



Geschäfts-Nr. LQ050062/U

I. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. B. Suter, Vorsitzender, Dr. D. Hüppi und Ersatzoberrichter lic. iur. M. Langmeier sowie der juristische Sekretär Dr. Ph. Maier

Beschluss vom 16. Februar 2006

in Sachen

A

gegen

B

Das Gericht zieht in Betracht:

I.

Am 28. April 2003 erhob die Klägerin Klage auf Scheidung und verlangte unter anderem, dass dem Beklagten kein Besuchsrecht für die gemeinsame, ... 1997 geborene Tochter O eingeräumt werden dürfe (...). Mit Verfügung vom 2. Juni 2005 ordnete die Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich in Anwendung von Art. 315a Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB die Durchführung einer Mediation zwischen den Parteien zu den Kinderbelangen an (Ziff. 1). Gleichzeitig wurde die Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich mit dem Vollzug dieser Anordnung betraut und ihr aufgetragen, einen geeigneten Mediator bzw. Mediatorin zu suchen und die Rahmenbedingungen der Mediation festzulegen (Ziff. 2). Die Vorderrichterin hielt die Parteien an, an den Mediationssitzungen teilzunehmen, ihre Mediationseignung zusammen mit der Mediatorin bzw. dem Mediator zu evaluieren und „den ernsthaften Versuch einer mediativen Erarbeitung einer Regelung der Kinderbelange“ zu unternehmen (Ziff. 3). Schliesslich wurden die Parteien aufgefordert, unmittelbar bei Vorliegen eines Mediationsresultates dieses dem Gericht mitzuteilen (Ziff. 4; ...).

Gegen diese Verfügung erhob die Klägerin (nachfolgend als Rekurrentin bezeichnet) rechtzeitig Rekurs und liess folgende Anträge stellen:

„Es seien die Ziffern 1 bis 4 der Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom 2. Juni 2005 aufzuheben.

Unter entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen.“

...

II.

1. ...

2. a) Die Vorinstanz bringt zur Begründung ihres Entscheides vor, die Parteien lebten bereits seit ... 1999 getrennt und führten seither einen erbitterten Streit um die Kinderbelange ihrer Tochter O. Trotz Inanspruchnahme von verschiedenen Verfahren und Unterstützung von Drittpersonen fehle es nach wie vor an einer befriedigenden Lösung für die Kinderbelange im Rahmen der Ehescheidung. Obwohl sich die Parteien bereits am 20. März 2000 erstmals bezüglich des Besuchsrechts geeinigt hätten, habe die Rekurrentin gegen die von Gerichts- und Vormundschaftsbehörden angeordneten Besuchsregelungen verschiedene Rechtsmittel ergriffen. So sei es zwischen April 2001 und November 2004 zu einem Kontaktabbruch von 3 ½ Jahren zwischen Vater und Kind gekommen (...). Am ... 2003 habe die Rekurrentin Klage auf Scheidung eingereicht und unter anderem verlangt, dass dem Rekursgegner kein Besuchsrecht eingeräumt werde. Anlässlich der Hauptverhandlung vom ... September 2003 hätten sich die Parteien im Bezug auf die Kinderbelange gegenseitig „diverse Unzulänglichkeiten, Makel, Schwächen und Verfehlungen“ vorgeworfen, weshalb wegen des langen und andauernden Konflikts den Parteien ein Kinderanwalt habe beigegeben werden müssen. Da die Rekurrentin trotz eines Befehls des Audienzrichteramtes des Bezirksgerichtes Zürich die „Herausgabe“ der Tochter an den Rekursgegner im Frühjahr und Sommer 2003 verweigert habe, sei sie vom Statthalteramt des Bezirks Zürich mit einer Busse belegt worden. Auch im Verlaufe des Jahres 2004 habe sich die Situation nicht verbessert und die Parteien seien „von einer für beide Parteien vertretbaren Lösung der Kinderbelange“ weit entfernt geblieben. Auch nachdem sich die Parteien im September 2004 darauf geeinigt hätten, der Beiständin von O Kompetenzen im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts zu übertragen, habe die Situation nicht verbessert werden können. Die Parteien seien auch heute noch stark in ihren Paarkonflikt verstrickt und es gelinge ihnen nur schwer, die Interessen ihrer Tochter voranzustellen. Zwar hätten die Parteien am 20. Dezember 2004 eine Teil-Scheidungskonvention abgeschlossen, welche eine Regelung aller Nebenfolgen – ausser der Kinderbelange – enthalte. Da aber eine Einigung zur Frage der Einschränkung der elterlichen Sorge sowie der Dauer und Ausgestaltung des Besuchsrechts nicht in Sicht sei und die Rekurrentin im Zusammenhang mit dem seelischen Wohl ihrer Tochter umfangreiche

neue Anträge gestellt habe, erweise sich das Scheidungsverfahren als noch nicht spruchreif (...).

