabhängigen Vertreter.⁹³⁵

3. Qualifikation

Spezielle Voraussetzungen für eine anwaltliche Tätigkeit in familialen Trennungskonflikten und damit auch im elterlichen Sorgekonflikt existieren nicht. Ausreichend ist vielmehr nach § 4 BRAO i.V.m. § 5 Abs. 1 DRiG die Zulassung als Anwalt, die erfolgt, wenn ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Staatsprüfung und der anschließende Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abgeschlossen werden und keine Versagungsgründe nach § 7 BRAO vorliegen. Dem Anwalt kann nach §§ 43 c, 59 b Abs. 2 Nr. 2 BRAO die Fachanwaltbezeichnung als „Fachanwalt für Familienrecht“ verliehen werden, die gemäß § 2 Abs. 1 FAO besondere theoretische Kenntnisse und besondere praktische Erfahrungen im Familienrecht erfordert.⁹³⁶ Im Familienrecht sind dazu nach § 12 FAO besondere theoretische Kenntnisse in den Bereichen des materiellen Ehe-, Familien- und Kindschaftsrechts unter Einschluss familienrechtlicher Bezüge zum Erb-, Gesellschafts-, Sozial- und Steuerrecht, des Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, des familienrechtlichen Verfahrens- und Kostenrechts, des internationalen Privatrechts im Familienrecht, der Theorie und Praxis familienrechtlicher Mandatsbearbeitung und der Vertragsgestaltung nachzuweisen.

Weder für die Zulassung als Rechtsanwalt noch für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Familienrecht“ sind demnach zusätzliche interdisziplinäre Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich, die eine konstruktive Behandlung des Sorgekonfliktes fördern und damit zur Zufriedenheit

⁹³⁴ Menne-Fröhlich, S. 323 f.: Diese Sicht zur anwaltlichen Tätigkeit im Sorgekonflikt wird danach sowohl von Psychologen, die in Beratungsstellen tätig sind, wie auch von psychologischen Gutachtern und Mitarbeitern des Jugendamtes geäußert. Vgl auch Matthey in Proksch, S. 62 für die unterschiedlichen Rollenzuschreibungen von Mitarbeitern des Jugendamtes als „Konfliktentschärfer“ und Anwälten als „Konfliktverschärfer“.

⁹³⁵ Interessant und hilfreich wäre es, eine Einschätzung zur Tätigkeit der Anwälte durch die vom Sorgekonflikt betroffenen Kinder zu erhalten.

⁹³⁶ Zum Erwerb der theoretischen Kenntnisse ist regelmäßig die Teilnahme an einem auf den Erwerb der Fachanwaltsbezeichnung vorbereitenden anwaltspezifischen Lehrgang notwendig, dessen Gesamtdauer ohne Leistungskontrollen mindestens 120 Zeitstunden umfassen muss. Der Erwerb von praktischen Erfahrungen wird durch den Nachweis von 120 selbständig bearbeiteten Fällen erbracht, wobei mindestens die Hälfte aller Fälle gerichtliche Verfahren sein müssen. Vgl. dazu im Einzelnen Büchting/Heussen-Hartung, S. 1634 f. Rn. 14 ff.

der beteiligten Familienmitglieder, aber auch der beteiligten Anwälte sowie der übrigen Drittbeteiligten führen könnten.⁹³⁷ Notwendig sind insoweit zusätzliche Kenntnisse zur Verhandlungsführung und zum Konfliktmanagement sowie zur familialen Trennungsproblematik und -dynamik insbesondere auch unter systemischen Gesichtspunkten.⁹³⁸ Diese Kenntnisse könnten als Weiterbildung im Rahmen der Fortbildungsverpflichtung für Anwälte nach § 43 Abs. 6 BRAO angeboten werden. Die Vermittlung von Grundlagen des Systemischen Denkens anhand von praktischen Beispielen aus der eigenen anwaltlichen Praxis könnte zudem dazu beitragen, dass Anwälte ihre eigene Rolle im System der an der Behandlung des Sorgerechtskonfliktes Beteiligten bewusst und damit professioneller gestalten. Schließlich kommt auch in Betracht, für Anwälte, die in familialen Konflikten tätig sind, Supervision anzubieten.⁹³⁹

⁹³⁷ Vgl. dazu Menne-Fröhlich, S. 324; Heilmann, S. 14 f.; Ponschab in Breidenbach/Henssler, S. 98 ff., der eine Veränderung der juristischen Ausbildung mit einer stärkeren Hinwendung auf die Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktlösung und Ausbildung des Rechtsanwaltes als Konfliktmanager fordert.

⁹³⁸ Nach der Reform der Juristenausbildung sind gemäß § 5 a Abs. 3 DRiG bereits im Studium Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streit-schlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit zu lehren. Die Änderungen treten am 01.07.2003 in Kraft.

⁹³⁹ Dies empfiehlt Günter-Klosinski, S. 168.

IV. Verfahrenspfleger

1. Gesetzliche Aufgabendefinition

Minderjährige Kinder sind grundsätzlich nicht formell Beteiligte eines Verfahrens vor dem Familiengericht.⁹⁴⁰ Dennoch ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung von besonderer Bedeutung, dass die Interessen von Kindern in einer Weise in das Verfahren eingebracht werden, die ihrer grundrechtlichen Position hinreichend Rechnung trägt.⁹⁴¹ Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen das Kind in einem schwerwiegenden Interessengegensatz zu einem oder beiden Elternteilen oder zum sonstigen gesetzlichen Vertreter steht oder die Eltern wegen entgegenstehender eigener Interessen die Interessen des Kindes nicht angemessen in das Verfahren einbringen können.⁹⁴² Der durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz eingefügte § 50 FGG⁹⁴³ trägt den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichtes an Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, Rechnung und gibt dem Gericht die Möglichkeit, in einem sorgerechtlichen Verfahren dem minderjährigen Kind nach § 50 Abs. 1 FGG einen Pfleger für das Verfahren zu bestellen.⁹⁴⁴

Ist Voraussetzung für die Bestellung eines Verfahrenspflegers ein schwerwiegender Interessengegensatz,⁹⁴⁵ kann es zu seiner Hinzuziehung in sorgerechtlichen Verfahren kommen, wenn die Eltern im Streit um die elterliche Sorge das Kind psychisch belasten und das Kind daher in einen schweren seelischen Loyalitätskonflikt zu beiden Eltern gerät.⁹⁴⁶ Ein solcher Fall ist beispielsweise gegeben, wenn das Kind es nicht wagt, seinen Wunsch nach einem Wiedersehen mit dem getrennt lebenden Vater zu artikulieren, um die Mutter nicht zu verletzen oder das Kind äußert, es „habe keinen Vater“ oder den Vater möchte es nicht kennen lernen, da er „das Kind und die Mutter verlassen habe“.⁹⁴⁷ Die Bestellung eines Verfahrenspflegers wird vom *OLG Hamm*⁹⁴⁸ auch für erforderlich gehalten, wenn

⁹⁴⁰ Die einzige Ausnahme bildet § 59 FGG, der dem Kind oder Mündel ein Beschwerderecht einräumt. Vgl. Keidel/Kuntze/Winkler-Engelhardt § 50 Rn. 1. Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung einer Interessenvertretung für Kinder im deutschen Recht Salgo, S. 393 ff.

⁹⁴¹ BVerfGE 55, 177 (179); 72, 122 (133 f.).

⁹⁴² BT-Drucks. 13/4899, S. 131.

⁹⁴³ Vgl. dazu Keidel/Kuntze/Winkler-Engelhardt § 50 Rn. 2.

§ 50 Abs. 1 FGG lautet:

„Das Gericht kann dem minderjährigen Kind einen Pfleger für ein seine Person betreffendes Verfahren bestellen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist.“

⁹⁴⁴ Die in § 50 Abs. 2 FGG ausdrücklich genannten Fallgruppen umschließen die sorgerechtlichen Verfahren nach § 1671 BGB oder § 1672 BGB nicht. Vgl. auch Keidel/Kuntze/Winkler-Engelhardt § 50 Rn. 6 mit einer Übersicht zu den Verfahren, die die Lebensführung und Lebensstellung des Kindes betreffen und insofern die Bestellung eines Verfahrenspflegers erfordern können.

⁹⁴⁵ OLG München FamRZ 1999, 667.

⁹⁴⁶ Borth, Kind-Prax 2000, S. 48 (49).

⁹⁴⁷ OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1293 (1295) mit Anmerkung Dormann/Spangenberg.

⁹⁴⁸ OLG Hamm, FamRZ 1999, 41 (42).

das Verhalten einer allein sorgeberechtigten Mutter „auf mangelndes Interesse an der Beilegung des Partnerkonfliktes beziehungsweise zumindest einer Minderung der bestehenden Spannungen, was für das Kindeswohl dringend geboten wäre“ und darüber hinaus „auf fehlendes Verständnis für den von der Tochter geäußerten Wunsch, beim Vater leben zu wollen“ schließen lässt.

Lässt sich nicht von vorneherein klären, zu welchem der beiden Elternteile das Kind in einem Interessengegensatz steht oder ob ein entsprechender Interessenkonflikt zu beiden Elternteilen besteht, kann die Bestellung eines Verfahrenspflegers auch erst im Laufe des Verfahrens erfolgen.⁹⁴⁹ Der Verfahrenspfleger tritt für die Durchführung des sorgerechlichen Verfahrens dann an die Stelle des gesetzlichen Vertreters und hat an dessen Stelle die Kindesinteressen in das Verfahren einzubringen.⁹⁵⁰ In der gerichtlichen Praxis wird die Möglichkeit der Bestellung eines Verfahrenspflegers allerdings eher selten genutzt, was von Familienrichtern unter anderem damit begründet wird, dass es nur wenige Fälle gebe, in denen der Interessengegensatz der Kinder und der Sorgeberechtigten so groß sei, dass eine Notwendigkeit für das Hinzutreten eines Verfahrenspflegers bestehe.⁹⁵¹

Gesetzliche Aufgabe des Verfahrenspflegers in sorgerechlichen Verfahren ist es danach, Vertreter des Kindes zu sein. Dazu hat er die eigenständigen Interessen des Kindes zu erkennen und zu formulieren⁹⁵² und sich gleichsam „in die Schuhe des Kindes zu stellen und seine Sicht einzunehmen“.⁹⁵³ Die Interessen des Kindes zu erkennen, ist in der Praxis jedoch problematisch, da die betroffenen Kinder oftmals nicht eindeutig ihren Willen artikulieren können.⁹⁵⁴ Manche Kinder wünschen sich daher, dass ein Erwachsener ausspricht, was sie sich nicht zu sagen trauen. Andere Kinder „wollen“ wiederum genau das, was ihr Gesprächspartner ihrer Meinung nach von ihnen erwartet. Zum Teil treten Kinder in Sorgekonflikten auch die Flucht nach vorne an und „wollen“ genau das, was sie am meisten ängstigt, um so Subjekt des Geschehens zu sein. Schließlich kann es stark belasteten Kindern schwer fallen, überhaupt in Kontakt mit sich selbst, den eigenen Gefühlen und Wünschen zu treten.

In welcher Weise die Interessenvertretung praktisch umgesetzt werden soll, ist gesetzlich nicht geregelt und hängt von der jeweiligen Verfahrenslage ab.⁹⁵⁵ Erforderlich ist, dass sich der Verfahrenspfleger

⁹⁴⁹ BT-Drucks. 13/4899, S. 130 f.; OLG München FamRZ 1999, S. 667; OLG Frankfurt FamRZ 1999, S. 1293 (1294); Keidel/Kuntze/Winkler-Engelhardt § 50 Rn. 17.

⁹⁵⁰ OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1293 (1294); Keidel/Kuntze/Winkler-Engelhardt § 50 Rn. 22. Differenzierend Stadler/Salzgeber FPR 1999, S. 329 (332).

⁹⁵¹ Peters/Schimke, Kind-Prax 1999, S. 143, die im Rahmen eines Forschungsprojektes Interviews mit Praktikern durchführten. Zum gleichen Ergebnis kommt die in Fn. 697 genannte Erhebung an bayrischen Jugendämtern und Gerichten. Danach hatten 68 Prozent der befragten Richter noch nie einen Verfahrenspfleger eingesetzt. Vgl. dazu Buchholz-Graf, ZfJ 2001, S. 209 (213).

⁹⁵² OLG Frankfurt FamRZ 1999, S. 1293 (1295) mit Anmerkung Dormann/Spangenberg; Borth, Kind-Prax 2000, S. 48 (49).

⁹⁵³ Zitelmann, Kind-Prax 1998, S. 131 (132).

⁹⁵⁴ Vgl. zum Folgenden Zitelmann, Kind-Prax 1998, S. 131 (133).

⁹⁵⁵ Vgl. zum Folgenden ausführlich Borth, Kind-Prax 2000, S. 48 (50 ff.); Peters/Schimke, Kind-Prax 1999, S. 143 (145 f.).

zunächst einen Überblick über die Lebensumstände der Familie des Kindes und des Kindes selbst verschafft. Er hat weiter dafür zu sorgen, dass die - aus seiner Sicht - notwendigen Sachverhaltsfeststellungen zugunsten des Kindes durch das Gericht vorgenommen werden. Daneben obliegt es dem Verfahrenspfleger, die Rechtsanwendung durch das Familiengericht zu kontrollieren und auf eine die Rechte des Kindes wahrende Rechtsanwendung hinzuwirken. Im Hinblick auf den Willen des Kindes⁹⁵⁶ im Sorgekonflikt hat er diesen beziehungsweise die Vorstellungen des Kindes zur Regelung der Sorge so authentisch wie möglich in das Verfahren einzubringen und das Kind im Verfahren zu begleiten.⁹⁵⁷

2. Rolle in der Konfliktbehandlung

Die konkrete Ausgestaltung der Rolle des Verfahrenspflegers im sorgerechtlichen Verfahren hängt davon ab, wie der Verfahrenspfleger sich selbst sieht und welche Rollen ihm von den beteiligten Kindern und Eltern sowie den Drittbeteiligten zgedacht werden.

Begreift der Verfahrenspfleger seine Rolle als die des parteilichen Vertreters des Kindes, hat er sich deutlich sowohl von den Eltern als auch allen anderen Drittbeteiligten des sorgerechtlichen Verfahrens zu distanzieren und sich einseitig auf die Durchsetzung des Willens und der Vorstellungen des Kindes zu konzentrieren. Konfliktvermeidung oder Vermittlung im familialen Sorgekonflikt gehört im Rahmen dieser Rollenbeschreibung dann nicht zu seinen primären Aufgaben.⁹⁵⁸ Im Zuge einer so verstandenen Rollenbeschreibung besteht allerdings die Gefahr, dass sich die elterlichen Konflikte um die Sorge weiter verschärfen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Eltern meinen, ihre Positionen nun noch vehementer durchsetzen zu müssen, um einen vermeintlichen Widerstand des Verfahrenspflegers zu brechen.⁹⁵⁹

Die Amtliche Begründung zu § 50 FGG legt dem Gericht demgegenüber nahe, darauf zu achten, dass die Verfahrenspflegerbestellung in Fällen, in denen Kinder in den Streit ihrer Eltern hineingezogen werden, das Konfliktpotential nicht weiter erhöht. Die Verfahrenspflegschaft solle sich stattdessen an dem Interesse des Kindes an einer schnellen und einverständlichen Konfliktlösung orientieren.⁹⁶⁰ Geht es dem Verfahrenspfleger darum, die Interessen des Kindes in dem Sinne in das sorgerechtliche Verfahren einzubringen, dass eine für alle Familienmitglieder befriedigende Konfliktbehandlung

⁹⁵⁶ Kontrovers wird in der Literatur diskutiert, ob der Wille des Kindes in das Verfahren einzubringen ist oder vom Verfahrenspfleger auf eine dem Wohl des Kindes dienliche Entscheidung hinzuwirken ist. Vgl. dazu Peters/Schimke Kind-Prax 1999, S. 143 (146) m.w.Nachw.; Zitelmann Kind-Prax 1998, S. 131 (133).

⁹⁵⁷ Borth, Kind-Prax 2000, S. 48 (51); Stadler/Salzgeber, FPR 1999, S. 329 (333).

⁹⁵⁸ Die Rolle des Verfahrenspflegers wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Vgl. dazu oben Fn. 956.

⁹⁵⁹ Vgl. zur Stellung des Verfahrenspflegers gegenüber den Eltern ausführlich Stadler/Salzgeber, FPR 1999, S. 329 (332).

