

GABRIEL LUDWIG SCHMIDT

Der Vergleich in
FamFG-Verfahren

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
126*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht
Band 126

herausgegeben von
Rolf Stürner



Gabriel Ludwig Schmidt

Der Vergleich in FamFG-Verfahren

Zugleich eine Untersuchung der Grenzen
der Dispositionsfreiheit über Verfahrensgegenstand
und Verfahrensende in Familiensachen
und der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Mohr Siebeck

Gabriel Ludwig Schmidt, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen; 2011 Erste juristische Prüfung; akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Insolvenzrecht an der Universität Tübingen; seit Herbst 2013 zudem Rechtsreferendar im Juristischen Vorbereitungsdienst beim OLG-Bezirk Stuttgart; 2015 Promotion.

D21

e-ISBN PDF 978-3-16-154800-0

ISBN 978-3-16-154101-8

ISSN 0722-7574 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Kirchheim/Teck gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten für die Drucklegung bis Januar 2015 berücksichtigt werden.

Mein ganz besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Marotzke, für die hervorragende Betreuung des Promotionsvorhabens und den großen Freiraum, den er mir bei Erstellung der Arbeit eingeräumt hat.

Herzlich danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Christoph Thole für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Dres. h. c. Rolf Stürner für die Aufnahme der Arbeit in die „Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht“.

Großen Dank schulde ich weiterhin meinen Lehrstuhlkollegen Frau Friederike Schaal und Herrn Daniel Höfer. Durch die Diskussion mit Ihnen habe ich viele weiterführende Anregungen für diese Arbeit gewonnen.

Schließlich möchte ich meiner Frau Valeria Schmidt danken, die mit ihrer Liebe und Geduld entscheidend zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat.

Tübingen, im August 2015

Gabriel Schmidt

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	XII
§ 1 Einleitung	1
A. <i>Einführung</i>	1
I. Wachsende Bedeutung konsensualer Verfahrensbeendigung im FamFG	1
II. Die Problemstellung: Schwierigkeit der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Verfahrensbeendigungstatbestände des FamFG	3
B. <i>Gang der Untersuchung</i>	7
C. <i>Die Verfahrensbeendigungstatbestände des FamFG im Überblick</i>	7
I. Verfahrensbeendigung durch Verfahrenshandlungen	8
1. Verfahrensvergleich gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 FamFG	8
2. Antragsrücknahme, Beendigungserklärung	9
II. Verfahrensbeendigung durch Gerichtsakt	9
1. Durch Endentscheidung nach § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG	9
2. Verfahrensabschluss durch gerichtlich gebilligten Vergleich	10
D. <i>Die Verfahrenstypen des FamFG</i>	10
I. Unterscheidung nach Art der Verfahrenseinleitung	10
1. Amtsverfahren	11
2. Reine Antragsverfahren	11
3. Verfahren die sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag hin eingeleitet werden können – „unechte Antragsverfahren“	12
II. Fürsorge- und Streitverfahren	12
1. Fürsorgeverfahren	12
2. Streitverfahren	14
3. Keine Identität mit der Unterscheidung zwischen Amts- und Antragsverfahren	15
III. Familien- und Familienstreitsachen	16

