

4  
SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT  
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

FAMPRA.ch

Rolf Vetterli

# Auf dem Weg zum Familiengericht

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER  
ANDREA BÜCHLER



STÄMPFLI VERLAG AG BERN

[www.schriftenreihe.famp.ra.ch](http://www.schriftenreihe.famp.ra.ch)

## Vorwort

Man soll die Feste feiern, wie sie fallen. Allerdings fallen sie meistens doch nur auf ein Jubiläum. Gefeiern wird die Vergangenheit, zu der man nichts beigetragen hat und an der nichts mehr zu ändern ist. Diesmal möchten wir das nicht so halten. Wir wollen gewissermassen auf Vorrat die Zukunft feiern. Der Kanton St.Gallen hat nämlich erst vor kurzem seine Gerichtsverfassung geändert und dabei grundsätzlich anerkannt, dass weder der gesunde Menschenverstand, der oft nicht mehr ist als eine bibliophile Ausgabe von Vorurteilen, noch das juristische Schulwissen für den Umgang mit Familien vor Gericht ausreicht.

Das hat vor allem mit dem neuen Scheidungsrecht zu tun, das ja nicht mehr so neu ist und es vielleicht in einigen Punkten auch gar nie war. Man mag darüber sagen, was man will. Eines wird man ihm jedenfalls zugute halten müssen: Es hat auch ein neues Scheidungsbild geschaffen, das Ideal der Scheidung in eigener Verantwortung nämlich. Ehepartner brauchen sich nicht mehr scheiden zu lassen, sie können selber voneinander scheiden. Sie müssen sich nicht mehr einem Urteil unterwerfen, sondern können einen Vertrag schliessen und sich dann hoffentlich auch wieder besser vertragen. Das Gericht ist nicht mehr das Konkursamt, welches gescheiterte Ehen liquidieren muss, sondern ein Notariat, welches die Abmachungen der Ehepartner zu protokollieren hat. Freilich bleibt es eine ziemlich grosse Zumutung, von Eheleuten zu verlangen, dass sie ausgerechnet beim Abschied zusammenwirken und sich gerade aus Anlass der Trennung wieder finden. Sie wären dringend auf Beistand angewiesen. Da sind sie bei Gericht aber vielleicht noch an der falschen Adresse. Gerichte sind darauf programmiert, die komplexe Realität auf einen einfachen Sachverhalt zu reduzieren und daraus Rechtsansprüche abzuleiten. Die Scheidung ist aber kein reines Rechtsproblem, sie ist vor allem eine persönliche Krise und allenfalls auch noch eine wirtschaftliche Katastrophe. Sie spielt sich nicht bloss auf der Sachebene ab, sondern auch auf der Beziehungsebene. Der Forderung, doch bitte sachlich zu bleiben, steht die Erkenntnis gegenüber, dass Störungen den Vorrang haben. Man muss auch heftige Gefühle des Zorns und der Trauer zulassen, sie sind unvermeidlich und nützlich, weil sie schon ein erstes Zeichen des Wandels darstellen. Ist die Trennungskrise einmal bewältigt, so wird Hilfe oft gar nicht mehr benötigt. Es ist so, als wäre ein Baumstamm am Ufer fest geklemmt: Kommt er erst einmal in Fahrt, so findet er von selbst seinen Weg den Fluss hinunter (MICHAEL BALINT). Den Juristen, besonders jenen männlichen Geschlechts – ich darf das so sagen, weil ich selbst zu dieser besonderen Gat-

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2004

Gesamtherstellung:  
Stämpfli AG, Publikationen, Bern  
Printed in Switzerland

ISBN 3-7272-2852-0

## Braucht die Schweiz Familiengerichte?\*

Ingeborg Schwenzer, Prof. Dr. iur., LL.M., Universität Basel

---

**Stichworte:** *Familiengericht, Verfahrensrecht, Zivilprozess, Médiation*

---

### Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	91
II.	Familienkonflikt und allgemeiner Zivilprozess	92
III.	Die Aufgabe der Gerichte im System der mit Familie befassten Professionen	96
IV.	Rechtsvergleichender Überblick	99
	1. Die „kleine“ Lösung	99
	2. Das „grosse“ Familiengericht	100
V.	Wie könnten Schweizer Familiengerichte aussehen?	102
	1. Zuständigkeit	102
	2. Besetzung des Familiengerichtes, Aus- und Weiterbildung der Gerichtspersonen	104
	3. Familienverfahrensrecht	106
	4. Das multi-door courthouse	107
VI.	Schlussbetrachtung	109

---

\* Für wertvolle wissenschaftliche Unterstützung danke ich meiner wissenschaftlichen Assistentin Frau lic.iur. MICHELLE COTTIER, MA.

## I. Einleitung

Gestatten Sie mir, mit einem Zitat zu beginnen:

„Der Gedanke eines Familiengerichts, das aus einer Verschmelzung von Ehe- und Waisengericht gebildet wäre, ist nicht neu, sondern ist schon vor Jahren angeregt worden und hat schon damals Beistimmung gefunden. Der Hauptgrund, der dafür spricht, ist der, daß dadurch die Thätigkeit des Ehegerichts einen erfreulicheren und angenehmeren Zuwachs erhalte, und daß der Richter nicht in einer zu speciellen, einseitigen Anwendung des Rechts befangen wäre, sondern eine allgemeinere Thätigkeit erhalte und sein Gesichtskreis sich erweitern würde.“<sup>1</sup>

Diese Sätze wurden nicht etwa jüngst geäussert, sie finden sich vielmehr in den Motiven für den Entwurf eines neuen Civilgesetzes für den Canton Basel-Stadt, dem Grossen Rat vorgelegt am 4. Dezember 1865. An Aktualität haben sie indessen bis heute nichts eingebüsst. „So bewegt sich der Richter in Ehesachen auf einem eigenthümlichen Boden, ... und selbst wo rein und unvermischt mit andern Elementen bloss eine civilrechtliche Frage vorzuliegen scheint, verlangen immer wieder die persönlichen Verhältnisse Berücksichtigung sowohl in der Form des Proceßganges als in der Art und Weise der materiellen Cognition des Richters.“<sup>2</sup> Dieses Gericht würde in vollem Sinne „den Charakter eines Familiengerichts (wahren), in dem nun alle aus den Familienverhältnissen entstehenden Streitigkeiten seiner Untersuchung und Entscheidung unterstellt“<sup>3</sup> wären. Dem Familiengericht sollten – wie bis dahin den Ehegerichten – zwei Geistliche angehören, Laienrichter an ihm beteiligt sein, während sein Vorsitzender Jurist zu sein habe. Auch sollte die besondere Einrichtung der Amtleute beibehalten werden, denn „es ist das der sicherste Schutz gegen das Eindringen von Geschäftsleuten und Winkeladvokaten in diesen Kreis von Rechtssachen, in welchem sie gefährlicher werden könnten als irgendwo sonst.“<sup>4</sup> Selbstverständlich war für dieses Familiengericht auch eine besondere Verfahrensordnung<sup>5</sup> vorgesehen, die unter anderem eine Art Vorverfahren vor dem Präsidenten des Familiengerichtes vorsah, um eine gütliche Beilegung des Streits zu fördern<sup>6</sup>.

1 Motive zu dem Entwurf eines Civilgesetzes für den Canton Basel-Stadt, Basel 1866, 107.

2 Motive (Fn. 1), 104.

3 Motive (Fn. 1), 108.

4 Motive (Fn. 1), 109.

5 Entwurf eines Gesetzes über Organisation und Proceßgang des Familiengerichts, Beilage I zum Entwurf eines Civilgesetzes für den Canton Basel-Stadt, 1865.

6 Motive (Fn. 1), 110.

Der Basler Entwurf des Civilgesetzes von 1865 ist bekanntlich nie Gesetz geworden<sup>7</sup>. Und auch in seinem prozessualen Teil war ihm kein Erfolg beschieden. Vielmehr konnten sich die Kritiker, welche die Vereinigung aller Zivilsachen beim Zivilgericht forderten, schliesslich durchsetzen. Wären die Mehrheitsverhältnisse damals anders gewesen, wer weiss, ob dann nicht die Schweiz Vorreiterin einer Familiengerichtsbewegung gewesen wäre.

