



**XXIII. Internationaler Kongress des lateinischen Notariats
Bericht der deutschen Delegation**



Rechtsanwalt und Notar Dr. Klaus – R. WAGNER, Wiesbaden

Beratung und Mediation als Beitrag des Notariats zur Streitverhütung

Inhalt

Materialien	8
Abkürzungen	9
I. Einleitung	11
II. Grundsätzliches	12
1. Wesentliche Aspekte und praktische Ziele des Themas im nationalen Kontext	12
1.1 Begriffliches	12
1.1.1 Beratung	12
1.1.2 Mediation	14
1.2 Wesentliche Elemente	15
1.3 Praktische Bedeutung des Themas im nationalen Kontext	16
2. Der Beitrag des Notariats im Bereich der Schiedstätigkeit oder sonstigen außergerichtlichen Tätigkeit zur Konfliktlösung	20
3. Nationale Entwicklungen, die Streitbeilegungen notwendig machen	22
III. Besondere Untersuchungen	26
1. Die Beratung	26
1.1 Nationale Gesetzgebung und Verfahren im Bereich der Beratung	26
1.2 Die einzelnen Beratungsformen, -tätigkeiten und -funktionen unter besonderer Berücksichtigung der streitverhütenden Funktion	27
1.2.1 Verhandlung/Vermittlung	27
1.2.2 Schlichtung	29
1.2.3 Vertragliche Konfliktbewältigung	30
1.2.4 Vergleich	31

1.2.5	Zwischenergebnis	31
1.3	Die praktische Arbeit auf dem Gebiet der Beratung (einschließlich Gebühren)	32
1.4	Weitere Gesichtspunkte	34
1.4.1	Einigungsphase im schiedsgerichtlichen Verfahren	34
1.4.2	Schlichtungs- und Einigungs-Verfahren beim SGH	35
1.4.3	Die notarielle Beratung im Überblick	36
1.4.3.1	Streitvermeidung	36
1.4.3.2	Streitbeilegung	37
1.5	Notarielles Vertrags-Controlling	37
1.5.1	Sachstand	37
1.5.2	Vorschlag	38
1.5.3	Notarielles Vertrags-Controlling	38
1.5.4	Beispiele	39
2.	Die Mediation	40
2.1	Nationale Gesetzgebung und Verfahren im Bereich der Mediation	40
2.1.1	Familienmediation	41
2.1.2	Mediation im Verwaltungs-, insbesondere Umweltrecht	42
2.1.3	Mediation im Wirtschaftsrecht	43
2.1.4	Mediation im Nachbar-, Miet- und Verbraucherrecht	44
2.1.5	Mediation bei Neuverhandlung zivilrechtlicher Verträge	44
2.1.6	Strafrechtlicher Täter-Opfer-Ausgleich	44
2.1.7	Fazit	45
2.2	Definition und Auswirkungen der Mediation in der notariellen Praxis und in anderen Berufssparten	46
2.2.1	Notarielle Mediation	46
2.2.2	Auswirkungen notarieller Mediation auf den notariellen Berufsstand	50
2.2.3	Auswirkungen der notariellen Mediation auf andere Berufssparten	54
2.3	Die Besonderheiten der notariellen Mediation, Verfahren, praktische Maßnahmen, Gebühren, Verhältnis zu anderen notariellen Tätigkeiten	57
2.3.1	Besonderheiten der notariellen Mediation - Verfahren	57
2.3.1.1	Notarielle Mediation: Inhalte und Berufsrecht	58

2.3.1.2	Ablauf notarieller Mediation	61
2.3.2	Gebühren	64
2.3.3	Notarielle Mediation im Verhältnis zu anderen notariellen Tätigkeiten	64
3.	Die Schiedsgerichtsbarkeit und die sonstigen präventiven notariellen Tätigkeiten im Hinblick auf rechtliche Auseinandersetzungen	65
3.1	Die nationale Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit (Rechtsprechung) auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit	65
3.2	Die Schiedsgerichtsbarkeit und der Berufsstand der Notare	67
3.2.1	Der Notar als Schiedsrichter	69
3.2.2	Einsatz notarieller schiedsrichterlicher Tätigkeit - Beispiele	70
3.2.2.1	Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit	71
3.2.2.2	Gesellschaftsrecht	71
3.2.2.3	Erb- und Familienrecht	74
3.2.3	Vorteile notarieller Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber staatlicher Gerichtsbarkeit	75
3.3	Andere Auswirkungen im Zusammenhang mit dem Thema	76
IV.	Zusätzliche Betrachtungen	77
1.	Potentielle Entwicklungen des Notarberufes unter Berücksichtigung der Mediation und anderer konfliktlösenden Mitteln	77
2.	Auswertung und Gesamtbetrachtung der präventiven notariellen Tätigkeit praktiziert von Notaren, im Hinblick auf rechtliche Auseinandersetzungen	80
3.	Sonstige Ausführungen in Bezug auf die Zukunft des Notarberufes mit Bezug auf die Prävention, Gesetzesänderung und Praxis	83
V.	Abschließende Zusammenfassung in Form von 10 Thesen und Fazit	85

Schrifttum

- Ahlers**, Zur Gestaltung von Vereinbarungen für das schiedsrichterliche Verfahren, AnwBl 1999, 308
- Allmayer-Beck/Auer**, Wirtschaftsmediation im Wohnungseigentum, ZKM 2000, 9
- Arndt/Lerch/Sandkühler**, Bundesnotarordnung, 4. Aufl. 2000
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, ZPO, 58. Aufl. 2000
- Bietz**, Zur Praxis von Schieds- und Schlichtungsverfahren – unter besonderer Berücksichtigung des SGH-Statuts deutscher Notare, ZNotP 2000, 344
- Birnstiel**, Empfehlungen des Schlichtungsausschusses der Landesnotarkammer Bayern zur Handhabung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens gemäß § 15a EGZPO i.V.m. dem Bayerischen Schlichtungsgesetz, MittBayNot 2000, Sonderheft „Schlichtung und Mediation“, Seite 8, 14
- Böhm**, Obligatorische Streitschlichtung in Nordrhein-Westfalen, AnwBl 2000, 596
- Bohrer**, Das Berufsrecht der Notare, 1991
- Brambring/Jerschke (Hrsg.)**, Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000
- Breidenbach/Henssler**, Mediation für Juristen, 1997
- Büchner/Groner/Häusler/Lörcher/v.Pappenheim/Schröder-Frerkes/Vötz/Wagner/Winkler/Winograd**, [kurz: Büchner], Außergerichtliche Streitbeilegung, 1998
- Buchholz-Graf**, Gerichtsnaher Beratung für Trennungs- und Scheidungsfamilien, ZMK 2000, 118
- Casper/Risse**, Mediation von Beschlussmängelstreitigkeiten, ZIP 2000, 437
- Drasch**, Notariat und Niederlassungs-/Dienstleistungsfreiheit, MittBayNot 2000, 280
- Duve**, Mediation und Vergleich im Prozeß, 1999
- Eyer**, Marketing für Wirtschaftsmediation – Ein Erfahrungsbericht, mediations-report 3/2000, Seite 2
- Ewig**, MediationsGuide 2000
- Ewig**, Dem Psychologen der Mediator – den Rechtsanwälten nur der Schwerpunkt ? ZMK 2000, 85
- Frikell**, Außergerichtliche Streitbeilegung in Bausachen, ZMK 2000, 158
- Ganter**, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Notarhaftung seit 1996, WM 2000, 641
- Göttlich/Mümmeler, fortgeführt von Assenmacher/Mathias**, KostO, 13. Aufl. 1997

- Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke**, Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare, Stand: 04/2000
- Haft**, Verhandlung und Mediation, 2. Aufl. 2000
- Hartmann**, KostO, 27. Aufl. 1997
- Heck**, Obligatorische Streitschlichtung in Baden-Württemberg, AnwBl 2000, 596
- Heßler**, Das Bayerische Schlichtungsgesetz: Einführung und Erwartung an dessen Umsetzung, MittBayNot 2000, Sonderheft „Schlichtung und Mediation“, Seite 2
- Heinz**, Europa – Chance oder Bedrohung für unser Notariat ? AnwBl 2000, 562
- Hellge**, Europäische Perspektiven für nationale Notariate, ZNotP 2000, 306
- Henssler/Kilian**, Die interprofessionelle Zusammenarbeit in der Mediation, ZMK 2000, 55
- Henssler/Koch**, Mediation in der Anwaltspraxis, 2000
- Heussen**, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, 1997
- Von Heymann/Wagner/Rösler**, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000
- Hönig/Köster**, Möglichkeiten und Grenzen kooperativer Planung: Ein Tagungsbericht, BauR 2000, 1391
- Hoffmann-Riem**, Notare im Dienst am Rechtsstaat – Amtsausübung zwischen Privileg und Verantwortung -, ZNotP 1999, 345
- Jaeger**, Die freien Berufe und die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit, AnwBl 2000, 475
- Jost**, Zwangsvollstreckungsnovelle und notarielle Schlichtung, ZNotP 1999, 276
- Karliczek**, Zur obligatorischen Streitschlichtung in Zivilsachen, ZMK 2000, 111
- Kempf/Trossen**, Integration der Mediation in förmliche Familiengerichtsverfahren, ZMK 2000, 166
- Kleine-Cosack**, Erosion des Rechtsberatungsmonopols, BB 30/2000, „Die erste Seite“
- Kniffka/Koebke**, Kompendium des Baurechts, 2000
- Kopp**, Die Bemühungen der Rechtsanwälte um die außergerichtliche Streitschlichtung, ZMK 2000, 87
- Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann**, KostO, 13. Aufl. 1995
- Lachmann**, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 1998
- Lachmann**, Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht der Wirtschaft, AnwBl 1999, 241
- Lachmann/Lachmann**, Schiedsvereinbarung im Praxistest, BB 2000, 1633
- Lörcher**, Mediation: Rechtskraft über Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut ? DB 1999, 789

- Niethammer**, Anmerkungen zum Mediationsverfahren Frankfurter Flughafen, ZMK 2000, 136
- Ponschab**, Mediation im Unternehmen, AnwBl 2000, 650
- Ponschab/Schweizer**, Kooperation statt Konfrontation – Neue Wege anwaltlichen Verhandeln, 1997
- Raeschke-Kessler/Berger**, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999
- Rieger/Mihm**, Der Notar als Mediator, (zur Veröffentlichung vorgesehen)
- Risse**, Beilegung von Erbstreitigkeiten durch Mediationsverfahren, ZEV 1999, 205
- Risse**, Die Rolle des Rechts in der Wirtschaftsmediation, BB 1999, Beilage 9, Seite 1
- Risse**, Wirtschaftsmediation im nationalen und internationalen Handelsverkehr, WM 1999, 1864
- Risse**, Wirtschaftsmediation, NJW 2000, 1614
- Römermann**, Praxisprobleme mit der Bezeichnung „Mediator“ für Rechtsanwälte, ZMK 2000, 83
- Schiffer**, Mediative Elemente in modernen Schiedsverfahren, JurBüro 2000, 188 und 235
- Schippel**, BNotO, 7. Aufl. 2000
- Von Schlieffen**, Anforderungen an einen Mediator, ZMK 2000, 52
- Schmidt**, Mediationsvereinbarung des Anwaltsmediators, ZMK 2000, 71
- Schneeweiß**, Zum Umgang mit Widerstand in Verhandlungen, MittBayNot 2000, 524
- Schwachtgen**, Auf dem Weg zur Weltumspannenden Authentizität – Ein Berufsstand als Garant der Rechtssicherheit wirtschaftlicher Entwicklung, DNotZ 1999, 268
- Selbherr**, Schlussphase und Abschluss von Verhandlungen, MittBayNot 2000, 520
- Steinbrück**, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung, GmbHR 1999, R 165
- Steinbrück**, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung, AnwBl 1999, 574
- Stoecker**, Die obligatorische Streitschlichtung nach § 15a EGZPO im Vergleich zur Mediationspraxis in den USA, ZMK 2000, 105
- Stumpp**, Die Sicherung der Unabhängigkeit des Mediators, ZMK 2000, 34
- Trittmann**, Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, ZGR 1999, 340
- Väth**, Vorgerichtliche Streitschlichtung durch Schiedspersonen, ZMK 2000, 150
- Wagner**, Entlastung der Rechtspflege durch notarielle Tätigkeit – Bestandsaufnahme und Perspektiven, DNotZ 2000, 34*