§ 2 Der Verfahrensvergleich nach § 36 Abs. 1 Satz 1 FamFG	19
A. <i>Begriff, Rechtsnatur und Wirkungen des Verfahrensvergleichs</i>	19
I. Begriffsbestimmung und Abgrenzung	19
II. Rechtsnatur des Verfahrensvergleichs	20
1. Ausgangspunkt	20
2. Dogmatische und praktische Bedeutung des Theorienstreits	23
3. Stellungnahme	28
III. Wirkungen und Eigenschaften des Verfahrensvergleichs	30
1. Verfahrensbeendigung	30
2. Eignung als Vollstreckungstitel	31
3. Beurkundungsfunktion	33
4. Weitere materiell-rechtliche Wirkungen	33
B. <i>Dem Verfahrensvergleich nicht zugängliche Verfahren</i>	34
I. Verfahren mit nur einem Beteiligten	34
II. Ausdrückliche Ausnahme von Ehe- und Familienstreitsachen	34
III. Ausschluss in Gewaltschutzsachen gemäß § 210 FamFG?	35
IV. Vereinbarungen gemäß §§ 6–8 Versorgungsausgleichsgesetz	37
V. Verfahren über den Umgang und die Herausgabe eines Kindes	39
C. <i>Anwendungsbereich des Verfahrensvergleichs</i>	
<i>gem. § 36 Abs. 1 Satz 1 FamFG</i>	41
I. Vorbemerkung	41
II. Analyse des § 36 Abs. 1 Satz 1 FamFG	42
1. Der Verfahrensgegenstand im FamFG	42
a) Reine Amtsverfahren	43
b) Reine Antragsverfahren	44
c) Unechte Antragsverfahren	45
d) Zusammenfassung	45
2. Verfügungsbegriff in § 36 Abs. 1 Satz 1 FamFG	46
3. Verständnis der Verfügungsbefugnis gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 FamFG als Beendigungsbefugnis	46
III. Übersicht über den Meinungsstand zum Anwendungsbereich des Verfahrensvergleichs	50
1. Ausschluss in Amtsverfahren	51
2. Ausschluss in Fürsorgeverfahren	53
IV. Das Bestehen der Beendigungsbefugnis	54
1. Ausgangspunkt: Fehlende Beendigungsbefugnis als begründungsbedürftiger Ausnahmefall	54
2. Beendigungsbefugnis in allen reinen Antragsverfahren	57
3. Keine Beendigungsbefugnis in allen Amtsverfahren und unechten Antragsverfahren erster Instanz?	58
a) Mangelnde Beendigungsbefugnis als zwangsläufige Folge der Officialmaxime?	60

b)	Verfahrensbeendigung in Amtsverfahren ausgeschlossen durch § 22 Abs. 4 FamFG?	61
aa)	Direkte Anwendung des § 22 Abs. 4 FamFG	61
bb)	Analoge Anwendung	62
cc)	Ergebnis	63
c)	Gründe für die Zuordnung einzelner Verfahren zu den Amtsverfahren	63
aa)	Keine allgemeine Regelung im FamFG	63
bb)	Ausdrücklich durch das materielle Recht geregelte Fälle ..	64
cc)	Schweigen des Gesetzes zur Verfahrenseinleitung	64
(1)	Annahme von „verkappten Antragsverfahren“	66
(2)	Stellungnahme	67
dd)	Übertragbarkeit der Differenzierung auf ausdrückliche Amtsverfahren	68
ee)	Zusammenfassung	69
d)	Möglichkeit der Mediation gemäß § 36a FamFG auch in Amtsverfahren?	69
e)	Praktische Gesichtspunkte gegen die Zulässigkeit	72
aa)	Erhöhter Prüfungsaufwand des Gerichts	72
bb)	Gefahr einer dauerhaften Nichtbeendigung des Verfahrens?	72
cc)	Bestehen hinreichender Abänderbarkeit?	73
(1)	Analoge Anwendbarkeit des § 48 Abs. 1 FamFG	73
(2)	Ergebnis	75
f)	Zusammenfassung	75
4.	Kriterien die im Einzelfall gegen eine Beendigungsbefugnis in Amtsverfahren sprechen können	76
a)	Unterscheidung zwischen Fürsorge- und Streitverfahren	76
b)	Anordnungsvorbehalte im Sinne des § 36a Abs. 3 FamFG als Indizien für fehlende Beendigungsbefugnis	76
c)	Zusammenfassung	77
5.	Beendigungsbefugnis in Amtsverfahren und unechten Antragsverfahren in zweiter und dritter Instanz	77
a)	Bestehen einer Beendigungsbefugnis in erster Instanz	78
b)	Keine Beendigungsbefugnis in erster Instanz	79
V.	Fehlerfolgen und Rechtsschutz bei unrichtiger Beurteilung der Beendigungsbefugnis durch das Gericht	80
1.	Annahme einer tatsächlich nicht bestehenden Beendigungsbefugnis	80
a)	Unwirksamkeit des Verfahrensvergleichs	80
b)	Vorgehen des Gerichtes bei nachträglichen Zweifeln an der Wirksamkeit des Verfahrensvergleichs	81
c)	Geltendmachung der Unwirksamkeit durch die Beteiligten ...	82