So jedoch stellen wir uns auch hier und heute die Frage „Braucht die Schweiz Familiengerichte?“ Die entscheidenden Gesichtspunkte, um die es geht und die ich in der Folge erörtern möchte, wurden bereits in der Begründung seitens der Grossratskommission unter ANDREAS HEUSLER angesprochen: Gibt es Besonderheiten des Familienkonfliktes, die ihn von anderen zivilrechtlichen Streitigkeiten unterscheiden, und denen durch herkömmliche Zivilgerichte nicht hinreichend Rechnung getragen werden kann? Welche Zuständigkeiten sollte ein derartiges Familiengericht besitzen? Wie sollte es besetzt sein? Wie ist sein Verhältnis zu anderen mit Familienkonflikten befassten professionellen Institutionen? Braucht es eine besondere Verfahrensordnung und was wären deren wichtigste Merkmale?

## II. Familienkonflikt und allgemeiner Zivilprozess

Lassen Sie mich zunächst mit den Eigentümlichkeiten des Familienkonfliktes im Vergleich zu anderen – normalen – zivilrechtlichen Streitigkeiten beginnen.

Im klassischen Bereich des Zivilrechts, dem Obligationenrecht, geht es um Ansprüche, die aus einem in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt resultieren. Die Aufgabe des Gerichtes besteht primär darin, so objektiv wie möglich aufzuklären, was wirklich passiert ist, und das Recht auf dieses Geschehen anzuwenden. In diesem Rahmen ist das Ermessen des Gerichts in der Regel sehr beschränkt.

Dem entspricht die Struktur des klassischen Zivilprozesses, der letztlich auf den römisch-kanonischen Zivilprozess zurückgeht, der streng, sehr formalistisch und ganz dem „Streitgedanken“, dem Denken in Aktionen, in Ansprüchen verpflichtet war<sup>8</sup>. Dies ist auch heute noch die Basis, auf der wir Jus-Studierende ausbilden, indem wir ihnen immer wieder das Falllösungsschema eintrichtern: „Wer verlangt was von wem woraus?“

<sup>7</sup> Mit Ausnahme des 1884 erschienenen Spezialgesetzes über eheliches Güterrecht und Erbrecht, das auf dem Entwurf von HEUSLER aufbaute, vgl. HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 2. Aufl., bearbeitet von MUTZNER, Band I, erste Lieferung, Basel 1932, 110 f.

<sup>8</sup> Vgl. STREMPPEL, in: HAFT/SCHLIEFFEN, Handbuch Mediation, München 2002, § 4 N 4.

Ganz anders stellt sich der familienrechtliche Konflikt dar. Hier geht es um das Kindeswohl, um künftigen Unterhalt von Kindern und ehemalige Partnern, die Zuteilung der Familienwohnung, um Massnahmen bei häuslicher Gewalt etc. Spätestens seit sich das materielle Familienrecht von Ver schulden gesichtspunkten abgewandt hat, sollte nicht mehr im Mittelpunkt stehen, wer, wann, wem, was gesagt und angetan hat, sondern es sind prognostische Wertentscheidungen gefordert<sup>9</sup>. Wie wird sich die Beziehung zwischen Kind und Eltern entwickeln? Welche Auswirkungen hat die Fremdplatzierung eines misshandelten Kindes auf das Restsystem der Familie? Is eine Aufnahme der Erwerbstätigkeit neben der Kinderbetreuung zumutbar. Bestehen für einen Wiedereinstieg in das Erwerbsleben aufgrund der Arbeitsmarktsituation überhaupt realistische Chancen?

Auch die Parteien in familienrechtlichen Verfahren unterscheiden sich grundlegend von denen in anderen Zivilverfahren. In mindestens der Hälfte aller familienrechtlichen Verfahren sind Kinder involviert, mit denen Gerichte sonst kaum in Berührung kommen<sup>10</sup>. Gerade während Trennung und Scheidung der Eltern und in sonstigen familiären Krisensituationen sind die Kinder besonders verwundbar und brauchen Sicherheit und Unterstützung. Auch im Hinblick auf die Erwachsenen begegnen wir im familienrechtlichen Verfahren Menschen, die sich in einer existenziellen Krise befinden, oft zu tiefst verletzt, verunsichert und verzweifelt, häufig voller Wut- und Rachegefühle<sup>11</sup>.

Eine weitere Besonderheit familienrechtlicher Verfahren stellen interkulturelle Probleme dar. Ungefähr ein Viertel der an einem Scheidungsverfahren beteiligten Personen sind Ausländerinnen und Ausländer<sup>12</sup>. Bei Kinderschutzmassnahmen dürfte der Anteil vermutlich noch höher liegen. Ganz abgesehen von sprachlichen Verständigungsschwierigkeiten sind die Gerichte hier plötzlich mit ganz anderen kulturell geprägten Wertvorstellungen<sup>13</sup>, mit

<sup>9</sup> Vgl. dazu eingehend STRECKER in diesem Band; SALGO, Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden?, FamRZ 1984, 221, 225 f.

<sup>10</sup> Allein im Bereich des Scheidungsrechts waren im Jahr 2001 in 46% der Scheidungen unmündige Kinder betroffen, Quelle: Bundesamt für Statistik, Sektion Bevölkerungsentwicklung.

<sup>11</sup> Vgl. TEXTOR, Scheidungszyklus und Scheidungsberatung, Göttingen 1991, 25 ff.

<sup>12</sup> So hatten 25% der im Jahre 2001 geschiedenen Männer und 20% der geschiedenen Frauen eine ausländische Staatsangehörigkeit. Quelle: Bundesamt für Statistik, Sektion Bevölkerungsentwicklung.

<sup>13</sup> Zur Notwendigkeit des Wissens um Rechtsverständnis und Rechtskultur von eingewanderten Minderheiten vgl. BÜCHLER, Das islamische Familienrecht: Eine Annäherung, Bern 2003, 7 ff.

ganz anderen Familienstrukturen als den ihnen wohl vertrauten konfrontiert<sup>14</sup>.

Aus diesen Eigenarten des Familienkonfliktes und der familienrechtlichen Verfahren ergeben sich besondere Anforderungen an die mit diesen Verfahren befassten Richterinnen und Richter.

Es sind einmal Anforderungen an die juristisch-fachlichen Kompetenzen. So ist es praktisch unmöglich, eine sachgemessene Unterhaltsregelung zu treffen, ohne die steuer-, sozial- und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen zu kennen und in die Betrachtung miteinzubeziehen. Ist ein Partner Ausländer, können schwierige internationalprivatrechtliche<sup>15</sup> und ausländerechtliche<sup>16</sup> Probleme auftreten.

Gefordert ist sodann eine interdisziplinäre Kompetenz<sup>17</sup>. Dies beginnt bei gewissen unabdingbaren soziologischen und soziodemographischen Kenntnissen von Fakten, die auch Auswirkungen auf den Einzelfall haben, und geht bis hin zu Grundkenntnissen der Pädiatrie, Psychologie und Psychiatrie.

Zwar wird niemand vom Richter oder der Richterin erwarten, dass er oder sie selbst fähig wäre, z.B. Diagnosen zu stellen, aber es muss doch zumindest die Fähigkeit zum kompetenten interdisziplinären Gespräch mit Fachpersonen anderer Professionen vorhanden sein<sup>18</sup>. Vor allem aber sind