Im vorliegenden Verfahrensstadium gehe es nun darum, für alle Beteiligte eine zukunftsorientierte, kooperative, tragfähige, nachhaltige und damit dauerhafte Lösung zu finden und eine Fortsetzung des Elternkonflikts in der Nachscheidungsituation zu verhindern. Der „alldominierende“ Paarkonflikt habe jedoch bisher jede Lösung verhindert, so dass es heute wichtig sei, „die Kooperations- beziehungsweise die Kommunikationsbasis“ der Eltern wieder herzustellen. Unter Berücksichtigung der zwischen den Parteien herrschenden Situation und des seit Jahren anhaltenden Streits erscheine auch unter Wahrung der Subsidiarität, der Komplementarität und der Proportionalität eine Mediation als geeignete Massnahme. Falls im Rahmen der Mediation die Beziehung der Parteien entspannt und eine funktionierende Basis geschaffen werden könnte, wäre dies für die zukünftige Entwicklung und damit für das seelische Wohl von O von grosser Bedeutung, was im Übrigen auch von der Beiständin von O bestätigt werde. Zwar habe sich die Rekurrentin „hinsichtlich der Frage der Mediation“ nicht ausdrücklich geäussert, doch werde eine solche vom Rekursgegner ausdrücklich begrüsst (...).

Das Mediationsverfahren könne sicherstellen, dass bei der Konfliktlösung alle Bereiche berücksichtigt würden, welche vor Gericht keine Rolle spielen würden. Zudem würde das Gericht mit Ausnahme des Resultats keine Inhaltsangaben aus der Mediation erhalten. Ein Scheitern des Einigungsversuchs würde ohnehin zur Fortsetzung des Prozesses führen. Zwar beruhe die Mediation grundsätzlich auf dem Prinzip der Freiwilligkeit und die Erfolgchancen hingen davon ab, ob die Parteien gewillt seien, eigenverantwortlich Lösungen ihrer Konflikte zu erarbeiten. Doch sei festzuhalten, dass mit einer angeordneten Mediation lediglich die Art der Konfliktbearbeitung und das zu bearbeitende Konfliktthema vorgegeben würden. Somit könne von einer Freiwilligkeit innerhalb eines vorgegebenen Rahmens gesprochen werden. Es gehe vorliegend darum, erneute Belastungen des Kindes zu verhindern. Im Falle einer gerichtlichen Entscheidung sei zu erwarten, dass der Konflikt der Parteien vor den nächsten Instanzen und weiteren Verfahren andauern werde, was aber den Kindesinteressen widerspräche. Die

Stärkung der Kommunikations- und Kooperationsebene der Rekursparteien stelle somit die einzige noch verbleibende realistische Chance dar, damit O eine eigenständige und möglichst unbelastete Beziehung zu ihrem Vater doch noch aufbauen könne (...).

Die Anordnung einer Mediation mache Sinn; zu diesem Zweck seien die Parteien anzuhalten, an den Mediationssitzungen teilzunehmen, ihre Mediations-eignung zusammen mit dem Mediator bzw. der Mediatorin zu evaluieren und gegebenenfalls den ernsthaften Versuch zur mediativen Erarbeitung einer Regelung der Kinderbelange zu unternehmen. Fehlende Kooperation könne im Sinne von § 148 ZPO als mangelndes elterliches Engagement gewertet werden. Der Vollzug der angeordneten Massnahme falle in die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde. Diese sei anzuhalten, eine geeignete Person für die Durchführung der Mediation zu suchen und das Mediationsverfahren zu überwachen (...).

b) Die Rekurrentin bringt in ihrer Rekurschrift vor, zwar habe die Vorinstanz richtigerweise festgestellt, dass die Mediation auf dem Prinzip der Freiwilligkeit sämtlicher Beteiligten beruhen müsse; doch verkenne sie, dass selbst wenn keine inhaltlichen Angaben für die Konfliktlösung gemacht würden, die Vorinstanz durch ihre behördliche Anordnung bereits Zwang auf die Parteien ausübe. Bei Nichtteilnahme an der Mediation habe die Vorinstanz ausdrücklich angedroht, dieses Verhalten könne als mangelndes elterliches Engagement im Sinne von § 148 ZPO gewertet werden. Durch diese Androhung würden die Parteien erheblich unter Druck gesetzt und es könne nicht mehr von „Freiwilligkeit“ gesprochen werden (...).