- Wagner**, Alternative Streitvermeidung: Notarielle Beurkundung, Betreuung und Schlichtung, BB 1997, 53
- Wagner**, Möglichkeiten des Notars zur Vermeidung und Schlichtung von Streitigkeiten, ZNotP 1998, Beilage 1 zu Heft 1
- Wagner**, Möglichkeiten des Notars zur Vermeidung und Schlichtung von Baustreitigkeiten, BauR 1998, 235
- Wagner**, Der Notar als Schiedsrichter kraft Amtes bei der Bereinigung von Baustreitigkeiten, ZNotP 1999, 22 = FS Vygen, 1999, Seite 441
- Wagner**, Neue Aufgaben für das Notariat, notar eins '99, Seite 17
- Wagner**, Alternative Streitbeilegung in Deutschland durch Notare – Ein Zwischenbericht, ZNotP 2000, 18
- Wagner**, Notaramt im Spannungsfeld zwischen Dienstleistung und öffentlichem Amt, ZNotP 2000, 214
- Wagner**, Der Notar als Schiedsrichter, DNotZ 2000, 421
- Wegmann**, Der Schlichtungsgedanke im Statut des SGH, notar vier '99, Seite 122
- Wegmann**, Erbgemeinschaften im Unternehmensbereich, ZMK 2000, 154
- Wiedermann**, Das „Modell Co-Mediation“ in Österreich, ZMK 2000, 22
- Wolfsteiner**, Der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (SGH), notar vier '99, Seite 115
- Zieher**, Praktische Erfahrungen mit Umweltmediation in Österreich, ZMK 2000, 113

Materialien

- Anlage 1** **Schlichtung durch Notare – Güteordnung (mit Erläuterungen)**, DNotZ 2000, 1
- Anlage 2** **Empfehlung für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und Vergütungsvereinbarung**, DNotZ 2000, 401
- Anlage 3** **Statut Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare – SGH**, notar vier'99, Seite 124
- Anlage 4** **Kostenordnung Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare – SGH**, notar vier'99, Seite 129
- Anlage 5** **Bayerisches Schlichtungsgesetz**, MittBayNot 2000, Sonderheft „Schlichtung und Mediation“, Seite 67
- Anlage 6** **Bayerische Güteordnung**, MittBayNot 2000, Sonderheft „Schlichtung und Mediation“, Seite 71

Abkürzungen

aaO	am angegebenen Ort
AnwBl	Anwaltsblatt
AG	Ausführungsgesetz
AGH	Anwaltsgerichtshof
BAFM	Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familienmediation
BauR	Baurecht
BB	Betriebs-Berater
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BNotK	Bundesnotarkammer
BNotK-SchiedsV	Empfehlung der Bundesnotarkammer für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und Vergütungsvereinbarung
BNotO	Bundesnotarordnung
BO	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb
DNotV	Deutscher Notarverein
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GBL	Gesetzblatt
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Recht
GüteO	BNotK-Güteordnung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungs-Blatt
Hs	Halbsatz
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JurBüro	Juristisches Büro

KostO	Kostenordnung
MaBV	Makler und Bauträger-Verordnung
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Notar	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
Rdn.	Randnummer
SGH	Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof
Statut-SGH	Statut des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofes
StGB	Strafgesetzbuch
VOB/B	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen IV
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZMK	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZNotP	NotarPraxis Zeitschrift für die notarielle Praxis
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZPO-RG	Zivilprozess-Reformgesetz

I. Einleitung

- 1 Der Rechtsmarkt ist in Bewegung geraten.¹⁾ Soll - strategisch gesehen - das Deutsche Notariat im Rahmen vorsorgender Rechtspflege (§§ 1 und 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO) nur seinen klassischen gesetzlich geregelten Aufgaben (Betreuung²⁾ und Beurkundung) nachgehen oder soll es sich auch für neue, gesetzlich nicht geregelte, Aufgaben zur Verfügung stellen, die dann nicht zwingend darauf begrenzt sein müssen, daß es sich um Aufgaben aufgrund Rechtspflegeentlastung handelt? Die Meinungen hierzu sind geteilt. Die einen sehen in der Aufgabenerweiterung eine Erosion des Notariats und befürchten, das Notariat könnte seine Privilegien verlieren.³⁾ Andere wiederum präferieren, das Leistungsangebot des Notariats attraktiv zu halten/zu gestalten.⁴⁾
- 2 Die Anzahl gerichtlicher Auseinandersetzungen hat in Deutschland in den „alten“ Bundesländern zwar seit 1992 abgenommen, in den „neuen“ Bundesländern dagegen erheblich zugenommen.⁵⁾ Das Führen von Prozessen wird erleichtert durch Rechtsschutzversicherungen⁶⁾ und Prozeßfinanzierungsgesellschaften. Als Folge verlängern sich die Verfahrensdauer der Gerichtsverfahren vor staatlichen Gerichten und oft steht in An-

1) Zur Erosion des Rechtsberatungsmonopols *Kleine-Cosack* BB 2000, Heft 30 „Die erste Seite“

2) Siehe *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 84* ff.: Unterschriftsbeglaubigungen (§ 20 Abs. 1 Satz 1 BNotO), Vornahme von Verlosungen und Auslosungen (§ 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO), Aufnahme von Vermögensverzeichnissen (§ 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO), Anlegung und Abnahme von Siegeln (§ 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO), Aufnahme von Protesten (§ 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO), Zustellung von Erklärungen (§ 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO), Ausstellung von Bescheinigungen über amtlich vom Notar wahrgenommene Tatsachen (§ 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO), Entgegennahme von Auflassungen (§ 20 Abs. 2 BNotO), Ausstellung von Teilhypotheken- und Teilgrundschuldbriefen (§ 20 Abs. 2 BNotO), Durchführung freiwilliger Versteigerungen (§ 20 Abs. 3 Satz 1 BNotO), Vermittlung von Vermögensauseinandersetzungen (§ 20 Abs. 3 Satz 2 BNotO), Vermittlung nach dem SachenRBerG (§ 20 Abs. 4 BNotO), Vermittlung von Nachlaß- und Gesamtgutauseinandersetzungen (§ 20 Abs. 5 BNotO), Erteilung von Zeugnissen bei Nachlaß- bzw. Gesamtgutauseinandersetzungen zu grundbuchlichen Zwecken (§§ 20 Abs. 5 BNotO, 36 GBO), Erteilung von Zeugnissen bei Eintragungen von Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden in Fällen von Nachlaß- oder Gesamtgutauseinandersetzungen (§§ 20 Abs. 5 BNotO, 37 GBO), Ausstellung von Vertretungsbescheinigungen (§ 21 BNotO), Abnahme von Eiden und Aufnahme von Eidesstattlicher Versicherungen (§ 22 BNotO), Erteilung von Bescheinigungen von Tatsachen, die sich aus öffentlichen Registern ergeben, für das Ausland (§ 22 a BNotO), Übernahme von Wertgegenständen zwecks Aufbewahrung oder zur Ablieferung (§ 23 BNotO), Betreuung von Beteiligten, insbesondere durch die Erarbeitung von Urkundsentwürfen und Beratung bzw. Vertretung vor Gerichten und Verwaltungsbehörden (§ 24 Abs. 1 BNotO), Verwahrung von Urkunden (§ 25 BNotO).

3) *Hoffmann-Riem* ZNotP 1999, 345

4) *Wagner* ZNotP 2000, 18

5) Zur Statistik *Strempe* in: Gottwald/Strempe/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare, 2.2.1 Seite 2; *Kirchof* BRAK-Mitt. 2000, 14, 15

6) *Riehl* in: Gottwald/Strempe/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare, 2.1.5

betracht dessen nicht mehr die Lösung des Streitproblems im Vordergrund, sondern die Bewältigung der damit verbundenen Folgelasten (Gerichtskosten, Anwaltskosten, Zinsen, bilanzielle Rückstellungsnotwendigkeiten etc.). Hinzu kommen rechtliche Auseinandersetzungen, die auch ohne gerichtliche Auseinandersetzungen stattfinden (z.B. Zurückbehaltungsrechte, Aufrechnungen, das Einfordern von Zusatzsicherheiten bei Androhung der Infragestellung von Geschäftskontakten etc.) und bei denen es nicht immer opportun ist, Gerichte anzurufen. Es gibt mithin viele Gründe, sich darüber Gedanken zu machen, mit welchen Mitteln präventiv versucht werden kann, rechtliche – nicht nur gerichtliche – Auseinandersetzungen zu vermeiden. Dies führt zu folgenden zentralen Fragen:

- 3 - Welche präventiven Möglichkeiten bestehen, um rechtliche/gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden ?
 - Wer steht dazu zeitnah, unabhängig, unparteiisch und kostengünstig zur Verfügung ?
 - Wie können diese Möglichkeiten und Institutionen öffentlichkeitswirksam werden ?
- 4 Aber Streit hat eine Ursache, nämlich vorhandene Interessengegensätze, die kumulieren. Will man Streit vermeiden, so ist es lohnenswert, sich auch der Vorstufe dazu anzunehmen. Diese ist bereits dann gegeben, wenn Interessengegensätze vorhanden sind, die noch nicht zum Streit geführt haben müssen.

Es wird daher im folgenden aufzuzeigen sein wie Notare zum Interessenausgleich von Beteiligten durch *Streitvermeidung* einerseits und *Streitbeilegung* andererseits beitragen können.

II. Grundsätzliches

1. Wesentliche Aspekte und praktische Ziele des Themas im nationalen Kontext

1.1 Begriffliches

1.1.1 Beratung

- 5 Es ist zwischen parteiischer und unparteiischer Beratung zu unterscheiden, wodurch zugleich der Unterschied zwischen anwaltlicher und notarieller Beratung deutlich wird. Der *Rechtsanwalt* ist unter anderem Berater seines Mandanten, damit also *parteiischer*

- Berater (§ 1 Abs. 3 BO). Er darf die andere Partei in derselben Rechtssache nicht ebenfalls beraten (§ 3 BO). Der *Notar* dagegen „ist nicht Vertreter einer Partei, sondern ... *unparteiischer* Betreuer der Beteiligten“ (Plural - § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Zu seiner Amtstätigkeit gehört die unparteiische „Beratung der Beteiligten“ (§ 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Ein Anwaltsnotar muß folglich rechtzeitig vor Beginn seiner Beratungstätigkeit gegenüber den Beteiligten klarstellen, ob er als Rechtsanwalt oder als Notar tätig wird.⁷⁾
- 6 Es ist folglich zulässig, daß Personen oder Unternehmen sich in Anbetracht ihrer gegensätzlichen Interessen zwecks Konfliktvermeidung gemeinsam von dem zur Unparteilichkeit verpflichteten Notar beraten lassen. Würden sich dagegen Personen oder Unternehmen in Anbetracht ihrer gegensätzlichen Interessen zwecks Konfliktvermeidung gemeinsam vom Rechtsanwalt eines der Beteiligten beraten lassen, dann würde dieser wegen widerstreitender Interessen gegen seine Berufspflichten verstoßen (§ 3 BNotO).
- 7 Während parteiische Beratung folglich einer Seite gegenüber erbracht wird, eignet sich unparteiische Beratung dazu, sie auch Beteiligten gegenüber erbracht zu werden, die gegensätzliche Interessen haben. Notare als von Amts wegen unparteiische Personen sind daher befugt, Personen oder Unternehmen mit gegensätzlichen Interessen unparteiisch zu beraten. Daher ist in den §§ 14 Abs. 1 Satz 2, 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO auch im Plural von der unparteiischen Beratung der Beteiligten die Rede.
- 8 Unparteiische Beratung eignet sich dazu, im Vorfeld von Konflikten erbracht zu werden, etwa wenn Beteiligte mit gegensätzlichen Interessen sich von einem Notar aufzeigen lassen würden, wie die Rechtslage objektiv ist bzw. wie ihre Chancen- und Risikolage ist.⁸⁾ Sie kann mündlich oder schriftlich z. B. als Gutachten erfolgen und sie kann sogar mit einer Konzeption oder einem Vertragsentwurf/-abschluß enden.⁹⁾ Unparteiische Beratung eignet sich folglich sowohl zur *Streitvermeidung* wie auch zur außergerichtlichen und sogar zur gerichtlichen *Streitbeilegung*.
- 9 Notarielle Beratung ist daher in hohem Maße geeignet, *streitvermeidend* und *streitbeilegend* zu wirken.