- <sup>14</sup> Lösungen im familienrechtlichen Umgang mit ethnisch-kulturellen Minderheiten hat insbesondere Neuseeland in bezug auf die Kultur der Maori entwickelt. So ist seit Inkrafttreten des *Children, Young Persons and Their Families Act 1989* in Jugendstraf- und Kinderschuttfällen die Durchführung von *Family Group Conferences* möglich, in denen die erweiterte Familie in die Entscheidungsfindung einbezogen wird, vgl. ATKIN, New Zealand: The Family Court – Ten Years Experience, 31 J.Fam.L. 397, 404 (1992-93). In Frankreich wurden gute Erfahrungen mit dem Einsatz von ethnopsychiatrischen Gutachten und kulturellen Mediationspersonen gemacht, vgl. BRUEL, Une expérience en cours au Tribunal pour enfants de Paris, Migrations Société, 40-41 (1995), 83 ff.
- <sup>15</sup> Vgl. etwa zu den ungelösten internationalprivatrechtlichen Problemen des Scheidungsrechts im deutsch-schweizerischen Verhältnis HENRICH, Wenn Schweizer sich in Deutschland scheiden lassen, FS Hausheer, Bern 2002, 235 ff.
- <sup>16</sup> Vgl. etwa SPESCHA, Fremdenpolizei als Scheidungsrichterin, plädoyer 2002, H. 2, 32 ff.
- <sup>17</sup> Vgl. für die Beurteilung der Kindeswohlgefährdung MÜNDER/SCHONE, Sicherung des Kindeswohls zwischen Jugendhilfe und Justiz – Anforderungen und Perspektiven, in: HOF/LÜBBE-WOLF (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, Baden-Baden 1999, 439, 453.
- <sup>18</sup> Besonders zentral ist diese Fähigkeit bei der Heranziehung von Expertinnen und Experten für die Erstellung von Gutachten (dazu SALZGEBER, Familienpsychologische Gutachten, 3. Aufl., München 2001; WESTHOFF/KLUCK, Psychologische Gutachten schreiben und beurteilen, Berlin 2003) und im Rahmen der Zusammenarbeit mit anderen Fachstellen, die mit einem Fall befasst sind. Zum Problem der Verständigungsschwierigkeiten zwischen den Disziplinen vgl. KING/PIPER, How the Law Thinks about Children, 2. Aufl., Aldershot 1995.

bestimmte Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Kommunikationsfähigkeit und Empathie gerade im familienrechtlichen Verfahren unabdingbar<sup>19</sup>.

Nach allen publizierten Untersuchungen und Erfahrungsberichten bleibt die Gerichtswirklichkeit bis heute noch weit hinter diesen Anforderungen zurück. Defizite beginnen bereits bei der juristischen Fachkompetenz, wo schon einfache Fälle mit Auslandsberührung für Gerichte ein Buch mit sieben Siegeln darstellen. Sie zeigen sich insbesondere aber auch im kommunikativen Bereich, wo es oft an grundlegenden Fähigkeiten mangelt. Dies wird beispielsweise aus einer rechtssoziologischen Untersuchung<sup>20</sup> von Eheschutzverfahren im Kanton Basel-Stadt besonders klar. Gemäss der Studie scheint vor allem der Umgang mit dem Thema häusliche Gewalt äusserst problematisch und für die Betroffenen wenig hilfreich<sup>21</sup>. Auch die Ausrichtung auf die Zukunft fällt Gerichten schwer; dasselbe gilt für den Umgang mit Ambivalenz<sup>22</sup>, den Juristinnen und Juristen, die in ihrer Ausbildung dazu erzogen werden zu wissen, was richtig und was falsch ist, nie gelernt haben.

Wenig erstaunt auch, dass Gerichte entgegen dem aus Art. 12 UN-KRK folgenden Gebot Kinder und Jugendliche so wenig wie möglich anhören<sup>23</sup>. Falls es dann doch einmal geschieht, finden Kinder sich im Gerichtssaal nach wie vor oft in der Rolle des Objekts wieder, über dessen weiteren Verbleib es zu urteilen gilt, statt als Subjekt, dessen Ängste und Wünsche wichtig genommen werden und das seinerseits etwas zur Reorganisation der Familie beitragen kann<sup>24</sup>.

- <sup>19</sup> Vgl. auch § 5a Abs. 3 S. 1 Deutsches Richtergesetz (DRiG) i.d.F. des Gesetzes zur Reform der Juristenausbildung vom 11.7.2002, in Kraft seit 1.7.2003, BGBl. 2002 I, Nr. 48, 2592.
- <sup>20</sup> Vgl. GLOOR/MEIER, Bericht zur Eheaudienz des Zivilgerichts im Kanton Basel-Stadt, Soziologische Untersuchung im Rahmen der wissenschaftlichen Begleitung des Projekts Halt-Gewalt, Bericht zuhanden des Projekts, Oktober 1998 (Nr. 6); GLOOR et al., Interventionsprojekte gegen Gewalt in Ehe und Partnerschaft, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 164 ff.
- <sup>21</sup> Inzwischen ist das Basler Zivilgericht im Rahmen des Interventionsprojekts „Halt Gewalt“ in bezug auf die Bedürfnisse von Opfern häuslicher Gewalt geschult worden.
- <sup>22</sup> Vgl. VETTERLI, Mediation und Gericht aus schweizerischer Sicht, Familiendynamik 2003, 390, 394.
- <sup>23</sup> Vgl. VETTERLI, Familiendynamik 2003, 390, 395; zur Bedeutung der Fortbildung der Gerichtspersonen BALTZER-BADER, Die Durchführung der Anhörung des Kindes durch das Gericht, in: HEER/PFISTER-LIECHTI (Hrsg.), Das Kind im Straf- und Zivilprozess, Bern 2000, 45, 56.
- <sup>24</sup> Vgl. VETTERLI, Familiendynamik 2003, 390, 395.

### III. Die Aufgabe der Gerichte im System der mit Familie befassten Professionen

Nun mag eingewandt werden, dass die Gerichte angesichts der Bedeutung der anderen Professionen im Rahmen des Familienkonflikts heute nur noch eine eher untergeordnete Rolle spielen, dass es deshalb auf ihre Qualität nicht mehr so sehr ankäme. Denn seit Anerkennung der einverständlichen Scheidung auch im Gesetz kommt nunmehr überall der Richterin und dem Richter in über 90% aller Scheidungsfälle<sup>25</sup> mehr oder weniger nur noch die Funktion einer Urkundsperson zu. Die in der Scheidungskonvention zu bestimmenden Einzelheiten werden im Rahmen einer dem Gerichtsverfahren vorausgehenden Mediation ausgehandelt und/oder von den beteiligten Anwältinnen und Anwälten ausgearbeitet. Diese Tendenz wird in Zukunft weiter zunehmen. Denn dass eine im Rahmen einer Mediation vereinbarte und von beiden Parteien getragene Lösung für alle Beteiligten besser ist als eine autoritative Entscheidung durch streitiges Urteil, hat sich mittlerweile in breiten Bevölkerungs- und Juristenkreisen herumgesprochen.

Anwältinnen und Anwälte spezialisieren sich zunehmend und erlangen damit einen höheren Grad an Professionalität. Die Einführung der Fachanwaltschaft<sup>26</sup> lässt einen weiteren kräftigen Schub auch in Richtung interdisziplinärer Aus- und Fortbildung erwarten.

Die Professionalisierung wird voraussichtlich auch bei den Vormundschaftsbehörden stark zunehmen. Nach dem seit Juni 2003 vorliegenden Vorentwurf zur Totalrevision des Vormundschaftsrechtes<sup>27</sup> soll an die Stelle der bisher – kantonale höchst unterschiedlich ausgestalteten – Vormundschaftsbehörde ein interdisziplinär besetztes Fachgericht treten<sup>28</sup>. Dieses soll als Erwachsenen- und als Kinderschutzbehörde tätig werden. Den Kantonen wird die Pflicht auferlegt, mit Unterstützung des Bundes für geeignete Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten zu sorgen<sup>29</sup>.

Welche Aufgaben kommen dem mit Familiensachen befassten Gericht in einem sich solchermassen verändernden Umfeld zu? Kann angesichts der stärkeren Professionalisierung der anderen Berufsgruppen auf eine Spezialisierung der Gerichte verzichtet werden oder drängt sich eine solche im Gegenteil zunehmend auf?

<sup>25</sup> Im Jahre 2001 beruhten 93,5% der Scheidungen auf einer umfassenden Einigung (Art. 111 ZGB), Quelle: Bundesamt für Statistik, Sektion Bevölkerungsentwicklung.

<sup>26</sup> Vgl. Anwaltsrevue 04/2002, insbesondere Reglement Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV: Entwurf vom 9.4.2002, Anwaltsrevue 04/2002, 34 ff.

<sup>27</sup> Bericht und Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom Juni 2003.

<sup>28</sup> Art. 443 ZGB i.d.F. VE Erwachsenenschutz.

<sup>29</sup> Art. 446 ZGB i.d.F. VE Erwachsenenschutz.

sierung der Gerichte verzichtet werden oder drängt sich eine solche im Gegenteil zunehmend auf?