Art. 307 ZGB verlange ausdrücklich die Anordnung von erfolgversprechenden Massnahmen; dies sei vorliegend nicht gegeben, da die Rekurrentin keine „Mediationseignung“ aufweise. Die Rekurrentin sei vom Rekursgegner mehrfach physisch und psychisch „schwer bedroht“ worden, weshalb sie nicht mehr bereit sei, mit dem Rekursgegner persönlich zu „verhandeln“. Diese Haltung der Rekurrentin sei nachvollziehbar und dürfe deshalb nicht im Rahmen von § 148 ZPO sanktioniert werden. Zudem fehle beim Rekursgegner die Mediationsfähigkeit, was sich bereits in einem früheren Mediationsverfahren offenbart habe (...).

Schliesslich komme hinzu, dass sich die Rekurrentin die Kosten für das Mediationsverfahren nicht leisten könne (...).

c) Der Rekursgegner stellt sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe die Situation der Parteien sowie die rechtlichen Grundlagen in weiten Teilen richtig dargestellt. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin werde die Freiwilligkeit für die Parteien bei einer angeordneten Mediation „nicht weiter eingeschränkt als bei der Teilnahme an einer gerichtlichen Vergleichsverhandlung“. Auch der Hinweis auf § 148 ZPO sei mit der grundsätzlichen Freiwilligkeit vereinbar. Es sei im Übrigen unzutreffend, dass der Rekursgegner die Rekurrentin bedroht habe; überdies seien diese Darstellungen der Rekurrentin bereits aus prozessualen Gründen unbeachtlich. Nicht richtig sei es zudem, wenn dem Rekursgegner fehlende Mediationsfähigkeit attestiert werde. Der Rekursgegner habe sich in den letzten Jahren verändert und sei heute ohne Weiteres in der Lage, sich auf ein Mediationsverfahren einzulassen (...).

d) In ihrer Vernehmlassung zur Rekursschrift führte die Vorderrichterin aus, sie habe mit den Parteien nun schon seit fünf Jahren zu tun und habe in dieser Zeit an insgesamt sechs Verhandlungen mitgewirkt. Es sei offensichtlich, dass sich die Konflikte der Eltern sowie die gerichtlichen und behördlichen Anordnungen nicht positiv auf das Kindeswohl von O ausgewirkt hätten. Die von Behörden getroffenen Regelungen seien von den Parteien in Frage gestellt und teilweise durch deren Verhalten verunmöglicht worden. Da ein aussergewöhnlicher Fall vorliege, rechtfertige es sich, als Kindesschutzmassnahme eine „Mediation zwischen den Eltern bezüglich der Kinderbelange“ anzuordnen. Es handle sich bei dieser Anordnung um einen letzten Versuch für eine tragfähige und nachhaltige Konfliktlösung, weshalb es sich rechtfertige, zu einer „alternativen Konfliktlösungsstrategie“ zu greifen. Es gehe auch darum, ein klares Signal zu setzen, dass die Verantwortung für die zu lebende Regelung bei den Eltern liege; auf diese Weise werde das Kind entlastet. Das Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation bleibe insofern gewahrt, als die Parteien durch die angeordnete Massnahme lediglich dazu verpflichtet würden, einen Versuch der Mediation zu unternehmen bzw. in „ein bis zwei Sitzungen“ ihre Mediationsfähigkeit abzuklären (...).

e) Die Rekurrentin brachte in ihrer Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vorderrichterin vor, entgegen der Darstellung der Vorinstanz habe sich die mit Verfügung vom 6. Oktober 2004 getroffene Vereinbarung bezüglich des Besuchsrechts bewährt und werde von den Parteien im wesentlichen bis heute eingehalten. Es könne also nicht davon gesprochen werden, dass die bisherigen Strategien nicht erfolgreich gewesen seien. Es bedürfe keiner Mediation, sondern einer klaren und genauen behördlichen Besuchsregelung, welche beide Parteien in ihren Pflichten gegenüber O einbinde. Für O sei allein die Tatsache erleichternd, dass eine Besuchsregelung vorliege und nicht der Umstand, dass sich die Parteien einer ergebnislosen Mediation unterzogen hätten. Eine Beruhigung der Situation sei dadurch herbeizuführen, dass die Vorinstanz nun einen klaren Entscheid im Zusammenhang mit den Kinderblängen fälle.