2. Unberechtigte Ablehnung einer bestehenden Beendigungsbefugnis	82
a) Rechtsverletzung durch Weigerung des Gerichts zur Protokollierung	83
aa) Herleitung aus dem Justizgewährungsanspruch	83
bb) Abwehranspruch gegen Verfahrensfortführung	84
b) Rechtsschutz durch Beschwerde gegen Endentscheidung	84
<i>D. Die Parteien des Verfahrensvergleichs</i>	85
I. „Kann“-Parteien des Verfahrensvergleichs	86
1. Beteiligte	86
2. Dritte	86
II. Notwendige Parteien des Verfahrensvergleichs	87
1. Ausgangspunkt: Anspruch auf gerichtliche Endentscheidung für sämtliche Beteiligte?	88
2. Beteiligte nach § 7 Abs. 1 FamFG	90
3. „Muss“-Beteiligte kraft Hinzuziehung	91
4. „Kann“-Beteiligte gemäß § 7 Abs. 3 FamFG	94
5. Anregende und sonstige Dritte	94
<i>E. Grenzen der materiellen Regelungsbefugnis</i>	95
I. Allgemeine Grenzen der Privatautonomie	95
II. Orientierung an der Unterscheidung zwischen Streit- und Fürsorgeverfahren?	95
1. Generelle Problematik dieser Abgrenzung unter Geltung des FamFG	96
a) Regelungsdichte des FamFG	96
b) Tauglichkeit der Abgrenzungskriterien	101
aa) Materiell rechtskräftige Entscheidung über subjektive Rechte als Kennzeichen der Streitverfahren	101
bb) Tätigwerden des Gerichts in Fürsorgeverfahren in „eigener Sache“?	110
cc) Gegensätzliche Interessen als Abgrenzungskriterium	111
dd) Kennzeichen der Fürsorgesachen auch in Streitverfahren	112
ee) Zwischenergebnis	112
c) Weitere Einwände gegen die Heranziehung der Kategorien als Analogierechtfertigung	112
d) Zusammenfassung	113
2. Eignung der Differenzierung zur Bestimmung materieller Regelungsbefugnisse	114
III. Orientierung an § 36a Abs. 3 FamFG	114
1. Gerichtliche Anordnungsvorbehalte	114
a) Dem Gericht vorbehaltene Gestaltungsakte	114

b) Dem Gericht vorbehaltenen Feststellungsentscheidungen, insbesondere zur Erteilung eines Erbscheins und sonstiger Zeugnisse	115
2. Gerichtliche Genehmigungsvorbehalte	120
a) Bestehen eines Genehmigungsvorbehalts	120
b) Möglichkeit eines gerichtlich gebilligten/genehmigten Vergleichs in analoger Anwendung der §§ 156 Abs. 2 FamFG, 19 LwVG?	120
aa) Zulässigkeit einer Analogie	120
bb) Form der Genehmigung/Billigung	125
cc) Vorgehen bei Verweigerung der Genehmigung/Billigung	126
<i>F. Vollstreckungsfähigkeit gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 3 FamFG</i>	127
I. Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der Verfügungsbefugnis	128
1. Meinungsstand	128
2. Wortlaut und Entstehungsgeschichte	129
3. Teleologische Analyse	130
4. Zwischenergebnis	131
II. Überprüfung der Verfügungsbefugnis	132
1. Überprüfung im Verfahren bei Vergleichsschluss	132
2. Fortsetzung des ursprünglichen Verfahrens	133
3. Überprüfung im Verfahren zur Erteilung der Vollstreckungsklausel?	134
4. Überprüfung mit der Klauselerinnerung?	137
5. Prüfung durch die Vollstreckungsorgane?	138
6. Möglichkeit eines Vollstreckungsabwehrantrags?	138
III. Beschränkung auf den Verfahrensgegenstand?	140
 § 3 Antragsrücknahme und Beendigungserklärung	 143
<i>A. Antragsrücknahme gemäß § 22 Abs. 1 FamFG</i>	143
I. Anwendungsbereich in reinen Antragsverfahren	143
II. Anwendungsbereich in reinen Amtsverfahren	143
III. Anwendungsbereich in unechten Antragsverfahren	146
1. Gericht leitet das Verfahren ein, ohne dass ein Antrag gestellt wird	146
2. Verfahren wird auf Antrag hin eingeleitet	147
a) Antragsstellung möglich?	147
b) Rücknahme möglich?	148
c) Konsequenzen einer Rücknahme	148
<i>B. Beendigungserklärung nach § 22 Abs. 3 FamFG</i>	149

§ 4 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	151
A. Rechtsnatur des Verfahrensvergleichs	151
B. Dem Verfahrensvergleich nicht zugängliche Verfahren	151
C. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 Satz 1 FamFG	152
D. Beendigungsbefugnis in allen reinen Antragsverfahren	152
E. Vergleichsschluss in Amts- und unechten Antragsverfahren	152
F. Fehlerfolgen und Rechtschutz bei unrichtiger Beurteilung der Beendigungsbefugnis	153
G. Die Parteien des Verfahrensvergleichs	154
H. Grenzen der materiellen Regelungsbefugnis	154
I. Vollstreckungsfähigkeit gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 3 FamFG	155
J. Antragsrücknahme und Beendigungserklärung	155
Literaturverzeichnis	157
Sachverzeichnis	169

Abkürzungen

Hinsichtlich der im Text und im Literaturverzeichnis verwendeten juristischen Abkürzungen wird, soweit diese nicht erläutert werden, auf das Verzeichnis bei von *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin 2013 verwiesen.