Betrachten wir zunächst das Gros der Familiensachen, die einverständlichen Scheidungen mit vorliegender umfassender Konvention. Nach Art. 140 ZGB hat das Gericht die Scheidungskonvention zu genehmigen, „wenn es sich davon überzeugt hat, dass die Ehegatten aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung die Vereinbarung geschlossen haben und diese klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist.“ Die Frage ist, ob es dem Gericht ansteht, das von den Parteien in unter Umständen mühsamen und langwierigen Verhandlungen Vereinbarte zu hinterfragen und gegebenenfalls umzustossen<sup>30</sup>. Diese Frage kann nicht pauschal beantwortet werden.

Bei kurzen kinderlosen Ehen kann im Normalfall davon ausgegangen werden, dass kein Ehegatte ehebedingte Nachteile erlitten hat, bzw. diese mehr oder weniger nach Scheidung wieder ausgleichen kann. Hier kann getrost auf eine gerichtliche Kontrolle der Scheidungskonvention verzichtet werden<sup>31</sup>. Man mag insoweit sogar für eine reine Registerscheidung<sup>32</sup> eintreten, denn das gerichtliche Verfahren verkommt hier zu einer Farce, einer „parodie“<sup>33</sup>, einem „tributè to hypocrisy“<sup>34</sup>, was weder dem Ansehen der Justiz noch der Ehe förderlich ist.

Anders sieht es aus, wenn Kinder aus der Ehe hervorgegangen sind oder die Ehe lange gedauert hat. Bei unmündigen Kindern geht es einmal um die Wahrung der Kindesinteressen<sup>35</sup>. Auch bei Einigkeit der Eltern könnte das Gericht insoweit eine wichtige Funktion wahrnehmen, indem es Kinder auf jeden Fall anhört, um ihnen damit auch das Gefühl der Subjektstellung und eigenständigen Bedeutung im Scheidungsverfahren zu vermitteln. Denn die Mediation kämpft derzeit noch mit der Frage des angemessenen Einbezugs von Kindern<sup>36</sup>.

Vor allem aber geht es bei Ehen, aus denen Kinder hervorgegangen sind, auch um den Schutz des kinderbetreuenden Ehegatten, d.h. regelmässig der Ehefrau. Es ist auch heute noch davon auszugehen, dass eine Frau, die zwei

<sup>30</sup> Für eine offene Inhaltskontrolle: BGE 121 III 393, 396; BINKERT/WYSS, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 277 f.; PraxKomm/LEUENBERGER/SCHWENZER, Art. 140 ZGB, N 20; vgl. auch BaslerKomm/GLOOR, Art. 140 ZGB, N 12.

<sup>31</sup> So auch VETTERLI, Familiendynamik 2003, 390, 403.

<sup>32</sup> Vgl. SCHWENZER, Registerscheidung?, FS Henrich, Bielefeld 2000, 533, 543.

<sup>33</sup> THERY, Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Paris 1998, 124.

<sup>34</sup> KRAUSE, Family law in a nutshell, 3. Aufl., St. Paul (Minn.) 1995, 397.

<sup>35</sup> Vgl. PraxKomm/LEUENBERGER/SCHWENZER, Art. 140 ZGB, N 15 f.

<sup>36</sup> Vgl. DIEZ/KRABBE/THOMSEN, Familien-Mediation und Kinder, Köln 2002.

Kinder gross zieht oder gross gezogen hat, im Durchschnitt zehn Jahre nicht oder nicht voll gearbeitet hat, was entsprechende Lücken in der Erwerbsbiographie und Vorsorgedefizite auslöst<sup>37</sup>. Auch nach langer Ehe – selbst ohne Kinder<sup>38</sup> – werden oft irreparable ehebedingte Nachteile vorliegen. Dass gerade diese Frauen nicht oder jedenfalls nicht ausreichend in der Lage sind, ihre Interessen im Rahmen der Aushandlung einer Scheidungskonvention wahrzunehmen und durchzusetzen, darf mittlerweile als gesichert betrachtet werden<sup>39</sup>. Deshalb stehen nach wie vor viele gender-bewusste Autorinnen der Mediation skeptisch gegenüber<sup>40</sup>. In diesen Fällen muss deshalb der Schutz der Schwächeren durch die gerichtliche Kontrolle der Scheidungskonvention sicher gestellt werden<sup>41</sup>.

Erst recht behält das Gericht seine Bedeutung in jenen Scheidungsf llen, in denen aussergerichtlich keine oder keine vollständige Konvention zu Stande kommt oder womöglich nicht einmal im Scheidungspunkt Einigkeit vorliegt<sup>42</sup>. Auch wenn aussergerichtliche Mediation gescheitert ist oder von den Parteien nicht gewünscht wurde, kann das Gericht – selbst wenn es nicht in die Mediatorenrolle schlüpfen darf – doch noch im Wege von Vergleichsverhandlungen eine gewisse Befriedung erzielen. Vor allem aber bleibt es die genuine Aufgabe des Gerichts, in hoch streitigen Verfahren den gordischen Knoten durch autoritatives Urteil zu durchschlagen.

Kommt demnach auch in der heutigen Situation dem Gericht eine bedeutende Rolle in der Mehrzahl der Scheidungsverfahren zu, so erfordert die stärkere Professionalisierung der anderen mit Scheidung befassten Berufsgruppen – Mediationspersonen, Anwaltschaft, aber auch Vormundschaftsbehörden – zwangsläufig eine Spezialisierung der Gerichte. Denn wie will ein

37 Vgl. BAUER, Die Familienfalle: wie und warum sich die Familiensituation für Frauen und Männer unterschiedlich auf die Erwerbsbiographie auswirkt: eine ökonomische Analyse, Chur 2000.

38 Ursache ist zum einen die ungleiche Verteilung der Hausarbeit zwischen den Geschlechtern, vgl. STRUB/BAUER, Wie ist die Arbeit zwischen den Geschlechtern verteilt?, Bern 2002. Zum anderen zeigen Untersuchungen, dass die Ehe sich auf Frauenl hne senkend auswirkt, während sie bei Männern zu einer Lohnsteigerung führt, vgl. FLÜCKIGER/RAMIREZ, Auf dem Weg zur Lohngleichheit?, Kurzfassung, Neuenburg/Bern 2000, 17.

39 Vgl. SCHWENZER, Vertragsfreiheit im Eheverm gens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 196 (1996), 88, 104 ff.; vgl. auch BVerfGE 103, 89.

40 Vgl. GRILLO, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, 100 Yale Law Journal 1545 ff. (1991); MATEFI, Mediation bei häuslicher Gewalt?, FamPra.ch 2003, 260 ff.

41 Ähnlich auch VETTERLI, Familiendynamik 2003, 390, 403.

42 Im Jahr 2001 beruhten rund 3 % der Scheidungen auf einer Teileinigung (Art. 112 ZGB), rund 2 % auf Klage eines Ehegatten (Art. 114 ZGB) und rund 1,5 % auf Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB), Quelle: Bundesamt für Statistik, Sektion Bevölkerungsentwicklung.

Gericht das Ergebnis der Arbeit anderer Professionen überprüfen, wenn es über weniger Sachkunde verfügt? Wie will es in einen konstruktiven Austausch mit diesen Professionen treten? Wenn die Gerichte nicht mit den anderen Berufsgruppen in puncto Professionalisierung gleich ziehen, können sie auf Dauer ihre Verantwortung nicht wahrnehmen und müssen diese an jene delegieren, die dafür besser qualifiziert sind.

Damit kann bereits jetzt als Zwischenergebnis festgehalten werden: Eine Spezialisierung der Gerichte in Familiensachen erscheint unabdingbar, womit freilich noch gar nichts über die mögliche Struktur eines „Familiengerichtes“ ausgesagt ist.

#### IV. Rechtsvergleichender Überblick

Im Ausland existieren schon seit den 1970er Jahren vielfältige Modelle für Familiengerichte, deren nähere Betrachtung lohnt, wenn man sich über die Einführung der Familiengerichtsbarkeit Gedanken macht.

