

# Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013

Beiträge – Gesetzestext – Erläuterungen

**EF Spezial**

Herausgegeben von

**Dr. Edwin Gitschthaler**

Hofrat des Obersten Gerichtshofes

Mit Beiträgen von

**Susanne Beck**

**Barbara Beclin**

**Constanze Fischer-Czermak**

**Edwin Gitschthaler**

**Johann Höllwerth**

**Marco Nademleinsky**

**Valentina Philadelphy**

**Julia Schürz**

**Mathias Schuster**

**Martin Stefula**



Wien 2013

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

**Zitiervorschlag:** *Autor*, [Beitragstitel], in *Gitschthaler* (Hrsg), KindNamRÄG 2013 (2013) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung des Herausgebers, der Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-01092-8

© 2013 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: [verlag@MANZ.at](mailto:verlag@MANZ.at)

World Wide Web: [www.MANZ.at](http://www.MANZ.at)

Datenkonvertierung und Satzherstellung: Jan Donner – Satz und Grafik, 1010 Wien

Druck: Druckerei Ferdinand Berger & Söhne GmbH, 3580 Horn

## Vorwort

Gut Ding braucht Weile. Dachte wohl der österreichische Gesetzgeber. Und die Verurteilung Deutschlands durch den EGMR (Stichwort: *Zaunegger*)? Alles kein Problem. Infolge völlig anderer Rechtslage in Österreich nämlich(?!). Der Koalitionsfriede geht vor! Die Verurteilung Österreichs durch den EGMR (Stichwort: *Sporer*)? Keine Eile! Die geradezu habituelle Uneinigkeit der Regierungsparteien in wesentlichen Fragen dieser Republik will gepflegt sein. Und dann: Pech – auch der VfGH findet die Zustände im österreichischen Kindschaftsrecht im Angesicht bestehender Grund- und Verfassungsrechte für unhaltbar. Und hebt § 166 Satz 1 ABGB auf. Was jetzt? Wer hat die Obsorge für uneheliche Kinder ab dem 1. 3. 2013? Nun kommt die Maschinerie in Gang. Oder lag das Ding gar schon in der Schublade? Ein Déjà-vu jedenfalls. Erinnern wir uns an das FamErBRÄG 2004, das nur deshalb halbwegs grundrechtskonforme Anfechtungsmöglichkeiten von Vaterschaftsvermutungen brachte, weil zuvor der VfGH (aufhebend) tätig geworden war.

Aber vergessen wir das lange Zaudern und Feilschen. Hic est, das neue Kindschafts- und Namensrecht. Und wie es da ist! Da bleibt kein Auge trocken. Und vor allem kein Stein auf dem anderen. Der Systematik wegen, sagt man. Deshalb ein kräftiges Schütteln – und (fast) alle Paragraphen von § 137 bis § 267 ABGB kriegen neue Nummern. Und verschleiern den „groß“koalitionären Kompromiss (Beispiel: § 180 ABGB neu, der der Praxis noch viel Freude bereiten wird)? Ein Schelm, wer Böses denkt.

Das vorliegende Werk versucht in der Darstellung dieses legislativen Projekts einen neuen Weg zu gehen. Zeitgerecht zum Inkrafttreten des KindNamRÄG 2013 werden nicht nur die „neuen“ Gesetzestexte und die Materialien (diese sind nicht ganz unerheblich, wie etwa § 162 ABGB neu zum Thema Kindesentführungen zeigt) abgedruckt, sondern auch 13 Beiträge von Experten des Familienrechts, die es dem Verwender, der Verwenderin ermöglichen sollen, zu einem bestimmten Thema – auf einen Blick – zu erkennen, ob bzw was sich geändert hat. Wie war es bisher? Was ist jetzt? Wo liegen die Probleme? Wie sind sie zu lösen? Abgerundet wird das Werk durch einen Paragrafenspiegel, der die Umsetzung der alten Bestimmungen in die neuen (und umgekehrt) erleichtern soll.

Ich möchte mich an dieser Stelle bei allen Autorinnen und Autoren der Beiträge bedanken, die das zeitgerechte Erscheinen dieses Werks nur dadurch ermöglicht haben, dass sie ihre Weihnachtsferien – jedenfalls zum Teil –

geopfert haben. Mein Dank gilt vor allem aber auch Mag. *Nadine Bösch* vom Verlag Manz, ohne deren umsichtiges Wirken und ohne deren Kompetenz ein Scheitern nahezu vorprogrammiert gewesen wäre.

Wien, im Jänner 2013

*Edwin Gitschthaler*

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort .....	III
Abkürzungsverzeichnis & Benutzerhinweise .....	VII
Autorenverzeichnis .....	XI
<b>Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013</b>	
Gesetzestext und Materialien .....	1
<b>Paragrafenspiegel</b> .....	139
<i>Constanze Fischer-Czermak</i>	
<b>Neue Systematik des Kindschaftsrechts</b> .....	143
<i>Johann Höllwerth</i>	
<b>Neuerungen im Adoptionsrecht</b> .....	155
<i>Julia Schürz</i>	
<b>Das neue Namensrecht</b> .....	163
<i>Susanne Beck</i>	
<b>Obsorgezuweisung neu</b> .....	175
<i>Barbara Beclin</i>	
<b>Zusammenspiel von Obsorge, Betreuung und Informationspflicht nach dem KindNamRÄG 2013</b>	
Einschließlich Aufenthaltsbestimmung und Kindesentführung .....	195
<i>Johann Höllwerth</i>	
<b>Obsorgeverfahren und Durchsetzung der Obsorge</b>	
Einschließlich (vorläufige) Obsorgemaßnahmen .....	211
<i>Johann Höllwerth</i>	
<b>Gerichtliche Kontrolle der Interimskompetenz des Jugendwohlfahrts-trägers</b> .....	227
<i>Marco Nademleinsky</i>	
<b>Die neue Kontaktregelung</b>	
Einschließlich Besuchsmittler und Durchsetzung des Kontakt-rechts .....	239
<i>Edwin Gitschthaler</i>	
<b>Neuerungen im Kindesunterhaltsrecht</b> .....	257
<i>Martin Stefula</i>	
<b>Mündelgeldverwaltung neu</b> .....	275

*Johann Höllwerth*

**Familiengerichtshilfe** ..... 293

*Valentina Philadelphy und Mathias Schuster*

**Mediation zur Sicherung des Kindeswohls** ..... 311

*Johann Höllwerth*

**Erweiterte Scheidungsfolgenbelehrung** ..... 327

## Abkürzungsverzeichnis

Benutzerhinweise:

Soweit in den folgenden Beiträgen auf „ErläutRV“, „JAB“ oder „ErläutME“ verwiesen wird, sind jene zum KindNamRÄG 2013 im Original gemeint. Beiträge innerhalb des Werks werden grundsätzlich nur mit Namen der Autorin/des Autors und Seite zitiert.

aA	=	anderer Ansicht
aaO	=	am angeführten Ort
AB	=	Ausschussbericht
ABGB	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946
Abk	=	Abkommen
Abs	=	Absatz
abw	=	abweichend
aF	=	alte Fassung
AG	=	Antragsgegner(-in)
Anm	=	Anmerkung
AnwBl	=	„Österreichisches Anwaltsblatt“
ao	=	außerordentlich (-e, -em, -en, -er)
Art	=	Artikel
ASt	=	Antragsteller(-in)
ASVG	=	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189
außerehel	=	außerehelich(-e, -em, -en, -er, -es)
AußStrG	=	Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111
BG	=	Bundesgesetz; Bezirksgericht
BGBl	=	Bundesgesetzblatt
BMJ	=	Bundesministerium für Justiz
Brüssel IIa-VO	=	Verordnung (EG) 2201/2003 des Rates vom 27. 11. 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Ver- antwortung und zur Aufhebung der Ver- ordnung (EG) 1347/2000; auch EuEheVO 2003
bspw	=	beispielsweise
bzgl	=	bezüglich
bzw	=	beziehungsweise