§ 1 Einleitung

A. Einführung

„Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung.“¹

I. Wachsende Bedeutung konsensualer Verfahrensbeendigung im FamFG

Die Erkenntnis, dass sich rechtliche Konflikte durch einen Konsens der Betroffenen anstelle einer autoritativen Gerichtsentscheidung vielfach interessengerechter und dauerhafter lösen lassen, ist heutzutage Allgemeingut. Sie hat den Gesetzgeber im Bereich des Verfahrensrechts in jüngerer Zeit verstärkt veranlasst, nach Wegen zu suchen, einvernehmliche Konfliktlösungen zu fördern. Von diesem Bemühen ist auch das am 1. September 2009 in Kraft getretene Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)² geprägt. Nach jahrelanger Diskussion wurden durch das FamFG die zuvor im FGG³ geregelten Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die zuvor im 6. Buch der ZPO enthaltenen Familiensachen in einer neuen Verfahrensordnung zusammengeführt. Eine Leitlinie dieser Reform war es, die einvernehmliche Konfliktbeilegung zu stärken⁴. Dies betrifft vor allem die jetzt im zweiten Buch des FamFG geregelten Familiensachen⁵. Dort wurden mit den §§ 135, 156 Abs. 1 und 165 FamFG mehrere Vorschriften geschaffen, die das Gericht ermächtigen und verpflichten, auf eine Einigung der Beteiligten hinzuwirken. Aber auch in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat das Gericht nunmehr gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 FamFG die Pflicht, auf eine gütliche Einigung der Beteiligten hinzuwirken.

¹ BVerfG, Beschl. v. 14.02.2007 – 1 BvR 1351/01 = NJW-RR 2007, S. 1073 (1074).

² Eingeführt durch Art. 1 des Gesetzes zur Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008 (FGG-RG), BGBl. I, S. 2586.

³ Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.05.1898, RGBl., S. 189; aufgehoben durch Art. 112 Abs. 1 FGG-RG mit Wirkung zum 01.09.2009.

⁴ Prütting/Helms/Prütting, Einl., Rdnr. 86.

⁵ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum FGG-RG, BT-Drs. 16/6308, S. 164.

Eine weitere Zunahme einvernehmlicher Konfliktbeilegung strebte der Gesetzgeber mit dem Erlass des am 26. Juli 2012 in Kraft getretenen Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung⁶ an⁷. Durch Art. 1 dieses Gesetzes wurde ein Mediationsgesetz (MediationsG) eingeführt. Die Mediation wird in § 1 Abs. 1 MediationsG als vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem die Beteiligten freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts mit Hilfe eines oder mehrere Mediatoren anstreben, legal definiert. Gelingt durch die Mediation eine Einigung, treffen die Parteien eine dementsprechende Vereinbarung unter Mitwirkung des Mediators, § 2 Abs. 6 MediationsG. Mediation und andere außergerichtliche Konfliktbewältigungsverfahren sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch dann zum Einsatz gelangen, wenn die Betroffenen bereits ein Gerichtsverfahren angestrengt haben⁸. Um dies zu ermöglichen, sind durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung in die Verfahrensordnungen Bestimmungen eingeführt worden, die es dem Gericht ermöglichen, den Parteien oder Beteiligten die Durchführung einer Mediation vorzuschlagen⁹. Im FamFG ist diese Befugnis des Gerichts in § 36a Abs. 1 FamFG geregelt, welcher durch Art. 3 des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung in das FamFG aufgenommen wurde. Entscheiden sich die Beteiligten für ein außergerichtliches Konfliktbeilegungsverfahren, setzt das Gericht das anhängige Verfahren aus, § 36a Abs. 2 FamFG. Der Gesetzgeber hat mit § 36a FamFG bewusst eine Regelung im Allgemeinen Teil des FamFG getroffen, da er davon ausging, dass sowohl Familiensachen als auch die übrigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einer einvernehmlichen Konfliktbeilegung grundsätzlich zugänglich sind¹⁰.