##### 1. Die „kleine“ Lösung

Die im Jahre 1976 im Zuge der Scheidungsrechtsrevision in Deutschland eingeführte Familiengerichtsbarkeit wurde ausgiebig von WILLUTZKI<sup>43</sup> dargestellt. Es handelt sich insoweit in verschiedener Hinsicht lediglich um eine „kleine“ Lösung. Dies gilt einmal für die Frage der Zuständigkeiten. Zwar wurde der Katalog der Familiensachen in den letzten Jahren nicht unwesentlich erweitert<sup>44</sup>, vor allem Vormundschafts- und Betreuungssachen fallen jedoch nach wie vor nicht in die Zuständigkeit der Familiengerichte. Strukturell unterscheiden sich Familiengerichte grundsätzlich nicht von anderen Zivilgerichten<sup>45</sup>, in erster Instanz sind Einzelrichter oder Einzelrichterinnen zuständig, die keine besonderen Zusatzqualifikationen benötigen. Eine Beteiligung von Laien oder anderen Professionen ist nicht vorgesehen. Auch ein besonderes Familienverfahrensrecht kennt Deutschland derzeit noch nicht; je nach zu behandelnder Materie findet die ZPO oder das FGG Anwendung. In

43 Vgl. den Beitrag in diesem Band; vgl. auch PESCHEL-GUTZEIT, 25 Jahre Familiengericht in Deutschland, NJW 2002, 2737 ff.

44 Im Rahmen der Kindschaftsrechts-Reform wurden vor allem auch die Streitigkeiten nicht-eheliche Kinder betreffend einbezogen, vgl. dazu SCHUMACHER, Das neue deutsche Kindschaftsrecht, FamPra.ch 2000, 62, 78. Zum Zuständigkeitskatalog heute vgl. § 23b Abs. 1 GVG.

45 Allerdings führt der Instanzenzug vom Amtsgericht (Familiengericht) zum Oberlandesgericht und von dort weiter zum Bundesgerichtshof, vgl. § 119 Abs. 1 GVG.

Deutschland wird indes schon seit langem<sup>46</sup> – und inzwischen immer lauter<sup>47</sup> – ein „grosses“ Familiengericht gefordert. Die Justizministerkonferenz hat nun jüngst beschlossen, diesem Gedanken näher zu treten und den Katalog der Zuständigkeiten des Familiengerichts um Familienvermögenssachen und Vormundschaftssachen, d.h. Kinderschutz, nicht aber Erwachsenenschutz, zu erweitern<sup>48</sup>. Auch die Schaffung einer einheitlichen Familiengerichtsverfahrensordnung hat der Gesetzgeber nunmehr ins Auge gefasst<sup>49</sup>.

Um eine „kleine Lösung“ im Sinne einer Konzentration bestimmter – wenn auch nicht aller – familienrechtlicher Verfahren handelt es sich grundsätzlich auch beim „juge aux affaires familiales“ in Frankreich<sup>50</sup> sowie bei den Familiengerichten in Spanien<sup>51</sup> und Portugal<sup>52</sup>.

## 2. Das „grosse“ Familiengericht

Wesentlich umfassender stellt sich die Familiengerichtsbarkeit in vielen anglo-amerikanischen Staaten dar. Besonders innovativ waren dabei Australien und Neuseeland.

In Australien wurde mit dem Family Law Act 1975 der Family Court of Australia (FCA) geschaffen<sup>53</sup>. Kennzeichnend für die australische Familiengerichtsbarkeit ist, dass sie institutionell alternative Streitbeilegungsverfahren anbietet, die als „Primary Dispute Resolution“ gedacht sind<sup>54</sup>. Nur 5 % aller familienrechtlichen Streitigkeiten werden heute in Australien durch eigentliches gerichtliches Urteil entschieden<sup>55</sup>. Aufgrund der verfassungsrechtlich

festgeschriebenen Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Einzelstaaten sind die Zuständigkeiten des australischen Family Court als Bundesgericht allerdings begrenzt und erstrecken sich insbesondere nicht auf Vormundschafts- und Betreuungssachen oder Jugendstrafsachen<sup>56</sup>.

Auch in Neuseeland wurde im Jahre 1981 der Family Court eingeführt<sup>57</sup>. Das neuseeländische Modell vereinheitlicht ebenfalls Beratung, Mediation und Rechtsprechung<sup>58</sup>. In jeder Phase des Familienkonfliktes wird mit unterschiedlichen Mitteln versucht, zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen. Der grosse Erfolg der Familiengerichte war Anlass, ihre Zuständigkeit zu erweitern, so dass heute in Neuseeland tendenziell von einem „grossen“ Familiengericht gesprochen werden kann, das neben den traditionellen Familiensachen auch für Kinderschutz, Betreuungssachen für Erwachsene und Streitigkeiten unter nichtehelichen Partnern zuständig ist, allerdings nicht für Jugendstrafsachen<sup>59</sup>.

In den USA wird auf einzelstaatlicher Ebene schon seit den 1960ern in verschiedenen Formen eines Familiengerichts experimentiert<sup>60</sup>. Obwohl die American Bar Association im Jahre 1994 einheitliche Richtlinien für eine Unified Family Court aufgestellt hat<sup>61</sup>, gibt es bislang nur in etwa zwölf Bundesstaaten wirklich „grosse“ Familiengerichte, die insbesondere auch Jugendstrafsachen einbeziehen<sup>62</sup>. Alternative Streitbeilegungsmodelle wie insbesondere Mediation, Schiedsverfahren oder mini-trial sind jedoch in sämtlichen Bundesstaaten weit verbreitet. Eine besondere Form der Institutionalisierung der aussergerichtlichen Verfahren in das Gerichtssystem stellt das multi-door courthouse dar, eine gerichtsangebundene Institution, die der

<sup>46</sup> Vgl. BOSCH, Familiengerichtsbarkeit – Bewährung und weiterer Ausbau?, FamRZ 1980, 1, 9; Empfehlungen des 5. Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 1983, 1203; PESCHEL-GUTZEIT, NJW 2002, 2737, 2740 ff.

<sup>47</sup> Vgl. SCHNORR/WISSING, ZRP 2003, 303.

<sup>48</sup> 74. Konferenz der Justizministerinnen und -minister vom 11. bis 12. Juni 2003 in Glücksburg, Beschluss A.III.4, Errichtung eines „Grossen Familiengerichtes“, www.jura.uni-sb.de/JuMiKo.

<sup>49</sup> Vgl. ZYPRIES BRIGITTE, Bundesministerin der Justiz, Das Familienrecht - Wegweiser für eine moderne Gesellschaft oder Bewahrer überholter Lebensmodelle?, bisher unpublizierter Festvortrag, 15. Deutscher Familiengerichtstag, 17.-20.9.2003 in Brühl.

<sup>50</sup> Vgl. BENABENT, Droit civil: la famille, 9. Aufl., Paris 1998, 16.

<sup>51</sup> Vgl. ROCA, in: HAMILTON/STANDLEY (Hrsg.), Family Law in Europe, 2. Aufl., London 2002, 587, 590.

<sup>52</sup> Vgl. MACHADO, in: HAMILTON/STANDLEY (Hrsg.), Family Law in Europe, 2. Aufl., London 2002, 521, 523.

<sup>53</sup> Vgl. Einzelheiten bei DICKEY, Family Law, 4. Aufl., Pyrmont, N.S.W. 2002, 72 ff.

<sup>54</sup> Vgl. dazu VAN DER MEER, Primary Dispute Resolution im australischen Family Law Act 1975 (cth), FamPra.ch 2003, 333 ff. m.w.Nachw.

<sup>55</sup> Vgl. VAN DER MEER, FamPra.ch 2003, 333, 334.

<sup>56</sup> Vgl. dazu ausführlich DESSAU, A Unified Family Court, Family Court of Australia, Thir National Conference, Melbourne 1998, 4, www.familycourt.gov.au/papers/fca3/dessau.pdf.

<sup>57</sup> Vgl. ATKIN, New Zealand: An Expanding Role for the Family Court, 26 J.Fam.L. 149 ff. (1987/88); ders., 31 J.Fam.L. 397 ff. (1992-93); ROBERTS, New Zealand's Family Court: Reflections for the Family Law Act of England and Wales, 11 Int.J.L., Pol. & Fam. 246 ff. (1997).

<sup>58</sup> Vgl. ROBERTS, 11 Int.J.L., Pol. & Fam. 246, 247 ff. (1997).