7) Richtlinienempfehlung der *BNotK* I. 3.

8) *Wagner ZNotP* 2000, 214, 217

9) *Wagner ZNotP* 2000, 214, 217

1.1.2 Mediation

10 Hierbei kann es sich um einen Marketingbegriff, Oberbegriff oder Sachbegriff handeln.

11 *Marketingbegriff*

Außerhalb von Fachkreisen, z.B. in den Medien, wird der Begriff der Mediation als Schlagwort für jede Art außergerichtlicher Streitbeilegung verwandt. Dort ist allerdings das Thema der Streitvermeidung nicht sonderlich präsent, so daß damit der Begriff der Mediation nicht in Verbindung gebracht wird.

12 *Oberbegriff*

Soweit Mediation als Synonym für jede Art außergerichtliche Streitbeilegung verwandt wird, handelt es sich um einen Oberbegriff. Dazu können neben der Mediation als Sachbegriff gehören die Beratung,¹⁰⁾ kooperative Verhandlung/Vermittlung,¹¹⁾ Schlichtung,¹²⁾ notarielle Urkunde¹³⁾ und die vertragliche Konfliktbewältigung sowie der Vergleich.¹⁴⁾ Der Oberbegriff umfaßt folglich unterschiedliche Komplexe, die einerseits die Streitvermeidung und andererseits die Streitbeilegung betreffen.

13 *Sachbegriff*

Für die Mediation als Sachbegriff gibt es eine Vielzahl von Definitionen. Im Grunde zeichnet sie sich dadurch aus, daß eine neutrale Person bei Zwei- oder Mehrparteienkonflikten vermittelnd eingeschaltet wird, ohne daß ihr eine Entscheidungsbefugnis zusteht. Es handelt sich folglich um ein

„außergerichtliches, freiwilliges Konfliktbearbeitungsverfahren, in dem Konfliktpartner mit Unterstützung eines neutralen Dritten ohne inhaltliche Entscheidungsbefugnis (des Mediators) gemeinsame, aufeinander bezogene Entscheidungen treffen. Diese schließen nach Möglichkeit die Interessen der Beteiligten ein, sind auf Wertschöpfung ausgerichtet und fußen auf dem Verständnis von sich selbst, dem Anderen und ihrer jeweiligen Sicht der Realität“.¹⁵⁾

10) Wagner ZNotP 1998, Beilage 1 Seite 8

11) Wagner ZNotP 1998, Beilage 1 Seite 9

12) Wagner ZNotP 1998, Beilage 1 Seite 10

13) Wagner ZNotP 1998, Beilage 1 Seite 12

14) Wagner ZNotP 1998, Beilage 1 Seite 12

15) Mädler/Mädler in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 13, 15

- 14 Damit ist aber nur die *Konfliktmediation* angesprochen, die den Interessenausgleich anlässlich eines bereits entstandenen Konfliktes zum Gegenstand hat. Als „neutraler Dritter“ eignet sich auch der von Amts wegen unparteiische Notar.
- 15 Statt dessen ist aber auch vorstellbar, daß Beteiligte aufgrund eines Interessengegensatzes einen Interessenausgleich suchen, ohne daß bereits eine Konfliktsituation oder Streit entstanden ist:
- 16 - Oben wurde bereits aufgezeigt, daß unter Umständen bereits eine unparteiische *Beratung* der Beteiligten durch den Notar geeignet sein kann, daß diese dann zu einem von ihnen selbst vereinbarten Interessenausgleich finden.
- 17 - Eine andere Möglichkeit ist, bereits aufgrund eines vorhandenen Interessengegensatzes – ohne Konfliktsituation - unter Mitwirkung eines Notars eine Mediation durchzuführen, deren Ziel es ist, den von den Beteiligten vereinbarten Interessenausgleich in einer notariellen Urkunde festzuhalten. Man nennt dies *Vertragsmediation*.¹⁶⁾
- 18 Schließt die notarielle Mediation (Konflikt- oder Vertragsmediation) durch eine notariell beurkundete Abschlußvereinbarung ab, so hat die Mediation nicht die notarielle Urkunde zum Ziel, sondern den Interessenausgleich der Beteiligten, einerlei ob dieser später in einer beurkundeten oder privatschriftlichen Abschlußvereinbarung niedergelegt wird oder auch nicht. Die notarielle Urkunde ist mithin nicht Ausgangspunkt vorgerichtlicher Konfliktbewältigung, sondern die notarielle Betreuung bzw. Beratung gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO.¹⁷⁾ Rechtsgrundlage der notariellen Mediation ist damit nicht das BeurkG sondern § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Das BeurkG ist als Rechtsgrundlage der notariellen Mediation nur insoweit einschlägig, wie die Abschlußvereinbarung notariell beurkundet wird, so daß sich notarielle Beratungs- und Belehrungspflichten gemäß § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG auch nur auf diesen *Beurkundungsvorgang* beziehen.

1.2 Wesentliche Elemente

- 19 Die Streitvermeidende und die Streitbeilegende Beratung sowie die aufgrund Interessengegensatzes einen Interessenausgleich anstrebende Mediation (einerlei ob als Ober- oder Sachbegriff) werden bestimmt durch

16) Dieser Begriff geht auf *Walz* anlässlich eines Vortrages vor dem Ausschuss für außergerichtliche Streitbeilegung der BNotK am 28.08.2000 zurück.

17) *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 93*

- die *Unparteilichkeit* des Beratenden wie auch des Mediators,
- die *Ergebnisoffenheit* des Vorganges der Beratung und Mediation und
- die *Hilfestellung* für die *Meinungsbildung* der Beteiligten, die aufgrund ihres Interessengegensatzes einen Interessenausgleich anstreben.

1.3 Praktische Bedeutung des Themas im nationalen Kontext

- 20 Notarielle Beratung wird nach herkömmlichem Rechtsverständnis als eine solche verstanden, die in erster Linie im Zusammenhang mit einer notariellen Betreuung oder einer notariellen Beurkundung erfolgt (§ 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO oder § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG). Noch nicht so sehr gesehen werden die Möglichkeiten einer umgekehrten Reihenfolge, nämlich einer eigenständigen unparteiischen notariellen Beratung (mündlich oder schriftlich), an die sich als Ergebnis eine notarielle Beurkundung anschließen kann, wenngleich nicht muß.¹⁸⁾ Ein solcher Wandel wird begleitet von der Beantwortung der Frage, ob das gegenüber dem Rechtspublikum zu vermittelnde Berufsbild notarieller Tätigkeit ausschließlich das der Amtstätigkeit sein soll oder auch durch Dienstleistung geprägt werden soll.¹⁹⁾ In letzterem Falle ist es nur natürlich, das Rechtspublikum über das Spektrum notarieller Dienstleistung zu informieren und darauf aufmerksam zu machen, daß präventive Streitvermeidung und Streitbeilegung durch *Notare* viele - noch darzustellende - Vorzüge gegenüber Angeboten anderer Berufssparten einerseits und staatlichen Angeboten andererseits aufweisen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes²⁰⁾ zur Zulässigkeit öffentlichkeitswirksamer Informationen durch Notare (ob mit oder ohne Werbewirksamkeit) sowie die darauf abgestimmte Gesetzeslage (§ 29 Abs. 1 BNotO und VII. 1.1 der Richtlinienempfehlung der BNotK) tragen dem Rechnung.
- 21 Der notarielle Berufsstand in Deutschland hat sich durch die Bundesnotarkammer (*BNotK*) dieser Thematik inzwischen angenommen, zumal sich damit für Notare ein neues berufliches Betätigungsfeld erschließen läßt.²¹⁾ Auf dem Deutschen Notartag 1998²²⁾ befaßte sich der Eröffnungsvortrag mit der „Entlastung der Rechtspflege durch notarielle

18) Dazu Wagner DNotZ 1998, 34*, 94* f.; Wagner ZNotP 2000, 214, 217

19) Wagner ZNotP 2000, 214

20) BVerfG 24.07.1997 - 1 BvR 1863/96, DNotZ 1998, 69; siehe auch Jaeger AnwBl 2000, 475

21) Wagner in: Büchner, Außergerichtliche Streitbeilegung, Seite LVI

22) 10.-13.06.1998 in Münster

Tätigkeit – Bestandsaufnahme und Perspektiven“.²³⁾ Für die außergerichtliche Streitbeilegung durch Notare hat die *BNotK* Notaren eine Verfahrensordnung, die sogenannte „Güteordnung“, an die Hand gegeben.²⁴⁾ Und für Schiedsgerichtsverfahren durch Notare als Schiedsrichter hat sie eine „Empfehlung für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und Vergütungsvereinbarung“ veröffentlicht,²⁵⁾ welches durch eine Einigungsphase eingeleitet wird.²⁶⁾ Auch der Deutsche Notarverein – eine Interessenvertretung von Notaren in Deutschland - hat sich diese Themen angenommen und über eine dafür gegründete privatrechtlich organisierte GmbH die Einrichtung eines „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofes deutscher Notare (SGH)“ initiiert.²⁷⁾

- 22 Der Notar kann in Deutschland bei präventiver Streitvermeidung und präventiver Streitbeilegung in unterschiedlicher Funktion tätig werden.
- 23 - Der Notar kann in seiner amtlichen Funktion als Notar tätig werden.
- 24 - Er kann zwar als Notar in zuvor beschriebener Funktion tätig werden, dabei zugleich aber als eine von der jeweiligen Landesjustizverwaltung anerkannte Gütestelle (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), wenn er von einer für ihn zuständigen Landesjustizverwaltung auf seinen Antrag für die von ihm genannten Rechtsgebiete eine Anerkennung als Gütestelle erhalten hat. In Bayern sind aufgrund des Bayerischen Schlichtungsgesetzes alle Notare kraft Gesetzes für alle Rechtsgebiete staatlich anerkannte Gütestellen.²⁸⁾
- 25 Mit der Funktion des Notars als einer von der Landesjustizverwaltung oder kraft Gesetzes anerkannten Gütestelle verbindet das Gesetz folgende Vorteile:
 - Gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO können vor dem Notar in dieser Funktion zwischen Parteien und Dritten Vergleiche (nicht notwendigerweise in beurkundeter Form) zur Beilegung eines Rechtsstreites oder eines Teiles des Streitgegenstandes geschlossen

23) Wagner DNotZ 1998, 34*

24) *BNotK* DNotZ 2000, 1; dazu Wagner ZNotP 2000, 18

25) *BNotK* DNotZ 2000, 401; dazu Wagner DNotZ 2000, 421

26) Empfehlung der *BNotK* für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und Vergütungsvereinbarung, DNotZ 2000, 401, dort I. § 6 (aaO Seite 405)

27) Dazu: Statut in: notar vier'99, Seite 124; Wolfsteiner notar vier'99, Seite 115; Wegmann notar vier'99, Seite 122;

28) Birnstiel MittBayNot 2000, Sonderheft „Schlichtung und Mediation“, Seite 8, 14; Heßler MittBayNot 2000, Sonderheft „Schlichtung und Mediation“, Seite 2, 4;