---

ca	= circa
ders	= derselbe
DGHKÜ	= BG zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. 10. 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung BGBl 1988/513
dh	= das heißt
dies	= dieselbe
Erläut	= Erläuterungen
EF	= Sammlung Ehe- und familienrechtlicher Entscheidungen
EF-Z	= „Zeitschrift für Familien- und Erbrecht“
EGMR	= Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheG	= Ehegesetz dRGBI I 1938, 807
ehel	= ehelich(-e, -em, -en, -er, -es)
EMRK	= Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210
EP	= Eingetragene Partnerschaft
ErläutRV	= Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EvBl	= Evidenzblatt (Österreichische Juristen-Zeitung)
f	= folgende
FamErbBRÄG 2004	= Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz BGBl I 2004/58
FamRZ	= „Familienrechtszeitung“
ff	= fortfolgende
FMedG	= Fortpflanzungsmedizingesetz BGBl 1992/275
FN	= Fußnote
<i>Fucik/Kloiber</i> , AußStrG	= <i>Fucik/Kloiber</i> , AußStrG (2005)
FS	= Festschrift
GebAG	= Gebührenanspruchsgesetz 1975 BGBl 1975/136
gem	= gemäß
GP	= Gesetzgebungsperiode
HAadoptÜbk	= Haager Adoptionsübereinkommen BGBl III 1999/145
HKÜ	= Haager Kinderentführungsübereinkommen BGBl 1988/512
hM	= herrschende Meinung
Hrsg	= Herausgeber(-in)
hRsp	= herrschende Rechtsprechung



---

idF	= in der Fassung
idR	= in der Regel
ieS	= im engeren Sinn
iFamZ	= „Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht“
insb	= insbesondere
IPRG	= Internationales Privatrechtsgesetz BGBl 1978/304
iSd	= im Sinne des(-r)
iVm	= in Verbindung mit
JAB	= Justizausschussbericht
JBA-G	= Justizbetreuungsagentur-Gesetz BGBl I 2008/101
JBl	= „Juristische Blätter“
JWT	= Jugendwohlfahrtsträger
KindG	= Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts BGBl 1977/403
KindNamRÄG 2013	= Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 BGBl I 2013/15
KindRÄG 1989	= Kindschaftsrechtsänderungsgesetz BGBl 1989/162
KindRÄG 2001	= Kindschaftsrechtsänderungsgesetz BGBl I 2000/135
krit	= kritisch
leg cit	= legis citatae
leibl	= leiblich(-e, -em, -en, -er, -es)
lit	= litera
Mat	= Materialien
mE	= meines Erachtens
ME	= Ministerialentwurf
NÄG	= Namensänderungsgesetz BGBl 1988/195
NamRÄG 1995	= Namensrechtsänderungsgesetz BGBl 1995/25
nF	= neue Fassung
Nov	= Novelle
Nr	= Nummer
NZ	= „Österreichische Notariats-Zeitung“
oä	= oder ähnliches
OGH	= Oberster Gerichtshof Wien
ÖJZ	= „Österreichische Juristen-Zeitung“
österr	= österreichisch(-e, -em, -en, -er, -es)

---

PStG	= Personenstandsgesetz BGBl 1983/629
RA	= Rechtsanwalt
<i>Rechberger</i> <sup>3</sup>	= <i>Rechberger</i> (Hrsg), Kommentar zur ZPO <sup>3</sup> (2006)
<i>Rechberger</i> , AußStrG	= <i>Rechberger</i> (Hrsg), Kommentar zum AußStrG (2006)
Rsp	= Rechtsprechung
<i>Rummel</i> <sup>β</sup>	= <i>Rummel</i> (Hrsg), Kommentar zum ABGB <sup>3</sup> (2000–2007)
RV	= Regierungsvorlage
Rz	= Randzahl, -ziffer
RZ	= „Österreichische Richterzeitung“
s	= siehe
<i>Schwimann</i> , ABGB-TaKom	= <i>Schwimann</i> (Hrsg), ABGB-Taschenkommentar (2010)
<i>Schwimann/Kodek</i> <sup>4</sup>	= <i>Schwimann/Kodek</i> (Hrsg), ABGB Praxis-kommentar <sup>4</sup> Bd I (2011)
sog	= so genannte(-m, -n, -r, -s)
str	= strittig
stRsp	= ständige Rechtsprechung
SZ	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
tw	= teilweise(-m, -n, -r, -s)
ua	= und andere(-s)
uä	= und ähnliche(-s)
udgl	= und dergleichen
unehel	= unehelich(-e, -em, -en, -er, -es)
usw	= und so weiter
uU	= unter Umständen
uva	= und viele andere
UVG	= Unterhaltsvorschussgesetz BGBl 1985/451
v	= vom (beim Datum)
va	= vor allem
VfGH	= Verfassungsgerichtshof
vgl	= vergleiche
Z	= Ziffer
zB	= zum Beispiel
ZPO	= Zivilprozessordnung RGBl 1895/113
zT	= zum Teil
zust	= zustimmend
zutr	= zutreffend(-e, -em, -en, -er, -es)

## **Autorenverzeichnis**

Mag. *Susanne Beck*, Richterin des Bezirksgerichts Döbling, ständige Mitarbeiterin der EF-Z.

Ass. Prof. Dr. *Barbara Beclin*, Institut für Zivilrecht, Universität Wien.

Univ.-Prof. Dr. *Constanze Fischer-Czermak*, Institut für Zivilrecht, Universität Wien, Redaktionsmitglied der EF-Z.

Dr. *Edwin Gitschthaler*, Hofrat des Obersten Gerichtshofes, Chefredakteur der EF-Z.

Dr. *Johann Höllwerth*, Hofrat des Obersten Gerichtshofes, Redaktionsmitglied der EF-Z.

Dr. *Marco Nademleinsky*, Rechtsanwalt, Wien, ständiger Mitarbeiter der EF-Z.

Mag. *Valentina Philadelphy*, Forschungsstelle für Europäische Rechtsentwicklung und Privatrechtsreform, Institut für Zivilrecht, Universität Wien.

Mag. *Julia Schürz*, Institut für Zivilrecht, Universität Wien.

Mag. *Mathias Schuster*, Generalsekretär des Österreichischen Bundesverbandes für Mediation, Lektor an der Universität Wien.

Dr. *Martin Stefula*, Richter am Landesgericht Leoben.



## Mediation zur Sicherung des Kindeswohls

### Übersicht:

- I. Vorbemerkungen
- II. Entwicklung der Mediation im österreichischen Recht
  - A. Modellversuch & finanzielle Förderung
  - B. Eherechts-Änderungsgesetz 1999 & Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001
  - C. Zivilrechts-Mediations-Gesetz
  - D. Mediations-Richtlinie und EU-Mediations-Gesetz
- III. Neuregelung des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG
  - A. Erforderliche Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls
  - B. Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation
  - C. Teilnahme an einem Erstgespräch über ein Schlichtungsverfahren
  - D. Exkurs: Familiengerichtshilfe und Mediation
- IV. Resümee und Ausblick

### I. Vorbemerkungen

In den letzten Jahren ist die Bekanntheit und Akzeptanz von Mediation<sup>1)</sup> als Methode der **außergerichtlichen Konfliktlösung** in der Gesellschaft deutlich gestiegen. Gerade im familienrechtlichen Kontext<sup>2)</sup> wurde die Notwendig-

---

<sup>1)</sup> Allgemein zur Mediation *Besemer*, Mediation – Vermittlung in Konflikten<sup>11</sup> (2005); *Diez*, Werkstattbuch Mediation (2005); *Duss-von Werdt*, Einführung in die Mediation<sup>2</sup> (2011); *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation – Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete<sup>2</sup> (2009); *Haynes/Mecke/Bastine/Fong*, Mediation – Vom Konflikt zur Lösung<sup>2</sup> (2012); *Hösl*, Mediation – die erfolgreiche Konfliktlösung<sup>6</sup> (2011); *Köstler*, Mediation (2010); *Montada/Kals*, Mediation – Ein Lehrbuch auf psychologischer Grundlage<sup>2</sup> (2007); *Töpel/Pritz* (Hrsg), Mediation in Österreich – Die Kunst der Konsensfindung (2005).