Neben der gerichtlichen Vermittlung und der Möglichkeit, ein außergerichtliches Konfliktbeilegungsverfahren anzustrengen, kennt das FamFG noch einen dritten Weg, um eine Einigung der Beteiligten herbeizuführen. Gemäß § 36 Abs. 5 FamFG darf das Gericht das Verfahren für den Versuch einer gütlichen Einigung an einen hierfür bestimmten, nicht entscheidungsbefugten „Güterichter“ verweisen. § 36 Abs. 5 FamFG wurde ebenfalls durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung eingeführt¹¹. Der Güterichter darf die Mediation und andere

⁶ BGBl. I 2012, S. 1577.

⁷ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zu diesem Gesetz, BT-Drs. 17/5335, S. 11.

⁸ Vgl. BT-Drs. 17/5335, S. 11.

⁹ Vgl. § 278a Abs. 1 ZPO und § 54a Abs. 1 ArbGG. In die §§ 153 Satz 1 VwGO, § 155 Satz 1 FGO und § 202 Satz 1 SGG wurde ein ausdrücklicher Verweis auf § 278a ZPO eingefügt.

¹⁰ BT-Drs. 17/5335, S. 22.

¹¹ Das „Güterichtermodell“ wurde als Kompromiss im Streit um die „gerichtsinterne Mediation“ eingeführt. Der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer

Methoden der Konfliktbeilegung anwenden, um den Beteiligten zu helfen, eine einvernehmliche Lösung zu finden. Im Unterschied zum Mediator kann er hierzu auch Einsicht in Verfahrensakten nehmen, darf rechtliche Bewertungen vornehmen und konkrete Lösungsvorschläge unterbreiten¹².

Das skizzierte Nebeneinander von gerichtlichem Hinwirken auf eine Einigung, außergerichtlichen Konfliktbeilegungsverfahren und güterrichterlicher Vermittlung im FamFG zeigt, welche Bedeutung der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung von Seiten des Gesetzgebers zugemessen wird. Ob sich die Hoffnungen, die insbesondere in die Mediation gesetzt werden, in der Praxis erfüllen, bleibt abzuwarten. Der Erfolg dieser Konfliktbewältigungsverfahren hängt nicht zuletzt davon ab, dass das Verfahrensrecht *geeignete Instrumente* zur einvernehmlichen Beendigung des anhängigen Gerichtsverfahrens zur Verfügung stellt. Gerade in dieser Hinsicht wirft das noch junge FamFG aber ein besonderes Problem auf, wie sogleich aufgezeigt werden wird.

II. Die Problemstellung:

Schwierigkeit der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Verfahrensbeendigungstatbestände des FamFG

Kann auf einem der oben angedeuteten Wege eine Einigung zwischen den Beteiligten erzielt werden, ist das Gerichtsverfahren damit noch nicht abgeschlossen. Es stellt sich die Frage, wie das anhängige Verfahren dem gefundenem Konsens entsprechend beendet werden kann. Ideal geeignet ist hierfür der Abschluss eines verfahrensbeendenden Vergleichs. In einem Vergleich lassen sich die Rechtsbeziehungen der Beteiligten entsprechend der gefundenen Einigung umfassend gestalten. Dabei sind die Vergleichsparteien nicht auf den Verfahrensgegenstand beschränkt, sie können auch über außerhalb des Verfahrens liegende Angelegenheiten Regelungen treffen. Weiterhin besteht die Möglichkeit, am Verfahren nicht beteiligte Dritte in den Vergleich einzubeziehen. Daher eignet sich der Vergleich hervorragend als rechtliche Form einer erfolgreichen Kon-

derer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung sah ursprünglich die Ermöglichung einer „gerichtsinternen Mediation“ vor, um die Praxis einiger Gerichte auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu stellen. Es sollte ermöglicht werden, dass ein nicht entscheidungsbefugter Richter als Mediator fungiert, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ReGEMediatonsG, BT-Drs. 17/5335, S. 5. Hiergegen regte sich heftiger Widerstand, vgl. z. B. die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Referentenentwurf, abrufbar unter <http://www.brak.de/w/files/stellungnahmen/Stn27-2010.pdf> (zuletzt abgerufen am: 16. 12. 2014) und die Kritik von *Prütting*, ZJP 124 (2011), S. 166 ff. Als Reaktion hierauf wurde die „gerichtsinterne Mediation“ nach einer entsprechenden Stellungnahme des Rechtsausschusses des Bundestages aus dem Entwurf komplett gestrichen, vgl. BT-Drs. 17/8058, S. 1. Dagegen wandte sich nun aber der Bundesrat und rief auf Empfehlung seines Rechtsausschusses den Vermittlungsausschuss an (BR-Drs. 10/12). Dieser unterbreitete als Kompromissvorschlag das nun Gesetz gewordene Modell des Güterrichters. Vgl. zum Ganzen *Zorn*, FamRZ 2012, S. 1265 (1265 f.).