⁹⁶⁰ BT-Drucks. 13/4899, S. 130.

erreicht wird, wird er eine eher vermittelnde Haltung einnehmen.⁹⁶¹ Ein solches Rollenverständnis des Verfahrenspflegers selbst kann dann zu einer Konkurrenz zur Tätigkeit der Mitarbeiter des Jugendamtes und des Sachverständigen führen.⁹⁶²

Darüber hinaus läuft auch der Verfahrenspfleger - wie alle anderen professionell am Verfahren Beteiligten - Gefahr, eigene unreflektierte Konflikterfahrungen in seine Tätigkeit einzubringen.⁹⁶³ Dies erscheint besonders problematisch, da er unter Umständen den intensivsten Kontakt mit dem Kind und damit großen Einfluss auf es hat. Ihm muss daher bewusst sein, dass er lediglich eine vorübergehende Rolle im Leben des Kindes spielt, er weder einen Elternteil zu ersetzen hat noch in die Rolle des Therapeuten schlüpfen darf und er auch nicht einer Entscheidung des Gerichtes vorzugreifen hat.⁹⁶⁴

3. Qualifikation

Eine besondere fachliche Qualifikation des Verfahrenspflegers ist gesetzlich nicht fixiert. Die Auswahl des Verfahrenspflegers steht vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtes.⁹⁶⁵ Nach der Amtlichen Begründung hat das Gericht die Möglichkeit, „entsprechend den Besonderheiten des jeweiligen Falles beispielsweise auch Sozialarbeiter und Sozialpädagogen, Kinderpsychologen und unter Umständen auch engagierte Laien - das können etwa auch Verwandte sein -“ zu bestellen.⁹⁶⁶ Kommt es schwerpunktmäßig auf die Sachkunde auf dem Gebiet des materiellen und formellen Rechts an, so kann das Gericht auch einen Rechtsanwalt ernennen.⁹⁶⁷

Unabhängig von der jeweiligen beruflichen Ausbildung sollte der Verfahrenspfleger über folgende Kompetenzen verfügen:⁹⁶⁸ Erforderlich ist zunächst die Fähigkeit zu einer Verständigung mit dem Kind, die dem Entwicklungsstand des entspricht.⁹⁶⁹ Weiter muss er in der Lage sein, sich in die Lebens- und Erlebniswelt von Kindern auf der Basis theoretischer Fachkenntnisse zu versetzen. Auch muss er die Interessen des Kindes im gerichtlichen Verfahren zur Geltung bringen können und mit

⁹⁶¹ In diesem Sinne sieht Borth, Kind-Prax 2000, S. 48 (51) die Rolle des Verfahrenspflegers. Vgl. dazu auch Stadler/Salzgeber, FPR 1999, S. 329 (335).

⁹⁶² Peters/Schimke Kind-Prax 1999, S. 143 (146). Vgl. zur Stellung des Verfahrenspflegers gegenüber dem Jugendamt ausführlich Stadler/Salzgeber, FPR 1999, S. 329 (333).

⁹⁶³ Vgl. dazu ausführlich oben 4. Teil E. I. Richter, S. 173 ff.

⁹⁶⁴ Zitelmann, Kind-Prax 1998, S. 131 (132).

⁹⁶⁵ Keidel/Kuntze/Winkler-Engelhardt § 50 Rn. 19.

⁹⁶⁶ BT-Drucks. 13/4899, S. 130.

⁹⁶⁷ BT-Drucks. 13/4899, S. 130; Keidel/Kuntze/Winkler-Engelhardt § 50 Rn. 19.

⁹⁶⁸ Vgl. zum Folgenden Peters/Schimke Kind-Prax 1999, S. 143 (147); Stadler/Salzgeber; FPR 1999, S. 329 (337); Zitelmann, Kind-Prax 1998, S. 131 (132 f.). Vgl. auch Punkt 1. 1 Qualifikation der Standards für Verfahrenspfleger/innen, Evangelische Akademie Bad Boll, S. 99 ff. Danach bedarf es für die Übernahme einer Verfahrenspflegschaft praktischer Erfahrungen sowie besonderer juristischer, pädagogischer und psychologischer Fachkenntnisse. Diese sollten in der Regel durch eine spezialisierte Weiterbildung erworben und im Verlauf der Tätigkeit vertieft und aktualisiert werden.

⁹⁶⁹ Vgl. dazu ausführlich Fegert FPR 1999, S. 321 ff.

anderen an der Konfliktbehandlung Beteiligten kooperieren. Notwendig ist schließlich, dass der Verfahrenspfleger der Selbstreflexion fähig ist, um persönliche Motive, eigene Betroffenheiten, Emotionen, Identifikationen, Rollendiffusionen oder Rettungsphantasien zu erkennen und vom aktuellen Sorgerechtsstreit zu trennen.⁹⁷⁰

⁹⁷⁰ Aufgrund der genannten Anforderungen ist es als kritisch zu betrachten, wenn Rechtsanwälte ohne entsprechende Zusatzqualifikation als Verfahrenspfleger bestellt werden. Allein die juristische Qualifikation befähigt den Anwalt nicht, professionell mit Kindern im familialen Konflikt zu arbeiten; vgl. dazu Zitelmann, Kind-Prax 1998, S. 131 (133).

V. Sachverständiger

1. Gesetzliche Aufgabendefinition

Der Sachverständige wird im sorgerechtlichen Verfahren vom Familienrichter eingesetzt, um zu klären, welche Sorgerechtsregelung dem Wohl des Kindes am besten entspricht.⁹⁷¹ Ausgangspunkt seiner Beteiligung ist die in § 12 FGG statuierte Amtsermittlungspflicht des Richters. Danach kann der Familienrichter im Rahmen eines sorgerechtlichen Verfahrens das Gutachten eines Sachverständigen als Beweismittel erstellen lassen. Ob und wann der Familienrichter ein Sachverständigengutachten veranlasst, steht in seinem Ermessen.⁹⁷² Welche Tatsachen vom Sachverständigen zu erheben sind, leitet sich aus dem seitens des Familienrichters gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 FGG i.V.m. §§ 402, 403 ZPO festgelegten Beweisthema ab.

Inhaltlich ergibt sich aus der Verpflichtung, das Wohl des Kindes zu wahren, für den Sachverständigen zunächst die Aufgabe, den Eltern zu einer übereinstimmenden Sorgeregelung zu verhelfen.⁹⁷³ Gelingt dies nicht, muss eine gutachterliche Entscheidungshilfe für das Familiengericht erarbeitet werden. Dazu hat der Sachverständige unter anderem zu ermitteln, wo Uneinigkeiten zwischen den Eltern bestehen, wie sich diese im Laufe der Zeit entwickeln werden und ob sie sich tatsächlich auf das Kind auswirken.⁹⁷⁴ In Betracht kommt auch zu untersuchen, ob sich bei einer lediglich teilweisen Übertragung der elterlichen Sorge familiäre Konflikte gegenüber dem bisherigen Zustand verringern könnten. Auch können die Argumente des Elternteiles, der von der gemeinsamen Sorge abweichen will, bezüglich ihrer Auswirkungen auf das Kindeswohl zu prüfen sein. Im Hinblick auf die für eine Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge notwendige elterliche Kooperations- und Kommunikationsbereitschaft kann der Sachverständige beauftragt werden, die individuelle Betroffenheit des Kindes festzustellen und für die Zukunft zu prognostizieren. Zur Klärung dieser Fragen werden diagnostische Interviews, Verhaltensbeobachtung und die Durchführung von Tests eingesetzt.⁹⁷⁵

⁹⁷¹ OLG Düsseldorf DAVorm 1995, 522 (523); Oelkers, § 1 Rn. 319.

⁹⁷² BayObLG ZfJ 1996, 106 (107); OLG Rostock DAVorm 1995, 1150 (1151); Oelkers § 1 Rn. 320.

⁹⁷³ Amtsgericht Mönchengladbach-Rheydt FamRZ 1999, 730 (732); Empfehlungen des 7. Familiengerichtstages FamRZ 1988, 468 (470); Salzgeber, S. 3 f. und 140.

⁹⁷⁴ Ausführlich dazu und zum Folgenden Salzgeber, S. 139 ff.

⁹⁷⁵ Vgl. dazu im Einzelnen Salzgeber, S. 100 f.

2. Rolle in der Konfliktbehandlung

Der Sachverständige steht außerhalb des erkennenden gerichtlichen Spruchkörpers. Er ist mithin nicht selbst Richter, sondern nimmt vielmehr die Rolle als Berater des Richters ein,⁹⁷⁶ wobei allerdings Familienrichter überwiegend den Empfehlungen des Sachverständigen folgen.⁹⁷⁷

Mit dieser Rollenzuweisung ist zugleich das Spannungsfeld seiner Tätigkeit abgesteckt, denn er steht zwischen dem Familienrichter einerseits und den zu begutachtenden Eltern und Kindern andererseits.⁹⁷⁸ Die betroffenen Eltern sehen den Sachverständigen daher oftmals auch als Repräsentanten des Gerichtes, was zu einer skeptischen oder aggressiven Haltung ihm gegenüber führen kann.⁹⁷⁹ Häufig zeigen Eltern aufgrund von anwaltlicher Beratung ihm gegenüber auch ein „taktisches Verhalten“, um sein Wohlwollen und so eine ihnen günstig erscheinende gerichtliche Entscheidung zu erreichen.⁹⁸⁰

Rollenkonflikte können sich darüber hinaus auch im Verhältnis zwischen Sachverständigem, Mitarbeitern des Jugendamtes und dem Verfahrenspfleger ergeben, da auch diesen professionell am Sorgereverfahren Beteiligten primär die Aufgabe einer einvernehmlichen Konfliktbehandlung übertragen ist.

Der Sachverständige unterliegt zudem den gleichen Anforderungen und Herausforderungen wie der Familienrichter und die Mitarbeiter des Jugendamtes auch: Gemäß § 406 Abs. 1 ZPO und § 42 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO hat er sein Gutachten unparteiisch zu erstatten. Auch für ihn gilt, dass eigene biographisch bedingte Konflikterfahrungen keine Auswirkungen auf seine gutachterliche Tätigkeit haben sollten.⁹⁸¹

3. Qualifikation

Die Auswahl des Sachverständigen erfolgt gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 FGG i.V.m. §§ 402, 404 Abs. 1 ZPO durch das Prozessgericht. Als Gutachter in familiengerichtlichen Verfahren werden in erster Linie Diplompsychologen aber auch Ärzte für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Pädagogen eingesetzt. Um ihre Aufgabe als Gerichtssachverständige kompetent auszufüllen, sind neben psychologischen Fähigkeiten auch juristische Kenntnisse im Hinblick auf ihre Rolle als Gerichtssachverständige erforderlich.⁹⁸² Darüber hinaus sollten Sachverständige auch über Kenntnisse der materiellrechtlichen

⁹⁷⁶ Musielak-Huber § 402 Rn. 1. Kritisch zur Rolle des Sachverständigen Baumbach/Lauterbach-Hartmann Übers § 402 Rn. 2: „In der Praxis ist der Sachverständige vielfach längst vom Richter-gehilfen zum faktisch allein entscheidenden Richter aufgestiegen, dessen vom Richter kaum noch wirklich kritisch überprüfbare Meinung der Richter dann nur noch rechtstechnisch umsetzt.“

⁹⁷⁷ Vgl. dazu auch Kaltenborn FamRZ 1987, S. 990.

⁹⁷⁸ Salzgeber, S. 63, der anfügt, der Sachverständige verfolge zudem das Ziel der eigenen Existenzsicherung sowie seiner Selbstdarstellung.

⁹⁷⁹ Salzgeber, S. 66.

⁹⁸⁰ Salzgeber, S. 66.

⁹⁸¹ Vgl. dazu ausführlich oben 4. Teil E. I. 2. Rolle in der Konfliktbehandlung, S. 175 ff.; vgl. zu Gründen, die keine Unparteilichkeit des Sachverständigen vermuten lassen, Salzgeber, S. 102 ff.

⁹⁸² Salzgeber, S. 44. Ob der Sachverständige die geltenden Gesetze akzeptieren muss, um als solcher arbeiten zu können, ist strittig. Vgl. dazu Salzgeber, S. 45 m.w.Nachw.

und verfahrensrechtlichen Regelungen zur gerichtlichen Behandlung des Sorgekonflikts verfügen. Diese Kenntnis ermöglicht es, Empfehlungen gegenüber den Eltern, Kindern und dem Gericht auszusprechen, die den gesetzlichen Vorgaben entsprechen und damit Aussicht auf eine praktische Umsetzung haben.⁹⁸³

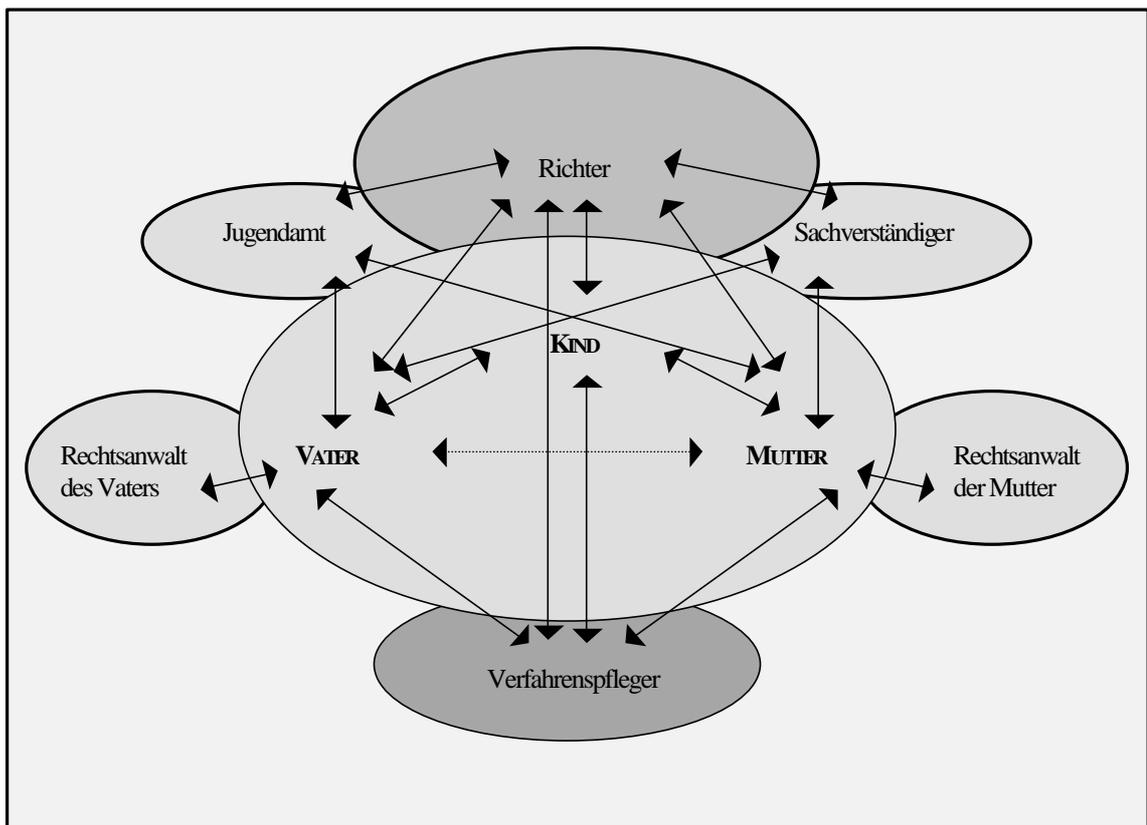
⁹⁸³ Salzgeber, S. 4 f.

VI. Die an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten als System

Nachdem die an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten im Hinblick auf ihre Aufgaben, Rollen und Qualifikationen vorgestellt wurden, ist dem Konzept der Arbeit folgend nunmehr darzulegen, welche Konsequenzen die Erweiterung des Systems um diese Drittbeteiligten für die Behandlung des Sorgekonfliktes aus systemischer Sicht hat.

Einen Gesamtüberblick über die an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten soll zunächst die folgende graphische Darstellung geben.

Abbildung 10: Übersicht zu den an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten



Quelle: Eigener Entwurf

Grundsätzlich gilt, dass Beteiligte eines Systems in der Weise miteinander verbunden sind, dass das Verhalten eines Beteiligten immer auch (Aus-)Wirkungen auf das Verhalten der anderen Beteiligten hat.⁹⁸⁴ Dies lässt sich auf das System der an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes beteiligten Personen übertragen - auch zwischen dem Verhalten der einzelnen an der gerichtlichen Konfliktbehandlung Beteiligten bestehen Wechselwirkungen. In welcher Art der Richter das Verfahren leitet, hat danach ebenso Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens und sein Ergebnis wie auch das Verhalten der beteiligten Anwälte, der Mitarbeiter des Jugendamtes sowie des Sachverständigen.

Alle am gerichtlichen Verfahren Beteiligten gestalten also sowohl die Verhandlungsatmosphäre als auch den Ausgang des Verfahrens durch ihr jeweiliges Verhalten mit. Die Interaktion der Beteiligten des gerichtlichen Konfliktbehandlungssystems lässt sich daher als zirkulär-kausal bezeichnen.⁹⁸⁵ Die gerichtliche Entscheidung zur zukünftigen Regelung der elterlichen Sorge ergibt sich damit nicht nur durch die Subsumtion des von den Beteiligten vorgetragenen Lebenssachverhaltes unter die einschlägigen Gesetze, sondern entwickelt sich im Laufe des gerichtlichen Verfahrens durch das konkrete Zusammenwirken aller Beteiligten.

Wie die einzelnen professionell an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten das Verfahren mitgestalten, wird von unterschiedlichen Faktoren beeinflusst.⁹⁸⁶ Entscheidend ist zunächst, welche gesetzlich vorgegebenen Aufgaben die Beteiligten im Verfahren haben und welche Ausbildung sie zur Ausübung der jeweiligen Aufgabe absolviert haben. Neben diesen objektiven Gesichtspunkten spielen subjektive, die Persönlichkeit des Einzelnen betreffende Faktoren eine gewichtige Rolle. Das konkrete Verhalten der professionellen Drittbeteiligten im Sorgerechtskonflikt ist immer geprägt von der eigenen Lebensgeschichte, den damit einhergehenden eigenen Konflikterfahrungen und Konfliktbehandlungsstrukturen. Einfluss auf die Verfahrensgestaltung hat zudem das individuelle berufliche Selbstverständnis der einzelnen Beteiligten.