<sup>2)</sup> Zur Familienmediation *Diez/Krabbe/Thomsen*, Familien-Mediation und Kinder (2009); *Duss-von Werdt/Mähler/Mähler*, Mediation: Die andere Scheidung (1995); *Friedman*, Die Scheidungs-Mediation – Anleitung zu einer fairen Trennung (1996); *Haynes/Bastine/Link/Mecke*, Scheidung ohne Verlierer – Familienmediation in der Praxis<sup>2</sup> (2002); *Hohmann/Morawe*, Praxis der Familienmediation<sup>2</sup> (2013); *Mähler/Mähler*, Familienmediation in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation – Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete<sup>2</sup> 457 ff; *Palkovits*, Familienmediation und Gerichtsbarkeit in *Töpel/Pritz* (Hrsg), Mediation in Österreich – Die Kunst der Konsensfindung 89 ff.

keit erkannt, Konflikte<sup>3)</sup> konsensorientiert, eigenverantwortlich und selbstbestimmt bearbeiten zu können. Auf diese Entwicklungen hat der Gesetzgeber durch die **vermehrte Einführung von Gesetzenormen** im Zusammenhang mit Mediation reagiert. Eine umfassende Regelung stellen das Zivilrechts-Mediations-Gesetz (im Folgenden ZivMediatG)<sup>4)</sup> sowie das EU-Mediations-Gesetz (im Folgenden EU-MediatG)<sup>5)</sup> dar; einzelne gesetzliche Bestimmungen finden sich ua in § 364 Abs 3 ABGB iVm Art III des Zivilrechts-Änderungsgesetzes 2004 (Mediation im Nachbarrecht bei behauptetem Entzug von Licht oder Luft),<sup>6)</sup> in § 15 a BAG (Lehrlingsmediation),<sup>7)</sup> § 16 Abs 2 UVP-G (Umweltmediation),<sup>8)</sup> § 24f BEinstG, § 15 BGStG (Mediation für Menschen mit Behinderung)<sup>9)</sup> sowie in § 79 m GTG (Mediation im Bereich Gentechnik).

In der L existieren **unterschiedliche Begriffe** zur Mediation.<sup>10)</sup> Eine Legaldefinition findet sich insb im ZivMediatG: „*Mediation ist eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen*“.<sup>11)</sup> Unter Mediation nach dem EU-MediatG ist „*ein strukturiertes Verfahren ungeachtet seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mithilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeit zu erzielen, unabhängig davon, ob dieses Verfahren von den Parteien eingeleitet, von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben wird*“, zu verstehen.<sup>12)</sup>

<sup>3)</sup> Zum Begriff des Konflikts *Glasl*, Konfliktmanagement – Ein Handbuch für Führungskräfte, Beraterinnen und Berater<sup>10</sup> (2011) 13 ff; *Schwarz*, Konfliktmanagement – Konflikte erkennen, analysieren, lösen<sup>8</sup> (2010) 15 ff; *Ballreich/Glasl*, Mediation in Bewegung<sup>2</sup> (2011) 13 ff; *Glasl/Weeks*, Die Kernkompetenzen für Mediation und Konfliktmanagement (2008) 47 ff.

<sup>4)</sup> Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen sowie über Änderungen des Ehegesetzes, der Zivilprozessordnung, der Strafprozessordnung, des Gerichtsgebührengesetzes und des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, BGBl I 2003/29.

<sup>5)</sup> Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union, BGBl I 2011/21.

<sup>6)</sup> Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Konsumentenschutzgesetz geändert werden, BGBl I 2003/91 (im folgenden ZivRÄG 2004). Zur Nachbarschaftsmediation *Auer*, Mediation – die Lösung von Nachbarkonflikten, immolex 2012, 274; *Glavac*, Mediation im Nachbarschaftsrecht, immolex 2006, 177.

<sup>7)</sup> *Gerhartl*, Außerordentliche Auflösung von Lehrverhältnissen, ZAS 2009/39; *Risak*, Die Mediation im Arbeitsrecht, ÖJZ 2012/41, 393 f.

<sup>8)</sup> *Knapp*, Grundzüge des Mediationsrechts (2012) 61 mwN.

<sup>9)</sup> *Blum*, Neue Rechte für behinderte Menschen, infas 2006, 43; *Risak*, ÖJZ 2012/41, 392 f.

<sup>10)</sup> Vgl FN 1.

<sup>11)</sup> § 1 ZivMediatG.

<sup>12)</sup> § 2 Abs 1 Z 1 EU-MediatG.

Zu Beginn wird hier ein Überblick über die Entwicklung der Mediation – insb im familienrechtlichen Kontext – geboten, der im Folgenden dazu dient, die Neuregelung des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG kritisch zu beleuchten.

## II. Entwicklung der Mediation im österreichischen Recht

### A. Modellversuch & finanzielle Förderung

Erstmals haben sich im Jahre 1993 das (damalige) Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie sowie das Bundesministerium für Justiz darauf geeinigt, einen **Modellversuch<sup>13)</sup> zur praktischen Erprobung der Mediation bei Scheidungen** durchzuführen. Diese Idee entstand aus dem Bedürfnis einer rechtlichen Etablierung der Mediation sowie, in familiären Konfliktfällen eine Alternative zu einem Gerichtsverfahren anbieten zu können.<sup>14)</sup>

Der Einsatz von Mediation bei im Familienbereich gab somit Anstoß dafür, dass Mediation zu einem legislativen Thema wurde.<sup>15)</sup> Parallel zur Einführung neuer gesetzlicher Bestimmungen<sup>16)</sup> wurde durch die Novelle des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (im Folgenden FLAG)<sup>17)</sup> mit 1. 1. 2000 erstmalig eine **gesetzliche Grundlage für die finanzielle Förderung von Familienmediation** geschaffen.<sup>18)</sup> Laut § 39 c FLAG ist eine staatliche Förderung von gemeinnützigen Einrichtungen vorzusehen, die Mediation oder Eltern- und Kinderbegleitung in Scheidungs- und Trennungssituationen anbieten.<sup>19)</sup> Geregelt wurden die Details zu den Fördermöglichkeiten erstmals in den „Richtlinien zur Förderung von Mediation sowie Eltern- und Kinderbegleitung in Scheidungs- und Trennungssituationen“ des (damaligen) Bundesministeriums für Umwelt, Jugend und Familie<sup>20)</sup>

---

<sup>13)</sup> Beim Modellversuch „Familienberatung bei Gericht, Mediation und Kinderbegleitung bei Trennung oder Scheidung der Eltern“ wurde die Mediation nach dem Konzept der Co-Mediation durchgeführt. Die Ergebnisse wurden im Jahr 1997 im Bericht „Familienberatung bei Gericht – Mediation – Kinderbegleitung bei Trennung oder Scheidung der Eltern“ des (damaligen) Bundesministeriums für Umwelt, Jugend und Familie veröffentlicht.

<sup>14)</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 4. *Filler*, Neue Wege der Konfliktregelung – Die österreichischen Modelle in *Töpel/Pritz* 245 ff.

<sup>15)</sup> *Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004/3, 41, 44.

<sup>16)</sup> Siehe II.B.

<sup>17)</sup> Bundesgesetz v 24. 10. 1967 betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen (Familienlastenausgleichsgesetz 1967), BGBl 1967/376.

<sup>18)</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 4. Allgemein zur geförderten Familienmediation *Ferz/Filler*, Mediation – Gesetzestexte und Kommentar (2003) 85 ff; *Filler*, Neue Wege der Konfliktregelung – Die österreichischen Modelle in *Töpel/Pritz* 250 ff.

<sup>19)</sup> *Bajons*, Mediation: Der Weg von einem österreichischen Pilotprojekt bis zur EU-Mediations-Richtlinie, FS Dieter Leipold zum 70. Geburtstag (2009) 503.

<sup>20)</sup> Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie, GZ 41 2200/10-IV/1/99; *Filler*, Neue Wege der Konfliktregelung – Die österreichischen Modelle in *Töpel/Pritz* 251 ff.

Die geförderte Familienmediation ist in Form der **Co-Mediation**<sup>21)</sup> – bestehend aus einem Mediator mit psychosozialer und einem mit juristischer Grundqualifikation – konzipiert,<sup>22)</sup> wobei sich ähnliche Modelle auch außerhalb der Förderungen in der Mediation im familiären Umfeld etabliert haben.