¹² *Zorn*, FamRZ 2012, S. 1265 (1266).

fliktbewältigung. Dem tragen die meisten Prozessordnungen Rechnung, indem sie die Verfahrensbeendigung durch Vergleich grundsätzlich anerkennen¹³. Auch im FamFG hat der verfahrensbeendende Vergleich in § 36 Abs. 1 Satz 1 FamFG eine Regelung erfahren. Zudem ist der verfahrensbeendende Vergleich ein Vollstreckungstitel¹⁴. In der Regel gelingt es ohne den Aufwand eines erneuten Gerichtsverfahrens, die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich zu betreiben, falls übernommene Verpflichtungen nicht freiwillig erfüllt werden¹⁵. Schließlich kann eine Verfahrensbeendigung durch Vergleich für die Beteiligten Kostenvorteile mit sich bringen¹⁶, für die Anwälte erhöhen sich oftmals die Gebühren¹⁷ und das Gericht hat meist einen geringeren Arbeitsaufwand.

Eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung durch Vergleich ist aber nur möglich, wenn und soweit das Verfahrensrecht und das einschlägige materielle Recht dies zulassen. Den Beteiligten muss die Befugnis zukommen, dass an-

¹³ Ausdrücklich normiert ist die Möglichkeit einer Verfahrensbeendigung durch Vergleich im Verwaltungsprozess gemäß § 106 Satz 1 VwGO, in der Sozialgerichtsbarkeit gemäß § 101 Abs. 1 SGG und für das Beschlussverfahren nach dem Arbeitsgerichtsgesetz gemäß § 83a Abs. 1 ArbGG. In der streitigen Gerichtsbarkeit fehlt zwar eine explizite Regelung der prozessbeendenden Wirkung eines Vergleichs. Sie ist aber indirekt durch die §§ 81, 83 Abs. 1, 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO anerkannt (*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 130, II 2, Rdnr. 24). Für das Urteilsverfahren nach dem Arbeitsgerichtsgesetz fehlt ebenfalls eine ausdrückliche Regelung. Aus dem Verweis des § 62 Abs. 2 Satz 1 ArbGG auf § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO lässt sich aber entnehmen, dass auch hier das Gesetz eine Prozessbeendigung durch Vergleich zulässt. Grundsätzlich nicht möglich ist eine Verfahrensbeendigung durch Vergleich im Strafprozess (statt aller: *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 12, B I, Rdnr. 7), wobei eine Ausnahme für das Privatklageverfahren zu machen ist (*Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 63, F IV, Rdnr. 23) und gemäß § 405 StPO im Adhäsionsverfahren gilt. Auch der Finanzgerichtsordnung ist eine Verfahrensbeendigung durch Vergleich fremd, (*Gräber/Stapperfend*, § 76 FGO, Rdnr. 4).

¹⁴ Vgl. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO für die streitige Zivilgerichtsbarkeit, § 62 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG i. V. m. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO für das Urteilsverfahren und § 85 Abs. 1 Satz 1 ArbGG für das Beschlussverfahren vor den Arbeitsgerichten; § 168 Abs. Nr. 3 VwGO für den Verwaltungsprozess und § 199 Abs. 1 Nr. 3 für den Sozialgerichtsprozess. Für Vergleiche gemäß § 36 FamFG ergibt sie dies aus § 86 Abs. 1 Nr. 3 FamFG i. V. m. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (ausführlich hierzu unten unter § 2. A. III. 2, S. 31 ff.).

¹⁵ Wobei nicht geklärt ist, ob sich die Bereitschaft der Beteiligten eine Einigung zu finden durch die Aussicht, deren Inhalt zwangsweise durchsetzen zu können, erhöht oder verringert (vgl. *Ortloff* in Schoch/Schneider/Bier [26. EL 2014], § 106 VwGO, Rdnrn. 18 u. 24 [zum Prozessvergleich im Verwaltungsprozess]).