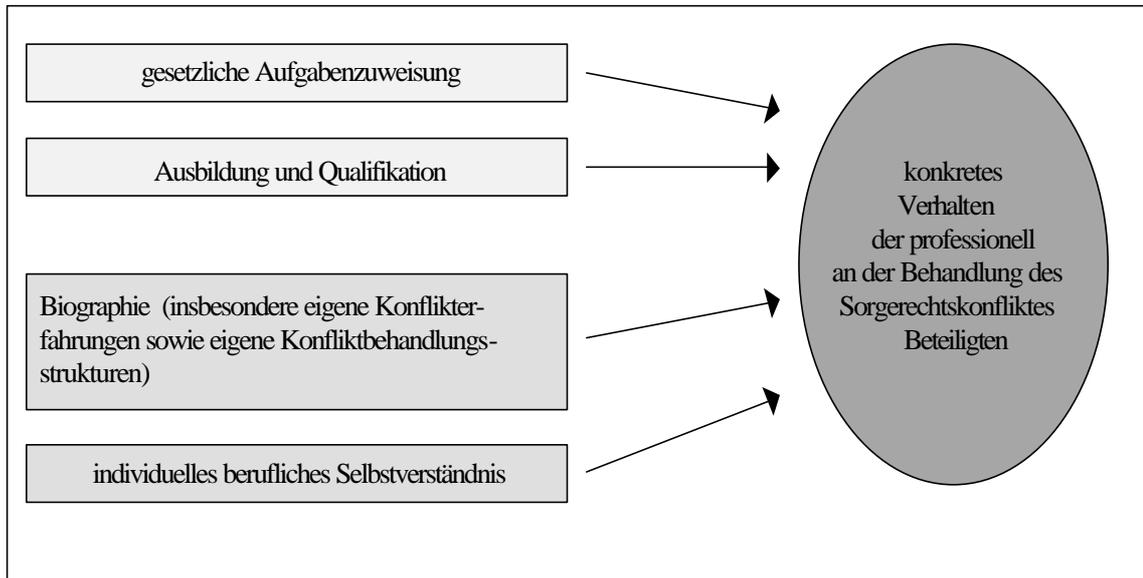
Einen Überblick über die unterschiedlichen Faktoren, die das konkrete Verhalten der einzelnen professionell am Sorgekonflikt Beteiligten prägen, gibt nochmals das folgende Schaubild.

⁹⁸⁴ Vgl. dazu Einführung III. 2. a. Das Ganze ist mehr als die Summe seiner Teile, S. 9 ff.

⁹⁸⁵ Vgl. zur zirkulären Kausalität oben Einführung III. 2.d. Zirkuläre Kausalität, S. 13.

⁹⁸⁶ Vgl. dazu ausführlich oben 4. Teil D. Die an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten, S. 172 ff.

Abbildung 11: Faktoren, die das konkrete Verhalten der einzelnen professionell am Sorgekonflikt Beteiligten prägen



Quelle: Eigener Entwurf

Um die Mechanismen des Zusammenwirkens der am gerichtlichen Verfahren Beteiligten zu beschreiben, lässt sich das System der an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten in weitere Subsysteme untergliedern. Zu unterscheiden ist zunächst zwischen dem (primären) familialen Konfliktbehandlungssystem und dem (sekundären) gerichtlichen Konfliktbehandlungssystem. Während die Behandlung des Sorgekonfliktes im familialen System jeweils individuellen familienpezifischen Konfliktbehandlungsstrukturen folgt,⁹⁸⁷ gestaltet sich die gerichtliche Behandlung nach im Vorhinein festgelegten prozessrechtlichen und materiellrechtlichen Regelungen für alle familialen Sorgerechtskonflikte gleich.⁹⁸⁸ Die genannten Subsysteme folgen also unterschiedlichen Konfliktbehandlungsmechanismen.

Das gerichtliche Subsystem lässt sich weiter in die so genannten „partiischen“ Interessenvertreter und die so genannten „neutralen“ Drittbeteiligten unterteilen. Als partiische Interessenvertreter begegnen sich der Anwalt des Vaters, der Anwalt der Mutter sowie der Verfahrenspfleger mit der Aufgabe, die jeweiligen Positionen der von ihnen vertretenen Familienmitglieder im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens durchzusetzen. Die partiischen Interessenvertreter treten mithin im gerichtlichen Verfahren als Stellvertreter der einzelnen Familienmitglieder auf. Sind alle Familienmitglieder durch einen Anwalt beziehungsweise einen Verfahrenspfleger vertreten, bildet das Subsystem der partiischen Interessenvertreter ein Abbild des familialen Konfliktsystems.

⁹⁸⁷ Vgl. dazu 1. Teil B. I. Systemische Erklärungsansätze familialer Trennungen, S. 21 ff.

⁹⁸⁸ Vgl. dazu 4. Teil C. Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen, S. 134 ff.

Diesem Subsystem steht die Gruppe der so genannten „neutralen“ Drittbeteiligten gegenüber. Als solche kommen der Familienrichter, der Mitarbeiter des Jugendamtes sowie der Sachverständige in Betracht. Aufgabe dieser Verfahrensbeteiligten ist es, zu beurteilen, ob der Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge oder aber die (teilweise) Übertragung der Alleinsorge dem Wohl des Kindes dient. Scheitert ein von dem Familienrichter nach § 52 FGG initiiertes Verfahren einer einvernehmlichen elterlichen Lösung, muss er eine Entscheidung treffen. Dazu werden die Familienmitglieder von den unparteiischen Drittbeteiligten nach unterschiedlichen Verfahren befragt, beobachtet und begutachtet.

Fraglich ist jedoch, ob das gerichtliche Konfliktbehandlungssystem mit seinen jeweiligen Subsystemen geeignet ist, eine konstruktive Behandlung des Sorgekonfliktes zu fördern. Dies erscheint zumindest insofern problematisch als im Rahmen der gerichtlichen Konfliktbehandlung die dem Sorgekonflikt zugrunde liegenden Unstimmigkeiten in der elterlichen Interaktion unberücksichtigt bleiben müssen.⁹⁸⁹

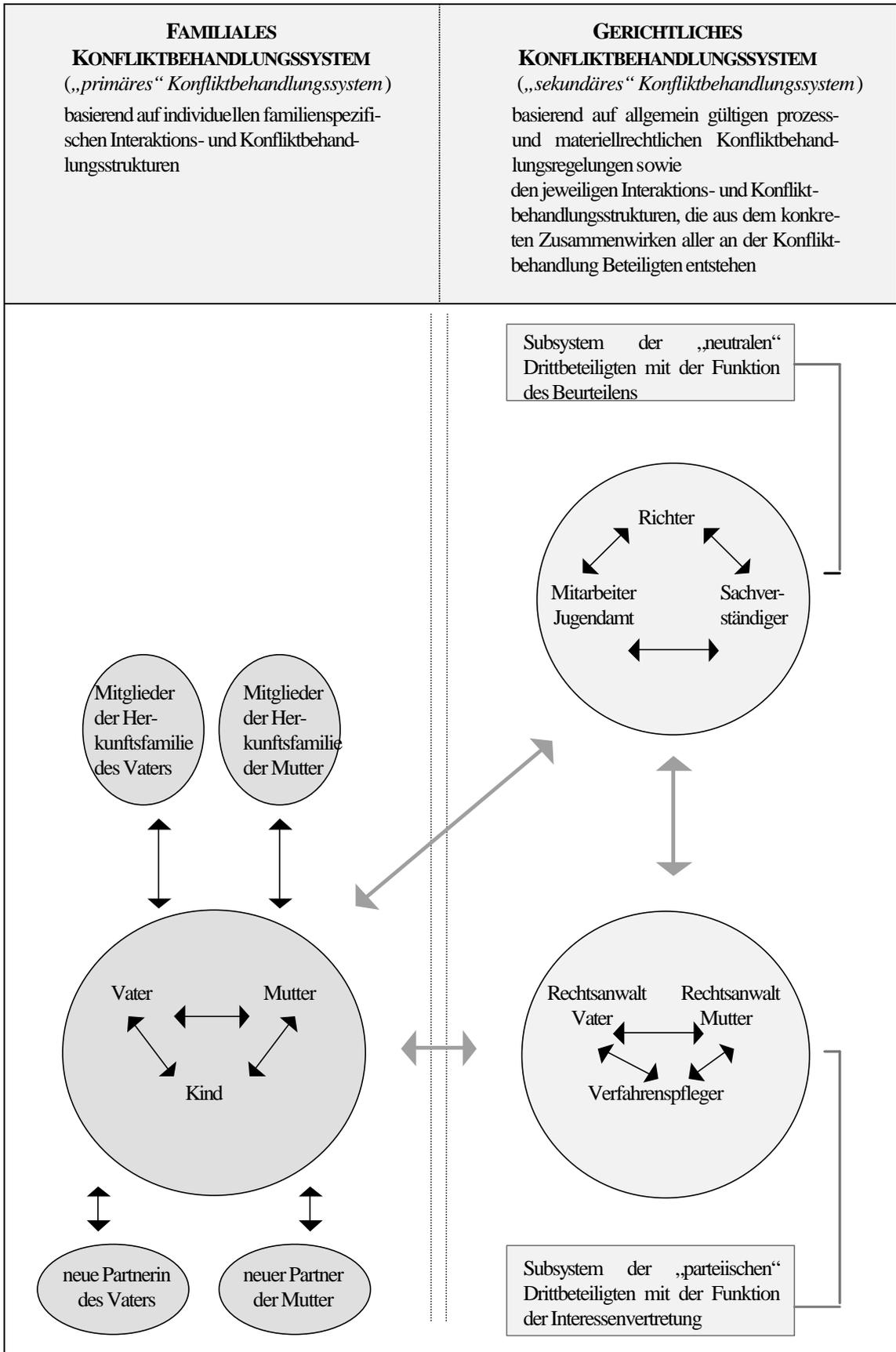
Grund dafür ist, dass die Drittbeteiligten aufgrund der gesetzlichen Vorgaben zur Regelung des Sorgerechtskonfliktes sowie ihrer jeweiligen gesetzlichen Aufgabendefinition gehalten sind, eine Entscheidung zur Übertragung der elterlichen Sorge zu treffen. Die dem Sorgekonflikt zugrunde liegenden familialen Konfliktbehandlungsstrukturen und -dynamiken können nicht offengelegt werden, da dies nicht das Ziel einer gerichtlichen Konfliktbehandlung ist. Notwendige Voraussetzung für eine langfristige konstruktive Behandlung des Sorgekonfliktes ist jedoch, den Eltern ihre individuellen Konfliktbehandlungsstrukturen offensichtlich zu machen.

Identifizieren sich die jeweiligen Interessenvertreter mit den von ihnen vertretenen Familienmitgliedern, besteht darüber hinaus die Gefahr, dass eben jene konflikthafter Interaktionsmuster durch die parteiischen Drittbeteiligten im gerichtlichen Verfahren fortgesetzt beziehungsweise verstärkt werden. Gleiches gilt, wenn es den „neutralen“ Drittbeteiligten nicht gelingt, die dem konkreten Sorgekonflikt zugrunde liegenden familialen Konfliktbehandlungsstrukturen sowie deren (Wechsel-)Wirkungen auf die Drittbeteiligten und also auch das gesamte gerichtliche Konfliktbehandlungssystem zu erkennen.

Abbildung 12: Die Behandlung des Sorgekonfliktes im Rahmen des gerichtlichen Konfliktbehandlungssystems

Die folgende Darstellung gibt nochmals einen Überblick zur Behandlung des Sorgekonfliktes im Rahmen des gerichtlichen Konfliktbehandlungssystems.

⁹⁸⁹ Dies gilt im Übrigen für Konflikte immer dann, wenn die jeweiligen ursprünglichen Konfliktbeteiligten aufgrund von längerfristigen Beziehungen individuelle Konfliktbehandlungsstrukturen entwickelt haben. Als Beispiel lassen sich familiale Erb(rechts)konflikte anführen.



Quelle: Eigener Entwurf

5. Teil: Möglichkeiten und Grenzen der Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes - kritische Würdigung, praktische Konsequenzen und Ausblick

A. Kritische Würdigung

Leitgedanke der vorliegenden Untersuchung ist das Systemische Denken. Die folgende kritische Würdigung der dargestellten Methoden, die zur Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes nach elterlicher Trennung oder Scheidung angewendet werden, erfolgt daher auch aus diesem Blickwinkel.

Aus systemischer Sicht stellt sich die Familie als ein System dar, innerhalb dessen das Verhalten der einzelnen Familienmitglieder voneinander abhängt und sich damit gegenseitig bedingt. Dem familialen Geschehen liegen dabei bestimmte, wiederkehrende Interaktionsmuster zugrunde, die als „ungeschriebene Familiengesetze“ bezeichnet werden können und an denen alle Familienmitglieder beteiligt sind. Treten im Rahmen der familialen Trennung Konflikte wie zum Beispiel der Konflikt um die elterliche Sorge auf, folgen auch diese den bisherigen familialen Konfliktbehandlungsmustern.

Der Sorgekonflikt selbst ist kein „fassbares Ding“. Vielmehr erlangt er seine (sprachliche) Existenz erst dadurch, dass mindestens einer der Elternteile die zwischen den Eltern ablaufende Interaktion als unstimmig wahrnimmt und dies mit der Ausübung der elterlichen Sorge über gemeinsame Kinder in Verbindung bringt. Diese wahrgenommenen Unstimmigkeiten sind dabei - zumindest aus der Sicht dieses Elternteiles - so gravierend, dass aus dessen Sicht die Interaktion mit dem anderen Elternteil nicht in der gleichen Weise fortgeführt werden kann, eine Änderung der Interaktion nicht möglich erscheint oder eine etwaige subjektiv erlebte Änderung des eigenen Verhaltens nicht zur Zufriedenheit führt, auch eine Beendigung des Kontaktes mit dem anderen Elternteil nicht möglich erscheint und daher der zukünftige Kontakt des anderen Elternteils mit den gemeinsamen Kindern entsprechend den eigenen Vorstellungen erfolgen soll.

Ist so ein Sorgekonflikt „entstanden“, versuchen Eltern, Kinder und andere am Sorgekonflikt beteiligte Familienmitglieder - in der Regel zunächst familienintern - eine Konfliktlösung zu erreichen. Diese familiale Konfliktbehandlung basiert wiederum auf den jeweiligen familialen Interaktionsmustern und führt aus diesem Grund oftmals nicht zu einer für alle Beteiligten zufriedenstellenden Konfliktlösung.

Gelingt es den beteiligten Familienmitgliedern nicht, den Sorgekonflikt familienintern zu bewältigen, werden professionelle Dritte hinzugezogen, die mit unterschiedlichen Konfliktbehandlungsmethoden - im wesentlichen Beratung, Mediation oder richterliches Urteil - den betroffenen Eltern und Kindern zu einer Lösung im Sorgekonflikt verhelfen sollen. Die an der Konfliktbehandlung mittels Beratung,

Mediation oder richterlichem Urteil beteiligten Dritten bilden das gerichtliche, das mediative beziehungsweise das beraterische Konfliktbehandlungssystem. Diese Konfliktbehandlungssysteme können als so genannte sekundäre Konfliktbehandlungssysteme qualifiziert werden, da sie dem primären familialen Konfliktbehandlungssystem, in dessen Sphäre der Sorgekonflikt angesiedelt ist, nachgeordnet sind.

Die Untersuchung hat ergeben, dass die Behandlung des Sorgekonfliktes mittels gerichtlichem Verfahren und Mediation sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede aufweist. Zwischen dem gerichtlichen Sorgeverfahren und der Mediation bestehen keine erheblichen Unterschiede in Bezug auf die Anzahl der in die jeweiligen Verfahren involvierten professionellen Drittbeteiligten. Führen die Eltern ein gerichtliches Verfahren um das Sorgerecht, müssen sie sich unter den Voraussetzungen der §§ 623 Abs. 1 S. 1 ZPO i. V. m. § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO in sorgerechtlichen Verfahren nach § 1671 Abs. 1 BGB oder § 1687 Abs. 2 BGB von Rechtsanwälten vertreten lassen. Vor einer Entscheidung nach § 1671 BGB und § 1672 Abs. 1 BGB hat der Familienrichter gemäß § 49 a Abs. 1 Nr. 9 FGG zudem einen Mitarbeiter des Jugendamtes anzuhören. In hochstreitigen Fällen kann dem Kind gemäß § 50 Abs. 1 FGG durch das Familiengericht ein Verfahrenspfleger bestellt werden oder der Familienrichter kann einen Sachverständigen einsetzen, um klären zu lassen, welche Sorgerechtsregelung dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Setzt der Familienrichter das Verfahren nach § 52 Abs. 2 FGG aus, damit die Eltern entweder außergerichtliche Beratung oder Mediation in Anspruch nehmen können, tritt ein Berater oder Mediator beziehungsweise ein Berater- oder Mediatorenteam hinzu.

Daraus ergibt sich, dass neben den Eltern und deren Kindern bis zu sieben professionelle Drittbeteiligte in ein sorgerechtliches Verfahren involviert sein können. Da nur in hochstreitigen gerichtlichen Sorgeverfahren die Bestellung eines Verfahrenspflegers sowie die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens erfolgt, wirken an den meisten Sorgerechtsverfahren vier professionelle Drittbeteiligte mit. Häufig umfasst das familiale Konfliktbehandlungssystem auch Mitglieder der Herkunftsfamilien und neue Lebenspartner der Elternteile, so dass das Gesamtsystem der an der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten aus zehn bis fünfzehn Personen bestehen kann.