- werden, die zur Zwangsvollstreckung geeignet sind.²⁹⁾ Es handelt sich folglich um eine besondere Form der außergerichtlichen Streitbeilegung mittels eines vollstreckbaren Titels des Notars als Gütestelle während eines Rechtsstreites. Dem kann notarielle Beratung oder Mediation – quasi parallel zum Rechtsstreit – vorausgehen.
- 26 - Bei einem Notar als von der Landesjustizverwaltung oder kraft Gesetzes anerkannten Gütestelle im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO kann verjährungsunterbrechend ein Güteantrag gestellt werden (§ 209 Abs. 2 Ziff. 1a. BGB). Diese Verjährungsunterbrechung dauert bis zur Beendigung des damit eingeleiteten Güteverfahrens oder dessen Überleitung in ein sich unmittelbar anschließendes Streitverfahren bis zu dessen Ende an (§ 212a BGB). Von einem solchen Güteverfahren geht die Güteordnung der Bundesnotarkammer aus.³⁰⁾ Inhaltlich kann ein solches Güteverfahren alle Komponenten zum Gegenstand haben, die zuvor bei der Mediation als Oberbegriff beschrieben wurden.
- 27 - Zum 01.01.2000 ist § 15a EGZPO in Kraft getreten.³¹⁾ Damit ermächtigt(e) der Bundesgesetzgeber die Landesgesetzgeber, bei Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von DM 1.500,-- und Nachbarrechtsstreitigkeiten zu bestimmen, daß die Erhebung der Klage zu den Zivilgerichten erst dann zulässig ist, wenn zuvor versucht wurde, die Streitigkeit vor einer Gütestelle einvernehmlich beizulegen. Die Landesgesetzgeber sind dabei, von dieser Möglichkeit durch entsprechende Landesgesetze als Ausführungsgesetze Gebrauch zu machen.³²⁾ Auch Notare werden dabei als Gütestellen vorgesehen. In welcher Weise die einvernehmliche Beilegung vor einer solchen Gütestelle versucht werden kann, ist nicht vorgeschrieben, so daß auch hier inhaltlich ein solches Güteverfahren alle Komponenten zum Gegenstand haben kann, die zuvor bei der Mediation als Oberbegriff beschrieben wurden.
- 28 Es wird mithin deutlich, daß präventive Streitvermeidung durch Notare z. B. durch darauf gerichtete Beratung der Beteiligten zulässig ist, das öffentliche Bewußtsein – auch bei

29) Über § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO hinaus, der notarielle Beurkundung erfordert, kann sich ein solcher Vergleich auch auf die Abgabe von Willenserklärungen richten und sich auf den Bestand von Mietverhältnissen über Wohnraum beziehen

30) *BNotK DNotZ* 2000, 1

31) Dazu *Karliczek ZMK* 2000, 111; *Stoeker ZMK* 2000, 105

32) *Baden-Württemberg*: „Gesetz zu obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung ...“ vom 28.06.2000, GBl. Vom 30.06.2000, Seite 470; *Nordrhein-Westfalen*: AG § 15a EGZPO vom 09.05.2000 GVBl. vom 06.06.2000, Seite 476;

Notaren selbst - um diese Möglichkeiten derzeit aber nicht sehr ausgeprägt sind. Für die präventive *Streitbeilegung* zwecks Vermeidung gerichtlicher Auseinandersetzungen oder parallel zwecks Beilegung derselben (die Prävention bezieht sich dann darauf, eine gerichtliche *Entscheidung* zu vermeiden) sind gesetzliche Grundlagen bereits seit langer Zeit vorhanden, sie wurden bisher aber – auch vom notariellen Berufsstand – kaum genutzt. Präventive Streitvermeidung und Streitbeilegung durch Notare als kostengünstigere, schnellere und befriedendere Möglichkeit im Vergleich zu staatlicher Gerichtsbarkeit ist in Deutschland derzeit sowohl beim Rechtspublikum wie auch beim notariellen Berufsstand selbst eine noch nicht ausreichend erkannte Alternative. Die Bundesnotarkammer und der Deutsche Notarverein sind derzeit dabei, dem in folgender Weise gegenzusteuern:

- 29 - Mit der von der Bundesnotarkammer erarbeiteten Güteordnung³³⁾ und der Empfehlung für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und Vergütungsvereinbarung für notarielle ad-hoc-Schiedsgerichte³⁴⁾ sowie dem vom Deutschen Notarverein installierten „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare“³⁵⁾ - jeweils mit einer eingebauten voranzustellenden Einigungsphase - sind dem notariellen Berufsstand die *Instrumente* an die Hand gegeben worden, unter Berücksichtigung des eigenen Berufsrechts und notwendigen Verfahrensrechts präventive *Streitvermeidung* und *Streitbeilegung* durchführen zu können. Hierüber wurde der Berufsstand durch Veröffentlichungen informiert.
- 30 - Die *inhaltlichen* Besonderheiten notarieller Beratung einerseits sowie notarieller Mediation – jeweils unter Berücksichtigung notariellen Berufsrechts – wurden ebenfalls erarbeitet und dem Berufsstand vorgestellt.
- 31 - Dem schließt sich eine Ausbildung interessierter oder –wie in Bayern – dazu verpflichteter Notare an, womit die vorgenannten inhaltlichen Anforderungen an notarielle Beratung und Mediation (als Oberbegriff und damit unter Einschluß der Mediation als Sachbegriff) mit den dazu zur Verfügung gestellten Instrumenten vernetzt werden.
- 32 - Abgeschlossen wird dies durch eine entsprechende Öffentlichkeitsarbeit (berufstandsbezogenes Marketing), womit der Öffentlichkeit verdeutlicht werden soll, welche

33) *BNotK DNotZ* 2000, 1

34) *BNotK DNotZ* 2000, 421

35) notar vier'99

Möglichkeiten der notarielle Berufsstand als Alternative zu gerichtlichen Auseinandersetzungen auf den Gebieten der

- 33 ▶▶ präventiven Streitvermeidung,
 ▶▶ präventiven Streitbeilegung und
 ▶▶ notariellen Schiedsgerichtsbarkeit
anbietet.

2. **Der Beitrag des Notariats im Bereich der Schiedstätigkeit oder sonstigen außergerichtlichen Tätigkeit zur Konfliktlösung**

34 Gemäß § 8 Abs. 4 BNotO ist es Notaren gestattet, als Schiedsrichter tätig zu sein. Es handelt sich dabei um keine Amtstätigkeit, sondern um eine genehmigungsfreie Nebentätigkeit.³⁶⁾

35 In Anbetracht immer längerer Verfahrensdauer zivilgerichtlicher Verfahren vor deutschen staatlichen Gerichten hat sich die Bundesnotarkammer neben den Themen *Streitvermeidung* und *Streitbeilegung* auch des Themas der *Streiterledigung* angenommen. Sie hat für Notare eine Empfehlung für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und Vergütungsvereinbarung ausgesprochen.³⁷⁾ In die gleiche Richtung zielt der vom Deutschen Notarverein initiierte „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (SGH)“. Damit hält der notarielle Berufsstand in Deutschland als Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit von der Streitvermeidung über die Streitbeilegung bis zur Streitscheidung folgendes Angebot bereit:

36 *Streitvermeidung und notarielle Beratung / Urkunde*

Zum Zwecke der *Streitvermeidung* können Parteien vorab unter Einschaltung durch einen von Amts wegen unparteiischen, sachkundigen und von ihnen gemeinsam ausgewählten Notars sich mit dessen Hilfe beraten lassen und/oder vorab in notariell beurkundeten Verträgen, Satzungen und sonstigen Vereinbarung eines Risikominimierung vornehmen. Letzteres erfolgt durch notarielle Klärung des Sachverhaltes und des Willens

36) *Baumann* in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2000, § 8 BNotO Rdn. 23; *Reithmann* in: Schipfel, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24 Rdn. 21; *Wagner* ZNotP 2000, 18, 21 (daß man dies auch anders sehen könnte, siehe *Wagner* aaO Seite 21 f.); *Wagner* DNotZ 2000, 412, 422

37) *BNotK* DNotZ 2000, 401; dazu *Wagner* DNotZ 2000, 421

der Beteiligten nebst Wiedergabe des Willens der Beteiligten in eindeutiger Weise, durch auftragsgerechte, zweckmäßige und rechtlich zuverlässige Gestaltung von Vereinbarungen, durch umfassende, ausgewogene und interessengerechte Vertragsgestaltung und durch die Beweisfunktion der Urkunde.

37 *Streitvermeidung/-beilegung und notarielle Güteordnung*

Zum Zwecke der *Streitbeilegung* können Parteien vorab in notariell beurkundeten Verträgen, Satzungen und sonstigen Vereinbarungen, aber auch ad hoc unter Einschaltung eines sachkundigen, von ihnen gemeinsam ausgewählten, Notars mit dessen Hilfe festlegen lassen, welche Streitlösungsmechanismen für den Fall auftretender Konflikte greifen sollen und wer diese „managen“ soll. Die Parteien können sich mit notarieller Hilfe einer vorab vereinbarten außer- / vorgerichtlichen Streitbeilegung „unterwerfen“, wozu mit der notariellen Güteordnung zudem eine Verfahrensordnung an die Hand gegeben wird.³⁸⁾ Vergleiche bzw. Abschlußvereinbarungen in außergerichtlichen Streitbeilegungs- oder in Schiedsgerichtsverfahren können notariell beurkundet werden und zwecks Absicherung des Vereinbarten mit einer notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel versehen werden.

38 *Streitentscheidung und notarielles Schiedsgericht*

Zum Zwecke der *Streitentscheidung* können Parteien vorab in notariell beurkundeten Verträgen, Satzungen und sonstigen Vereinbarungen unter Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit unter Einschaltung eines sachkundigen, von ihnen gemeinsam ausgewählten, Notars mit dessen Hilfe festlegen lassen, wie Konflikte durch ein notarielles Schiedsgericht beigelegt werden, wenn die vorgenannten Schritte nicht ausreichen, eine Streitentscheidung zu vermeiden. Mit der von der *BNotK* vorgeschlagenen Schiedsvereinbarung, Verfahrens- und Kostenvereinbarung einerseits und dem Pendant des SGH andererseits ist den Beteiligten die Organisation eines Schiedsgerichtsverfahrens abgenommen worden.

39 Beteiligte eines anstehenden Schiedsgerichtsverfahrens können auf die dargestellte Weise sicherstellen, daß ein oder mehrere notarielle Schiedsrichter, die auf dem streitgegenständlichen Gebiet kompetent sind, ihren Fall entscheiden, ohne auf eigenen anwaltlichen Beistand verzichten zu müssen. Es erfolgen keine Einengungen durch Zuständigkeitsfragen und statt vor einzuleitenden Gerichtsverfahren vor staatlichen Gerichten u.U.

38) *BNotK* DNotZ 2000, 1

teure Gutachter bemühen zu müssen, kann bei solchen Schiedsgerichtsverfahren der Betreffende statt als Gutachter als Schiedsrichter mit eingeschaltet werden.