Die Rekurrentin sei nicht bereit, sich einer Mediation zu unterziehen. Es fehle deshalb an der gesetzlich geforderten Geeignetheit der Massnahme (...).

3.1. ...

Die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen sind nach der Stärke des Eingriffs abgestuft: die unterste Stufe des Interventionssystems bilden die Erteilung von Ermahnungen und Weisungen sowie die Überwachung (die sogenannte Erziehungsaufsicht) gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB (Breitschmid, Basler Kommentar, N. 1 zu Art. 307 ZGB). Wo diese Massnahmen zum Schutz des Kindeswohls nicht ausreichen, ist eine Beistandschaft gemäss Art. 308 ZGB oder der Obhutsentzug gemäss Art. 310 ZGB anzuordnen (BGE vom 27.8.2001, Nr. 5P.112/2001). Ermahnungen oder Weisungen können sämtliche Bereiche elterlichen Handelns erfassen und als Adressaten kommen alle Personen im Umfeld des Kindes in Frage (Breitschmid, a.a.O., N 19 zu Art. 307).

3.2. Zerstrittene Ehegatten sind während des Scheidungsverfahrens zur Reorganisation der Familie auf ein Gericht angewiesen, das zwischen ihnen eine vorläufige Friedensordnung schafft oder wenigstens einen Waffenstillstand herbeiführt. Nach Art. 137 Abs. 2 ZGB soll der schutzbedürftigen Partei und den vorhandenen unmündigen Kindern der Parteien von Bundesrechts wegen der not-

wendige vorsorgliche Rechtsschutz zukommen. Gleichzeitig soll auch eine vorläufige Friedensordnung gewährleistet werden. Bezüglich des Inhalts der Massnahmen ist dieser Rechtsschutz einheitlich dem Bundesrecht unterstellt (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, S. 463). Sinn und Zweck der vorsorglichen Massnahmen ist es, für die Dauer des Verfahrens eine vorläufige Friedensordnung zu schaffen, *nicht jedoch darüber hinaus* (Gloor, Basler Kommentar zum ZGB, Art. 137 N 1).

Mit der Anordnung der Mediation verfolgt die Vorderrichterin gemäss eigenen Angaben das Ziel „einer tragfähigen/nachhaltigen Konfliktlösung unter den Parteien über die Kinderbelange“ (...). Die gerichtliche Anordnung soll somit dazu dienen, die Probleme im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht nicht bloss während des laufenden Scheidungsverfahrens, sondern dauerhaft zu lösen. Gemäss Intention der Vorinstanz soll somit ein Scheidungsprozess überdauernder Zustand geschaffen und etabliert werden. Bei dieser Betrachtungsweise wird übersehen, dass im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens die Anordnung von prozessüberdauernden, langfristigen Massnahmen nicht zweckmässig ist; solche Massnahmen sind im Hauptverfahren zu treffen. Die Anordnung einer Mediation zur Schaffung eines definitiven, das Scheidungsverfahren überdauernden Zustandes ist im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen nicht zulässig. Der Rekurs ist deshalb gutzuheissen.

3.3. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Mediation sind auch im konkreten Fall zu verneinen:

a) Als alternative Streiterledigungsmethoden bezeichnet man generell all jene auf Konfliktlösung ausgerichtete Verfahren, die sich ausserhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit abspielen. Neben weiteren alternativen Streiterledigungsmethoden, wie z.B. dem aussergerichtlichen Vergleich ist die Mediation hervorzuheben. Als Mediation bezeichnet wird eine aussergerichtliche Vermittlung in Zwei- oder Mehrparteienkonflikten durch Einschaltung einer neutralen, unabhängigen, nicht entscheidbefugten Drittperson, so dass die betroffenen Parteien den Entscheid selber treffen (Stephan Breidenbach, Grundlagen der Mediation, Mediation - Komplementäre Konfliktbehandlung durch Vermittlung, in Stephan Breiden-