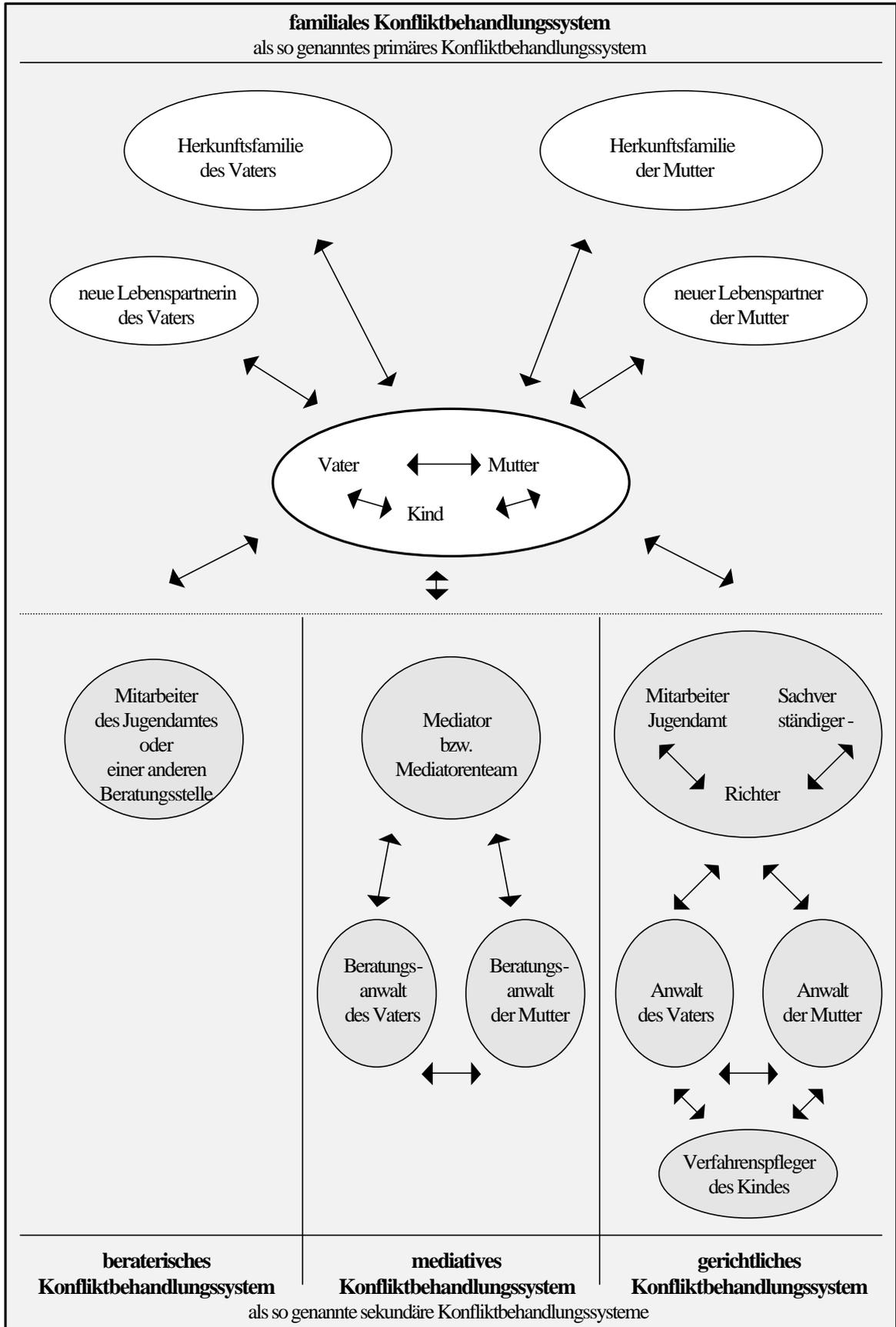
Entscheiden sich die Eltern für eine Behandlung des Sorgekonfliktes mittels Mediation, erweitert sich das System der an der Behandlung des Sorgekonfliktes Beteiligten um drei beziehungsweise vier professionelle Drittbeteiligte - den Mediator oder das Mediatorenteam und die jeweiligen Beratungs-anwälte der Elternteile. Die Zahl der zur gerichtlichen beziehungsweise mediativen Konfliktbehandlung hinzugezogenen professionellen Drittbeteiligten stellt sich damit als nahezu identisch dar.

Versuchen die Eltern allerdings zunächst, mittels Mediation eine Lösung des Sorgekonfliktes zu erreichen, scheitert diese und wird daraufhin ein gerichtliches Verfahren geführt, vergrößert sich das Sys-

tem der zur sekundären Konfliktbehandlung berufenen professionellen Drittbeteiligten wiederum. Das Gesamtsystem zur Behandlung des Sorgekonfliktes, welches aus den Beteiligten der Subsysteme des primären familialen Konfliktbehandlungssystems sowie der sekundären mediativen und gerichtlichen Konfliktbehandlungssysteme besteht, umfasst dann mindestens zehn Personen: die Eltern und deren gemeinsames Kind, den Mediator beziehungsweise das Mediatorenteam, die jeweiligen Beratungsanwälte der Eltern, den Familienrichter, die jeweiligen Rechtsanwälte der Eltern sowie den Mitarbeiter des Jugendamtes. Gleiches gilt, wenn das sorgerechtliche Verfahren gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 1 FGG zugunsten einer Mediation ausgesetzt wird.

Einen Überblick über die an der Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes möglichen Beteiligten gibt nochmals die folgende graphische Darstellung.

Abbildung 13: Gesamtüberblick zu den möglichen Beteiligten des familialen, beraterischen, mediativen und gerichtlichen Konfliktbehandlungssystems



Für beide Konfliktbehandlungsmethoden gilt, dass die konkrete Bewältigung des familialen Sorgekonfliktes durch die betroffenen Familienmitglieder immer auch durch das Verhalten der professionellen Drittbeteiligten des jeweiligen Konfliktbehandlungssystems geprägt wird. Dies ergibt sich aus systemischer Sicht daraus, dass die Beteiligten des mediativen beziehungsweise gerichtlichen Konfliktbehandlungssystems - wie Beteiligte von Systemen generell - in der Weise miteinander verbunden sind, dass das Verhalten jedes Einzelnen Wirkungen auf das Verhalten aller anderen am System beteiligter Personen zeigt. Wie sich die Beteiligten der sekundären Konfliktbehandlungssysteme konkret verhalten, leitet sich im wesentlichen aus der (gesetzlichen) Aufgabenzuweisung im Rahmen der Konfliktbehandlung, der jeweiligen Ausbildung und Qualifikation, der eigenen Biographie - insbesondere in Bezug auf eigene familiäre Konflikterfahrungen sowie eigene Konfliktbehandlungsstrukturen - sowie dem individuellen beruflichen Selbstverständnis ab. Voraussetzung für eine konstruktive Behandlung des Sorgekonfliktes ist daher auch, dass allen professionellen Drittbeteiligten diese Zusammenhänge bewusst sind.

Im Hinblick auf Zielsetzung, Vorgehensweise und Rollenverteilung der am Konfliktbehandlungsgeschehen Beteiligten weisen das gerichtliche Sorgeverfahren und die Mediation in trennungsbedingten Sorgekonflikten sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede auf.

Gesetzgeberisches Ziel der Behandlung des Sorgekonfliktes im gerichtlichen Verfahren ist es, die Eltern bei der eigenständigen Konfliktlösung zu unterstützen, um so eine Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge zum Wohl des Kindes zu erreichen. Im Zentrum der gerichtlichen Behandlung des Sorgekonfliktes steht dabei das von der elterlichen Trennung und Scheidung betroffene Kind, da die einschlägigen sorgerechtlichen Bestimmungen die Wahrung des „Kindeswohles“ im elterlichen Konflikt postulieren (vgl. § 1697 a BGB). Auch die Trennungs- und Scheidungsmediation stellt die privatautonome Konfliktbewältigung zur Erhaltung der elterlichen Beziehungen zu gemeinsamen Kindern in den Mittelpunkt. Beide Methoden zielen also darauf ab, den Eltern bei der privatautonomen Behandlung des Sorgekonfliktes zum Wohl ihrer Kinder zu helfen.

Ob allerdings den Eltern das notwendige Instrumentarium zur Verfügung gestellt wird, um sie zu eben jener eigenständigen Behandlung des Sorgekonfliktes zu befähigen, erscheint fraglich. Eine privatautonome Behandlung des Sorgekonfliktes setzt voraus, dass die Eltern selbst bestimmen, welcher Methode sie sich zur Behandlung des Sorgekonfliktes bedienen. Erforderlich ist daher, dass die Eltern über die unterschiedlichen Möglichkeiten der Konfliktbehandlung, deren Ziele, den jeweiligen Verfahrensablauf, die Beteiligten und deren Rollen sowie über die anfallenden Kosten informiert sind. Nur wenn die Eltern wissen, dass und welche unterschiedlichen Möglichkeiten der Konfliktbehandlung existieren, können sie sich eigenständig für ein bestimmtes Verfahren entscheiden. Gegenwärtig sehen jedoch

weder die gesetzlichen Regelungen noch die einschlägigen Richtlinien der BAFM eine solche umfassende Vorabinformation der Eltern über alle in Betracht kommenden Verfahren zur Behandlung des Sorgekonfliktes vor.

Erhebliche Unterschiede zwischen gerichtlichem Verfahren und Mediation zeigen sich darin, wie das Ziel einer eigenständigen Konfliktbehandlung der Eltern zum Wohl der gemeinsamen Kinder erreicht werden soll.

So erfolgt die konkrete Inanspruchnahme der jeweiligen Konfliktbehandlungsmethode aufgrund unterschiedlicher Motivationen der Konfliktparteien. Das gerichtliche Verfahren wird regelmäßig dadurch eröffnet, dass - mindestens - ein Elternteil einen Antrag auf Übertragung der elterlichen Alleinsorge nach § 1671 oder § 1672 Abs. 1 BGB stellt und der andere Elternteil diesem Antrag entgegen tritt. Nach § 1687 Abs. 2 BGB und § 1687 a BGB können die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern gerichtlich klären lassen, welche Entscheidungsrechte ihnen im Hinblick auf das Kind zustehen. Das Familiengericht kann gemäß § 1687 b Abs. 3 BGB auf Anregung des nicht sorgeberechtigten Elternteiles die Befugnis zur Mitentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens, die dem neuen Ehegatten des allein sorgeberechtigten Elternteiles nach § 1687 b Abs. 1 Satz 1 BGB zusteht, einschränken oder ausschließen. Stellt nur ein Elternteil einen Antrag auf Übertragung der Alleinsorge beziehungsweise auf Einschränkung oder Ausschluss des Entscheidungsrechtes des anderen Elternteiles, erweist sich die Inanspruchnahme des gerichtlichen Konfliktbehandlungssystems für diesen Elternteil - von außen gesehen - als freiwillig. Bei näherer Betrachtung stellt sich die Situation jedoch anders dar, da die Inanspruchnahme des gerichtlichen Konfliktbehandlungssystems durch einen oder beide Elternteile regelmäßig erst dann erfolgt, wenn die Eltern keine eigenständige innerfamiliäre Lösung des Konfliktes finden.

Das Mediationsverfahren hat demgegenüber zur Voraussetzung, dass beide Elternteile sich dazu entschließen, den Sorgekonflikt mittels Mediation zu behandeln. Im Hinblick auf die Inanspruchnahme von Mediation als Methode zur Behandlung des Sorgekonfliktes muss zwischen den Eltern also Konsens bestehen.

Das gerichtliche Verfahren wird demnach meist dann in Anspruch genommen, wenn die elterliche Interaktion in einem solchen Maße konfliktbehaftet ist, dass ein Konsens mit dem Ziel einer einvernehmlichen Konfliktbehandlung - zumindest zum Zeitpunkt der Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens - nicht besteht. Während der Mediator also mit der übereinstimmenden Motivation der Eltern arbeiten kann, eine möglichst einvernehmliche Lösung des Konfliktes zu erreichen, muss der Richter eine solche erst herstellen. Insofern stellt sich die dem Familienrichter nach § 52 Abs. 1 Satz 1 FGG übertragene gesetzliche Aufgabe, den Eltern zu einer eigenständigen und einvernehmlichen Lösung des

Sorgekonfliktes zu verhelfen, schwieriger dar als die des Mediators. Familienrichter sollten daher über kommunikationstheoretische und -praktische Kenntnisse zur Gesprächs- und Verhandlungsführung mit Erwachsenen und Kindern sowie über psychologisches und pädagogisches Wissen und über Kenntnisse zu systemischen und familiendynamischen Zusammenhängen des familialen Trennungsgeschehens verfügen.

Unterschiede beider Methoden bestehen auch bezüglich des Einflusses der Konfliktparteien auf die konkrete Gestaltung des zur Konfliktbehandlung gewählten Verfahrens. Ist ein gerichtliches Sorgeverfahren eröffnet, vollzieht sich der Gang des Verfahrens nach den in der Zivilprozessordnung und dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit festgelegten Vorgaben. Der Handlungsrahmen und die Handlungsmöglichkeiten der Konfliktparteien sind insofern durch die einschlägigen gesetzlichen Regelungen begrenzt. Eine Beendigung des gerichtlichen Sorgeverfahrens durch das Zurückziehen oder die Rücknahme eines entsprechenden Antrages ist nicht möglich, da das sorgerechtliche Verfahren ein Amtsverfahren im Sinne von § 12 FGG ist - die seitens der Eltern gestellten Anträge geben dem zuständigen Familiengericht lediglich Anregungen zur Verfahrensgestaltung. Im Gegensatz dazu unterliegt das Mediationsverfahren keinem strengen Verfahrensablauf und kann daher den persönlichen Bedürfnissen der Konfliktparteien angepasst werden. Auch eine Beendigung des Mediationsverfahrens durch die Eltern ist daher zu jedem Zeitpunkt möglich.

Während also am Ende eines gerichtlichen Verfahrens eine Entscheidung über die zukünftige Gestaltung der elterlichen Sorge stehen kann und so eine zumindest formale Beendigung des elterlichen Konfliktes mit einer Festschreibung des rechtlichen status quo der Eltern-Kind-Beziehung erfolgt, ist eine solche Beendigung dem Mediationsverfahren fremd. Das gerichtliche Verfahren verfügt zudem über im Vorhinein festgelegte und damit dem Einfluss der Eltern entzogene Strukturen zur Behandlung des Sorgekonfliktes. Das Mediationsverfahren zeichnet sich demgegenüber durch eine individuelle Gestaltung durch die Konfliktparteien selbst aus.

Die Anforderungen, welche an die Konfliktparteien im Hinblick auf die Inanspruchnahme der jeweiligen Konfliktbehandlungsmethode gestellt werden, erweisen sich demzufolge auch als unterschiedlich: Das gerichtliche Verfahren verlangt eine Unterordnung der Konfliktparteien unter die vorgegebenen inhaltlichen und formalen Regelungen - das Mediationsverfahren setzt demgegenüber voraus, dass die Konfliktparteien in der Lage sind, sowohl den Inhalt als auch den Gang des Verfahrens selbst zu bestimmen. Dies kann dazu führen, dass sich die Eltern im Hinblick auf eine eigenständige Konfliktbehandlung, die Ziel beider Verfahren ist, im gerichtlichen Verfahren unterfordert und im Mediationsverfahren überfordert fühlen.

Unterschiede zeigen sich des Weiteren bezüglich der dem Richter beziehungsweise dem Mediator übertragenen Entscheidungsmacht. Im Vergleich zum Mediator steht dem Familienrichter auf der Grundlage der prozessrechtlichen Vorschriften Entscheidungsmacht im Hinblick auf die Verfahrensleitung und -beendigung zu. Der Mediator soll hingegen die Konfliktparteien dazu befähigen, möglichst selbständig das Mediationsverfahren voran zu treiben. Ebenso wie der Mediator hat auch der Richter gemäß § 52 Abs. 1 FGG zunächst auf eine einvernehmliche Konfliktlösung hinzuwirken. Scheitern diese Bemühungen, ist er jedoch zur Entscheidung des Sorgerechtskonfliktes verpflichtet. Dagegen kann der Mediator zu jedem Zeitpunkt das Verfahren beenden - also auch in dem Fall, dass keine Einigung der Eltern zustande kommt. Im Vergleich zum Mediator stellt sich die Aufgabe des Richters damit als weitaus schwieriger dar, denn er muss vordringlich auf eine einvernehmliche elterliche Konfliktlösung hin arbeiten und sich dennoch gleichzeitig für eine mögliche gerichtliche Entscheidung frei halten.

Die Verfahren weisen zudem Unterschiede bezüglich der unmittelbaren Beteiligung der Eltern an der Behandlung des Sorgerechtskonfliktes auf. Im sorgerechtsrechtlichen Verfahren lassen sich die Eltern - entweder aufgrund von prozessrechtlichen Vorgaben oder eigener Entscheidung - oftmals von Anwälten vertreten, so dass ein direkter Kontakt, der Voraussetzung für eine eigenständige Konfliktbehandlung durch die Eltern ist, nur bei gerichtlichen Terminen unumgänglich ist. Im Mediationsverfahren müssen die Eltern unter Anleitung des Mediators im direkten Austausch miteinander Konfliktlösungen entwickeln. Eine privatautonome Lösung der Konflikte durch die Eltern selbst ist also aufgrund der direkten elterlichen Kommunikation eher im Mediationsverfahren gewährleistet.