- 40 Neben die Kompetenzsicherung des Schiedsrichters bzw. Schiedsgerichtes tritt der Vorteil der Vertraulichkeit von Schiedsgerichtsverhandlungen. Denn: Im Gegensatz zur Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen in Gerichtsverfahren der staatlichen Gerichtsbarkeit ist in notariellen Schiedsgerichtsverfahren die Öffentlichkeit ausgeschlossen. Ferner werden im Gegensatz zu staatlicher Gerichtsbarkeit lange sowie zeitaufwendige und teure Instanzenzüge vermieden.
- 41 Diese Empfehlung der Bundesnotarkammer geht von einem notariellen Ein-Personen-Schiedsgericht als ad hoc-Schiedsgericht aus. Parallel dazu hat der Deutsche Notarverein über seine Service-Gesellschaft DNotV GmbH einen Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof (SGH) als institutionelles Schiedsgericht eingerichtet, mit einer zur Empfehlung der Bundesnotarkammer vergleichbaren Verfahrens- und Vergütungsordnung.³⁹⁾
- 42 Neben notarieller Beratung und Mediation (als Sachbegriff) einerseits und notarieller Schiedsgerichtsbarkeit andererseits stehen als andere (auch) durch Notare praktizierbare außergerichtliche Verfahren für die Lösung von Konflikten die zur Verfügung, die oben⁴⁰⁾ schon unter dem Begriff der Mediation als Oberbegriff genannt wurden: Kooperative(s) Verhandlung/Vermittlung,⁴¹⁾ Schlichtung,⁴²⁾ notarielle Urkunde⁴³⁾ und die vertragliche Konfliktbewältigung bzw. der Vergleich.⁴⁴⁾

3. Nationale Entwicklungen, die Streitbeilegungen notwendig machen

- 43 Im Zivilprozeßreformgesetz (ZPO-RG)⁴⁵⁾ ist in § 278 ZPO-E vorgesehen, daß der mündlichen Verhandlung vor Zivilgerichten stets zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreites eine Güteverhandlung voranzugehen hat, ausgenommen solche Fälle, in denen eine streiterledigende Einigung erkennbar aussichtslos erscheint. Vergleichbares ist in § 6 der Empfehlung der *BNotK* für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und

39) S.o. Rdn. 21

40) S.o. Rdn. 13 – 18

41) *Wagner ZNotP* 1998, Anlage 1 Seite 9

42) *Wagner ZNotP* 1998, Anlage 1 Seite 10

43) *Wagner ZNotP* 1998, Anlage 1 Seite 12

44) *Wagner ZNotP* 1998, Anlage 1 Seite 12

45) BT-Drucks. 14/3750 = NJW 2000, Beilage zu Heft 40

Vergütungsvereinbarung⁴⁶⁾ und § 21 des Statuts des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs deutscher Notare (*SGH*)⁴⁷⁾ vorgesehen. Wenn folglich eine Güteverhandlung zum einleitenden Bestandteil von Gerichtsverfahren gehört, dann liegt es nahe, nicht nur die *Entscheidung* eines staatlichen Gerichts oder eines notariellen Schiedsgerichts zu vermeiden, sondern bereits dessen *Anrufung*. Dies kann dadurch geschehen, daß man bereits vor Anrufung eines Gerichts eine außergerichtliche Streitbeilegung anstrebt. Dafür hat die *BNotK* Notaren eine Verfahrensgrundlage an die Hand gegeben, die Güteordnung.⁴⁸⁾ In welche Weise diese außergerichtliche Streitbeilegung durch Notare angegangen werden kann, wurde an anderer Stelle ausgeführt⁴⁹⁾ und wird unten noch verdeutlicht.

- 44 Während das zuvor Dargelegte verdeutlicht, warum es zwecks Vermeidung der *Anrufung* von Gerichten oder der *Entscheidung* durch Gerichte *verfahrensrechtlich* sinnvoll oder notwendig sein kann, Güteverhandlungen durchzuführen, sind in der Rechtsprechung des BGH erste Fälle entschieden worden, wonach die Verpflichtung zu Verhandlungen *materiellrechtliche* Pflicht ist, ehe z.B. Vertragskündigungen ausgesprochen werden dürfen:

So hat z.B. der für das Baurecht zuständige VII. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 23.05.1996⁵⁰⁾ folgende richtungsweisende Aussage getätigt:

„Der Bauvertrag als Langzeitvertrag bedarf einer Kooperation beider Vertragspartner. Dazu gehören Informations-, Mitwirkungs- und Rügeobligationen und –pflichten.“

Diese Aussage betraf den Bauvertrag generell, also auch den Bauträgervertrag, sie war nicht auf einen Bauvertrag begrenzt, bei dem die VOB/B vereinbart war.⁵¹⁾ Diese Aussage hat der BGH jüngst bestätigt, als er anlässlich eines Bauvertrages, bei dem die VOB/B vereinbart war, ausführte:

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Vertragsparteien eines VOB/B-Vertrages während der Vertragsdurchführung zur Kooperation verpflichtet. Aus dem Kooperationsverhältnis ergeben sich Obliegenheiten und Pflichten zur Mitwirkung

46) *BNotK* DNotZ 2000, 401, 405

47) *notar´vier* 99, Seite 124, 128

48) *BNotK* 2000, 1

49) *Wagner* ZNotP 1998, Beilage 1; *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 76* ff.; *Wagner* ZNotP 1999, 22; *Wagner* ZNotP 2000, 18

50) BGH 23.05.1996 – VII ZR 245/94, BGHZ 133, 44, 47

51) *Kniffka/Kooble*, Kompendium des Baurechts, 6. Teil Rdn. 329 sprechen die Kooperationspflicht beim BGB-Werkvertrag an.

und gegenseitigen Information (BGH, Urteil vom 23. Mai 1996 - VII ZR 245/94, BGHZ 133, 44, 47).

Die Kooperationspflichten sollen unter anderem gewährleisten, daß in Fällen, in denen nach der Vorstellung einer oder beider Parteien die vertraglich vorgesehene Vertragsdurchführung oder der Inhalt des Vertrages an die geänderten tatsächlichen Umstände angepaßt werden muß, entstandene Meinungsverschiedenheiten oder Konflikte nach Möglichkeit einvernehmlich beigelegt werden (Nicklisch/Weick, VOB, 2. Aufl., § 2 Rdn. 6). Ihren Ausdruck haben sie in der VOB/B insbesondere in den Regelungen des § 2 Nr. 5 und Nr. 6 gefunden. Danach soll über eine Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen eine Einigung vor der Ausführung getroffen werden. Diese Regelungen sollen die Parteien anhalten, die kritischen Vergütungsfragen frühzeitig und einvernehmlich zu lösen und dadurch spätere Konflikte zu vermeiden.

Entstehen während der Vertragsdurchführung Meinungsverschiedenheiten über die Notwendigkeit oder die Art und Weise einer Anpassung, ist jede Partei grundsätzlich gehalten, im Wege der Verhandlung eine Klärung und eine einvernehmliche Lösung zu versuchen. Die Verpflichtung obliegt einer Partei ausnahmsweise dann nicht, wenn die andere Partei in der konkreten Konfliktlage ihre Bereitschaft, eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen, nachhaltig und endgültig verweigert.⁵²⁾

- 45 Der BGH tätigt mit der Aussage zum Kooperationsverhältnis der Bauvertragsparteien und der daraus folgenden Verhandlungspflicht eine *materiellrechtliche* Pflicht der Vertragsparteien, wollen sie nicht Rechtsnachteile vermeiden. Dies setzt mithin erheblich früher an, als die *wirtschaftliche* Streitbeilegung im vorgerichtlichen Bereich (z.B. auf der Grundlage der GüteO) oder der Einleitung eines *gerichtlichen* Verfahrens mittels einer Güteverhandlung. Um dieser materiellrechtlichen Verhandlungspflicht genügen zu können, sind folgende Komplexe bedeutsam, an denen Notare z.B. bei einem Bauträgervertrag beurkundend und betreuend mitwirken können; denn auf diese materiellrechtliche Verhandlungspflicht bezieht sich bei der Beurkundung eines Bauträgervertrages die Belehrungspflicht des Notars (§ 17 BeurkG), die er in der Urkunde vermerken sollte:⁵³⁾

52) BGH 28.10.1999 - VII ZR 393/98, NJW 2000, 807, 808

53) Siehe schon Wagner BB 1997, 1997, 53, 55 f.; Wagner In: FS für Vygen, 1999, Seite 441 = ZNotP 1999, 22; Wagner ZNotP 2000, 214, 218

- 46 - Bereits im Bauträgervertrag sollten die „Spielregeln“ beschrieben werden, wie die Vertragsparteien mit auftretenden Interessengegensätzen (ob mit oder ohne Konflikt) umgehen sollen, um zu einem Interessenausgleich zu gelangen.
- Sind diese „Spielregeln“ im Bauträgervertrag nicht geregelt worden, weil die Vertragsparteien sich trotz entsprechender Belehrung durch den Notar (§ 17 BeurkG)⁵⁴⁾ darauf nicht verständigen konnten, sollten die Vertragsparteien jedenfalls zumindest eine sog. „Mediationsklausel“ vorsehen.
- Und sollten die Vertragsparteien sich trotz entsprechender Belehrung durch den Notar auch darauf nicht verständigen können,⁵⁵⁾ sollten sie jedenfalls dann, wenn Interessengegensätze auftreten und zum Konflikt auftreten können, sich der oben zitierten Rechtsprechung des BGH bewußt sein.
- Schließlich ist es auch unabhängig davon, daß die vom BGH judizierten Pflichten in der einen oder anderen Weise Bestandteil des Bauträgervertrages – und sei es nur als notarieller Belehrungshinweis - sein sollten, sinnvoll, daß die Vertragsparteien sich auf eine unabhängige und unparteiische Person einigen, die ihnen als Moderator für solche Verhandlungen zur Verfügung steht. Auch dazu eignet sich der Notar besonders, der der Amtspflicht zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit unterliegt (§ 14 Abs. 1 Satz1 BNotO).
- 47 Im zuvor Angesprochenen handelte es sich um einen „Bauvertrag als Langzeitvertrag“, der aufgrund der von der Rechtsprechung judizierten Kooperationspflicht streitbeilegende Verhandlungspflichten der Vertragsparteien postulierte. Es ist naheliegend, daß Vergleichbares von der Rechtsprechung auch für andere Langzeitverträge entschieden werden könnte (z.B. Gesellschaftsverträge⁵⁶⁾). Dann aber ist vorgerichtliche Verhandlung und der Versuch einer Streitbeilegung nicht nur eine wirtschaftlich sinnvolle Angelegenheit auf freiwilliger Ebene, sondern eine materiellrechtlich zwingende Pflicht, wollen Vertragsparteien nicht Rechtsnachteile erleiden. Der notarielle Berufstand kann / muß sich dann auf folgende Weise einbringen:

54) Der Notar sollte zu seiner eigenen Sicherheit diese Belehrung gerade dann in der Urkunde vermerken

55) Der Notar sollte zu seiner eigenen Sicherheit diese Belehrung gerade dann in der Urkunde vermerken

56) Die Kooperationspflicht im Gesellschaftsrecht findet sich als Treuepflichtverletzung dort, wo z.B. bei einer Beschlußfassung ein Gesellschafter mißbräuchlich einer Zustimmung verweigert: BGH 26.10.1983 - II ZR 87/83, BGHZ 88, 320; BGH 23.09.1991 - II ZR 189/90, WM 1991, 1951; BGH 20.03.1995 - II ZR 205/94, BGHZ 129, 136

- Dort, wo Verträge aufgrund gesetzlicher Vorgaben beurkundet werden müssen oder aufgrund freiwilliger Entscheidung der Beteiligten beurkundet werden, muß der Notar dieser Rechtsentwicklung in der inhaltlichen Ausgestaltung des von ihm Beurkundeten entsprechen. Und es empfiehlt sich dann, bereits in der notariellen Urkunde vorzusehen, wie die Beteiligten bei auftretenden Interessengegensätzen / Konflikten mit diesen umgehen sollen und wer für sie als unparteiischer Ansprechpartner zur Verfügung stehen soll.
- Der Notar kann ferner für die Durchführung streitvermeidender / streitbeilegender Verhandlungen der Beteiligten in der noch darzustellenden Weise als unabhängige und unparteiische Amtsperson zur Verfügung stehen.
- Und der Notar kann alsdann auch für die Beurkundung einer Abschlußvereinbarung zur Verfügung stehen, die das Ergebnis dieser streitvermeidenden / streitbeilegenden Verhandlungen festhält und sichert.

III. Besondere Untersuchungen

1. Die Beratung

1.1 Nationale Gesetzgebung und Verfahren im Bereich der Beratung

- 48 Zur Amtstätigkeit des Notars auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (§ 1 BNotO) gehört auch, Beteiligte unparteiisch zu beraten (§ 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Man muß hier unterscheiden:
- 49 - Der Notar ist bei der Beurkundung gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG und bei der sonstigen Betreuung gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO zur Beratung verpflichtet.
- 50 - Unabhängig davon kann der Notar im Auftrag der Beteiligten⁵⁷⁾ diesen gegenüber eine selbständige planende Beratung gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO durchführen, einerlei ob mit „offenem Beurkundungsauftrag“⁵⁸⁾ oder ohne, daß sich dem eine Beurkundung anschließt.⁵⁹⁾ Darunter kann auch eine Rechtsauskunft⁶⁰⁾ oder die Erstel-

57) BGH 5. 11. 1992 - IX ZR 260/91, DNotZ 1993, 459; *Reithmann* in: Schippel, BNotO, § 24 Rdn. 14; *Sandkühler* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 Rdn. 20

58) BGH 05.11.1992 - IX ZR 260/91, DNotZ 1993, 459; BGH 18.01.1996 - IX ZR 81/95, NJW 1996, 1675

59) *Hertel* in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, § 24 BNotO Rdn. 13; *Reithmann* in: Schippel, BNotO, § 24 Rdn. 16

lung eines Rechtsgutachtens fallen,⁶¹⁾ nach der Rechtsprechung⁶²⁾ jedoch nicht ein privatrechtlicher Beratungsvertrag des Notars, da notarielle Beratungstätigkeit eine Amtstätigkeit ist.