## **B. Eherechts-Änderungsgesetz 1999 & Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001**

Durch das Eherechts-Änderungsgesetz 1999 (im Folgenden EheRÄG 1999)<sup>23)</sup> und später das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (im Folgenden KindRÄG 2001)<sup>24)</sup> wurden **erstmalig gesetzliche Bestimmungen zur Anwendung der Mediation im Bereich des Zivil- sowie Zivilverfahrensrechts** geschaffen.<sup>25)</sup> Hierbei führte der Gesetzgeber die Verschwiegenheitspflicht des Mediators sowie die Hemmung der Verjährung und sonstiger Fristen durch die Mediation in das EheG ein.<sup>26)</sup> Das KindRÄG 2001 beinhaltet eine entsprechende Regelung.<sup>27)</sup> Verfahrensrechtlich wurde die Verschwiegenheitspflicht in § 320 Z 4 ZPO<sup>28)</sup> sowie § 152 Abs 1 Z 5 StPO aF (§ 157 Abs 1 Z 3 StPO nF)<sup>29)</sup> geregelt. Im Zuge dieser Reformen legte der Gesetzgeber bereits wesentliche Elemente der Mediation fest, die später auch im ZivMediatG normiert wurden.

<sup>21)</sup> Zum Begriff der Co-Mediation insb *Diez/Krabbe/Thomsen*, Familien-Mediation und Kinder Rz 565 ff; auch *Diez*, Werkstattbuch Mediation 228 ff; *Troja*, Co-Mediation in *Trenczek/Berning/Lenz* (Hrsg), Mediation und Konfliktmanagement (2012) 385 ff.

<sup>22)</sup> Vgl zur derzeitigen Regelung § 3 Abs 7 der Richtlinien zur Förderung von Mediation, GZ 42 0500/9-II/2/10.

<sup>23)</sup> Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozeßordnung, die Exekutionsordnung und die Strafprozeßordnung geändert werden, BGBl I 1999/125.

<sup>24)</sup> Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz, das Unterhaltsvorschussgesetz, die Jurisdiktionsnorm, die Zivilprozessordnung, das Außerstreitgesetz, das Rechtspflegergesetz, die Exekutionsordnung, das Personenstandsgesetz, das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, das Gerichtsgebührgesetz, die Vierte Durchführungsverordnung zum Ehegesetz, das Jugendwohlfahrtsgesetz 1989, das Bankwesengesetz und das Krankenanstaltengesetz geändert werden, BGBl I 2000/135.

<sup>25)</sup> *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG (2005) Einleitung 27 f; zur Entwicklung s insb *Hopf*, ÖJZ 2004/3, 41, 44.

<sup>26)</sup> *Hopf*, Das Eherechts-Änderungsgesetz (1999) Teil II, ÖJZ 1999, 872; *ders*, ÖJZ 2004/3, 41, 44.

<sup>27)</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 4.

<sup>28)</sup> *Schuster*, Mediation und Vernehmungsverbot im Zivilprozess, mediation aktuell 3/2012, 25.

<sup>29)</sup> *Höcher*, Mediation und Aussageverweigerungsrecht im Strafprozess, mediation aktuell 3/2012, 24.



### C. Zivilrechts-Mediations-Gesetz

Am 1. 5. 2004 trat das ZivMediatG<sup>30)</sup> in Kraft, in dem das **Berufsbild des Mediators** sowie dessen **Tätigkeit**<sup>31)</sup> erstmals gesetzlich näher ausgestaltet wurden. Zielsetzung war eine umfassende Regelung und einen festen **rechtlichen Rahmen** für den Bereich der Mediation als Methode der außergerichtlichen Konfliktlösung zu schaffen.<sup>32)</sup> Gem § 1 Abs 2 ist das ZivMediatG auf Mediationen in Zivilrechtssachen anwendbar, für deren Entscheidung an sich die ordentlichen Zivilgerichte zuständig sind.<sup>33)</sup>

Durch dieses Gesetz wurde neben der Legaldefinition des Begriffs „Mediation“<sup>34)</sup> auch erstmals der Begriff des eingetragenen Mediators in Österreich eingeführt.<sup>35)</sup> Der Bundesminister für Justiz hat eine Liste der Mediatoren sowie eine Liste der Ausbildungseinrichtungen und Lehrgänge auf dem Gebiet der Mediation zu führen; zu seiner Beratung wurde ein Beirat für Mediation eingerichtet (§§ 4 ff, §§ 8 ff, §§ 23 ff ZivMediatG). Neben den Rechten und Pflichten eingetragener Mediatoren regelt das ZivMediatG auch die Hemmung von Fristen durch die Mediation in Zivilrechtssachen.<sup>36)</sup>

### D. Mediations-Richtlinie und EU-Mediations-Gesetz

Die RL 2008/52/EG v 21. 5. 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen<sup>37)</sup> regelt die wichtigsten Schnittstellen zwischen Mediations- und Gerichtsverfahren.<sup>38)</sup> Als Zielsetzung der RL wird die Erhöhung der Attraktivität der Mediation und damit die Verbesserung des Zugangs zum Recht im europäischen Justizraum verstanden.<sup>39)</sup> Die **Umsetzung der MediationsRL** in Österreich erfolgte nicht durch Novellierung des

<sup>30)</sup> BGBl I 2003/29.

<sup>31)</sup> Zur Rolle und den Aufgaben eines Mediators *Besemer*, Mediation<sup>11</sup> 18 f, 83 ff; *Haft*, Verhandlung und Mediation<sup>2</sup> (2000) 248 ff; *Duss-von Werth*, homo mediator – Geschichte und Menschenbild der Mediation (2005); *Kracht*, Rolle und Aufgabe des Mediators – Prinzipien der Mediation in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation<sup>2</sup> 267 ff; *Weiler/Schlickum*, Praxisbuch Mediation<sup>2</sup> (2012) 10 ff.

<sup>32)</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 4.

<sup>33)</sup> *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG § 1 Rz 15 ff; *Ferz/Filler*, Mediation § 1 Erl 9 ff; *Fuchshuber*, Mediation im Zivilrecht – Neue Wege der Konfliktlösung (2004) 4 f; *Hopf*, ÖJZ 2004/3, 41, 44; *Pruckner*, Recht der Mediation (2003) 81 f.

<sup>34)</sup> Siehe dazu unter I.

<sup>35)</sup> Vgl va §§ 3, 15 ZivMediatG.

<sup>36)</sup> Vgl zum Regelungsgegenstand des Gesetzes § 2 ZivMediatG; *Kollros*, Die Rechtstellung des Mediators nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, *ecolex* 2003, 74.

<sup>37)</sup> Im Folgenden als MediationsRL bezeichnet. Zum Entwurf vgl *Mosser*, Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation – ein Zwischenbericht, *Zak* 2006/522; *Petschke/Schmutzer*, Der Entwurf der Mediations-RL, *ecolex* 2005, 493.

<sup>38)</sup> *Wagner/Thole*, Die neue EU-Richtlinie zur Mediation, *ZKM* 2/2008, 36.

<sup>39)</sup> Vgl ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 3 f.

ZivMediatG, sondern durch ein eigenes Gesetz, das mit 1. 5. 2011 in Kraft getretene **EU-MediatG**.<sup>40)</sup> Sachlich kommt das EU-MediatG gem § 1 Abs 1 EU-MediatG nur bei Mediationen in grenzüberschreitenden Streitigkeiten zur Anwendung.<sup>41)</sup> Der persönliche Anwendungsbereich ist weiter gefasst als jener des ZivMediatG. Hiervon sind nämlich nicht nur eingetragene Mediatoren erfasst.<sup>42)</sup>

Im Rahmen der Umsetzung der MediationsRL wurde auch ein **vollstreckbarer Mediationsvergleich**<sup>43)</sup> geschaffen, der nicht nur für grenzüberschreitende, sondern gleichermaßen in rein innerstaatlichen Mediationsverfahren zur Anwendung kommen. Gem § 433a ZPO kann vor jedem Bezirksgericht über den Inhalt der in einem Mediationsverfahren über eine Zivilrechtssache erzielten schriftlichen Vereinbarung ein gerichtlicher Vergleich geschlossen werden.