<sup>59</sup> Vgl. ATKIN, 31 J.Fam.L. 397, 400 (1992-93); zur jüngsten Erweiterung betreffend nicht eheliche Partner vgl. ATKIN, Reforming Property Division in New Zealand: From Marriage to Relationships, EJLR 3 (2001), 349 ff.

<sup>60</sup> Vgl. dazu schon MÜLLER-FREIENFELS, Ehe und Recht, Tübingen 1962, 305 ff.; DERS. Über „Familiengerichte“, insbesondere in den USA, ZVglRW 73 (1973), 117 ff.

<sup>61</sup> Vgl. AMERICAN BAR ASSOCIATION, Policy on Unified Family Courts, Adopted August 1994, 32 Fam.L.Q. 1 f. (1998).

<sup>62</sup> Vgl. dazu BABB, Where We Stand: An Analysis of America's Family Law Adjudicatory System and the Mandate to Establish Unified Family Courts, 32 Fam.L.Q. 31, 51, 56 (1998).

jeweiligen Konflikt ein bestimmtes alternatives Verfahren zuweist<sup>63</sup>. Auf Einzelheiten werde ich noch zurückkommen.

## V. Wie könnten Schweizer Familiengerichte aussehen?

„Das“ Familiengericht, das aus einer ausländischen Rechtsordnung rezipiert werden könnte, gibt es also nicht. Von daher ist zu fragen, wie ein schweizerisches Familiengericht unter Berücksichtigung der hierzulande anzutreffenden Besonderheiten aussehen könnte. Zu diskutieren sind schwerpunktmässig der mögliche Umfang der Zuständigkeiten, die Besetzung des Gerichts und die Qualifikation der Gerichtspersonen, die Frage einer besonderen Verfahrensordnung und schliesslich die Breite des Angebots, über das ein solches Gericht verfügen sollte.

### I. Zuständigkeit

Will man dem Familiengerichtsgedanken überhaupt näher treten, so dürfte von vornherein klar sein, dass ein so genannt „kleines“ Familiengericht, dessen Zuständigkeit z.B. auf das Scheidungsrecht und bestimmte Bereiche des Kindesrechtes beschränkt ist, kaum Sinn macht. Dies zeigt nicht zuletzt die langjährige Forderung der deutschen Praxis nach Zuständigkeits-erweiterung<sup>64</sup>.

Die Bestimmung der einzubeziehenden Bereiche sollte sich einmal an den besonderen fachspezifischen Anforderungen orientieren, zum anderen muss sicher gestellt werden, dass Fragen betreffend eine Familie auch in der Hand nur eines Gerichts liegen. Wird z.B. ein Kind misshandelt oder missbraucht, so kann es nicht angehen, dass dieses Kind in verschiedenen Verfahren vor verschiedenen Personen aussagen muss und damit immer wieder sekundär traumatisiert wird<sup>65</sup>. In den USA wird deshalb auch schlagwortartig gefordert „one family – one judge“, bzw. „one family – one team“<sup>66</sup>. Ein dritter Gesichtspunkt spricht sodann gerade in der Schweiz für ein grosses Familiengericht, nämlich der in den kleinen Kantonen nur sehr beschränkte

63 Vgl. dazu BIRNER, Das Multi-Door Courthouse, Köln 2003.

64 Vgl. oben Fn. 46.

65 Vgl. dazu BALLOFF, Kinder vor Gericht, München 1992, 205.

66 Vgl. BABB, 32 Fam.L.Q. 31, 63 (1998); FLANGO, Creating Family Friendly Courts: Lessons from Two Oregon Counties, 34 Fam.L.Q. 115 ff. (2000); AMERICAN BAR ASSOCIATION, Policy on Unified Family Courts, Adopted August 1994, 32 Fam.L.Q. 1, 2 (1998); für Grossbritannien: FRICKER, A Unified Family Court and Family Courts Support Services: Part I, [1998] Fam Law 462, 465.

geographische Einzugsbereich eines Gerichts, der immer wieder gegen die Spezialisierung angeführt wird<sup>67</sup>.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte wären folgende Zuständigkeiten vorstellbar:

Klassischerweise zur Zuständigkeit eines Familiengerichts gehört das Ehe- und das Scheidungsrecht sowie das Kindschaftsrecht. Auch nicht unmittelbar auf das Familienrecht des ZGB gegründete Ansprüche zwischen Ehegatten müssen einbezogen werden. Hierzu zählen auf Gesellschaftsrecht, Arbeitsvertrag, Darlehen oder dergleichen gestützte vermögensrechtliche Streitigkeiten, sachenrechtliche Auseinandersetzungen bei Miteigentum oder – in der Schweiz noch immer aus Persönlichkeitsverletzung abgeleitete<sup>68</sup> – Gewaltschutzansprüche<sup>69</sup>. Auch Streitigkeiten aus Verlobnisrecht – so sie denn überhaupt vor die Gerichte gelangen – gehören dazu.

Es dürfte auch keinem Zweifel unterliegen, dass die Ehe nicht alleiniger Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit des Familiengerichts sein kann<sup>70</sup>. Deshalb müssten Streitigkeiten zwischen eingetragenen Partnern<sup>71</sup>, ja auch zwischen nichtehelichen Partnern einbezogen werden. Zu denken ist auch an Materien wie die Verwandtenunterstützung, Lidlohnansprüche, das Transsexuellenrecht<sup>72</sup> oder das Namensrecht, knüpfen doch Namensänderungen regelmässig an Familienveränderungen an.

Meines Erachtens muss auch der gesamte Kindes- und Erwachsenenschutz, das traditionelle Vormundschaftsrecht, in die Zuständigkeit der Familiengerichte einbezogen werden, auch wenn bislang insoweit kantonal besondere Instanzen und nicht die Zivilgerichte zuständig sind. Geboten ist dies insbesondere unter dem Gesichtspunkt „one family – one judge“, wenn man bedenkt, wie häufig in Fällen, in denen Kindesschutzmassnahmen angezeigt sind, auch die elterliche Beziehung früher oder später Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens wird. Sonst wären z.B. ausgerechnet in Gewaltfällen für betroffene Kinder und Partnerinnen unter Umständen je unterschiedliche Gerichte zuständig.

67 Das Argument des zu kleinen Einzugsbereichs wurde im Rahmen einer Umfrage bei den kantonalen Gerichten, die die Verfasserin im Jahre 2000 durchgeführt hat, häufig gegen eine Spezialisierung angeführt.

68 Vgl. dazu grundlegend BÜCHLER, Gewalt in Ehe und Partnerschaft. Polizei-, straf- und zivilrechtliche Interventionen am Beispiel des Kantons Basel-Stadt, Basel/Genf/München 1998, 283 ff. Vgl. aber nunmehr Art. 28b E-ZGB gemäss Bericht und Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen (NR) vom 25. 8. 2003.

69 So auch in Deutschland, vgl. § 23b Abs. 1 S. 2 Ziff. 8a GVG.

70 Für die Entwicklung des materiellen Rechts vgl. BÜCHLER, Beitrag in diesem Band.

71 So auch Deutschland, vgl. § 23b Abs. 1 S. 2 Ziff. 15 GVG.

72 Vgl. BÜCHLER/COTTIER, Transsexualität und Recht, FamPra.ch 2002, 20 ff.

Vom Kinderschutz wiederum kann das Jugendstrafrecht kaum abgetrennt werden<sup>73</sup>. Die familiäre Dysfunktionalität, aufgrund derer es zu Kindesmisshandlung, Kindesmissbrauch, Vernachlässigung auf der einen und Delinquenz der Kinder und Jugendlichen auf der anderen Seite kommt, unterscheidet sich nicht grundsätzlich. Oft werden aus gefährdeten Kindern gefährliche Jugendliche. Zudem sind die im Kinderschutz und Jugendstrafrecht in Betracht zu ziehenden Massnahmen, z.B. Fremdplatzierung oder Heimunterbringung<sup>74</sup>, zumindest teilweise dieselben. Bezeichnenderweise sollen im neuen Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht die jugendstrafrechtlichen Massnahmen dem Kinderschutzrecht gemäss ZGB angeglichen werden<sup>75</sup>. In einzelnen Kantonen sind bereits heute die zuständigen Instanzen für Kindes- und Erwachsenenschutz sowie das Jugendstrafrecht dieselben, wie z.B. in Basel-Stadt der Vormundschafts-, Jugend- und Fürsorgerat<sup>76</sup>. In den laufenden Reformen beim Bund wurde allerdings die Chance bisher noch nicht ergriffen, die Zuständigkeit für die Anordnung von jugendstraf- wie kinderschutzrechtlichen Massnahmen ein und derselben Behörde zu übertragen<sup>77</sup>.