- 51 Bei der präventiven streitvermeidenden Beratung, der von *Reithmann*⁶³⁾ sogenannten „ausgleichenden Beratung“, handelt es sich um eine selbständige notarielle Beratung als eine § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO unterfallende Amtstätigkeit.⁶⁴⁾ Diese Beratung kann Rechtsfragen aber auch wirtschaftliche Fragen zum Gegenstand haben.⁶⁵⁾

1.2 Die einzelnen Beratungsformen, -tätigkeiten und -funktionen unter besonderer Berücksichtigung der streitverhütenden Funktion

- 52 Von *Reithmann*⁶⁶⁾ stammt der Begriff der „ausgleichenden Beratung“ durch Notare. Er versteht darunter neben der Mediation als Sachbegriff alle anderen bei der Mediation als Oberbegriff aufgeführten Möglichkeiten präventiver Streitvermeidung und Streitbeilegung, die er ebenfalls der Beratung im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO zuordnet. Die Unterschiede sind in folgendem zu sehen:

1.2.1 Verhandlung / Vermittlung

- 53 Beim kooperativen Verhandeln versuchen (potentielle) Konfliktparteien, sich aufeinander zuzubewegen, um eine gemeinsame Basis für eine Einigung *frei von rechtlichen Anspruchsgrundlagen* zu finden. Dem Notar kommt hier die Funktion des Moderators oder auch des Vermittlers zu, wenn er von Konfliktparteien dazu beauftragt wird.⁶⁷⁾ Der Notar ist wie bei der Mediation nur Moderator, allerdings sind die Ziele des kooperativen Ver-

60) *Sandkühler* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 Rdn. 24

61) *Hertel* in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, § 24 BNotO Rdn. 17; *Sandkühler* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 Rdn. 20

62) BGH 20.11.1979 - VI ZR 248/77, BGHZ 76, 9,11; *Hertel* in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, § 24 BNotO Rdn. 15; *Sandkühler* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 Rdn. 21;

63) *Reithmann* in: Schippel, BNotO, § 24 Rdn. 21

64) *Reithmann* in: Schippel, BNotO, § 24 Rdn. 21; *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 94*; *Wagner* ZNotP 1998, Beilage 1, Seite 8 f.; *Wagner* ZNotP 2000, 214, 217 f.

65) *Sandkühler* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 Rdn. 22

66) *Reithmann* in: Schippel, BNotO, § 24 Rdn. 21

67) *Wagner* ZNotP 1998, Beilage 1, Seite 10; *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 98*

handelns und der Mediation unterschiedlich: Beim kooperativen Verhandeln findet der „Verhandler“, also der Moderator, eine Lösung, die beide Seiten zufrieden stellt,⁶⁸⁾ bei der Mediation dagegen finden die Parteien unter Anleitung des Moderators selbst eine Lösung, die sie zufrieden stellt. Dies verdeutlicht zugleich die Unterschiede zur „reinen“ notariellen Beratung:

- 54 - Bei der „reinen“ präventiven streitvermeidenden *Beratung* durch einen Notar wird dieser von einem oder mehreren Beteiligten darum gebeten, über eine Sachlage und/oder Rechtsfrage unparteiisch zu beraten. Diese Beratung dient folglich nicht der Findung einer Lösung, sondern der Meinungsbildung der Beteiligten. Diese wollen aufgrund einer *unparteiischen* Beratung – unter Umständen in einer vom Notar ihnen gegenüber *gemeinsam* durchgeführten Beratung - die jeweils eigene Position und die des „Gegners“/Gegenübers einschätzen können, mehr nicht.
- 55 - Wird der Notar von den beteiligten Parteien als Moderator mit dem Ziel *kooperativen Verhandeln* eingeschaltet, also zu vermitteln, so kann dies entweder zum Zwecke der *Streitvermeidung* oder der *Streitbeilegung* erfolgen. In diesem Falle werden die Beteiligten den Notar aufsuchen, weil sie sich aufgrund dessen Erfahrung, Kompetenz und dessen Fähigkeiten zum Ausgleich erhoffen, daß dieser – also der Notar – im Zuge der Verhandlung für sie eine Lösung finden kann, die nicht unbedingt durch rechtliche Ansprüche, Anspruchsgrundlagen und einen „Streitgegenstand“ eingegrenzt sein muß. Der Notar entscheidet aber nicht, was die richtige Lösung zu sein hat.
- 56 - Wird der Notar dagegen von den beteiligten Parteien als Moderator im Rahmen einer *Mediation* eingeschaltet, so wird dies in aller Regel zum Zwecke einer *Streitbeilegung* eines bereits vorhandenen Konfliktes erfolgen. In diesem Falle soll der Notar aufgrund seiner Erfahrung, Kompetenz und dessen Fähigkeiten zum Ausgleich die Moderation so durchführen, daß die Beteiligten selbst unter dessen Anleitung eine eigene Lösung finden.
- 57 Anders als bei der streitvermeidenden notariellen Beratung wird im Falle des kooperativen Verhandeln oder der Mediation die gefundene Lösung in einer Vereinbarung schriftlich festgehalten, die, sofern nicht gesetzlich anders vorgeschrieben, eine notarielle Urkunde sein kann aber nicht sein muß (sogenannte Abschlußvereinbarung).

68) Ponschab/Schweizer, Kooperation statt Konfrontation, Seite 97

1.2.2 Schlichtung

- 58 Der Fall der Schlichtung geht von einer bereits vorhandenen Konfliktsituation aus. Es geht folglich um eine *Streitbeilegung*situation und nicht um einen Streitvermeidungsfall. Die Schlichtung beginnt dort, wo das kooperative Verhandeln zu keiner Lösung geführt hat.⁶⁹⁾ Haben folglich Beteiligte den Notar beauftragt, für sie Moderator im Rahmen kooperativen Verhandeln zu sein, so ist es für den Notar angebracht, dieses Auftragsverhältnis mit den Beteiligten konkret zu umschreiben; dies nicht nur inhaltlich, sondern auch im Hinblick auf die Frage, ob der Notar für den Fall des Scheiterns einer kooperativen Verhandlung im Anschluß daran auch noch als Schlichter zur Verfügung stehen soll oder nicht. Es ist aber auch denkbar, daß der Notar als Schlichter eingeschaltet wird, nachdem er zuvor mit dem kooperativen Verhandeln nicht befaßt war.
- 59 Die notarielle Schlichtung ist der Versuch, nach Scheitern einer kooperativen Verhandlung und vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens – staatliches Gericht oder Schiedsgericht – noch eine Zwischenstufe einzuschalten. Sie bedient sich der Mittel des kooperativen Verhandeln, jedoch im Hinblick auf den denkbaren Rechtsstreit *unter verstärkter Berücksichtigung wechselseitiger Ansprüche und rechtlicher Anspruchsgrundlagen*.⁷⁰⁾ Der Notar als Schlichter unterbreitet nicht nur einen die beiderseitigen Interessen der Beteiligten berücksichtigenden Lösungsvorschlag, sondern einen schriftlichen Schlichtungsvorschlag. Dieser berücksichtigt denn auch den rechtlichen Streitgegenstand, an dem für den Fall des Scheiterns der Schlichtung sich die rechtlichen, und nicht nur wirtschaftlichen, Ansprüche der Beteiligten für den Fall eines Klageverfahrens orientieren werden. Dies macht zugleich deutlich, daß im Schlichtungsverfahren, anders als beim kooperativen Verhandeln,
- die Schriftlichkeit des beiderseitigen Vortrages und
 - die rechtliche Begründung der wechselseitigen Positionen
- hinzutreten und Grundlage für den schriftlichen notariellen Schlichtungsvorschlag werden.

69) Wagner ZNotP 1998, Beilage 1, Seite 10; Wagner DNotZ 1998, 34*, 98* f.

70) Wagner ZNotP 1998, Beilage 1, Seite 10; Wagner DNotZ 1998, 34*, 99*

1.2.3 Vertragliche Konfliktbewältigung

- 60 Den zuvor dargelegten Fällen notarieller Beratung, kooperativen Verhandeln, der Schlichtung und der Mediation hat als Sachverhalt zugrunde gelegen, daß ad hoc präventiv Streit vermieden oder beigelegt werden soll und Streitlösungsmechanismen nicht zuvor vertraglich vereinbart waren. Streitvermeidung – nicht Streitbeilegung – kann aber auch dadurch ermöglicht werden, daß Vertragsparteien bereits in ihren Verträgen mit Regeln wie sie für den Fall anstehender oder eingetretener Konflikte mit denselben umzugehen haben und wer als unparteiischer Dritter dabei Berater, Moderator, Mediator oder gar Schiedsrichter sein soll beziehungsweise wer diesen unparteiischen Dritten bestimmen soll, was dies kosten darf und wer solche Kosten tragen soll.⁷¹⁾
- 61 Der Notar kann dies in von ihm entworfenen oder beurkundeten Verträgen berücksichtigen. Er kann aber auch unabhängig davon als unparteiischer Dritter von den Vertragsparteien bei der Gestaltung solcher Verträge (durch die Beteiligten selbst – ob mit oder ohne deren anwaltliche Berater -) *für diese Zwecke beratend* hinzugezogen werden, einerlei, ob er für den Konflikt(vermeidungs)fall als Berater, Moderator, Mediator oder Schlichter zusätzlich in diesem Vertrag benannt werden soll oder nicht.
- 62 Vertragliche Konfliktbewältigung kann aber auch dann erforderlich werden, wenn ein bereits geschlossener Vertrag in die Krise gerät.⁷²⁾ Dies kann sein, weil
- aufgrund von Gesetzes- oder Rechtsprechungsänderung eine Änderung der Rechtslage eingetreten ist;
 - die Erwartungen der Parteien in einen geschlossenen Vertrag sich nicht erfüllt haben;
 - Leistungsstörungen/Vertragsbruch durch eine Vertragspartei eingetreten ist/sind.⁷³⁾
- 63 In einem solchen Fall wird es sich anbieten, nicht nur der neuen Situation zu entsprechen, sondern bei dieser Gelegenheit zugleich in der Änderungs-/Ergänzungsvereinbarung die „Spielregeln“ mit festzulegen, wie künftig solche Situationen bewältigt werden sollen. Der Notar kann bei dieser Art vertraglicher Konfliktbewältigung in der zuvor beschriebenen Weise behilflich sein.

71) Wagner ZNotP 1998, Beilage 1, Seite 12; Wagner DNotZ 1998, 34*, 103* f.

72) Heussen, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, Rdn. 381

73) Heussen, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, Rdn. 383

1.2.4 Vergleich

64 Während die zuvor genannten präventiven Konfliktbewältigungsmöglichkeiten in erster Linie dem wirtschaftlichen Interessenausgleich der Beteiligten dienen, handelt es sich bei dem außergerichtlichen Vergleich alleine um den *Ausgleich rechtlicher Ansprüche*. Abgesehen davon, daß ein solcher Vergleich bei einem Notar beurkundet werden kann⁷⁴⁾ und in diesem Zusammenhang der Notar die Beteiligten unparteiisch belehren und/oder beraten muß (§ 17 Abs. 1 und 2 BeurkG), kann der Notar als unparteiischer Dritter von den Beteiligten beim Abschluß eines außergerichtlichen privatschriftlichen Vergleiches hinzugezogen werden, um sie gemeinsam unparteiisch zu beraten. Dies ist quasi ein Filter gegenüber Übervorteilung einer Vertragspartei.