### III. Neuregelung des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG

Gem § 107 Abs 3 AußStrG idF des KindNamRÄG 2013 hat das Gericht im Verfahren über die Obsorge oder die persönlichen Kontakte „*die zur Sicherung des Kindeswohls erforderlichen Maßnahmen anzuordnen, soweit dadurch nicht Interessen einer Partei, deren Schutz das Verfahren dient, gefährdet oder Belange der übrigen Parteien unzumutbar beeinträchtigt werden*“. Als derartige Maßnahme kommt gem Z 2 die „*Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation oder über ein Schlichtungsverfahren*“ in Betracht. Diese Bestimmung trat mit 1. 2. 2013 in Kraft.

Schon bisher hatte das Gericht gem § 13 Abs 3 AußStrG in jeder Lage des Verfahrens auf eine einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien hinzuwirken.<sup>44)</sup> Wie soeben dargestellt, gab es in der Vergangenheit bereits einige Bestim-

<sup>40)</sup> BGBl I 2011/21; weiterführend zum EU-MediatG *Fucik*, EU-MediatG und ZivMediatG – ein Überblick, ÖJZ 2011/97; *Kloiber*, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZFRV 2011/16; *Roth/Egger*, Die EU-Mediationsrichtlinie, *ecolex* 2009, 538; *Scheuer*, Neuerungen durch Umsetzung der MediationsRL in Österreich, iFamZ 2011, 184; *dies*, Regelungen zur Mediation in Österreich nach Umsetzung der Mediations-Richtlinie in *Fucik/Konecny/Oberhammer*, Zivilverfahrensrecht, Jahrbuch 2011 (2011) 197 ff.

<sup>41)</sup> Vgl ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 8 f.

<sup>42)</sup> Vgl § 2 Abs 1 Z 1 EU-MediatG; ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 9.

<sup>43)</sup> Überblick mit Praxis-Checkliste für Mediatoren *Schuster*, Der (gerichtliche) Mediationsvergleich, *mediation* aktuell 2/2012, 17; ausf *Frauenberger-Pfeiler/Risak*, Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012/87, 799; *Frauenberger-Pfeiler*, Recht der Mediation, *mediation* aktuell 3/2011, 17; *dies*, Zur „Vollstreckbarmachung“ von Mediationsvereinbarungen in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, Zivilverfahrensrecht, Jahrbuch 2010 (2010) 237 ff; *Scheuer*, Vollstreckbarer Mediationsvergleich und neue Regelungen für grenzüberschreitende Mediationsverfahren, *Zak* 2011/267.

<sup>44)</sup> *Kriwanek*, Das neue Außerstreitverfahren (2004) 36.

mungen zur Mediation im familiären Bereich.<sup>45)</sup> Sowohl die Mediation nach ZivMediatG als auch die gem § 39c FLAG geförderte Familienmediation basieren aber vom Erstkontakt mit dem Mediator bis zum Ende des Mediationsverfahrens auf dem freiwilligen Entschluss der Parteien, diese außergerichtliche Form der Konfliktregelung in Anspruch zu nehmen. Durch die Neuregelung des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG wurde nun klargestellt, dass das Gericht im Verfahren über die Obsorge oder die persönlichen Kontakte zur Sicherung des Kindeswohls die Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation anordnen kann.<sup>46)</sup>

## A. Erforderliche Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls

Andere sog erforderliche Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls gem § 107 Abs 3 AußStrG nF sind der verpflichtende Besuch einer Familien-, Eltern- oder Erziehungsberatung (Z 1), die Teilnahme an einer Beratung oder Schulung zum Umgang mit Gewalt und Aggression (Z 3) sowie das Verbot der Ausreise mit dem Kind (Z 4) und die Abnahme der Reisedokumente des Kindes (Z 5). Zweck dieser Bestimmung ist ua, den Katalog der dem Pflegschaftsgericht zur Sicherung des Kindeswohls (eine Gefährdung des Kindeswohls ist nicht Voraussetzung) zur Verfügung stehenden Maßnahmen zu erweitern bzw klarzustellen.<sup>47)</sup>

## B. Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation

### 1. (Verpflichtende) Teilnahme und Prinzip der Freiwilligkeit

In § 107 Abs 3 Z 1 AußStrG nF wird als Möglichkeit einer erforderlichen Maßnahme zur Sicherung des Kindeswohls der **verpflichtende Besuch einer Familien-, Eltern- oder Erziehungsberatung** genannt. In diesem Fall gehen die Mat von einer Klarstellung der Kompetenz des Pflegschaftsgerichts aus, das Eltern zum Besuch der genannten Beratungen verpflichten kann.<sup>48)</sup> Unklar ist, warum der Gesetzgeber bei der Formulierung von Z 2 nicht auch den Begriff „verpflichtend“ in den Gesetzestext aufgenommen hat. Um Missverständnisse in der Praxis zu vermeiden, wäre aber auch hier – konform zu Z 1 – die ausdrückliche Normierung der **verpflichtenden Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation** wünschenswert gewesen.<sup>49)</sup>

<sup>45)</sup> Siehe dazu II.

<sup>46)</sup> ErläutRV 38 mwN; ErläutME 36 mwN zur bisherigen Streitfrage, ob das Gericht den Eltern nach § 176 Abs 1 ABGB aF bei Gefährdung des Kindeswohls durch deren Verhalten den Auftrag erteilen kann, Mediation in Anspruch zu nehmen.

<sup>47)</sup> ErläutRV 38 f; ErläutME 36 f.

<sup>48)</sup> ErläutRV 38; ErläutME 36.

<sup>49)</sup> Vgl zur Frage der Verpflichtung und der Kostentragung *Höllwerth*, 211 ff; *Thunhart*, Können Eltern gegen ihren Willen zur Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen gezwungen werden? Mediation, Erziehungsberatung, Familientherapie und Besuchsbegleitung im pflegschaftsgerichtlichen Verfahren, *iFamZ* 2011, 140 f.

Wenn das Gericht die Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation oder ein Schlichtungsverfahren anordnet, dann bringt es „sehr deutlich zum Ausdruck“, dass es diese für sinnvoll hält. Eine echte „**Zwangsmediation**“ der Eltern wird vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt, weshalb das Gericht mit der angeordneten Maßnahme nur einen **Anstoß** liefern kann, sich mit dieser Form der Konfliktbeilegung auseinanderzusetzen.<sup>50)</sup> Bereits im Begutachtungsverfahren zum Gesetzesentwurf des KindNamRÄG 2013 sprachen sich auch mehrere Mediationsverbände unter Bezugnahme auf die Freiwilligkeit gegen die verpflichtende Teilnahme an einem vollständigen Mediationsverfahren, jedoch für die verpflichtende Teilnahme an einem Erstgespräch, aus.<sup>51)</sup>

Der **Grundsatz der Freiwilligkeit**<sup>52)</sup> stellt in der Mediation nicht nur ein wichtiges Prinzip, sondern vielmehr eine Voraussetzung für die Durchführung einer Mediation dar. Keine Partei kann ohne oder gar gegen ihren Willen in den Prozess der Mediation miteinbezogen werden.<sup>53)</sup> Sofern das Gericht eine Mediation nur empfiehlt und zu diesem Zweck mit dem Verfahren innehält, stellt dies allerdings kein Durchbrechen dieses Grundprinzips dar.<sup>54)</sup> Bereits in § 1 Abs 1 ZivMediatG wird die Freiwilligkeit im Rahmen der Umschreibung des Begriffs „Mediation“ erwähnt. Dies basiert auch auf der Vorstellung, dass die betroffenen Personen im Rahmen der Mediation eigenverantwortlich eine Lösung finden und gemeinsam mit dem Mediator im Prozess die Konflikthintergründe<sup>55)</sup> herausarbeiten. Erst dadurch kann ein tieferes Verständnis des anderen erreicht werden, welches als Grundlage dient, Lösungen zu schaffen, mit denen alle Beteiligten nachhaltig zufrieden sein können.

<sup>50)</sup> ErläutRV 39; ErläutME 37.

<sup>51)</sup> Gemeinsame Stellungnahme des Österreichischen Bundesverbandes für Mediation und des Österreichischen Netzwerks Mediation zum ME 2f, wonach eine Klarstellung durch den Einschub des Begriffs „verpflichtende“ befürwortet wurde.