Die Hinzuziehung von Anwälten zur Behandlung des Sorgerechtskonfliktes birgt zudem die Gefahr in sich, dass eine Verschiebung im Hinblick auf die Personen stattfindet, die den elterlichen Sorgerechtskonflikt aktuell austragen. Dies ist dann der Fall, wenn die involvierten Anwälte nicht nur als unabhängige Berater und Vertreter der Eltern auftreten, sondern stattdessen - aus unterschiedlichen persönlichen Motiven - in die Rolle des Mandanten schlüpfen. Um eine konstruktive Beteiligung der Anwälte am Sorgerechtskonflikt zu gewährleisten, erscheinen daher auf Seiten der Anwaltschaft über die juristische Qualifikation hinausgehende Kenntnisse zur Gesprächs- und Verhandlungsführung und zu systemischen und familiendynamischen Zusammenhängen des familialen Trennungsscheiterns erforderlich.

Auch sind die im Rahmen eines sorgerechtsrechtlichen Verfahrens möglichen Konfliktthemen durch die materiellrechtlichen Vorgaben begrenzt. Wie sich aus den §§ 1671, 1672 Abs. 1 BGB und §§ 1687, 1687 a, 1687 b BGB und der Generalklausel des § 1697 a BGB ergibt, ist Fixpunkt der gerichtlichen Auseinandersetzung und damit Konfliktthema immer, wie das Wohl des von der elterlichen Trennung betroffenen Kindes am besten verwirklicht werden kann. Konfliktthemen, die mit der psychischen

Trennung der Eltern als Paar, mit finanziellen und vermögensrechtlichen Fragen oder mit anderen das Kind betreffenden Themen in Verbindung stehen und im sorgerechtlichen Verfahren meist eine gewichtige Rolle spielen, können aufgrund der gesetzlichen Vorgaben in diesem Verfahren nicht behandelt werden.

Eine solche Reduzierung auf die Kindesinteressen ist dem Mediationsverfahren fremd. Im Rahmen einer Mediation können die Eltern sämtliche Streitthemen, die sie für klärungsbedürftig halten - also auch Themen, die sich aus der psychischen Trennung des Paares ergeben oder finanzielle Fragen betreffen - „formlos“ zum Gegenstand des Verfahrens machen. Im gerichtlichen Verfahren besteht somit aufgrund der ausschließlichen gesetzlichen Fixierung auf das Kindeswohl eher als im Mediationsverfahren die Gefahr, dass sich ein großer Teil des elterlichen und familialen Konfliktpotentials, auch wenn es nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der elterlichen Sorge steht, auf das Kind focussiert. Im Mediationsverfahren ist demgegenüber eine Konfliktverschiebung in dem Sinne, dass andere Konfliktthemen indirekt im Rahmen des Sorgekonfliktes behandelt werden, eher unwahrscheinlich, da die Eltern diese anderen Konfliktthemen zum Inhalt der Mediation erklären können.

Sorgerechtliches Verfahren und Mediation unterscheiden sich darüber hinaus im Hinblick darauf, welchen Stellenwert die individuellen familialen Konfliktbehandlungsstrukturen im Rahmen der Konfliktbehandlung einnehmen. Für das gerichtliche Verfahren sehen die gesetzlichen Regelungen das Erkennen und Offenlegen der familialen Konfliktbehandlungsstrukturen nicht vor. Dem Familienrichter ist es aufgrund seiner Aufgabenzuweisung - aber auch aufgrund seiner mangelnden Qualifikation in diesem Bereich - unmöglich, auf die konkrete elterliche Interaktion im Sorgekonflikt und mögliche zugrunde liegende familiäre Interaktions- und Konfliktbehandlungsmuster einzugehen. Gleiches gilt für die beteiligten Anwälte. Demgegenüber können die Mitarbeiter des Jugendamtes, der Sachverständige und der Verfahrenspfleger - bei entsprechender Qualifikation - diesen Aspekt in ihre Tätigkeit im Sorgekonflikt einbeziehen. Im Mediationsverfahren ist es - entsprechende Fachkompetenz vorausgesetzt - dem Mediator überlassen, ob und wie er die Eltern auf mögliche familiäre Konfliktbehandlungsstrukturen hinweist.

Dass die dem Konflikt zugrunde liegenden familialen Konfliktbehandlungsstrukturen nicht thematisiert werden, erscheint bedenklich, da aus systemischer Sicht eben jene familialen Konfliktbehandlungsstrukturen die Basis für den aktuellen Sorgekonflikt bilden. Erst wenn den Eltern ihre Muster zur Behandlung des Sorgekonfliktes offensichtlich sind, können sie „bewusst“ miteinander streiten. Mit diesem Wissen ist es ihnen möglich zu erkennen, wie sie beide beziehungsweise andere involvierte Familienmitglieder dazu beitragen, dass eine konflikthafte Interaktion entweder aufrecht erhalten oder aber eine konstruktive Konfliktlösung herbeigeführt wird. Das Offenlegen der jeweiligen familialen Konfliktbehandlungsstrukturen stellt daher die Grundlage einer privatautonomen elterlichen Behand-

lung des Sorgekonfliktes dar. Da sowohl das Sorgeverfahren als auch die Mediation zum Ziel hat, eine eigenständige Konfliktbehandlung der Eltern zu unterstützen, sollte das Erkennen und Benennen der jeweiligen familialen Konfliktbehandlungsstrukturen durch die professionellen Drittbeteiligten Inhalt der gerichtlichen und mediativen Konfliktbehandlung sein.

Für beide Verfahren gilt schließlich, dass tieferliegende familiendynamische Zusammenhänge, welche aus systemischer Sicht häufig die Ursache für den aktuellen Sorgekonflikt bilden, im Zuge der Konfliktbehandlung nicht - beziehungsweise meist nur oberflächlich - thematisiert werden. Dies erscheint insoweit bedenklich, als der aktuelle Sorgekonflikt oftmals im Zusammenhang mit familiendynamischen und damit generationsübergreifenden Prozessen steht. Ob und wie um die elterliche Sorge gestritten wird, hängt aus systemischer Sicht auch davon ab, welche Rollen die Eltern in ihren jeweiligen Herkunftsfamilien einnehmen und welche wiederkehrenden Muster es in den jeweiligen Herkunftsfamilien in Bezug auf Partnerschaftskrisen und Trennungen gibt.

Darüber hinaus spielt die Familiendynamik eine gewichtige Rolle im Hinblick auf die Auswirkungen, die die elterliche Trennung auf gemeinsame Kinder hat. Das Wohl des Kindes gilt aus systemischer Sicht nur dann als verwirklicht, wenn es die Beziehungen zu allen Familienmitgliedern - also beiden Elternteilen, den Geschwistern, Großeltern, Onkeln und Tanten - in seiner Rolle als Kind, Bruder oder Schwester, Enkelkind, Nefte oder Nichte als erlaubt und erwünscht erlebt. Voraussetzung dafür ist, dass nicht nur das Kind eine liebevolle Bindung zu den einzelnen Familienmitgliedern hat, sondern diese umgekehrt auch die Bindungen des Kindes zu den anderen Mitgliedern würdigen und respektieren.

Die Behandlung des Sorgekonfliktes im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens beziehungsweise mithilfe einer Mediation lässt sich zusammenfassend nunmehr wie folgt beschreiben:

Die Behandlung des Sorgekonfliktes mittels eines sorgerechtlichen Verfahrens hat zum Ziel, die Eltern bei der eigenständigen Konfliktlösung zu unterstützen, um eine Beibehaltung der gemeinsamen Sorge zum Wohl des Kindes zu initiieren und stellt aus Sicht der Eltern meist die letzte - und insofern unfreiwillig gewählte - Möglichkeit zur Herbeiführung einer Konfliktlösung dar. Die konkreten Konfliktthemen sind ebenso wie der Gang des Verfahrens den Eltern durch materiellrechtliche beziehungsweise prozessrechtliche Vorschriften vorgegeben. Dem Familienrichter steht Entscheidungsmacht im Hinblick auf die Verfahrensleitung und die Verfahrensbeendigung zu. Die Eltern können der zur Konfliktlösung notwendigen Auseinandersetzung mit dem jeweils anderen durch die Einschaltung von Anwälten - jedenfalls zeitweise - entkommen. Das Verfahren ist aufgrund der gesetzlichen Vorgaben nicht darauf ausgelegt, den Eltern die familialen Konfliktbehandlungsstrukturen und mögliche familiendynamische Hintergründe des aktuellen Sorgekonfliktes zu veranschaulichen.

Die Mediation lässt sich demgegenüber als ein Verfahren zur Behandlung des Sorgekonfliktes qualifizieren, welches die privatautonome elterliche Konfliktbewältigung zur Erhaltung der elterlichen Beziehungen zu gemeinsamen Kindern zum Ziel hat und den freiwilligen elterlichen Konsens im Hinblick auf die Inanspruchnahme dieser Konfliktbehandlungsmethode voraussetzt. Dabei können die Konfliktthemen ebenso wie der konkrete Ablauf des Verfahrens von den Eltern bestimmt werden. Dem Mediator ist keine Entscheidungsmacht in Hinblick auf den Gang des Verfahrens und seine Beendigung übertragen. Die Eltern müssen unmittelbar miteinander eine Konfliktlösung erarbeiten. Familiäre Konfliktbehandlungsstrukturen können zwar thematisiert werden, tieferliegende familiendynamische Zusammenhänge bleiben jedoch meist unberücksichtigt.

Abbildung 14: Gemeinsamkeiten und Unterschiede der untersuchten Konfliktbehandlungsmethoden

Die wesentlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede der untersuchten Konfliktbehandlungsmethoden werden nochmals in der folgenden Übersicht dargestellt.

GERICHTLICHES VERFAHREN	MEDIATION
<ul style="list-style-type: none"> • hat als Methode zur Behandlung des Sorgerechtskonfliktes zum Ziel, die Eltern bei der eigenständigen Konfliktlösung zu unterstützen, um eine Beibehaltung der gemeinsamen Sorge zum Wohl des Kindes zu initiieren 	<ul style="list-style-type: none"> • hat als Methode zur Behandlung des Sorgekonfliktes zum Ziel, die privatautonome elterliche Konfliktbewältigung zur Erhaltung der elterlichen Beziehungen zu gemeinsamen Kindern zu unterstützen
<ul style="list-style-type: none"> • stellt aus Sicht der Elternteile meist die letzte - und insofern unfreiwillig gewählte - Möglichkeit zur Herbeiführung einer Konfliktlösung dar 	<ul style="list-style-type: none"> • setzt den freiwilligen elterlichen Konsens im Hinblick auf die Inanspruchnahme von Mediation voraus
<ul style="list-style-type: none"> • den Eltern sind die konkreten Konfliktthemen ebenso wie der Gang des Verfahrens durch prozessrechtliche und materiellrechtliche Vorschriften vorgegeben 	<ul style="list-style-type: none"> • die Eltern können die konkreten Konfliktthemen ebenso wie den konkreten Ablauf des Verfahrens bestimmen
<ul style="list-style-type: none"> • dem Familienrichter steht Entscheidungsmacht im Hinblick auf die Verfahrensleitung und die Beendigung des Verfahrens zu 	<ul style="list-style-type: none"> • dem Mediator ist keine Entscheidungsmacht im Hinblick auf den Gang des Verfahrens und seine Beendigung übertragen
<ul style="list-style-type: none"> • die Eltern können der zur Konfliktlösung notwendigen Auseinandersetzung mit dem jeweils anderen durch die Einschaltung von Anwälten jedenfalls zeitweise entkommen 	<ul style="list-style-type: none"> • die Eltern müssen unmittelbar miteinander eine Konfliktlösung erarbeiten
<ul style="list-style-type: none"> • die familialen Konfliktbehandlungsstrukturen können - bei entsprechender Qualifikation - durch den Mitarbeiter des Jugendamtes, den Sachverständigen sowie den Verfahrenspfleger den Eltern verdeutlicht werden 	<ul style="list-style-type: none"> • die familialen Konfliktbehandlungsstrukturen können - bei entsprechender Qualifikation - vom Mediator thematisiert werden
<ul style="list-style-type: none"> • familiendynamische Zusammenhänge werden meist nicht einbezogen 	<ul style="list-style-type: none"> • familiendynamische Zusammenhänge werden meist nicht einbezogen

Quelle: Eigener Entwurf

B. Die Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes - praktische Konsequenzen

Die kritische Würdigung hat ergeben, dass die dargestellten Methoden zur Behandlung des Sorgekonfliktes nicht uneingeschränkt geeignet sind, eine Behandlung des Sorgekonfliktes zum Wohl aller am Konflikt Beteiligten herbei zu führen. Zu erörtern ist daher, wie die Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes zukünftig ausgestaltet werden könnte, um eben dies zu erreichen.

a. Erweiterung des Begriffes „Kindeswohl“ um den Aspekt „Familienwohl“

Zentraler Begriff der gerichtlichen Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes ist das „Kindeswohl“ (vgl. § 1697 a BGB).⁹⁹⁰ Danach haben die Interessen des Kindes Vorrang vor den Interessen aller anderen Beteiligten. Diese auf das Kind ausgerichtete Ausgestaltung des Verfahrens ist jedoch aus systemischer Sicht als kritisch zu bewerten. Denn wenn das Kind im Mittelpunkt des Verfahrens steht, besteht die Gefahr, dass sich die erwachsenen Beteiligten mit ihren persönlichen Interessen und Forderungen auf das Kind fixieren. Das Kind erhält dann eine im Familiensystem hervorgehobene Position. Es nimmt einen ihm unangemessenen Platz im Familiensystem ein und wird zum „kleinen, aber mächtigen Erwachsenen“. Praktisch kann dies dazu führen, dass anstelle der Eltern das Kind entscheidet, bei welchem Elternteil es zukünftig leben will oder dass das Kind seine Interessen gegenüber den Eltern einseitig und mehr oder weniger rücksichtslos durchsetzen kann.

Um dem Kind eine ihm gemäße Position im Familiensystem zu ermöglichen, sollte der Begriff „Kindeswohl“ daher auch die Eingebundenheit des Kindes in sein Familiensystem umschließen. Dazu sollte im Rahmen der gerichtlichen Kindeswohlprüfung das gesamtfamiliale Beziehungsnetz Berücksichtigung finden. Unter dem Kriterium „Familienwohl“ könnte dann erörtert werden, welche Entscheidung zur zukünftigen Gestaltung des Sorgerechtes eher dazu beiträgt, dem Kind die Beziehungen zu Eltern, Geschwistern und weiteren Bezugspersonen in seiner ihm gemäßen Rolle als Kind, Bruder, Schwester oder Enkelkind zu erhalten.

Im Hinblick auf das gerichtliche Verfahren könnte § 1697 a BGB um einen weiteren Absatz ergänzt werden, der wie folgt lautet:

„In gerichtlichen Entscheidungen zum Sorge- und Umgangsrecht im Falle elterlicher Trennung oder Scheidung trifft das Familiengericht diejenige Entscheidung, die aus der Sicht des Gerichtes geeignet erscheint, dem Kind Vater und Mutter als Eltern zu erhalten und ihm eine positive Bin-

⁹⁹⁰ Vgl. zum Kindeswohl als maßgebliches Kriterium im Sorgerechtskonflikt ausführlich oben 4. Teil C. 3. Materiell-rechtliche Regelungen, S. 142 ff.

„dung zu Geschwistern und Großeltern und weiteren für das Kind wichtigen Bezugspersonen zu ermöglichen.“

Dieser Gedanke sollte darüber hinaus auch in § 52 FGG einfließen. Ziel des richterlichen Hinwirkens auf ein Einvernehmen der Eltern wäre es dann, dem Kind Vater und Mutter als Eltern zu erhalten und ihm eine positive Bindung zu Geschwistern und Großeltern und weiteren für das Kind wichtigen Bezugspersonen zu ermöglichen.

Schließlich sollte die Eingebundenheit des Kindes in das jeweilige Familiensystem und seine daraus resultierende Position auch im Mediationsverfahren stärker berücksichtigt werden.

b. Fortbildung und Supervision für Familienrichter

In sorgerechtlichen Verfahren hat der Familienrichter gem. § 52 Abs. 1 FGG die Aufgabe, so früh wie möglich und in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinzuwirken. Dies setzt voraus, dass der Richter über die insoweit erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt beziehungsweise diese im Rahmen von Fortbildung und Supervision erlangt und erweitert. Grundkenntnisse könnten nach der Reform der Juristenausbildung bereits im Studium erworben werden, da in § 5 a Abs. 2 DRiG nunmehr festgelegt ist, dass Studierende während des Studiums in Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit zu unterrichten sind. Darauf aufbauend könnten berufsbegleitende Fortbildungen für Familienrichter angeboten werden, die die spezifische Situation familialer (Rechts)Konflikte berücksichtigen. Inhaltlich sollten dabei Kenntnisse und Fähigkeiten in folgenden Bereichen vermittelt werden: Kommunikationstheoretische Kenntnisse und praktische Fähigkeiten zur Gesprächs- und Verhandlungsführung mit Erwachsenen und Kindern; psychologische, pädagogische und familiendynamische Grundkenntnisse im Hinblick auf trennungsbedingte familiäre Konflikte; entwicklungspsychologische Aspekte bei Kindern und Jugendlichen; Systemisches Denken und Arbeiten in und mit konfliktbehafteten familialen Systemen.⁹⁹¹

⁹⁹¹ Vgl. dazu auch den folgenden Ausschreibungstext einer Fortbildungsveranstaltung, die im Rahmen eines Pilotprojektes der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Jahr 1998 durchgeführt wurde:

„Kommunikation in der mündlichen Verhandlung
(2 ½ -tägige Fortbildung für Richter und Richterinnen)

In jeder Situation, in der sich mindestens zwei Menschen zur gleichen Zeit in einem Raum befinden, findet Kommunikation statt. Dies gilt auch dann, wenn sie schweigen oder sich voneinander abgewendet haben. Paul Watzlawick beschreibt diesen grundlegenden Sachverhalt mit dem Satz: „Man kann nicht nicht kommunizieren“.