1.2.5 Zwischenergebnis

- 65 Es wird mithin deutlich, daß neben der „reinen“ notariellen Beratung als präventives Mittel der Streitvermeidung es weitere unterschiedliche Formen notarieller Beratung mit unterschiedlichen Zwecken präventiver Konfliktbewältigung gibt, die losgelöst von notarieller Beurkundung sind und bei der allenfalls die notarielle Beurkundung die Folge einer solchen Beratung ist, nicht aber deren Ausgangspunkt ist.
- 66 Dies rechtfertigt es, die notarielle Beratung als Mittel der präventiven Streitvermeidung / Streitbeilegung als eigenständiges Segment notarieller Tätigkeit gewichtiger neben die notarielle Beurkundung zu stellen, als dies derzeit der Fall ist. Dazu muß allerdings
- 67 - der Unterschied und der Nutzen dieser Segmente notarieller Tätigkeit konturenscharf für das Rechtspublikum herausgearbeitet werden und
- 68 - dem notariellen Berufsstand verinnerlicht werden, welchen Nutzen es für die notarielle Tätigkeit und das Image der Notare haben kann, sich des Segments präventiver Streitvermeidung / Streitbeilegung durch Notare als Alternativangebot zu staatlicher Gerichtsbarkeit anzunehmen.
- 69 Dies erfordert ein Marketing nach Innen (gegenüber Notaren) und nach Außen gegenüber (dem Rechtspublikum).

74) Wagner ZNotP 1998, Beilage 1, Seite 12; Wagner DNotZ 1998, 34*, 104* f.

1.3 Die praktische Arbeit auf dem Gebiet der Beratung (einschließlich Gebühren)

- 70 Eine notarielle Beratung setzt voraus, daß der Notar von einem oder mehreren Beteiligten dazu beauftragt wird. Es ist folglich ihm gegenüber ein entsprechender Antrag zu stellen.⁷⁵⁾ Der Notar ist zur Annahme dieses Antrages nicht verpflichtet.⁷⁶⁾ Der Notar ist folglich auf Antrag Beteiligter zwar zur Beurkundung verpflichtet (§ 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO), er ist aber nicht zur Beratung verpflichtet, sondern kann einen Beratungsauftrag auch ablehnen. Nimmt er ihn an, so handelt es sich bei der notariellen Beratung um eine Amtstätigkeit.⁷⁷⁾ Inhalt und Umfang notarieller Beratung zwecks präventiver Konfliktbewältigung hängen davon ab, was der/die Beteiligte(n) und der Notar vereinbaren.
- 71 Während der Notar seine Urkundstätigkeit nur innerhalb seines Amtsbereiches ausüben darf (§ 10a Abs. 2 BNotO), gibt es eine solche gesetzliche Regelung für die notarielle Beratung nicht. Der Notar kann folglich Beratung als Amtstätigkeit an jedem Ort in Deutschland vornehmen, nicht jedoch – da Amtstätigkeit - im Ausland (Umkehrschluß zu § 11a BNotO).
- 72 Welche Gebühren ein Notar für eine Beratung in ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung als Instrument präventiver Konfliktbewältigung erheben darf, ist im deutschen Recht nicht geregelt. So wird denn auch unterschiedliches diskutiert. *Reithmann*⁷⁸⁾ meint, es falle eine Gebühr nach § 147 KostO an, womit er wohl die Hälfte der vollen Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO meint. Andere schlagen die §§ 148 Abs. 1, 116 KostO vor, wenn es sich um eine nicht förmliche Auseinandersetzung handle und der Notar im Einverständnis aller Beteiligten deren Interessen ausgleichen soll.⁷⁹⁾ Dies kann vom 4-fachen der vollen Gebühr (wenn die Abschlußvereinbarung mit beurkundet wird)⁸⁰⁾ bis zum doppelten der vollen Gebühr⁸¹⁾ reichen.

75) *Hertel* in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, § 24 BNotO Rdn. 6; *Reithmann* in: Schippel, BNotO, § 24 Rdn. 34; *Sandkühler* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 Rdn. 10;

76) *Hertel* in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, § 24 BNotO Rdn. 7; *Sandkühler* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, § 24 Rdn. 11

77) *Hertel* in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, § 24 BNotO Rdn. 7;

78) *Reithmann* in: Schippel, BNotO, § 24 Rdn. 21

79) Göttlich/Mümmeler, fortgeführt von *Assenmacher/Mathias*, KostO, „Auseinandersetzung“ Ziff. 2.4

80) *Reimann* in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 13. Aufl. 1995, § 148 Rdn. 14

81) *Hartmann*, KostO, § 148 Rdn. 2

- 73 Die praktische Arbeit bei den unterschiedlichen Möglichkeiten notarieller Beratung im Zuge präventiver Konfliktbewältigung erfordert, nach Klärung der Vorfrage durch den Notar, ob er einen solchen Auftrag annehmen möchte, die Klärung der weiteren Frage, welche Art der Beratung erfolgen soll. Zu diesem Zweck hat er den Beteiligten die unterschiedlichen Arten darzustellen, um zu verdeutlichen, was die eigene Funktion des Notars sein soll und was die unterschiedlichen Arten zu leisten vermögen. Es empfiehlt sich sodann, den Beteiligten die damit zusammenhängenden Kosten aufzuzeigen. Sodann sollte der Notar verdeutlichen, daß er die ihm zugedachte Funktion bei der notariellen Streitvermeidung / Streitbeilegung auf der Grundlage der Güteordnung⁸²⁾ als Verfahrensordnung wahrnehmen werde. Der Auftrag in *der* Ausgestaltung, auf die sich die Beteiligten mit dem Notar verständigt haben, sollte alsdann schriftlich festgehalten werden. Die notarielle Beratung mit dem vereinbarten Inhalt und der vereinbarten Funktion ist, wenn es sich nicht um eine „reine“ Beratung⁸³⁾ sondern um eine andere der dargestellten Konfliktbewältigungsmaßnahmen handelt,⁸⁴⁾ dann auf der Grundlage der Güteordnung wie folgt durchzuführen:
- 74 Da nicht auszuschließen ist, daß eine präventive Konfliktbewältigungsmaßnahme nicht doch gerichtlich entschieden werden muß, hat der Notar die in der Güteordnung beschriebenen Formalien zu beachten. Dazu zählen u.a.:
- 75 - *Schriftlich* einzuleitendes Verfahren (§ 2 GüteO);
- 76 - Wahrung der Unparteilichkeit durch Beachtung von Mitwirkungsverboten und Befangenheitsgründen (§ 3 GüteO);
- 77 - Festlegung der Durchführung des Verfahrens (§ 4 GüteO);
- 78 - Parteien können (nicht müssen) persönlich erscheinen und können (nicht müssen) einen (anwaltlichen) Beistand hinzuziehen (§ 5 GüteO);
- 79 - Säumnisfolgen (§ 6 GüteO),
- 80 - Vertraulichkeit des Güteverfahrens, auch im Hinblick auf ein eventuell nachfolgendes Gerichtsverfahren (§ 7 GüteO);
- 81 - Abschlußvereinbarung (§ 8 GüteO);

82) *BNotK DNotZ* 2000, 1

83) S.o. Rdn. 5 – 9

84) S.o. Rdn. 10 – 18, 52 – 69

82 - Kosten (§ 9 GüteO).

1.4 Weitere Gesichtspunkte

83 Die zuvor beschriebenen Formen notarieller Beratung als Möglichkeiten der präventiven Konfliktbewältigung gingen davon aus, daß der *einzelne* Notar in einer der dargestellten Formen in amtlicher Funktion tätig wird. Daneben gibt es zwei weitere erwähnenswerte Möglichkeiten notarieller präventiver Konfliktbewältigung:

1.4.1 Einigungsphase im schiedsgerichtlichen Verfahren

84 Haben Beteiligte für den Fall von Konflikten sich darauf geeinigt, den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten auszuschließen und statt dessen ihren Streit vor einem notariellen 1-Personen-Schiedsgericht als ad-hoc-Schiedsgericht auf der Grundlage der Empfehlung der Bundesnotarkammer für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und Vergütungsvereinbarung⁸⁵⁾ entscheiden zu lassen, dann gilt folgende Besonderheit:

85 Das Schiedsverfahren beginnt – außer bei Verfahren über eine einstweilige Maßnahme – mit einer Einigungsphase vor dem Schiedsgericht (§ 6 BNotK-SchiedsV). Diese in das Schiedsverfahren eingebundene Einigungsphase kann mittels jeder der zuvor dargestellten Formen notarieller Beratung stattfinden und zwar vor dem Notar, der Schiedsrichter des schiedsgerichtlichen Verfahrens ist.⁸⁶⁾ Aber der Notar ist insoweit, da diese Einigungsphase nach § 6 BNotK-SchiedsV bereits Bestandteil des schiedsgerichtlichen Verfahrens ist, nicht in amtlicher Funktion tätig, so daß insoweit für diese Einigungsphase, was die Person des Notars betrifft, die dargestellten Besonderheiten gelten.⁸⁷⁾ Mit dieser in das Schiedsgerichtsverfahren einbezogenen Einigungsphase werden mediative Elemente an den Anfang des Schiedsgerichtsverfahrens, vor Beginn der streitigen Auseinandersetzung, eingeführt.⁸⁸⁾

85) *BNotK* 2000, 401

86) *Schiffer* *JurBüro* 2000, 188 und 235 zu den mediativen Elementen in modernen Schiedsverfahren außerhalb des notariellen Schiedsgerichts

87) S.u. Rdn. 230 ff.

88) Zu mediativen Elementen im Schiedsverfahren *Schiffer* in: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare*, 2.2.3.1

- 86 Diese Einbindung der Einigungsphase in das schiedsgerichtliche Verfahren begegnet zudem den Bedenken von *Lachmann/Lachmann*,⁸⁹⁾ die meinen, die zwingende Vorschaltung eines Schlichtungsverfahrens *vor* ein schiedsgerichtliches Verfahren verstoße bei richtlinienkonformer Auslegung gegen Anhang Nr. 1 q RiLi 93/13/EG, wonach Erschwerungen des Rechtswegzuganges nicht zulässig seien.

1.4.2 Schlichtungs- und Einigungs-Verfahren beim SGH

- 87 Beteiligte können eine notarielle präventive außergerichtliche Konfliktbewältigung statt in der oben dargestellten Formen vor einem Einzelnotar vor dem schon dargestellten „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare – SGH“ durchführen lassen. Sie können den SGH anrufen und ausdrücklich nur eine schlichtende und vermittelnde Tätigkeit des SGH, nicht aber dessen verbindliche Entscheidung, wünschen (§ 18 Abs. 1 Statut-SGH), ohne daß dies den vorherigen Abschluß eines Schlichtungs- oder Schiedsvertrages voraussetzt (§ 18 Abs. 2 Statut-SGH). In diesem Falle findet ein solches Schlichtungsverfahren auf der Grundlage der GüteO in Verbindung mit dem Statut des SGH vor dem Vorsitzenden des SGH (§ 19 Abs. 1 Statut-SGH) statt. Allerdings stellt diese schlichtende/vermittelnde Tätigkeit des Vorsitzenden des SGH gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 Statut-SGH keine notarielle Amtstätigkeit dar.
- 88 Getrennt von dem vorgenannten Schlichtungsverfahren vor dem SGH (§ 18 Statut-SGH) ist die Schlichtungsphase innerhalb eines vor dem SGH eingeleiteten Schiedsgerichtsverfahrens zu sehen (§ 21 Statut-SGH). Haben die Beteiligten unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges zu den staatliche Gerichten sich aufgrund Schiedsgerichtsvertrages darauf geeinigt, den SGH anzurufen, so beginnt auch bei diesem das Schiedsgerichtsverfahren – außer bei einstweiligen Maßnahmen – mit einer Schlichtungsphase vor dem Vorsitzenden des SGH (§ 21 Statut-SGH). Das zuvor zu § 6 BNotK-SchiedsV ausgeführte⁹⁰⁾ gilt hier entsprechend.