<sup>52)</sup> Zur Freiwilligkeit nach dem ZivMediatG *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG § 1 Rz 3; *Ferz/Filler*, Mediation § 1 Erl 3; *Fuchshuber*, Mediation im Zivilrecht, 1f; *Pruckner*, Recht der Mediation 81; zur Freiwilligkeit allgemein *Köstler*, Mediation 23; *Weiler/Schlickum*, Praxisbuch Mediation<sup>2</sup> 5ff; *Kracht*, Rolle und Aufgabe des Mediators – Prinzipien der Mediation in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation<sup>2</sup> 284f.

<sup>53)</sup> Vgl dazu 3 Ob 196/11 m NZ 2012/134, 347 (*Mayr*) = EF-Z 2012/100, 163, wonach die Mediation nicht gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden kann, selbst wenn die Mediation zweckmäßig und dem Kindeswohl dienlich erscheinen mag, sowie 1 Ob 161/97 a EvBl 1998/3, wonach bei fehlender Zustimmung der Mutter für die Teilnahme an einer Mediation auch im Verfahren außer Streitsachen die Mediation nicht vorgeschaltet werden kann.

<sup>54)</sup> *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG § 1 Rz 3.2; *Ferz/Filler*, Mediation § 1 Erl 3; *Fuchshuber*, Mediation im Zivilrecht, 1f; *Pruckner*, Recht der Mediation 81.

<sup>55)</sup> *Besemer*, Mediation<sup>11</sup> 27 ff; vgl FN 3.

Obwohl Mediation in den letzten Jahren stark an **Bekanntheit**<sup>56)</sup> gewonnen hat, ist diese Art der Konfliktklärung vielen Personen noch immer fremd. Aus diesem Grund erscheint es sehr sinnvoll, Eltern bei einem Erstgespräch über die Möglichkeiten aufzuklären und auch Grenzen<sup>57)</sup> der Mediation aufzuzeigen. Nur wenn die Parteien über ihre Handlungsmöglichkeiten ausreichend informiert sind, können sie sich für oder gegen eine Mediation entscheiden.<sup>58)</sup> Wichtig ist, dass die Eltern nach dem Erstgespräch in ihrer Entscheidung frei bleiben und dies keinerlei negativen Einfluss auf ihre Rechtsposition hat. Zudem kann eine Anordnung zur verpflichtenden Teilnahme an einem Erstgespräch durch das Gericht helfen, eine oft vorhandene **Hemmschwelle** zu überwinden, um überhaupt einen Mediator zu kontaktieren. Gerade Mediation wird mangels genauer Vorstellungen für viele Parteien erst unmittelbar bei der ersten Mediationsitzung „erlebbar“.

Den Eltern wird durch die Neuregelung des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG die Möglichkeit vorbehalten, sich während oder nach diesem Erstgespräch aus freien Stücken zu entscheiden, ob sie an einem vollständigen Mediationsverfahren teilnehmen möchten. Aus diesem Grund stellt auch die Anordnung zu einer verpflichtenden Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation keine „Zwangsmediation“ und **keinen Widerspruch zum Grundprinzip der Freiwilligkeit** dar.

Wie ein angeordnetes Erstgespräch über Mediation in der Praxis ablaufen wird, hängt auch stark von der **Kooperationsbereitschaft** der Parteien ab. Demnach stellt sich die Frage, inwieweit die Parteien zu einer aktiven Teilnahme am Erstgespräch über Mediation verpflichtet werden können oder ob die reine physische Anwesenheit genügt.<sup>59)</sup>

## 2. Teilnehmende Personen beim Erstgespräch

Der Gesetzgeber lässt offen, wer ein vom Gericht im Verfahren über die Obsorge oder die persönlichen Kontakte zur Sicherung des Kindeswohls angeordnetes Erstgespräch über Mediation oder über ein Schlichtungsverfahren führen kann. Nachdem sich weder im Gesetzestext noch in den Mat ein Verweis auf das ZivMediatG findet, ist davon auszugehen, dass **nicht nur eingetra-**

---

<sup>56)</sup> Roth/Markowetz, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen – ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBl 2004, 296, wonach (zum damaligen Zeitpunkt) aufgrund unzureichender Information der Bevölkerung über Ablauf, Wesen, Anwendungsbereiche sowie Erfolgchancen des Mediationsverfahrens die Anzahl der Mediationsverfahren in der österreichischen Praxis weit hinter der sonstiger Schlichtungs- und Schiedsverfahren zurück liegt.

<sup>57)</sup> Köstler, Mediation 55 ff; Montada/Kals, Mediation<sup>2</sup> 279 ff.

<sup>58)</sup> IdS bereits Pruckner, Recht der Mediation 44 f iZm dem ZivMediatG.

<sup>59)</sup> Krit zur Kooperationspflicht der Eltern und zur verpflichtenden Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen Thunhart, iFamZ 2011, 140 f.

**gene Mediatoren**<sup>60)</sup> zur Führung entsprechender Gespräche über Mediation berechtigt sind.<sup>61)</sup> Neben eingetragenen und nicht eingetragenen Mediatoren<sup>62)</sup> wären außerdem auch einschlägige Beratungsstellen in Betracht zu ziehen. Aufgrund der sehr offenen Formulierung erscheint es nicht denkmöglich, dass jeder – selbst eine Person ohne Mediationsausbildung – ein derartiges Erstgespräch über Mediation führen könnte. Dabei bestünde die Gefahr, dass mangels entsprechender Qualifikation das Wesen, der Ablauf, die Rechtsfolgen oder auch die Möglichkeiten und Grenzen der Mediation nicht ausreichend vermittelt werden würden. Ein derartiges Verständnis vom Erstgespräch über Mediation wird der Gesetzgeber wohl nicht vor Augen gehabt haben.

Nicht geregelt ist auch, wie die Eltern nach Anordnung durch das Gericht einen geeigneten Mediator für das Erstgespräch über Mediation **auswählen** sollen. Die Aufgabe, sich gemeinsam auf einen Mediator einigen zu müssen, könnte zusätzlich zum bereits bestehenden Konflikt weiteres Konfliktpotenzial mit sich bringen. Vorteilhaft wäre hier sicherlich eine gewisse Hilfestellung durch das Gericht.<sup>63)</sup>

Des Weiteren ist nicht geregelt, **wie viele Personen** bei einem Erstgespräch über Mediation anwesend sein sollen. Es könnte sich einerseits um ein Gespräch – so wie im weiteren Mediationsverfahren üblich – zwischen den Parteien und dem Mediator handeln oder aber unter gleichzeitiger Anwesenheit mehrerer Eltern durchgeführt werden. Nachdem der Gesetzeswortlaut zumindest von einem „Gespräch“ ausgeht, sind größere Informationsveranstaltungen ohne jeglichen Gesprächscharakter auszuschließen.

### 3. Ausgestaltung des Erstgesprächs und der (weiterführenden) Mediation

Eher unklar erscheint in diesem Zusammenhang die Ausgestaltung des Erstgesprächs über Mediation. Zwar findet sich – wie bereits oben dargestellt<sup>64)</sup> – in § 1 ZivMediatG eine Begriffsdefinition zur Mediation. Die

<sup>60)</sup> Zum Mediator: *Diez/Krabbe/Thomsen*, Familien-Mediation und Kinder 179 ff; *Duss-von Werdt*, Einführung in die Mediation<sup>2</sup> 12 f; *Köstler*, Mediation 41 ff; vgl zur Mediation nach ZivMediatG III.B.3.

<sup>61)</sup> Zum ähnlich gelagerten Problem im Zusammenhang mit dem (gerichtlichen) Mediationsvergleich, weil auch hier im Gesetzestext nur das Mediationsverfahren erwähnt wird und somit keine Klarstellung getroffen wurde, bei welchen Mediatoren das Mediationsverfahren durchgeführt werden muss. Vgl *Frauenberger-Pfeiler/Risak*, ÖJZ 2012/87, 800.

<sup>62)</sup> Zur Möglichkeit der Ausübung der Mediation in Zivilrechtssachen durch nicht eingetragene Mediatoren auch nach Einführung des ZivMediatG *Ferz/Filler*, Mediation § 15 Erl 2.