¹⁶ Beispielsweise ermäßigt sich die Gerichtsgebühr bei einem Vergleichsschluss im ersten Rechtszug um zwei Gebühren auf eine Gebühr, § 3 Abs. 2 GKG i. V. m. dem Kostenverzeichnis Nr. 1211 Nr. 3 gemäß Anlage 1 zum GKG. In Familiensachen erfolgt eine Ermäßigung von zwei Gebühren auf eine halbe Gerichtsgebühr, § 3 Abs. 2 FamGKG i. V. m. dem Kostenverzeichnis Nr. 1111 Nr. 3 gemäß Anlage 1 zum FamGKG.

¹⁷ Gelingt eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung durch Vergleich, können die mitwirkenden Anwälte in der Regel nach § 2 Abs. 2 RVG i. V. m. dem Vergütungsverzeichnis Nr. 1000, 1003 gemäß Anlage 1 zum RVG eine zusätzliche Einigungsgebühr in Höhe von einer Gebühr abrechnen (*Kless* in Mayer/Kroiß, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, Anlage 1 Nr. 1000 VV, Rdnrn. 43, 52).

hängige Verfahren autonom zu beenden. In der streitigen Zivilgerichtsbarkeit, der Arbeits-, Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit bestehen in dieser Hinsicht regelmäßig keine Probleme. Den Parteien kommt in den dort anhängigen Prozessen eine umfassende, sich aus zahlreichen einzelnen Bestimmungen ergebende Herrschaft über den Streitgegenstand¹⁸. Diese, heute meist mit dem Begriff der Dispositionsmaxime umschriebene¹⁹, Herrschaft beinhaltet auch das Recht, dem Gericht die Befugnis zur Entscheidung des Rechtstreits zu nehmen und sich dabei der Form des Vergleichs zu bedienen²⁰. Daneben gestattet es das entscheidungserhebliche materielle Recht in Verfahren der streitigen Zivilgerichtsbarkeit und der Arbeitsgerichtsbarkeit den Parteien meist, innerhalb der allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit die gewünschten Regelungen ihrer Rechtsverhältnisse in dem Vergleich zu treffen²¹. Es verwundert daher nicht, dass sich die Verfahrensbeendigung durch Prozessvergleich in der Praxis der streitigen Zivilgerichtsbarkeit und der Arbeitsgerichtsbarkeit großer Beliebtheit erfreut, wie aktuelle Zahlen statistischen Bundesamtes belegen²². Die Par-

¹⁸ Vgl. z. B. §§ 253 Abs. 1, 2 ZPO, §§ 81 Abs. 1, 82 Abs. 1 Satz 1 VwGO nach denen der Kläger bestimmt, ob ein Verfahren beginnt und dessen Gegenstand festlegt oder die §§ 308 Abs. 1, 528, 539 Abs. 1 ZPO, §§ 88, 129, 141 Satz 1 VwGO gemäß derer das Gericht nicht über die Parteianträge hinausgehen darf. Ähnliche Regelungen finden sich im SGG und im ArbGG.

¹⁹ Siehe statt vieler *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 76, I 1, Rdnrn. 1 ff. für den Zivilprozess und *Lüke*, JuS 1961, S. 41 (41 f.) für den Verwaltungsprozess. Davon zu unterscheiden ist die Herrschaft der Parteien über den Tatsachenstoff, die überwiegend mit den Begriffen *Verhandlungsmaxime* oder *Beibringungsgrundsatz* umschrieben wird. Zwingend ist diese Abgrenzung nicht, denn auch die Bestimmung über den Tatsachenstoff ist Disposition (*Brüggemann*, *Judex statutor* und *judex investigator*, S. 100 f.). Sie ist aber ganz üblich, daher soll ihr im Rahmen der dieser Untersuchung gefolgt werden.

²⁰ Statt aller: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 76, II, Rdnr. 3 für den Zivilprozess und *Lüke*, JuS 1961, S. 41 (42) für den Verwaltungsprozess.

²¹ Etwas anderes ist es in der Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit. Hier setzt das öffentliche Recht der materiell-rechtlichen Verfügungsfreiheit der Parteien oft Grenzen (vgl. für den Verwaltungsprozess z. B. *Franke*, Vergleich im Verwaltungsprozeß, S. 94 ff.).