Demzufolge ist alles menschliche Verhalten Kommunikation:

- der Inhalt, die Information, die über Sprache vermittelt wird

Darüber hinaus sollte dem Familienrichter Gelegenheit geboten werden, als besonders schwierig erachtete sorgerechtliche Verfahren sowie die damit verbundenen eigenen Empfindungen unter fachkundiger Anleitung zu reflektieren. Praktisch kann dies im Rahmen von Supervision erfolgen. Supervision - zum Teil auch als Praxisberatung bezeichnet - lässt sich beschreiben als „Beratung in Bezug auf berufspraktische Arbeitsvollzüge“ und wird überwiegend als Gruppensupervision angeboten. Der Supervisor thematisiert unter Anwendung unterschiedlicher Methoden die ihm von einzelnen Teilnehmern vorgetragenen beruflichen Problem- oder Konfliktsituationen. Supervision findet in einem festgelegten Rahmen statt, der die Häufigkeit der Sitzungen, die Zusammensetzung der Gruppe, Zeit, Ort und Bezahlung regelt.⁹⁹²

Für bestimmte Berufsgruppen der professionell am Sorgekonflikt Beteiligten ist Supervision bereits vorgesehen. So statuiert § 72 Abs. 3 KJHG die Verpflichtung, dass die Träger der öffentlichen Jugendhilfe „Fortbildung und Praxisberatung der Mitarbeiter des Jugendamtes und des Landesjugendamtes sicherzustellen“ haben. Auch die Standards für Verfahrenspfleger fordern die Verfahrenspfleger zur Teilnahme an Supervision auf. Nach Punkt 3. 6. der Standards sollten Verfahrenspfleger „über Möglichkeiten zur Reflexion und kritischen Distanzierung von ihrer Arbeit verfügen, auf die sie bei der Übernahme einer Verfahrenspflegschaft zurückgreifen können. Hierfür bieten sich neben einer schriftlichen Reflexion insbesondere Supervision, Balint-Gruppen sowie Fallbesprechungen mit anderen VerfahrenspflegerInnen an. Diese Reflexion sollte insbesondere eine Auseinandersetzung mit der eigenen Motivation, Betroffenheit und persönlichen Kindheitserfahrungen ermöglichen. Sie dient zugleich der fachlichen Überprüfung der eigenen Rolle, Vorgehensweise und Empfehlungen sowie der Entlastung in Situationen, in denen VerfahrenspflegerInnen unter Handlungsdruck oder Entscheidungs-

-
- alle über die Stimme hörbaren nonverbalen Signale wie Stimmelmelodie, Stimmmodulation, Sprechtempo, Pausen, Artikulation, Lautstärke und deren Schwankungen
 - alle Signale, die über den Körper vermittelt werden (Körperhaltung, Mimik, Gestik) und darunter vor allem die Bewegungen des Körpers beim Sprechen
 - Tätigkeiten während des Sprechens
 - und anderes mehr

Auf allen diesen Ebenen werden gleichzeitig Signale gesendet und empfangen, wird bewusst oder intuitiv auf den anderen und die jeweilige situative Gegebenheit reagiert.

Verhandlungsführung, Gesprächsführung, Befragung, Wahrheitsfindung und die Einschätzung von Glaubwürdigkeit verlangen ein hohes Maß an kommunikativer Kompetenz. Richter und Richterinnen müssen aus der Komplexität der verbalen und nonverbalen Signale möglichst schnell und sicher die „richtigen“ auswählen und zu ihrer Urteilsfindung effektiv nutzen.

Die Fortbildung soll hierzu die Wahrnehmung der Teilnehmer und Teilnehmerinnen gezielt sensibilisieren. Die Einzelnen inhaltlichen Akzente werden durch reale Erfahrungen der Teilnehmer und Teilnehmerinnen und durch die konkrete Arbeitssituation in der Fortbildung bestimmt.

Dazu werden in der praktischen Arbeit Rollenspiele mit Methoden des Angewandten Theaters eingesetzt. Den theoretischen Hintergrund bilden Systemisches Denken und Aspekte der Transaktionsanalyse.“

⁹⁹² Vgl. Struck in Wiesner SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe § 72 Rn. 18.

zwängen stehen.⁹⁹³ Auch die Ausbildungsordnung der BAFM für Familien-Mediation schreibt für die Ausbildungsteilnehmer Supervision mit dem Ziel der Reflexion „persönlicher Erfahrungen“, „der eigenen Tätigkeit im beruflichen Kontext“ und „zur eigenen Praxis“ vor.⁹⁹⁴

Thematisch sollte es im Rahmen von Supervision für Familienrichter zum einen um die fachlich-inhaltliche Gestaltung aktueller Verfahren gehen. Unter Anleitung des Supervisors könnten Handlungsmöglichkeiten und -alternativen des Richters in konkreten sorgerechtlichen Verfahren erarbeitet werden. Hat beispielsweise der Familienrichter Bedenken, ein sorgerechtliches Verfahren nach § 52 Abs. 2 Nr. 2 FGG auszusetzen, kann erörtert werden, welche Auswirkungen eine solche Aussetzung des Verfahrens im konkreten Fall auf Eltern und Kind haben könnte.

Zum anderen sollte Familienrichtern im Rahmen von Supervision die Möglichkeit eröffnet werden, durch ihrer berufliche Tätigkeit reaktivierte eigene Konflikterfahrungen und die damit verbundenen Empfindungen zu reflektieren. Wie dargelegt, wird das konkrete Verhalten der professionellen Drittbeteiligten - und also auch das Verhalten von Familienrichtern - im sorgerechtlichen Verfahren von vier Faktoren bestimmt: der gesetzlichen Aufgabenzuweisung, der beruflichen Ausbildung und Qualifikation, dem individuellen beruflichen Selbstverständnis und den in der eigenen Biographie wurzelnden Konfliktbehandlungsstrukturen. Supervision könnte dazu dienen, dass sich Familienrichter mit ihren eigenen biographisch bedingten Konfliktbehandlungsstrukturen und den daraus resultierenden Wirkungen im konkreten Sorgeverfahren auseinandersetzen. Ein solches Angebot würde die Familienrichter darin fördern, die Verarbeitung eigener Konflikterfahrungen von der Bearbeitung fremder familialer Konflikte zu trennen und damit zu einer auf die Bedürfnisse der streitenden Familienmitglieder ausgerichteten professionellen Behandlung des Sorgekonfliktes beitragen.⁹⁹⁵

⁹⁹³ Vgl. dazu die Standards für VerfahrenspflegerInnen der BAG Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche e.V. vom 17.02.2001, abgedruckt bei Salgo, Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche, Rz. 1053 ff.

⁹⁹⁴ Vgl. C. II. Ausbildungsordnung der BAFM für Familien-Mediation laut Richtlinien der BAFM, abgedruckt bei Fischer in Henssler/Koch, § 10 Anhang, S. 345 ff.

⁹⁹⁵ Vgl. dazu auch den folgenden Ausschreibungstext einer Fortbildungsveranstaltung, die im Rahmen eines Pilotprojektes der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Jahr 2001 durchgeführt wurde:

„Richterpersönlichkeit und Wirkung II

2 ½ - tägige Fortbildung für Richterinnen und Richter

Die Fortbildungstagung setzt die Tagung vom vergangenen Jahr fort. Ausgangspunkt der Arbeit war seinerzeit die Erkenntnis, dass die Dynamik eines Kommunikationsprozesses nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Anteile der eigenen Persönlichkeit verstanden werden kann, die sich zwangsläufig auf die konkrete Kommunikationssituation auswirken und erfolgreiche Kommunikation unter Umständen verhindern. Dementsprechend hatte die Tagung 2000 im Schwerpunkt das Ziel, den Teilnehmerinnen und Teilnehmern diese auch ihr richterliches Handeln prägenden Anteile bewusst zu machen. Umgekehrt sollten auch die Auswirkungen erkannt werden, die das berufliche Handeln seinerseits auf die jeweilige Richterpersönlichkeit hat.

Nach dieser Maßgabe stand die Befassung mit der jeweils eigenen Persönlichkeitsentwicklung und ihren Auswirkungen auf die Berufspraxis im Vordergrund nicht nur der Fortbildungstagung, son-

Darüber hinaus könnte Supervision den Familienrichtern auch Gelegenheit bieten, sich mit ihrem individuellen beruflichen Selbstverständnis und dessen Wirkungen im konkreten sorgerechtlichen Verfahren auseinanderzusetzen. Ziel einer solchen Betrachtung des eigenen richterlichen Handelns wäre es, den einzelnen Familienrichter bei der im Einklang mit seiner Biographie stehenden bewussten Ausübung der Rolle als Leiter familiengerichtlicher Verfahren zu unterstützen. Dies kann den Familienrichter darin fördern, eine konstruktive Rolle im Rahmen der Behandlung fremder familialer Konflikte einzunehmen, was wiederum zur eigenen beruflichen Zufriedenheit beiträgt.⁹⁹⁶

In Anlehnung an § 72 Abs. 3 KJHG sollte daher Supervision für Familienrichter gesetzlich fixiert werden. Die entsprechende Vorschrift könnte in das FGG integriert werden und wie folgt lauten:

dem auch der Arbeit im Rahmen der kontinuierlichen Supervision in der Folgezeit. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer konnten dabei unter anderem feststellen, dass ihnen jeweils ganz eigene persönliche Ressourcen zur Verfügung stehen, die sie sich auch für ihre Berufspraxis zunutze machen können. Einen Schwerpunkt der weiteren Arbeit bildete folglich die Bewusstmachung dieser Ressourcen und die Befähigung, sie zielgerichtet für das berufliche Handeln fruchtbar zu machen. Dieser Prozess ist im Fluss; seine Weiterführung, die Vertiefung der bereits gewonnenen Erkenntnisse und die Stärkung der Handlungsfähigkeit der Teilnehmerinnen und Teilnehmer sollen im Mittelpunkt der Fortbildungstagung des Jahres 2001 stehen.

Die Tagung richtet sich insbesondere an die Teilnehmerinnen und Teilnehmer der bisherigen Tagungen. Wie bisher werden methodische Elemente der Transaktionsanalyse sowie Systemisches Denken den theoretischen und praktischen Hintergrund der Arbeit bilden. Von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern wird die Bereitschaft erwartet, sich auf gruppenspezifische Prozesse einzulassen.“

⁹⁹⁶ Vgl. dazu auch den folgenden Ausschreibungstext einer Fortbildungsveranstaltung, die im Rahmen eines Pilotprojektes der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Jahr 2003 durchgeführt wurde:

„Richterpersönlichkeit - Richtermaske - Richterarbeit

2 ½ - tägige Fortbildung für Richter und Richterinnen

Supervision als „Selbstreflexion im Berufsvollzug“ befasst sich mit dem Zusammenwirken psychodynamischer Prozesse und institutioneller Strukturen innerhalb konkreter beruflicher Beziehungen und ist damit selbst Teil professionellen Handelns. Einen Schwerpunkt dieser Arbeit bildet die Bewusstmachung von Persönlichkeitsanteilen und Ressourcen der Supervisionsteilnehmer/innen, die sich zwangsläufig auf Kommunikations- und Konfliktsituationen im Berufsalltag auswirken und die Entwicklung der Fähigkeit, diese zielgerichtet für das effektive berufliche Handeln als Richter/in fruchtbar zu machen. Umgekehrt können die Rückwirkungen betrachtet werden, die das berufliche Handeln seinerseits auf die jeweilige Richterpersönlichkeit hat.

Die Fortbildungstagung 2003 wendet sich insbesondere an Teilnehmer früherer Supervisionstagungen und führt deren Arbeit weiter. Besondere Aufmerksamkeit kommt dabei der Außenwirkung der Persönlichkeit der einzelnen Teilnehmer/innen im beruflichen Umfeld zu, die aufgrund ihrer zumeist vorhandenen Oberflächenstruktur als „Berufsmaske“ verstanden werden kann und effektive Arbeit nicht selten behindert. Die Übereinstimmungen und Unterschiede zwischen der Eigenwahrnehmung dieser Maske durch den/die jeweils betroffenen Richter/in und deren Fremdwahrnehmung durch andere Beteiligte oder Berufskollegen als Kommunikationspartner innerhalb von Interaktionsprozessen ist ebenso Gegenstand praktischer Erprobung am Maßstab der beruflichen Alltagserfahrung der Teilnehmer/innen, wie die Eröffnung von Möglichkeiten zu deren Entwicklung und Veränderung.

Innerhalb des mehrtägigen Workshops ergibt sich für die einzelnen Teilnehmer/innen Gelegenheit zu entsprechender kontinuierlicher, konzentrierter und vertiefter Arbeit. Den theoretischen und praktischen Hintergrund hierfür bilden wie bisher die methodischen Elemente der Transaktionsanalyse, des Systemischen Denkens und der Organisationsaufstellung. Von den

„Regelmäßige Fortbildungen und Supervision (Praxisberatung) für Familienrichter sind in geeignetem Umfang sicherzustellen. Die Fortbildungen sollen Kenntnisse und Fähigkeiten vermitteln, die den Richter befähigen, eine einvernehmliche elterliche Lösung von Sorge- und Umgangskonflikten zu erzielen. Supervision dient der fachlich-inhaltlichen Gestaltung und Reflexion einzelner sorge- und umgangsrechtlicher Verfahren sowie der Auseinandersetzung mit dem individuellen beruflichen Selbstverständnis, eigenen Betroffenheiten und Motivationen sowie deren Wechselwirkungen in konkreten Verfahren.“

c. Ablauf des Verfahrens

Eine konstruktive Behandlung des Sorgekonfliktes beinhaltet zudem, dass den Eltern ein Verfahren zur Verfügung gestellt wird, welches sich durch umfassende Informationen und die Möglichkeit einer eigenverantwortlichen Konfliktgestaltung durch die Eltern selbst auszeichnet. Dazu bietet es sich an, der eigentlichen Konfliktbehandlung mittels gerichtlichem Verfahren, Mediation oder Beratung eine Informationsphase voran zu stellen. Denn wenn die Eltern zu einer eigenständigen Behandlung des Sorgekonfliktes befähigt werden sollen, setzt dies auch voraus, dass sie sich für eine unter mehreren ihnen bekannten Methoden zur Konfliktbehandlung entscheiden können. Insofern müssen sie über sämtliche zur Behandlung des Sorgekonfliktes angewandten Verfahren informiert sein. Der eigentlichen Behandlung des Sorgekonfliktes mittels Beratung, Mediation oder gerichtlichem Verfahren ist daher eine Informationsphase vorzuschalten.

In dieser Phase sind den Eltern Informationen zu den unterschiedlichen Verfahren zur Behandlung des Sorgekonfliktes im Hinblick auf deren jeweilige Ziele, die methodischen Vorgehensweisen, die Aufgaben der Beteiligten, den zeitlichen Rahmen und die Kosten zu geben. Die Auskünfte sollten im Rahmen eines persönlichen Gespräches erteilt werden, an dem beide Elternteile teilnehmen müssen. Sind den Eltern - neben dem gerichtlichen Sorgeverfahren - nun auch andere Methoden zur Behandlung des Sorgekonfliktes bekannt, entfällt der Zwang, mangels entsprechender Kenntnis in jedem Fall ein sorgerechtes Verfahren in Gang setzen zu müssen. Ziel der Informationsphase ist es also, den Eltern Alternativen im Hinblick auf die Wahl der für sie in Frage kommenden Konfliktbehandlungsmethode zu eröffnen.

analyse, des Systemischen Denkens und der Organisationsaufstellung. Von den Teilnehmer/innen wird die Bereitschaft erwartet, sich auf gruppodynamische Prozesse einzulassen.“

Des Weiteren sollten die Eltern in dieser Phase über die Grundzüge der Entstehung und Behandlung familialer Konflikte aus systemischer Sicht informiert werden. Wenn den Eltern vermittelt wird, dass familiäre Konflikte zumeist auf wiederkehrenden familialen Interaktionsstrukturen basieren und im Zusammenhang mit generationsübergreifenden Prozessen der jeweiligen Herkunftsfamilien stehen, können sie den aktuellen Konflikt in einen anderen und größeren Kontext stellen. Ziel ist es insofern, die Eltern anzuregen, sich mit ihren Konfliktbehandlungsstrukturen und ihrer individuellen Familiengeschichte auseinander zu setzen, um die gewonnenen Erkenntnisse bei der Behandlung des Sorgekonfliktes einbeziehen zu können.