bach/Martin Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, Köln 1997, 1). Mediationslösungen sind selbstbestimmt und erfolgen autonom, während in Gerichtsverfahren die Hauptakteure die Anwälte und die Richter sind. Die Parteien wählen ihre Mediatoren nach den spezifischen Erfordernissen des betreffenden Streitfalls selber aus, so dass die von den Parteien gewählte Person auch grösseres Vertrauen als anonyme staatliche Richter und Richterinnen geniessen. Der Mediator bzw. die Mediatorin muss sachlich, allparteilich und unabhängig sein. Beide Parteien müssen Vertrauen in die Person und in die Qualitäten der Mediatoren haben. Dies ist eine der Grundvoraussetzungen für das Gelingen der Mediation (Alexandra Rumo-Jungo, Alternative Streiterledigungsmethoden in und ausserhalb von Gerichtsverfahren FZR 2002 I 135 ff., 141 f.). Weiter setzt Mediation auf der Seite der Parteien voraus, dass sie überhaupt ein Interesse an Einigung haben und sich nicht bloss zum Schein darauf einlassen. Verlangt wird die Anerkennung der Problemlösungskompetenz und auch der Integrität der Gegenpartei. Geht die eine Partei von einer ausgeprägten Uneinsichtigkeit und Vereinbarungsunfähigkeit der anderen Seite aus oder besteht die ständige Gefahr von Retorsionsmassnahmen im Fall von Widerspruch oder Kritik; so ist eine konsensuale Konfliktregelung verunmöglicht (Christian Duve, Eignungskriterien für die Mediation, in Martin Henssler/Ludwig Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, Bonn 2000, § 4 N 4 ff.).

b) Vorliegend hat die Rekurrentin - wovon die Vorinstanz ausgegangen ist (...) - nicht bloss ihr Desinteresse, sondern ihre Ablehnung gegenüber dem Mediationsverfahren ausdrücklich kund getan. Sie fühlt sich durch die behördliche Anordnung der Vorinstanz erheblich unter Druck gesetzt und zeigt keine Bereitschaft, mit dem Rekursgegner persönlich zu verhandeln. Sie zweifelt an der Mediationsfähigkeit des Rekursgegners und will die Kosten des Mediationsverfahrens nicht übernehmen (...). Gemäss der Anordnung der Vorderrichterin sollen die genaueren Umstände des Verfahrens der Mediation durch die Vormundschaftsbehörde geregelt sowie der Mediator bzw. die Mediatorin durch diese bestimmt werden (...).

Wie bereits dargestellt, verlangt das Mediationsverfahren – im Gegensatz zum gerichtlichen Verfahren -, dass beide Parteien Vertrauen in die Person und in

die Qualitäten des Mediators bzw. der Mediatorin entwickeln. Das Verfahren sollte offen und frei gestaltet werden können. Indem die Rekurrentin von Anfang an ihre Mitwirkung am Mediationsverfahren verweigert und die Ernennung des Mediators einer staatlichen Behörde mit Sanktionskompetenzen (Vormundschaftsbehörde) überlassen wird, kann nicht mehr davon gesprochen werden, die Rekurrentin werde freiwillig und ohne Zwang am Mediationsverfahren mitwirken. Indem das von der Vorinstanz vorgesehene Mediationsverfahren staatlich verordnet und das Verfahren durch die Vormundschaftsbehörde organisiert und überwacht wird, nähert es sich einem gerichtlichen Verfahren weitgehend an. Von einem konsensualen Verfahren kann unter diesen Umständen nicht mehr gesprochen werden. Da sich eine solche staatlich angeordnete und überwachte „Mediation“ nur noch wenig von einem gerichtlichen Verfahren unterscheidet (bei beiden Verfahren haben die Parteien nur einen beschränkten Einfluss auf Personauswahl und Gang des Verfahrens), stellt die Anordnung einer solchen im vorliegenden Fall auch keine geeignete bzw. erfolgversprechende Massnahme dar, so dass es auch an den Grundvoraussetzungen für eine erfolgreiche Durchführung des Mediationsverfahrens mangelt.

Ganz allgemein kann gesagt werden, dass die gerichtliche Anordnung einer Mediation gegen den Willen einer oder beider Parteien nie in Frage kommen kann. Denkbar ist in dieser Richtung einzig, dass sich beide Parteien während eines gerichtlichen Verfahrens von sich aus einer Mediation unterziehen und darauf gestützt dem Gericht beantragen, das Verfahren einstweilen einzustellen. In der Regel werden unter solchen Umständen zureichende Gründe für eine Einstellung des Verfahrens im Sinne von § 53a Abs. 1 ZPO gegeben sein.

3.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass auch in materieller Hinsicht von der gerichtlichen Anordnung einer Mediation abzusehen ist.