Schliesslich liesse sich daran denken, auch erbrechtliche Verfahren den Familiengerichten zuzuweisen<sup>78</sup>, da auch hier die vermögensrechtliche Streitigkeit meist Ausdruck einer in Familienbeziehungen wurzelnden tiefer liegenden psychischen Dynamik ist.

## 2. Besetzung des Familiengerichtes, Aus- und Weiterbildung der Gerichtspersonen

Das familienrechtliche Verfahren ist – wie bereits ausgeführt – vor allem dadurch gekennzeichnet, dass es von den Gerichtspersonen über die

<sup>73</sup> Auch in Frankreich ist der *Juge des enfants* für Kinderschutz und Jugendstrafrecht zuständig, vgl. GARAPON/SALAS (Hrsg.), *La justice des mineurs, Evolution d'un modèle*, Paris 1995.

<sup>74</sup> Vgl. Art. 310 und Art. 314a ZGB, sowie Art. 84 respektive Art. 91 StGB.

<sup>75</sup> Art. 11-14 E Jugendstrafgesetz, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 1979 ff., 2279, 2402.

<sup>76</sup> Vgl. § 5 Gesetz über die Vormundschaftsbehörde und den behördlichen Jugendschutz vom 13.4.1944 (SG 212.400), § 1 Verordnung betreffend Einführung des BG vom 6.10.1978 über die fürsorgerische Freiheitsentziehung vom 16.12.1980 (SG 212.350), § 6 Gesetz über die Jugendstrafrechtspflege vom 20.5.1999 (SG 257.500).

<sup>77</sup> Kritisch auch HEGNAUER, *Revision des Jugendstrafrechtes und zivilrechtlicher Kinderschutz*, ZVW 1989, 16, 18.

<sup>78</sup> In Neuseeland sind gewisse erbrechtliche Zuständigkeiten dem Familiengericht übertragen worden, vgl. ATKIN, 31 J.Fam.L. 397, 400 (1992-93).

juristischen Fähigkeiten hinausgehend ein hohes Mass an Interdisziplinarität verlangt. Damit stellt sich zunächst die Frage, ob diese Interdisziplinarität nicht institutionalisiert werden sollte, indem andere Professionen als Juristinnen und Juristen in eine familienrechtliche Kammer eingebunden werden.

In den USA wurde diese Frage bereits in den 1960ern diskutiert<sup>79</sup>. Demgegenüber findet sich im deutschen Familiengericht keine institutionalisierte Interdisziplinarität; auch das dortige – vom Familiengericht immer noch getrennte – Vormundschaftsgericht ist nur mit einem Juristen oder einer Juristin besetzt.

In der Schweiz können wir nun im Ausgangspunkt mit einigen Besonderheiten aufwarten. Vielerorts finden sich noch Laienrichter, die ihrerseits bereits im Ansatz Interdisziplinarität verkörpern. Viele der mit Vormundschafts- und/oder mit Jugendstrafsachen befassten kantonalen Instanzen sind heute bereits interdisziplinär besetzt. So sollen sich unter den fünf Mitgliedern des basel-städtischen Vormundschafts- und Jugendrates wo möglich eine Ärztin und ein pädagogisch Gebildeter befinden<sup>80</sup>. Künftig wird – wie nach dem Vorentwurf zum Erwachsenenschutz vom Juni 2003 vorgesehen<sup>81</sup> – die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde interdisziplinär besetzt sein. Warum sollte in anderen Familienverfahren nicht ebenfalls der durch Interdisziplinarität erhöhte Sachverstand des befassten Gerichts für die Beteiligten von Nutzen sein? Eine solche interdisziplinäre Zusammensetzung einer Familiengerichtskammer würde selbstverständlich nicht ausschliessen, dass bestimmte Fragen der juristisch ausgebildeten Gerichtspräsidentin als Einzelrichterin zur Entscheidung übertragen werden könnten.

Institutionalisierte Interdisziplinarität allein erscheint indes noch nicht als ausreichend; hinzukommen müsste für alle beteiligten Personen und Professionen eine entsprechende Aus- und Fortbildung, beginnend z.B. mit einem interdisziplinären universitären Master in Familienwissenschaften bis hin zu kontinuierlicher Super- und Intervision, wie sie in vielen Berufen schon längst Standard ist.

Aufgrund der verlangten Zusatzqualifikationen liesse sich ohne weiteres eine höhere Entlohnung der am Familiengericht tätigen Personen rechtfertigen, was der im Ausland teilweise verzeichneten Entwicklung gegensteuern könnte, dass die Tätigkeit am Familiengericht geringeres Ansehen genießt

<sup>79</sup> Vgl. dazu MÜLLER-FREIENFELS, ZVglRW 73 (1973), 117, 138 f.

<sup>80</sup> § 6 Abs. 3 Gesetz über die Vormundschaftsbehörde und den behördlichen Jugendschutz vom 13.4.1944 (SG 212.400). Vgl. auch die Jugendgerichte im Kanton Bern: Art. 5 Dekret über die Organisation der Jugendrechtspflege (BSG 322.11).

<sup>81</sup> Art. 443 ZGB i.d.F. VE Erwachsenenschutz.

als an einem „normalen“ Zivilgericht<sup>82</sup>. Mit der Verpflichtung zu Supervision könnte zudem einem durch die emotionale Belastung bedingten burn out – wie er von vielen Gegnern der Familiengerichtsbarkeit befürchtet wird – vorgebeugt werden.

### 3. Familienverfahrensrecht

Neben den spärlichen bundesrechtlichen Vorgaben zum Verfahrensrecht im ZGB existieren derzeit in den kantonalen Zivilprozessordnungen eine Reihe von Bestimmungen betreffend Eheschutz- und Scheidungsverfahren. Das Verfahren im Kindes- und Erwachsenenschutz sowie in Jugendstrafsachen ist regelmässig gesondert geregelt. Andere familienrechtliche Verfahren unterliegen dagegen keiner Sonderregelung.

Im Vorentwurf für eine eidgenössische ZPO vom Juni 2003 wird das Verfahren in Familiensachen äusserst stiefmütterlich behandelt. Die Sonderbestimmungen, die sich mit dem Scheidungsverfahren<sup>83</sup> und dem Verfahren betreffend Kinderbelange<sup>84</sup> befassen, wurden weitgehend aus dem bestehenden ZGB übernommen, sie markieren damit allenfalls Eckpunkte, ohne eine eigentliche besondere Verfahrensordnung aufzustellen. Zudem wurde die an diesen Bestimmungen bereits aufgekommene Kritik<sup>85</sup> in keiner Weise berücksichtigt. Der Eheschutz wird dem allgemeinen summarischen Verfahren eingegliedert<sup>86</sup>, ohne dass offenbar daran gedacht wurde, dass doch z.B. zwischen Gewaltschutz in Partnerschaft und der vorläufigen Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte<sup>87</sup> oder dem Verkauf und der Hinterlegung von Frachtgut<sup>88</sup> auch verfahrensmässig gewisse Unterschiede bestehen müssen. Sollte eine solche Regelung Gesetz werden, wonach auch der Eheschutz dem grundsätzlich schriftlichen Verfahren unterstellt wird, wäre für viele vor

<sup>82</sup> Für Deutschland vgl. LUTHIN, Willkommen der Abschied – Aus einem Richterleben, FamRZ 1999, 16; PESCHEL-GUTZEIT, NJW 2002, 2737, 2743; für die USA vgl. ROSS, The Failure of Fragmentation: The Promise of a System of Unified Family Courts, 32 Fam.L.Q. 3, 5 (1998): „Such courts are frequently viewed as despised, entry-level 'kiddie court' from which many judges wish to escape.“

<sup>83</sup> Art. 242 ff. VE ZPO.

<sup>84</sup> Art. 252 ff. VE ZPO.