Der Sorgekonflikt ist zudem häufig mit anderen trennungsbedingten Konfliktthemen wie zum Beispiel der psychischen Trennung der Eltern als Paar oder unterhaltsrechtlichen und vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen gekoppelt. Daher sollte in dieser ersten Phase auch geklärt werden, ob weitere Konfliktthemen existieren oder die Eltern den (vorgeschobenen) Sorgekonflikt nutzen, um ihre eigentlichen Konflikte im Rahmen des Streites um die elterliche Sorge auszutragen. Ziel dieser Konfliktanalyse ist, die Einschätzung eines oder beider Elternteile zu hinterfragen, dass es sich bei dem Konflikt in jedem Fall und ausschließlich um einen Sorgekonflikt handelt. Stellt sich heraus, dass neben oder statt des Sorgekonfliktes andere Konfliktthemen vorhanden sind, sollten die Eltern über Möglichkeiten zur Behandlung dieser Konfliktthemen informiert werden.

Beteiligte dieser ersten Phase sollten neben beiden Elternteilen zwei Konfliktberater unterschiedlichen Geschlechts sein. Diese sollten über Kenntnisse und Fähigkeiten in Gesprächsführung, Psychologie, Pädagogik, Familiendynamik, Systemischem Denken und Familienrecht verfügen und entweder eine psycho-soziale oder eine juristische Ausbildung absolviert haben.

An diese erste Phase würde sich die Entscheidungsphase anschließen. Jeder Elternteil soll sich nunmehr bewusst und eigenverantwortlich für eine Konfliktbehandlungsmethode entscheiden. In Betracht kommt also, dass sich die beiden Elternteile entweder übereinstimmend für eine Methode zur Behandlung des Sorgekonfliktes entscheiden oder aber unterschiedliche Vorstellungen haben, was dann auch zur Eröffnung eines gerichtlichen Verfahrens führen kann, wenn mindestens ein Elternteil dies wünscht. Möglich ist aber auch, dass die Eltern jetzt eigenständig eine Lösung des Konfliktes erreichen, weil bereits das Informationsgespräch mit den Konfliktberatern die notwendigen Anregungen und Hinweise für eine familieninterne Konfliktbehandlung enthielt.

Erst jetzt würde die eigentliche Konfliktbehandlungsphase folgen: Der elterliche Sorgekonflikt wird mittels Beratung, Mediation oder gerichtlichem Verfahren behandelt. Um eine konstruktive Behandlung des Sorgekonfliktes durch die professionellen Drittbeteiligten - also Berater, Mediator, Bera-

tungsanwalt, Familienrichter, Rechtsanwalt, Mitarbeiter des Jugendamtes, Sachverständiger und Anwalt des Kindes - zu gewährleisten, müssen diese über die dazu erforderlichen Kompetenzen - Gesprächsführung mit Erwachsenen und Kindern, Psychologie, Pädagogik, Familiendynamik, Systemisches Denken und Familienrecht - verfügen.

Abbildung 15: Modell zur Behandlung des trennungsbedingten familialen Sorge(rechts)konfliktes

Das folgende Schaubild gibt nochmals einen Überblick über den vorgestellten Ansatz zur Behandlung des trennungsbedingten familialen Sorge(rechts)konfliktes.

1. INFORMATIONSPHASE	
Beteiligte	
beide Elternteile, zwei Konfliktberater (möglichst ein Mann und eine Frau), die beide über Kenntnisse und Fähigkeiten in Gesprächsführung, Psychologie, Pädagogik, Familiendynamik, Systemisches Denken und Familienrecht verfügen und entweder eine psycho-soziale oder juristische Ausbildung absolviert haben	
Inhalt	
Informationen über die verschiedenen Methoden zur Behandlung des Sorgekonfliktes im Hinblick auf Ziele, methodische Vorgehensweisen, Aufgaben der Beteiligten, zeitlichen Rahmen und Kosten	⇒ Ziel: aufzeigen von Alternativen in Bezug auf die Wahl der für die Eltern in Frage kommenden Konfliktbehandlungsmethode
Informationen zur Entstehung und Behandlung familialer Konflikte aus systemischer Sicht	⇒ Ziel: den Eltern Anregung geben, sich mit ihren eigenen familialen Konfliktbehandlungsstrukturen und ihrer eigenen Familiengeschichte auseinanderzusetzen
Konfliktanalyse: Herausarbeiten der „eigentlichen“ bzw. weiterer - neben dem Sorgekonflikt bestehender - Konfliktthemen (z.B. psychische Trennung der Eltern als Paar, unterhaltsrechtliche oder vermögensrechtliche Streitigkeiten)	⇒ Ziel: klären, ob es sich bei dem elterlichen Konflikt tatsächlich und ausschließlich um einen Sorgekonflikt handelt
2. ENTSCHEIDUNGSPHASE	
eigene Entscheidung beider Elternteile über die Inanspruchnahme einer bestimmten Konfliktbehandlungsmethode, die entweder gleichlauten oder differieren kann	⇒ Ziel: initiieren einer bewussten und eigenverantwortlichen Entscheidung der Eltern in Bezug auf die gewählte Konfliktbehandlungsmethode
3. KONFLIKTBEHANDLUNGSPHASE	
eigentliche Konfliktbehandlung mittels Beratung, Mediation oder gerichtlichem Verfahren	
notwendige Fähigkeiten und Kenntnisse aller professionellen Drittbeteiligten: Gesprächsführung mit Erwachsenen und Kindern, Psychologie, Pädagogik, Familiendynamik, Systemisches Denken und Familienrecht	
zusätzlich berufsbegleitend für alle professionellen Drittbeteiligten: Supervision mit dem Ziel, als besonders schwierig empfundene Sorge(rechts)konflikte unter fachkundiger Anleitung bearbeiten zu können und eine Auseinandersetzung mit der eigenen Rolle im fremden Konflikt zu ermöglichen	

Quelle: Eigener Entwurf

C. Ausblick

Nachdem die Möglichkeiten und Grenzen der Behandlung des Sorge(rechts)konfliktes nach elterlicher Trennung oder Scheidung aus systemischer Sicht dargestellt wurden, soll abschließend erörtert werden, ob die Leitgedanken der vorliegenden Untersuchung auf die Behandlung von anderen (Rechts-) Konflikten übertragbar sind.

Voraussetzung dafür ist, dass es sich bei den jeweiligen Streitigkeiten um Konflikte im Sinne der dieser Arbeit zugrunde liegenden Definition handelt. Ein Konflikt liegt danach vor, wenn die Interaktion mindestens zweier Menschen aus der Sicht mindestens eines an der Interaktion Beteiligten in einem solchen Maße als unstimmig wahrgenommen wird, dass dieser den Kontakt mit dem anderen nicht in der gleichen Weise fortsetzen möchte, eine Änderung der Interaktion nicht möglich erscheint oder eine etwaige subjektiv erlebte Änderung des eigenen Verhaltens nicht zur Zufriedenheit führt und auch eine Beendigung des Kontaktes mit dem anderen nicht möglich erscheint. Die wahrgenommenen Unstimmigkeiten, welche der Beteiligte regelmäßig aus den gesprochenen Worten und / oder der Art und Weise der gesprochenen Worte und / oder nonverbalen Signalen ableitet, können auf der Beziehungsebene oder der Inhaltsebene oder auf beiden Ebenen liegen.

Unter diese Definition fallen auch andere (Rechts-) Konflikte wie beispielsweise Erb-, Nachbarschafts-, Miet- oder Arbeitskonflikte. Auch für diese ist charakteristisch, dass mindestens ein Beteiligter gravierende Unstimmigkeiten in der Interaktion wahrnimmt, die auf der Beziehungsebene, der Inhaltsebene oder beiden Ebenen liegen. Zudem haben die Beteiligten - wie die Beteiligten des familialen Sorgekonfliktes auch - über längere Zeit persönlichen Kontakt miteinander. Die Leitgedanken der vorliegenden Arbeit sind also auf solche (Rechts-) Konflikte übertragbar, bei denen die Beteiligten in längerfristigen persönlichen Beziehungen zueinander stehen.

Auch für diese (Rechts-) Konflikte gilt, dass sie nach bestimmten Interaktionsmustern ablaufen. Nicht nur dem familialen Konfliktgeschehen sondern beispielsweise auch Streitigkeiten unter Nachbarn oder im Betrieb liegen solche Konfliktbehandlungsmuster als „ungeschriebene Gesetze“ zugrunde. Eine konstruktive Behandlung von (Rechts-) Konflikten setzt insofern auch voraus, dass den Beteiligten ihre Konfliktbehandlungsmuster verdeutlicht werden. Zudem ist auch bei der Behandlung dieser (Rechts-) Konflikte zu beachten, dass das von den Konfliktparteien benannte Konfliktthema mit anderen Konfliktthemen verbunden sein kann oder die Beteiligten den vorgeschobenen (Rechts-) Konflikt nutzen, um die eigentlichen, unbenannten Konfliktthemen zu behandeln.

Ebenso wie für den Sorgekonflikt gilt für die in Rede stehenden (Rechts-) Konflikte, dass sich die an ihrer Behandlung beteiligten Personen unterschiedlichen Konfliktbehandlungssystemen zuordnen lassen.

Primäres Konfliktbehandlungssystem ist immer das System, in dessen Sphäre der Konflikt ursprünglich angesiedelt ist. Ein solches primäres Konfliktbehandlungssystem stellt beispielsweise bei Erb(rechts)streitigkeiten das familiale System, bei nachbarschaft(srecht)lichen Streitigkeiten das System der Nachbarn und bei Arbeits(rechts)streitigkeiten das betriebliche System dar. Beteiligte des (Rechts-) Konfliktes sind damit nicht nur die unmittelbaren Konfliktparteien - also diejenigen, die im späteren gerichtlichen Verfahren die Rolle des Klägers und Beklagten einnehmen - sondern auch weitere Personen. Wie anhand des familialen Sorgekonfliktes dargestellt, ergibt sich das konkrete Konfliktgeschehen und damit auch der Verlauf des (Rechts-) Konfliktes aus dem wechselseitigen Verhalten aller am System Beteiligten: Das Verhalten aller Systembeteiligten bedingt sich gegenseitig.

Auch besitzen nachbarschaftliche oder betriebliche Systeme - ebenso wie familiale Systeme - eine bestimmte Eigendynamik, die sich aus verschiedenen Faktoren zusammensetzt und die systemimmanente Konfliktbehandlung prägt. Solche Einflussgrößen, die auf die aktuelle Konfliktbehandlung wirken, sind unter anderem die offiziellen und inoffiziellen Systemregeln, gemeinsame Überzeugungen, vorhandene Subsysteme sowie die Entwicklungsgeschichte des Systems. Über den Sorgekonflikt hinaus gilt damit auch für andere (Rechts-) Konflikte, dass diese ihre konkrete Gestaltung immer auch durch die im jeweiligen primären Konfliktbehandlungssystem wirkende Dynamik erhalten.

Die Konfliktbehandlung durch außenstehende Dritte erfolgt bei diesen (Rechts-) Konflikten erst dann, wenn die Konfliktbehandlungsmechanismen des jeweiligen primären Konfliktbehandlungssystems mindestens aus der Sicht eines Konfliktbeteiligten nicht zu einer zufriedenstellenden Konfliktbehandlung führen. Die hinzugezogenen professionellen Drittbeteiligten bilden dann das so genannte sekundäre Konfliktbehandlungssystem, da es dem primären Konfliktbehandlungssystem nachgeordnet ist. Sind Systembeteiligte grundsätzlich in der Weise miteinander verbunden, dass das Verhalten jedes Einzelnen Wirkungen auf das Verhalten aller anderen am System beteiligten Personen zeigt, trägt auch das Verhalten der im Erb-, Miet-, Nachbarschaft- oder Arbeits(rechts)konflikt tätigen professionellen Drittbeteiligten zum Verlauf des Konfliktes bei. In die (Rechts-) Konfliktbehandlung involvierte Richter, Anwälte und Mediatoren prägen also durch ihr konkretes Verhalten den Verlauf des Konfliktes mit. Wie für die Beteiligten des Sorgekonfliktes dargelegt, ergibt sich das konkrete Verhalten der professionellen Drittbeteiligten im wesentlichen aus der dem Einzelnen im Rahmen der Konfliktbehandlung (gesetzlich) zugewiesenen Aufgabe, der jeweiligen Ausbildung und Qualifikation, dem

beruflichen Selbstverständnis sowie den eigenen, biographisch bedingten Konfliktbehandlungsstrategien.

Diese Faktoren, welche die Entstehung und Behandlung des (Rechts-) Konfliktes beeinflussen, werden im Rahmen einer gerichtlichen Konfliktbehandlung meist nicht berücksichtigt. Grund dafür ist unter anderem, dass die mit dem Konflikt befassten Richter und Rechtsanwälte nicht über die insoweit erforderlichen Fähigkeiten zur Gesprächs- und Verhandlungsführung sowie Grundkenntnisse zur Konfliktbehandlung aus systemischer Sicht verfügen. Wäre dies der Fall, könnten Richter diese Kenntnisse insbesondere im Rahmen der Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO und § 54 Abs. 1 ArbGG sowie im Rahmen der ihnen gemäß § 278 Abs. 1 ZPO und § 57 Abs. 2 ArbGG auferlegten Pflicht, im Verfahren auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites oder einzelner Streitpunkte bedacht zu sein, einsetzen. Rechtsanwälte, die als Schlichter im Sinne von § 15 a EGZPO tätig sind, könnten diese Kenntnisse im Rahmen ihrer Aufgabe, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen, nutzbar machen.

Sind sich die professionellen Drittbeteiligten über mögliche, dem Konfliktgeschehen zugrunde liegende Strukturen und Dynamiken sowie ihre damit im Zusammenhang stehende eigene Rolle im fremden Konflikt bewusst, kann dies sowohl zu einer konstruktiven Behandlung des (Rechts-) Konfliktes als auch zur eigenen beruflichen Zufriedenheit beitragen.

Literaturverzeichnis

- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter** Zivilprozeßordnung
60. Auflage, München 2002
(zitiert: Baumbach / Lauterbach- Bearbeiter)
- Bäumel, Dieter** Familienrechtsreformkommentar
Bielefeld 1998
(zitiert: FamRefK-Bearbeiter)
- Bergerfurth, Bruno** Zum Sühneversuch in Ehesachen
FamRZ 2001, S. 12 - 14
- Bergmann, Elmar / Jopt, Uwe / Rexilius, Günter** Lösungsorientierte Arbeit im Familienrecht:
der systemische Ansatz in der familienrecht-
lichen Praxis
Köln 2002
(zitiert: Bearbeiter in Bergmann/Jopt/Rexilius)
- Bertalanffy, Ludwig von** Systemtheorie
Berlin 1972
- Blankenburg, Erhard** Mobilisierung des Rechts
Berlin 1995
- Bono-Hörler, Caroline** Familienmediation im Bereich von
Ehetrennung und Ehescheidung
Zürich 1999 (Diss.)