²² Im Jahre 2013 wurden 15, 2 % der von den Amtsgericht erledigten Zivilprozesssachen durch Vergleich erledigt, bei den vor dem Landgericht in erster Instanz erledigten Zivilprozesssachen waren es sogar 25,3 % (Publikationen des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 10, Reihe 2.1 – 2013, S. 22 [Amtsgerichte] und S. 48 [Landgerichte], abrufbar im Internet unter: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte.html> [zuletzt abgerufen am: 16. 12. 2014]). In den Urteilsverfahren der Arbeitsgerichte wurden 2013 sogar 76,8 % der Verfahren durch Vergleich erledigt, in Beschlussverfahren immerhin 22,6 % (Publikationen des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 10, Reihe 2.8 – 2013, S. 22 [Urteilsverfahren] und S. 50 [Beschlussverfahren], abrufbar im Internet unter: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Arbeitsgerichte.html> [zuletzt abgerufen am: 16. 12. 2014]). In der Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit werden weniger Verfahren durch Prozessvergleich beendet, was möglicherweise mit den materiell-rechtlichen Grenzen zusammenhängt, die einem Vergleichsschluss hier gesetzt sind (siehe vorherige Fn. 21). 2011 wurden vor den Sozialgerichten 10,0 % aller Verfahren durch Vergleich beendet (Publikationen des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 10, Reihe 2.7 – 2013, S. 20, abrufbar im Internet unter: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/>

teilen des Zivil-, Arbeits-, Verwaltungs- oder Sozialgerichtsprozesses besitzen aufgrund ihrer Dispositionsmacht neben dem Vergleichsschluss auch andere Möglichkeiten, das anhängige Verfahren einvernehmlich zu beenden. Diese können im Einzelfall ebenfalls geeignet sein, ihren Bedürfnissen Rechnung zu tragen. In Betracht kommen etwa eine einverständliche Klagerücknahme, eine beidseitige Erledigungserklärung und die Abgabe eines prozessualen Anerkenntnisses oder Verzichts²³.

Im Unterschied zum Zivil-, Arbeits-, Verwaltungs- oder Sozialgerichtsprozess besteht in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine generelle Herrschaft der Beteiligten über das Verfahren. Das FamFG bündelt eine Vielzahl sehr verschiedener Verfahren mit unterschiedlichsten Zielsetzungen. Deswegen lässt sich das Verhältnis von Dispositionsfreiheit der Beteiligten einerseits und den Befugnissen des Gerichts andererseits nicht einheitlich für alle Verfahren bestimmen. Es gibt Verfahren nach dem FamFG, in denen die Durchsetzung privater Rechte im Vordergrund steht, etwa die Ehewohnungs- und der Haushaltssachen gemäß §§ 1361a, 1361b, 1568a, 1568b BGB, 200 ff. FamFG. In diesen Angelegenheiten haben die Beteiligten eine starke Stellung und können über das Verfahren im weiten Umfang disponieren. Andere Verfahren dienen hingegen vor allem der Wahrung öffentlicher Interessen oder privater Drittbelange. So wird beispielsweise das Gericht in Verfahren, die die elterliche Sorge betreffen, häufig als Kontrollorgan zum Schutz der Kindesinteressen tätig²⁴. In solchen Angelegenheiten sind entsprechend des Verfahrenszwecks die Befugnisse des Gerichts stärker und die Dispositionsmacht der Beteiligten über das Verfahren ist schwächer ausgestaltet oder besteht gar nicht.

Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Dispositionsfreiheit der Beteiligten ist die Frage, ob die Beteiligten das Verfahren durch Vergleich oder durch andere Dispositionsakte ohne gerichtliche Entscheidung beenden können, in Verfahren nach dem FamFG ungleich schwieriger zu beantworten als in den anderen Prozessordnungen. Dennoch hat der Anwendungsbereich dieser Beendigungstatbestände unter der Geltung des FamFG bislang keine zusammenhängende und umfassende Untersuchung erfahren. Zur Abhilfe dieses Missstandes möchte die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten.

Rechtspflege/GerichtePersonal/Sozialgerichte.html [zuletzt abgerufen am: 16. 12. 2014]). Vor den Verwaltungsgerichten waren es 2012 nur 4,8% (Publikationen des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 10, Reihe 2.4 – 2012, S. 20, abrufbar im Internet unter: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Verwaltungsgerichte.html> [zuletzt angerufen am: 16. 12. 2014]).

²³ v. Barga, *Gerichtsinterne Mediation*, S. 335 (für eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung infolge einer gelungenen Mediation).

²⁴ Gernhuber/*Coester-Waltjen*, *Familienrecht*, § 57, IX 2, Rdnr. 101 mit Fn. 220.