<sup>85</sup> Vgl. insbesondere die Kritik an der Ausgestaltung der Kindesvertretung nach Art. 146 ZGB, SCHWEIGHAUSER, Kinderanwalt: gravierende Mängel, Plädoyer 1998, H. 2, 24 ff.; SCHWEIGHAUSER/SCHREINER, Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Verfahren, FamPra.ch 2002, 524, 528.

<sup>86</sup> Art. 259 Ziff. 8 VE ZPO.

<sup>87</sup> Art. 259 Ziff. 21 VE ZPO.

<sup>88</sup> Art. 260 Ziff. 14 VE ZPO.

allem von Gewalt betroffene Frauen der Gang zum Gericht de facto bedenklich erschwert.

Für den Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes wurde hingegen im Rahmen des Vorentwurfs zum Erwachsenenschutz durchaus erkannt, dass es „ein besonders zugeschnittenes und ausgestaltetes Verfahrensrecht, welchem das klassische Zivilprozessrecht nicht in allen Teilen gerecht werden kann“<sup>89</sup>, erfordert.

Diese Diskrepanzen sind nur schwer verständlich. Auf lange Sicht braucht es meines Erachtens auch ein eigenständiges Familienverfahrensrecht<sup>90</sup>, das den Besonderheiten der familienrechtlichen Streitigkeiten Rechnung trägt. Um nur wenige Punkte zu nennen: Anhörung und Beteiligungsrechte des Kindes, insbesondere der Zugang zu einer unabhängigen Kindesvertretung, können nicht davon abhängen, ob es um eine Massnahme des Kinderschutzes, die Zuteilung der elterlichen Sorge im Scheidungsverfahren, die Anfechtung der Vaterschaft oder eine Namensänderung geht<sup>91</sup>. Für von Gewalt betroffene Personen – Erwachsene ebenso wie Kinder und Jugendliche – muss sicher gestellt werden, dass das Verfahren eine sekundäre Traumatisierung vermeidet<sup>92</sup>. Unentgeltliche Prozessführung für Eltern wie für Kinder muss in allen Verfahrensarten unter denselben Bedingungen zugänglich sein<sup>93</sup>. Auch die Möglichkeit zur Aussetzung des Verfahrens unter Anregung alternativer Streiterledigungsverfahren müsste ein Spezifikum in allen familienrechtlichen Verfahren sein. Es wird noch im Einzelnen zu diskutieren sein, ob und in welchen Bereichen die sonst im Zivilprozess grundsätzlich geltende Verhandlungsmaxime in einer Familienverfahrensordnung durch die Untersuchungsmaxime zu ersetzen ist.

### 4. Das multi-door courthouse

Viele anglo-amerikanische Staaten setzen – wie berichtet – in familienrechtlichen Streitigkeiten auf Mediation oder Ähnliches als „Primary Dispute Resolution“. Beratungsstellen, Mediationspersonen, Schiedsgerichte sind den

<sup>89</sup> Bericht mit Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, Juni 2003, 6.

<sup>90</sup> So auch in Australien, vgl. DICKEY (Fn. 53), 91 ff.; Neuseeland, vgl. Family Court Rules, 21.10.2002, www.courts.govt.nz/family.

<sup>91</sup> Vgl. SCHWEIGHAUSER, Die Vertretung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – Anwalt des Kindes, Basel 1998, 285, 290; PraxKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 146 ZGB, N 14.

<sup>92</sup> Vgl. BALLOFF (Fn. 65), 205.

<sup>93</sup> Vgl. PraxKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 147 ZGB, N 52.

Familiengerichten unmittelbar – auch räumlich – angegliedert<sup>94</sup>. Oftmals findet sich ein sogenannter case manager, der die Familie in jedem Stadium des Verfahrens der geeigneten Stelle zuweist.

Ob ein solches multi-door courthouse auch für die Schweiz wünschenswert wäre, mag zu diskutieren sein<sup>95</sup>. In Neuseeland, Australien und auch in den USA scheinen damit sehr positive Erfahrungen gemacht zu werden. In England, wo der Family Law Act 1996 unter dem Motto „take lawyers out of divorce“ ebenfalls auf Mediation als Primary Dispute Resolution abzielte<sup>96</sup>, ist die Idee indes wieder fallen gelassen worden.

Soviel kann und sollte jedoch als Lehre aus diesen Ansätzen gezogen werden: Es geht einmal darum, dass die Gerichte ein sogenanntes niederschwelliges Angebot machen. Dazu gehört auch die räumliche Ausgestaltung des Gerichts, wie z.B. Spielzimmer im Wartebereich<sup>97</sup>, oder die Verfügbarkeit von Dolmetschern. Ausschliesslich schriftliche Verfahrenseinleitung, wie dies der Vorentwurf für eine eidgenössische ZPO<sup>98</sup> für den Eheschutz vorsieht, läuft solchen Zielen diametral entgegen.

Zum anderen geht es um die Stellung der Mediation im System des Familienverfahrens. Wie VETTERLI<sup>99</sup> jüngst wieder betonte, muss es das Ziel sein, dass Gericht und Mediation zu einem natürlichen Bündnis gelangen, in dem beide Seiten in respektvoller Haltung die beiderseitigen Verdienste würdigen. Dazu gehört zweifellos auch, dass ein Anspruch auf unentgeltliche Mediation ebenso besteht wie ein solcher auf unentgeltliche Prozessführung<sup>100</sup>.

<sup>94</sup> Australien, vgl. DICKEY (Fn. 53), 80 ff.; VAN DER MEER, FamPra.ch 2003, 333 ff.; Neuseeland, vgl. LAW COMMISSION, Dispute Resolution in the Family Court, Report 82, Wellington 2003, [www.lawcom.govt.nz](http://www.lawcom.govt.nz); zum multi-door courthouse in den USA vgl. BIRNER (Fn. 63). Selbst in Deutschland existieren Modellprojekte für eine Kooperation zwischen Gerichten und Beratungs- und Mediationsstellen, vgl. HAFT/SCHLIEFFEN (Fn. 8), § 18 N 62 ff.

<sup>95</sup> Skeptisch VETTERLI, Familiendynamik 2003, 390, 401.

<sup>96</sup> Vgl. EEKELAAR, The Politics of Pragmatism: Family Law Reform in England and Wales, EJLR 3 (2001), 297, 298 ff.

<sup>97</sup> Vgl. GLOOR/MEIER (Fn. 20), 8.

<sup>98</sup> Vgl. Art. 279 Ziff. 8 i.V.m. Art. 261 VE ZPO.

<sup>99</sup> VETTERLI, Familiendynamik 2003, 390, 402 f.

<sup>100</sup> Vgl. VETTERLI, Familiendynamik 2003, 390, 397; so auch bereits KGer SG, 31.7.2001, FamPra.ch 2002, 168 ff.

## VI. Schlussbetrachtung

Die Notwendigkeit von Familiengerichten, ja sogar von grossen Familiengerichten, scheint mir unbestreitbar. Und in der Schweiz sind die Rahmenbedingungen dafür sogar besser geeignet als in vielen ausländischen Staaten. Da die Kantone auch nach der neuen Bundesverfassung die Kompetenzen im Bereich der Gerichtsverfassung besitzen, würde sich hier ein grosses Experimentierfeld geradezu anbieten, um in den nächsten Jahren mit verschiedenen Modellen Erfahrungen zu sammeln. Den Gegnern einer Familiengerichtsbarkeit bleibt – auch wenn alle übrigen Bedenken ausgeräumt sind – als letztes immer noch das Kostenargument. Ganz umsonst sind Familiengerichte nicht zu haben. Es wäre indes kurzfristig, nur auf die Kosten der Familiengerichtsbarkeit zu verweisen und dabei den damit verbundenen gesamtgesellschaftlichen Nutzen zu vernachlässigen. Denn wenn es gelingt, das Familienverfahren weniger dysfunktional zu gestalten, Menschen in Krisensituationen besser zu unterstützen, können in anderen gesellschaftlichen Bereichen, z.B. Gesundheit, Schule, Heime etc., zweifellos Kosten eingespart werden. Und schliesslich kann nicht in Franken ausgedrückt werden, was es bringt, jungen Menschen in einer Situation, in der sie zutiefst verunsichert und oft verletzt sind, zu vermitteln, dass Familie und zwischenmenschliche Beziehungen etwas Wertvolles sind, in das es sich auch in heutiger Zeit noch zu investieren lohnt.