- Bussmann, Kai-Detlef** Verbot familialer Gewalt gegen Kinder
Köln, Berlin, Bonn, München 2000
- Callies, Graf-Peter** Das Tetralemma des Rechts - Zur
Möglichkeit einer Selbstbeschränkung
des Kommunikationssystems Recht
ZfRSoz 2000, S. 293 - 314
- Coester, Michael** Elternrecht des nichtehelichen Vaters und
Adoption
FamRZ 1995, S. 1245 - 1251
- Delius, Peter (Hrsg.)** Geschichte der Philosophie
Köln 2000
- Deutsches Familienrechtsforum
e.V. (Hrsg.)** Modelle alternativer Konfliktregelungen in
der Familienkrise
Stuttgart 1982
- Dieckmann, Albrecht** Betrachtungen zum Recht der elterlichen
Sorge - vornehmlich für Kinder aus
gescheiterten Ehen
AcP 178 (1978), S. 298 - 336
- Duden** Etymologie: Herkunftswörterbuch der
deutschen Sprache
2. Auflage, Mannheim 1997

- Duden** Fremdwörterbuch
4. Auflage, Mannheim 1982
- Duss- von Werdt, Josef / Mähler, Gisela / Mähler, Hans-Georg** Mediation: Die andere Scheidung
Stuttgart 1995
(zitiert: Bearbeiter in Duss-von Werdt/Mähler/Mähler)
- Eidmann, Dorothee** Schlichtung: Zur Logik außergerichtlicher
Konfliktregelung
Baden-Baden 1994
- Evangelische Akademie** Verfahrenspflegschaft für Kinder und
Jugendliche
Bad Boll 2001
- Falk, Gerhard / Heintel, Peter / Pelikan, Christa** Die Welt der Mediation
Klagenfurt 1998
(zitiert: Bearbeiter in Falk/Heintel/Pelikan)
- Fegert, Jörg M.** Welches Wissen erleichtert dem Ver-
fahrenspfleger die Kommunikation mit
Kindern?
FPR 1999, S. 321 - 327
- Fegert, Jörg M. (Hrsg.)** Kinder in Scheidungsverfahren nach der
Kindschaftsrechtsreform: Kooperation im
Interesse des Kindes
Neuwied 1999
(zitiert: Bearbeiter in Fegert)

- Feuerich, Wilhelm/ Braum, Anton** Bundesrechtsanwaltsordnung
5. Auflage, München 2000
- Figdor, Helmut** „ ... und ich hab nicht mehr gewußt, wer
ich eigentlich bin“- Die psychischen Folgen
des Trennungstraumas am Beispiel des
Scheidungskindes
FPR 1997, S. 60 - 67
- Fisher, Roger/ Ury, Wiliam /
Patton, Bruce** Das Harvard-Konzept: Sachgerecht ver-
handeln - erfolgreich verhandeln
19. Auflage, Frankfurt/Main 2000
- Folberg, Jay** Divorce-Mediation: Theory and Practice
New York 1988
(zitiert: Folberg-Bearbeiter)
- Friedman, Gary J.** Die Scheidungsmediation
Reinbeck 1996
- Fthenakis, Wassilios** Kindliche Reaktionen auf Trennung und
Scheidung
Familiendynamik 1995, S. 127 - 154
- Gast, Wolfgang** Juristische Rhetorik
2. Auflage, Heidelberg 1992

- Gerhardt, Peter /**
Heitschel-Heinegg, Bernd von /
Klein, Michael Handbuch des Fachanwalts Familienrecht
4. Auflage, Krefeld 2002
(zitiert: Gerhardt/Heitschel-Heinegg/Klein -
Bearbeiter)
- Gernhuber, Joachim / Coester-**
Waltjen, Dagmar Lehrbuch des Familienrechts
4. Auflage München 1994
- Glasl, Friedrich** Konfliktmanagement
4. Auflage, Stuttgart 1994
- Glenewinkel, Werner** Mediation als außergerichtliches Konflikt-
lösungsmodell
Stuttgart 1999 (Diss.)
- Gloor, Prisca** Mediation: ein Vermittlungsverfahren für
familiäre Konflikte
Zürich 1993 (Diss.)
- Goebel, Joachim** Zivilprozeßrechtsdogmatik und Verfahrens-
soziologie
Berlin 1994 (Diss.)
- Grunsky, Wolfgang** Taktik im Zivilprozeß
2. Auflage, Köln 1996

- Günter**, Michael (Hrsg.)
Täter und Opfer
Bern 1995
(zitiert: Günter - Bearbeiter)
- Haft**, Fritjof
Verhandlung und Mediation:
die Alternative zum Rechtsstreit
2. Auflage, München 2000
- Haft**, Fritjof / **Schlieffen**,
Katharina Gräfin von
Handbuch Mediation
München 2002
(zitiert: Bearbeiter in Haft/Schlieffen)
- Hammerbacher**, Paul-Titus
Chancen und Risiken der Familien-
mediation am Beispiel des neuen
Kindschaftsrechtes
Tübingen 2000 (Diss.)
- Hartmann**, Peter
Das neue Gesetz zur Förderung der
außergerichtlichen Streitbeilegung
NJW 1999, S. 3745 - 3750
- Hegenbart**, Reiner
Wörterbuch der Philosophie
München 1994
- Heilmann**, Stefan
Kindliches Zeitempfinden und
Verfahrensrecht
Neuwied 1998 (Diss.)

- Henssler, Martin / Koch, Ludwig** Mediation in der Anwaltspraxis
Bonn 2000
(zitiert: Bearbeiter in Henssler/Koch)
- Hessisches Statistisches Landesamt** Statistisches Handbuch Hessen
Ausgabe 1999 / 2000
Wiesbaden 2000
- Hohmann, Jutta** Das Mandantengespräch - Modelle und
Methoden
FPR 2000, S. 115 - 123
- Hohmann, Jutta / Morawe, Doris** Praxis der Familienmediation
Köln 2001
- Jans, Karl-Wilhelm / Happe, Günter** Gesetz zur Neuregelung des Rechts der
elterlichen Sorge - Kommentar
Köln 1980
- Johannsen, Kurt / Henrich, Dieter** Eherecht - Scheidung, Trennung, Folgen
3. Auflage, München 1998
(zitiert: Johannsen/Henrich-Bearbeiter)
- Johannsen, Kurt / Henrich, Dieter** Eherecht
3. Auflage, München 1998

- Jordan, Erwin** Zwischen Kunst und Fertigkeit -
Sozialpädagogisches Können auf dem
Prüfstand
ZfJ 2001, S. 48 - 53
- Kaltenborn, Karl-Franz** Die personellen Beziehungen des
Scheidungskindes als sorgerechts-
relevantes Entscheidungskriterium
FamRZ 1987, S. 990 - 1000
- Kaufmann, Ferdinand** Eltern, Kinder und Fachkräfte der
Jugendämter im familiengerichtlichen
Verfahren zur Regelung der elterlichen
Sorge bei Trennung und Scheidung
FamRZ 2000, S. 7 - 11
- Keidel, Theodor / Kuntze, Joachim / Winkler, Karl** Freiwillige Gerichtsbarkeit
14. Auflage München 1999
(zitiert: Keidel/Kuntze/Winkler-Bearbeiter)
- Kissel, Otto Rudolf** Gerichtsverfassungsgesetz: Kommentar
3. Auflage, München 2001
- Kleber, Elisabeth / Tschierschwitz, Anke** Neues Kindschaftsrecht: Konsequenzen für
die Arbeit des ASD
ZfJ 1999, S. 281 - 283
- König, Eckard / Volmer, Gerda** Systemische Organisationsberatung
7. Auflage, Weinheim 2000

- Locher, Horst / Mes, Peter** Beck'sches Prozeßformularbuch
München 1998
(zitiert: Locher/Mes-Bearbeiter)
- Löschper, Gabriele** Bausteine für eine psychologische
Theorie richterlichen Urteilens
Baden-Baden 1999
- Lüderitz, Alexander** Familienrecht: ein Studienbuch
27. Auflage, München 1999
- Maccoby, Eleanore / Mnookin, Robert** Die Schwierigkeiten der Sorgerechts-
regelung
FamRZ 1995, S. 1 - 16
- Maturana, Humberto R.** Erkennen: Die Organisation und Verkörper-
ung von Wirklichkeit
Braunschweig 1982
- Menne, Klaus (Hrsg.)** Kinder im Scheidungskonflikt: Beratung
von Kindern und Eltern bei Trennung und
Scheidung
2. Auflage, Weinheim 1997
(zitiert: Menne-Bearbeiter)
- Motzer, Stefan** Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung
und Rechtsprechung auf dem Gebiet von
Sorge- und Umgangsrecht
FamRZ 2001, S. 1034 - 1044

- Mühlens**, Elisabeth / **Kirchmeier**, Karl-Heinz / **Gressmann**, Michael Das neue Kindschaftsrecht
Köln 1998
- Münchener Kommentar** Bürgerliches Gesetzbuch
Familienrecht
Band 5, 2. Halbband, §§ 1589-1921
2. Auflage, München 1987
(zitiert: MünchKomm-Bearbeiter, 2. Auflage)
- Münchener Kommentar** Bürgerliches Gesetzbuch
Familienrecht II
Band 8, §§ 1589-1921, SGB VIII
4. Auflage, München 2002
(zitiert: MünchKomm-Bearbeiter)
- Münder**, Johannes / **Baltz**, Jochem / **Jordan**, Erwin / **Kreft**, Dieter / **Lakies**, Thomas / **Proksch**, Roland / **Schäfer**, Klaus / **Tammen**, Britta / **Trenczek**, Thomas Frankfurter Kommentar zum SGB VIII:
Kinder- und Jugendhilfe
4. Auflage, Weinheim 2003, Stand:01.01.2003
(zitiert: Münder-Bearbeiter)
- Musielak**, Hans-Joachim Kommentar zur Zivilprozeßordnung
3. Auflage, München 2002
(zitiert: Musielak-Bearbeiter)
- Nave-Herz**, Rosemarie / **Markefka**, Manfred Handbuch der Familien- und
Jugendforschung
Neuwied, Frankfurt 1989

- Oberloskamp, Helga / Balloff, Rainer / Fabian, Thomas** Gutachtliche Stellungnahmen in der sozialen Arbeit
6. Auflage, Neuwied 2001
- Oelkers, Harald** Sorge- und Umgangsrecht in der Praxis
Bonn 2000
- Ollmann, Rainer** Einflußfaktoren in familien- und vormund-
schaftsgerichtlichen Verfahren
FamRZ 1997, S. 321 - 326
- Palandt** Bürgerliches Gesetzbuch
62. Auflage, München 2003
(zitiert: Palandt-Bearbeiter)
- Pätzhorn, Birgitta** Das gemeinsame Sorgerecht nach
Scheidung in Kalifornien und
Deutschland -Ein Rechtsvergleich
Berlin 2000 (Diss.)
- Peters, Jennifer / Schimke, Hans-Jürgen** Die Verfahrenspflegschaft nach § 50 FGG -
Erste Erfahrungen und Konsequenzen
Kind-Prax 1999, S. 143 - 149
- Prestien, Hans-Christian** Zur Wiederherstellung der Selbstver-
antwortung der Familienmitglieder:
Der / Die RichterIn als Drehscheibe
interdisziplinärer Zusammenarbeit
ZfJ 1995, S. 166 - 170

- Prigogine, Ilya / Stengers, Isabelle** Dialog mit der Natur: neue Wege naturwissenschaftlichen Denkens
München 1981
- Proksch, Roland** Mediation - Vermittlung in familiären Konflikten
Nürnberg 1998
(zitiert: Proksch, Mediation - Vermittlung in familiären Konflikten)
- Proksch, Roland (Hrsg.)** Wohl des Kindes - Systemische Konfliktlösungen im Scheidungsverfahren
2. Auflage Nürnberg 1991
(zitiert: Bearbeiter in Proksch)
- Menge, Hermann** Langenscheidts Taschenwörterbuch der lateinischen und deutschen Sprache
31. Auflage Berlin, München 1982
- Rabaa, Volker** Kindeswohl im Elternkonflikt
Stuttgart 1985 (Diss.)
- Raiser, Thomas** Das lebende Recht
3. Auflage, Baden-Baden 1999
- Raschhorn, Theo** Der Richter zwischen Tradition und Lebenswelt
Baden-Baden 1985

- Rauscher, Thomas** Das Umgangsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz
FamRZ 1998, S. 329 - 341
- Rehbinder, Manfred** Rechtssoziologie
4. Auflage, München 2000
- Röhl, Klaus F.** Rechtssoziologie
Köln, Berlin, Bonn, München 1987
- Röhl, Klaus F.** Allgemeine Rechtslehre
2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2001
(zitiert: Röhl, Allgemeine Rechtslehre)
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl-Heinz / Gottwald, Peter** Zivilprozeßrecht
15. Auflage, München 1993
- Rüthers, Bernd** Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts
München 1999
- Salgo, Ludwig** Der Anwalt des Kindes: die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Kindesschutzverfahren
Frankfurt a. M. 1996

- Salgo, Ludwig / Zenz, Gisela /
Fegert, Jörg / Bauer, Axel /
Weber, Corina / Zitelman,
Maud** Verfahrenspflegschaft für Kinder und
Jugendliche
Köln 2002
(zitiert: Bearbeiter in Salgo / Zenz)
- Salzgeber, Joseph** Familienpsychologische Gutachten
3. Auflage, München 2001
- Schapp, Jan** Methodenlehre des Zivilrechts
Tübingen 1998
- Schiepek, Günter** Die Grundlagen der Systemischen
Therapie
Göttingen 1999
- Schilken, Eberhard** Zivilprozeßrecht
3. Auflage, München 2000
- Schilling, Herbert (Hrsg.)** Kinder in der Mediation
(zitiert: Bearbeiter in Schilling)
Mainz 1996
- Schlippe, Arist von / Schweitzer,
Jochen** Lehrbuch der systemischen Therapie und
Beratung
4. Auflage, Göttingen 1997

- Schmid, Jeannette / Drosdeck, Thomas / Koch, Detlef** Der Rechtsfall - ein richterliches Konstrukt
Baden- Baden 1997
- Schmidt-Denter, Ulrich** Kindliche Reaktionen auf Trennung und Scheidung
FPR 1997, S. 57 - 59
- Schnitzler, Klaus** Richter auf Probe als Familienrichter?
FamRZ 1992, S. 507 - 509
- Schütze, Rolf** Alternative Streitschlichtung
ZVglRWiss 97 (1998), S. 117 - 123
- Schwab, Dieter** Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern
FamRZ 1998, S. 457 - 472
- Schwab, Dieter** Familienrecht
11. Auflage, München 2001
(zitiert: Schwab, Familienrecht)
- Schwab, Dieter / Wagenitz, Thomas** Einführung in das neue Kindschaftsrecht
FamRZ 1997, S. 1377 - 1383

- Seitz, Walter / Büchel, Helmut**
(Hrsg.)
Beck'sches Richter-Handbuch
2. Auflage, München 1999
(zitiert: Bearbeiter in Seitz / Büchel)
- Sievers, Nadja**
Mediation als alternative Konflikt-
lösungsmöglichkeit auch in Deutschland?:
eine rechtsvergleichende Untersuchung am
Beispiel der argentinischen mediacion
previa
Frankfurt a. M. 2001 (Diss.)
- Sittig, Christine / Störr, Andre**
Das Ende einer Reform? Anmerkungen zum
Beschluß BGH vom 29.9.1999
FuR 1999, S. 199 - 201
- Sparrer, Insa**
Wunder, Lösung und System
Heidelberg 2001
- Sparrer, Insa / Varga von Kibéd,
Matthias**
Ganz im Gegenteil
Heidelberg 2000
- Stadler, Michael / Salzgeber, Joseph**
Berufsethischer Kodex und Arbeits-
prinzipien für die Vertretung von Kindern
und Jugendlichen - Sprachrohr und / oder
Interessenvertreter?
FPR 1999, S. 329 - 338
- Staudinger**
Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
Viertes Buch, Familienrecht
§§ 1638 - 1683
13. Bearbeitung, Berlin 2000
(zitiert: Staudinger-Bearbeiter)

- Stumm, Gerhard / Pritz, Alfred** Wörterbuch der Psychotherapie
Frankfurt a. M. 2000
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans** Zivilprozeßrechtsordnung
24. Auflage, München 2002
- Tomm, Karl** Die Fragen des Beobachters
2. Auflage, Heidelberg 1996
- Tschernitschek, Horst** Familienrecht
3. Auflage, München 2000
- Ulrich, Ute** „Aktives Zuhören“ - Eine Methode zur
professionellen Gesprächsführung
FPR 2000, S. 123 - 128
- von Münch, Ingo** Sprechen und Schweigen im Recht
NJW 2002, S. 1995 - 2001
- Wabnitz, Reinhard** Mitwirkung der Jugendhilfe im familien-
gerichtlichen Verfahren
ZfJ 2000, S. 336 - 343

- Wacke, Andreas** „Elterliche Sorge“ im Wandel der Jahrtausende - Zum Sorgerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht
FamRZ 1980, S. 205 - 210
- Wallerstein, Judy / Lewis, Julia** Langzeitwirkungen der elterlichen Scheidung auf Kinder
FamRZ 2001, S. 65 - 72
- Waltermann, Raimund** Sozialrecht
Heidelberg 2000
- Wassermann, Rudolf** Menschen vor Gericht
Neuwied, Darmstadt 1979
- Watzlawick, Paul / Beavin, Janet H. / Jackson, Don D.** Menschliche Kommunikation
9. Auflage, Bern 1996
- Watzlawick, Paul / Weakland, John H.** Interaktion
2. Auflage, München 1997
- Watzlawick, Paul / Weakland, John H. / Fisch, Richard** Lösungen: zur Theorie und Praxis menschlichen Wandels
6. Auflage, Bern 2001

- Weber, Gunthard** Zweierlei Glück
Heidelberg 1997
- Weber, Matthias** Beratung vor gerichtlicher Entscheidung
bei Trennung und Scheidung
ZfJ 2000, S. 361 - 367
- Weinmann-Lutz, Birgit** Kooperation und Konfliktlösung bei
Scheidungs paaren in Mediation
Aachen 2001 (Diss.)
- Weisbrodt, Franz** Familiengericht und Jugendamt in
gemeinsamer Sorge um die elterliche Sorge
KindPrax 2000, S. 35 - 44
- Weisbrodt, Franz** Beteiligung von Kindern bei Trennung und
Scheidung
JAmt (DAVorm) 2001, S. 508 - 515
- Wieczorek, Bernhard / Schütze, Rolf** Zivilprozeßordnung und Nebengesetze
Dritter Band, 2. Teilband §§ 592 - 703 d
3. Auflage, Berlin 1998
(zitiert: Wieczorek / Schütze - Bearbeiter)
- Wiener, Norbert** Kybernetik
2. Auflage Reinbeck 1968
- Wiesner, Reinhard / Mörsberger,
Thomas / Oberloskamp, Helga /
Struck, Jutta** SGB VIII
Kinder- und Jugendhilfe
2. Auflage München 2000
(zitiert: Bearbeiter in Wiesner SGB VIII Kinder- und
Jugendhilfe)

- Wilms-Faß, Antje / Symalla, Thomas**
Wege aus der Eskalation: Beratungsempfehlungen für das Scheidungsmandat
Köln 1999
- Willutzki, Siegfried**
Die Novellierung des deutschen Kindschaftsrechtes
Rpfleger 1997, S. 336 - 340
- Woertge, Friederike**
Familienrekonstruktion beim Heidelberger Institut für Mediation - Plädoyer für Selbsterfahrung in der Mediatorenausbildung
KindPrax 2000, S. 166 - 167
- Zitelmann, Maud**
Vom „Anwalt des Kindes“ zum Verfahrenspfleger?
Kind-Prax 1998, S. 131 - 135
- Zitelmann, Maud**
Kindeswohl und Kindeswille im Spannungsfeld von Pädagogik und Recht
Münster 2001 (Diss.)