<sup>63)</sup> Zur Auswahl eines konkreten Mediators durch das Gericht aufgrund der schwierigen Situation *Nademleinsky*, 239 ff; *Thunhart*, iFamZ 2011, 140 f.

<sup>64)</sup> Siehe I. und II.C.

Schutzbestimmungen des ZivMediatG – wie bspw die Verschwiegenheit – betreffen allerdings nur Mediationen, die in den Anwendungsbereich des ZivMediatG fallen.<sup>65)</sup>

Als Beginn der Mediation gilt gem § 17 ZivMediatG der Zeitpunkt, zu dem die Parteien übereinkommen, den Konflikt durch Mediation zu lösen. In den Mat wird klargestellt, dass die Mediation spätestens mit der ersten Mediationssitzung beginnt.<sup>66)</sup> Sofern die Parteien im Rahmen des Erstgesprächs übereinkommen, eine Mediation durchführen zu wollen, kommen demnach ab diesem Zeitpunkt die **Bestimmungen des ZivMediatG** zur Anwendung. Für den gegenteiligen Fall, wenn sich die Parteien also gegen die Durchführung eines (weiterführenden) Mediationsverfahrens entscheiden, würden für dieses Erstgespräch – selbst bei einem eingetragenen Mediator – wohl nicht die Schutzbestimmungen des ZivMediatG zum Tragen kommen.<sup>67)</sup> Je nach Ausgestaltung des Erstgesprächs könnte dieses jedoch bereits als erste Mediationssitzung und somit Beginn der Mediation qualifiziert werden.<sup>68)</sup>

Für den Fall, dass sich die Parteien nach oder während des Erstgesprächs entschließen, eine Mediation beginnen zu wollen, stellt sich die Frage nach der konkreten Ausgestaltung und der **rechtlichen Grundlage**. Da generell **kein einheitliches Mediationsmodell** existiert, besteht in der Praxis eine große Vielfalt in Art und Weise der Durchführung sowie der Rolle des Mediators.<sup>69)</sup>

Sofern die Mediation in den **Anwendungsbereich des ZivMediatG** fällt, ergeben sich diverse Rechte, Pflichten sowie Rechtsfolgen:

- Durch die vom BMJ geführte Liste der Mediatoren besteht eine gewisse **Qualitätssicherung** zugunsten der Parteien, weil gem §§ 9 ff ZivMediatG bereits für die Eintragung gewisse Voraussetzungen zu erfüllen sind (etwa die fachliche Qualifikation und Vertrauenswürdigkeit).<sup>70)</sup>

---

<sup>65)</sup> Siehe dazu *Likar/Krommer*, Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60, die eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der eingetragenen Mediatoren und die Fristenhemmung auf sämtliche Mediatoren befürworten.

<sup>66)</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 20.

<sup>67)</sup> Zu dieser Problematik vgl die gemeinsame Stellungnahme des Österreichischen Bundesverbandes für Mediation und des Österreichischen Netzwerks Mediation zum ME 3.

<sup>68)</sup> Die Intention des Gesetzgebers gegen die Einführung einer „Zwangsmediation“ schränkt diese Möglichkeit erheblich ein, das Erstgespräch bereits als erste Mediationssitzung zu qualifizieren; dies zumindest dann, wenn sich die Parteien gegen eine weiterführende Mediation aussprechen; vgl dazu III.B.1.

<sup>69)</sup> *Duss-von Werdt*, Einführung in die Mediation<sup>2</sup> 34 ff; *Kessen/Troja*, Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess in *Haft/Schlieffen* 293 ff; *Montada/Kals*, Mediation<sup>2</sup> 220 ff; *Risak*, ÖJZ 2012/42, 390 mwN.

<sup>70)</sup> Zur Aufrechterhaltung der Eintragung und Fortbildung vgl § 13 Abs 2 und 3 sowie § 20 ZivMediatG.

- Der Beginn und die gehörige Fortsetzung einer Mediation durch einen eingetragenen Mediator **hemmen** Anfang und **Fortlauf der Verjährung sowie sonstiger Fristen** zur Geltendmachung der von der Mediation betroffenen Rechte und Ansprüche (§ 22 ZivMediatG).
- Der eingetragene Mediator ist gesetzlich zur **Verschwiegenheit** über die Tatsachen verpflichtet, die ihm im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurden (§ 18 ZivMediatG), damit korrespondierend ist das Aussageverweigerungsrecht im Strafprozess<sup>71)</sup> (§ 157 Abs 1 Z 3 StPO nF) und das Vernehmungsverbot im Zivilprozess<sup>72)</sup> (§ 320 Z 4 ZPO).
- Zudem treffen den eingetragenen Mediator noch **weitere Pflichten** (wie Unvereinbarkeit, Aufklärungs- und Dokumentationspflicht) allgemein und gegenüber den Parteien (§§ 15 ff ZivMediatG).
- Zur Deckung etwaiger aus der Tätigkeit entstandener Schadenersatzansprüche ist der eingetragene Mediator zum Abschluss einer **Haftpflichtversicherung** verpflichtet (§ 19 ZivMediatG).

Aufgrund der oben erwähnten Vorteile wäre für den Fall, dass sich die Parteien nach oder im Rahmen eines zur Sicherung des Kindeswohls angeordneten Erstgesprächs für die Durchführung eines (weiterführenden) Mediationsverfahrens entscheiden, eine Regelung des Gesetzgebers, in der auf die Mediation mit einem eingetragenen Mediator nach dem ZivMediatG verwiesen wird, wünschenswert gewesen.<sup>73)</sup>

### C. Teilnahme an einem Erstgespräch über ein Schlichtungsverfahren

#### 1. Ausgestaltung des Erstgesprächs und des (weiterführenden) Schlichtungsverfahrens

Als erforderliche Maßnahme zur Sicherung des Kindeswohls im Verfahren über die Obsorge oder die persönlichen Kontakte wird in § 107 Abs 3 Z 2 zweiter Fall AußStrG nF ebenso die **Teilnahme an einem Erstgespräch über ein Schlichtungsverfahren**<sup>74)</sup> aufgezählt. Unklar ist auch hier, welche Vorstellung der Gesetzgeber von der konkreten Ausgestaltung des Erstgesprächs über ein Schlichtungsverfahren vor Augen hatte.<sup>75)</sup>

<sup>71)</sup> Höcher, mediation aktuell 3/2012, 24.

<sup>72)</sup> Schuster, mediation aktuell 3/2012, 25.

<sup>73)</sup> Vgl gemeinsame Stellungnahme des Österreichischen Bundesverbandes für Mediation und des Österreichischen Netzwerks Mediation zum ME 2.

<sup>74)</sup> Allgemein zur Schlichtung: Heussen, Die Auswahl des richtigen Verfahrens – ein Erfahrungsbericht in *Haft/Schlieffen* 218 f; Köstler, Mediation 27 f; *Montada/Kals*, Mediation<sup>2</sup> 22 f; *Risak*, ÖJZ 2012/42, 389 f.

<sup>75)</sup> Vgl ähnliche Problematik zum Erstgespräch über Mediation III.B.3.



Aufgrund der gemeinsamen Aufzählung in Z 2 ist **fraglich**, ob die Anordnung zur Teilnahme an einem Erstgespräch über ein Schlichtungsverfahren als echte **Alternative zu jenem über Mediation** zu sehen ist. Zwar ist auch im zweiten Fall der Z 2 begrüßenswert, dass es sich um eine außergerichtliche Konfliktlösungsmethode handelt; gerade in Konfliktfällen im familienrechtlichen Bereich bleibt aber abzuwarten, ob eine Schlichtungsstelle einen Konflikt ebenso gut bearbeiten<sup>76)</sup> sowie eine Lösung herbeiführen kann wie eine Mediation.<sup>77)</sup>

Auch für den zweiten Fall des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG nF fehlen ein Verweis oder eine entsprechende **Legaldefinition** hinsichtlich des Schlichtungsverfahrens. Nachdem auch Schlichtungsverfahren sehr unterschiedlich ausgestaltet sein können und – wie bei der Mediation – unterschiedliche Ansätze bestehen, wäre eine Klarstellung zum Verfahren, zum Setting sowie zu den beteiligten Personen hilfreich gewesen.

Sowohl in den ErläutME als auch der RV finden sich Ausführungen zur Schlichtung unter dem Punkt „nicht erledigte Anliegen“.<sup>78)</sup> In der Vergangenheit wurde immer wieder die Forderung nach einer dem gerichtlichen Verfahren obligatorisch **vorgelagerten Schlichtung** erhoben.<sup>79)</sup> Demnach wäre es erst nach dem Scheitern eines Schlichtungsversuchs möglich, die Gerichte anzurufen. Die Umsetzung dieser bisherigen Überlegungen soll gegebenenfalls in einem eigenen Legislativprojekt erfolgen.<sup>80)</sup> Weitere Angaben zum neu eingeführten Erstgespräch über ein Schlichtungsverfahren als erforderliche Maßnahme zur Sicherung des Kindeswohls nach § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG oder dessen Ausgestaltung sucht der Rechtsanwender erfolglos.

## 2. Fehlende Einrichtung einer Schlichtungsstelle

Die Mat äußern sich zwar iVm der vorgelagerten Schlichtung zu einer **geeigneten Schlichtungsstelle**, die sozialarbeiterisch oder psychologisch besetzt sein sollte, nennen aber auch in diesem Zusammenhang **keine konkrete**.<sup>81)</sup> Auch findet sich kein Hinweis, dass in näherer Zukunft eine für die Anwendung des § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG nF passende Schlichtungsstelle eingerichtet werden soll.

---

<sup>76)</sup> Oder wie in den Mat „sich um den Streit bemühen“ kann.

<sup>77)</sup> Dies wird auch in der gemeinsamen Stellungnahme des Österreichischen Bundesverbandes für Mediation und des Österreichischen Netzwerks Mediation zum ME, 3, bezweifelt.

<sup>78)</sup> ErläutRV 10 f; ErläutME 10 f.

<sup>79)</sup> Die Mat gehen von einem Spannungsverhältnis zu Art 6 MRK aus; s dazu ErläutRV 10; ErläutME 10.

<sup>80)</sup> ErläutRV 10 f; ErläutME 10 f.

<sup>81)</sup> ErläutRV 10; ErläutME 10.

Im Begutachtungsverfahren forderten mehrere Mediationsverbände aufgrund der besseren Eignung der Mediation bei Konflikten im Familienumfeld und mangels Einrichtung einer Schlichtungsstelle die ersatzlose Streichung des zweiten Falls der Z 2. Für den gegenteiligen Fall wurde ein Vorschlag in Anlehnung an das Modell der geförderten Familienmediation<sup>82)</sup> zur Besetzung einer möglichen, bei einem einschlägigen Bundesministerium einzurichtenden Schlichtungsstelle gemacht.<sup>83)</sup>

Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte mit der nunmehrigen Situation umgehen, wie häufig ein Erstgespräch über ein Schlichtungsverfahren als erforderliche Maßnahme zur Sicherung des Kindeswohls angeordnet und wie die Einrichtung geeigneter Schlichtungsstellen tatsächlich ausgestaltet sein wird.

#### D. Exkurs: Familiengerichtshilfe und Mediation

Ebenfalls mit dem KindNamRÄG 2013 wurden die Bestimmungen der §§ 106 a und 106 b AußStrG neu eingeführt.<sup>84)</sup> In diesem Zusammenhang wurde eine weitere gesetzliche Normierung geschaffen, die Mediation fördern könnte. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll der Modellversuch<sup>85)</sup> zur Familiengerichtshilfe, der an einigen Bezirksgerichten eingerichtet wurde, nun schrittweise auf ganz Österreich ausgedehnt werden. Gem § 106 a AußStrG unterstützt die Familiengerichtshilfe das Gericht auf dessen Auftrag bei der Sammlung der Entscheidungsgrundlagen, der Anbahnung einer gütlichen Einigung und der Information der Parteien in Verfahren über die Obsorge oder die persönlichen Kontakte.

Nach den Mat ist Hauptaufgabe der Familiengerichtshilfe ein rasches Clearing bereits zu Beginn des Verfahrens. Hierbei sollen Möglichkeiten und Wege is einer **gütlichen Einigung** ausgelotet und gegebenenfalls auch bereits angebahnt werden.<sup>86)</sup> Aus Sicht der Mediation ist die Ausdehnung der Familiengerichtshilfe natürlich sehr begrüßenswert, insb wenn hierdurch ein leichter Zugang zur Mediation geschaffen werden kann.

<sup>82)</sup> Vgl II.A.

<sup>83)</sup> Gemeinsame Stellungnahme des Österreichischen Bundesverbandes für Mediation und des Österreichischen Netzwerks Mediation zum ME 3.

<sup>84)</sup> Ausf zu Familiengerichtshilfe *Höllwerth*, 293 ff.

<sup>85)</sup> Zum Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Familiengerichtshilfe, zum Modellprojekt sowie zu den fachlichen Anforderungen s insb *Barth-Richtarz*, Das Modellprojekt Familiengerichtshilfe, iFamZ 2012, 1; *Doppel*, Fachliche Anforderungen an die Familiengerichtshilfe, Besondere Herausforderungen, Chancen und mögliche Stolpersteine, iFamZ 2012, 51; *Engel*, Das Modellprojekt Familiengerichtshilfe, Eine Investition in die Qualität und Nachhaltigkeit von Obsorge und Besuchsrechtsverfahren, iFamZ 2012, 48; *Krucsay*, Begleitende Evaluierung des Modellversuchs Familiengerichtshilfe, Ein kurzer Überblick über Parameter, Methoden und Prozess, iFamZ 2012, 55.

<sup>86)</sup> ErläutRV 9; ErläutME 9.

#### IV. Resümee und Ausblick

Gem § 107 Abs 3 AußStrG nF hat das Gericht nunmehr im Verfahren über die Obsorge oder die persönlichen Kontakte die zur Sicherung des Kindeswohls erforderlichen Maßnahmen, darunter nach Z 2 auch ein Erstgespräch über Mediation, anzuordnen. Nachdem diese Anordnungsmöglichkeit nicht den Grundsatz der Freiwilligkeit in einem (weiterführenden) Mediationsverfahren durchbricht und somit auch keiner „Zwangsmediation“ gleichkommt, kann mit dieser Maßnahme eine mögliche Hemmschwelle hinsichtlich des Erstkontakts oder der Inanspruchnahme einer Mediation überwunden und mangelnder Information der Parteien entgegengewirkt werden.

Da Mediation im familiären Bereich eine bewährte und bestens geeignete Form der Konfliktlösung darstellt und nicht mit der baldigen Einrichtung einer geeigneten Schlichtungsstelle zu rechnen ist, ist die ebenfalls in Z 2 vorgesehene Anordnung eines Erstgesprächs über ein Schlichtungsverfahren derzeit in der Praxis als wenig zielführend einzustufen.

Die neuerliche gesetzliche Verankerung der Mediation trägt einerseits zu einem höheren Bekanntheitsgrad dieser Methode der Konfliktlösung bei und wird andererseits dahingehend auch eine verstärkte Auseinandersetzung mit Mediation in der Praxis fördern. Wünschenswert wäre eine baldige bedarfsorientierte Ausdehnung diesbezüglicher Anordnungsmöglichkeiten durch den Gesetzgeber. Die Normierung eines verpflichtenden Erstgesprächs über Mediation würde auch in vielen anderen Bereichen des österr Rechts die Möglichkeit erleichtern, eine außergerichtliche Einigung herbeizuführen. Nicht nur die betroffenen Parteien könnten von eigenverantwortlich erarbeiteten und somit zufriedenstellenden Lösungen profitieren, es ginge damit auch eine deutliche Entlastung der Gerichte einher.

In einer abschließenden Gesamtbetrachtung ist die neue Anordnungsmöglichkeit gem § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG nF im Hinblick auf eine nachhaltige Lösung familiärer Konflikte sehr zu begrüßen. Allerdings bleibt abzuwarten, ob und wie häufig die Gerichte ein Erstgespräch über Mediation zur Sicherung des Kindeswohls anordnen. Zudem wird sich zeigen, wie in der Praxis mit den tw unbestimmten sowie fehlenden Regelungen und den dadurch resultierenden Unklarheiten umgegangen werden wird.