89) *Lachmann/Lachmann* BB 2000, 1633, 1639

90) S.u. Rdn. 94

1.4.3 Die notarielle Beratung im Überblick

- 89 Trennt man die präventive Funktion des Notars nach den zwei großen Hauptbereichen der Streitvermeidung und Streitbeilegung, dann soll im ersteren Fall der Streit und im letzteren Fall nach schon eingetretenem Streit ein Gerichtsverfahren (einerlei ob vor staatlichen Gerichten oder Schiedsgerichten) vermieden werden. In beiden Fällen ist es aber eigentliches Ziel notarieller Tätigkeit, nicht etwas zu vermeiden, sondern etwas zu erreichen, nämlich den Konsens von Beteiligten. Konsens ist dabei kein Selbstzweck, sondern bedarf zusätzlich der Absicherung. Daher ist der Notar in der Lage, nicht nur bei der Abfassung einer Schlußvereinbarung behilflich zu sein oder sie sogar zu beurkunden, sondern auch eine Durchsetzung des Vereinbarten für den Fall, daß sich Beteiligte an das Vereinbarte nicht halten, zu ermöglichen durch:
- 90 - Notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO;⁹¹⁾
- 91 - Zwangsvollstreckungserklärung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, soweit der Notar von einer Landesjustizverwaltung als Gütestelle anerkannt wurde, wobei eine solche Zwangsvollstreckungserklärung beurkundet werden kann, aber nicht muß.⁹²⁾
- 92 Die behandelten Möglichkeiten notarielle Beratung im weiteren Sinne lassen sich den Begriffen Streitvermeidung und Streitbeilegung wie folgt zuordnen:

1.4.3.1 Streitvermeidung

- 93 - „Reine“ Beratung, mündlich oder schriftlich (Gutachten);⁹³⁾
- 94 - kooperative Verhandlung / Vermittlung;⁹⁴⁾
- 95 - vertragliche Konfliktbewältigung.⁹⁵⁾

91) Jost ZNotP 1999, 276

92) S.o. Rdn. 24 ff.

93) S.o. Rdn. 5 ff.

94) S.o. Rdn. 53 ff.

95) S.o. Rdn. 60 ff.

1.4.3.2 Streitbeilegung

- 96 - kooperative Verhandlung / Vermittlung;⁹⁶⁾
- 97 - Schlichtung;⁹⁷⁾
- 98 - Vertragliche Konfliktbewältigung;⁹⁸⁾
- 99 - Vergleich.⁹⁹⁾

1.5 Notarielles Vertrags-Controlling

- 100 Konfliktvermeidende notarielle Beratung kann aber auch auf eine gänzlich andere Weise erfolgen, die bisher noch nicht bekannt ist, mit der sich aber ein neues Tätigkeitsgebiet für Notare erschließen ließe.

1.5.1 Sachstand

- 101 Wer kennt es nicht: Verträge werden oft mühsam ausgehandelt und in vielen Fällen versucht die eine Vertragspartei, im Ansatz das eigene Vertragsmuster oder den eigenen Vertragsentwurf zur Grundlage von Verträgen zu machen und im Zuge von Vertragsverhandlungen durchzusetzen. In der Regel setzt sich der Stärkere durch. Dabei lauern allerdings vielfältige Gefahren, die später zu Konflikten führen können:
- Würden solche Verträge bei Auftreten von Meinungsunterschieden der Vertragsparteien stets einer richterlichen Inhalts- oder Angemessenheitskontrolle stand halten ?
 - Wie wirken sich Gesetzesänderungen auf die Wirksamkeit solcher Verträge aus ?
 - Wie wirkt sich neue Rechtsprechung oder Rechtsprechungsänderung auf die Wirksamkeit des einmal Ausgehandelten aus ?
- 102 In der Regel werden einmal abgeschlossene Verträge auf eine fortbestehende Wirksamkeit von den Vertragsparteien nicht überwacht. Wichtig erscheint oft nur der Vertrag-

96) S.o. Rdn. 53 ff.

97) S.o. Rdn. 58 ff.

98) S.o. Rdn. 60 ff.

99) S.o. Rdn. 64

sabschluß, weniger jedoch eine Überwachung der Wirksamkeitsdauer. Dabei wird übersehen, daß Verträge zwei Funktionen haben:

1. Sie sollen quasi die „Spielregeln“ der Vertragsparteien darstellen, so daß sie wissen wie sie sich auf die Dauer des Vertrages zu verhalten haben.
2. Sie sollen aber auch für den Konfliktfall den Regelungsrahmen z.B. für die Beurteilung durch Gerichte abgeben.

Aber wer soll eine solche Überwachung vornehmen und wie könnte sie aussehen ?

1.5.2 Vorschlag

- 103 Eine Überwachung der Wirksamkeit von Verträgen könnte eine neutrale Person vornehmen, die nicht der Interessensphäre einer Vertragspartei zuzuordnen ist. Und die Überwachung sollte sich nicht darin erschöpfen, auf Wirksamkeitsbedenken z.B. aufgrund von Gesetzesänderungen, neuer Rechtsprechung oder Rechtsprechungsänderung hinzuweisen. Controlling ist mehr als das: Mit solchen Hinweisen könnten Vorschläge zur Vertragsanpassung verbunden werden, um den Vertragsparteien ein Gegensteuern zu ermöglichen.

Ein solches Vertrags-Controlling könnte bereits in den Verträgen vorgesehen werden, indem sich Vertragsparteien darauf vertraglich verständigen würden, in welcher Weise dies erfolgen soll und welche neutrale Person dafür beauftragt werden soll.

1.5.3 Notarielles Vertrags-Controlling

- 104 Während Rechtsanwälte Berater ihrer Mandanten und damit *parteiische* Berater sind, darf der Notar nicht *parteiischer* Berater einer Partei sein. Er kann aber von einem oder auch mehreren Beteiligten als *unparteiischer* Berater angesprochen werden (§ 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Unparteiische Beratung gegenüber Beteiligten durch einen Notar ist Amtstätigkeit.
- 105 Vertragsparteien können folglich in einem Vertrag – dies kann ein privatschriftlicher oder beurkundeter Vertrag sein – durchaus in Abstimmung mit einem von ihnen gemeinsam vorgesehenen Notar vereinbaren, daß dieser im Hinblick auf den abgeschlossenen Vertrag auf eine zu vereinbarende Dauer die Vertragsparteien kontinuierlich über folgendes informieren soll:

- 106 - Gesetzesänderungen, neue Rechtsprechung bzw. Rechtsprechungsänderung, die sich auf diesen Vertrag auswirken kann.
- Hinweise, wie die Vertragsparteien mit diesen Auswirkungen im Zuge einer Vertragsanpassung oder situationsbedingt umgehen können.

1.5.4 Beispiele

- 107 - Der BGH hat in seinen Entscheidungen vom 23.05.1996¹⁰⁰⁾ für den Bauvertrag eine Kooperationspflicht der Vertragsbeteiligten angesprochen. Bei Meinungsverschiedenheiten dürfe nicht sofort zur Kündigung gegriffen werden, vielmehr seien die Vertragsbeteiligten zunächst gehalten, im Verhandlungswege eine einvernehmlich Lösung zu suchen.

Ein Hinweis auf diese sich verfestigende Rechtsprechung im Rahmen notariellen Vertrags-Controlling an beide Vertragsparteien könnte mit dem weiteren Hinweis verbunden werden, wie man vertraglich oder situationsbezogen dem Rechnung tragen kann.

- 108 - Der BGH hat in seinen Entscheidungen vom 29.05.2000¹⁰¹⁾ eine Rechtsprechungsänderung vorgenommen. Danach sind bei einer GmbH oder AG Gewinnausschüttungen auch Jahre später wieder seitens der Empfänger an die Gesellschaft zurückzuzahlen, wenn sich herausstellen sollte, daß die Bilanz, die dem Gewinnausschüttungsbeschluß zugrunde lag, fehlerhaft war und die Gewinnausschüttung nicht rechtfertigte.

Ein Hinweis auf diese Rechtsprechungsänderung im Rahmen eines notariellen Vertrags-Controlling z.B. an die Geschäftsführung einer solchen Gesellschaft könnte den Blick dafür schärfen, bei nachträglichen Bilanzproblemen darüber nachzudenken, ob dies Folgen auch für die Rückforderung von in der Vergangenheit vorgenommenen Gewinnausschüttungen haben könnte, die seitens der Geschäftsführung dann zurückzufordern wären.

100) BGH 23.05.1996 - VII ZR 245/94, BGHZ 133,44, 47 und BGH 28.10.1999 - VII ZR 393/98, NJW 2000, 807, 808

101) BGH 29.05.2000 - II ZR 347/97, ZIP 2000, 1256 „Balsam/Procedo“ II; 75/98, n.V. „Balsam/Procedo III“; 118/98, ZIP 2000, 1251 „Balsam/Procedo“ I

2. Die Mediation

109 Soweit in diesem Abschnitt von Mediation die Rede ist, ist die Mediation als Sachbegriff¹⁰²⁾ gemeint.¹⁰³⁾

2.1 Nationale Gesetzgebung und Verfahren im Bereich der Mediation

110 Der deutsche Gesetzgeber verwendet bislang weder den Begriff der Mediation noch den des Mediators. In der Berufsordnung der Rechtsanwälte (dort § 18 Abs. 1) ist von dem Rechtsanwalt als Mediator die Rede. Eine Definition wird allerdings nicht gegeben. Die gesetzlichen Regelungen zum notariellen Berufsrecht kennen bislang den Begriff des Mediators nicht. Der Notar als Mediator hat ungeachtet dessen folgende (gesetzliche) Regelungen zu beachten:

111 - Das notarielle Berufsrecht wie es sich aus der BNotO, der auf ihrer Grundlage ergangenen Verordnungen, denen als Satzungen der Notarkammern beschlossenen und genehmigten Berufsrichtlinien (§ 67 Abs. 2 BNotO) und – soweit einschlägig – dem BeurkG ergibt.¹⁰⁴⁾

112 - Soweit der Notar als Mediator in seiner Funktion als von der Landesjustizverwaltung oder kraft Gesetzes anerkannte Gütestelle tätig wird,¹⁰⁵⁾ hat er zusätzlich dort landesgesetzliche Regelungen zu beachten, wo dazu landesgesetzliche Vorgaben vorhanden sind.

113 - Als unverbindliche Empfehlung sollte er zudem von der GüteO der Bundesnotarkammer Gebrauch machen.¹⁰⁶⁾

114 Wird der Notar als Mediator tätig, wird er, da es sich insoweit um Amtstätigkeit handelt (§ 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO), zu den Beteiligten im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Verfahrensrechtsverhältnisses tätig.¹⁰⁷⁾ Unabhängig von denen nachfolgend skizzierten Kriterien einer Mediation hat daher der Notar als Mediator von Amts wegen folgende

102) Zur Definition s.o. Rdn. 13 und 17

103) Zur Mediation als Marketingbegriff s.o. Rdn. 11 und zur Mediation als Oberbegriff s.o. Rdn. 12

104) *Rieger/Mihm*, Der Notar als Mediator

105) S.o. Rdn. 24 ff.

106) Siehe **Anlage 1**

107) *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, Rdn. 25; *Rieger/Mihm*, Der Notar als Mediator

Berufspflichten zu beachten, die aufgrund des öffentlich-rechtlichen Verfahrensverhältnisses keiner privatrechtlichen Disposition unterliegen:

- 115 - Unabhängigkeit (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO);
- 116 - Unparteilichkeit (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO);
- 117 - Integrität/Redlichkeit (§ 14 Abs. 2 und 3 BNotO);
- 118 - Vertraulichkeit (§ 18 BNotO).

Von folgenden Verfahren im Bereich der Mediation wird berichtet:

2.1.1 Familienmediation¹⁰⁸⁾

119 Die Anfang 1992 gegründete Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familienmediation (BAFM) hat Richtlinien für die Familien-Mediation erarbeitet.¹⁰⁹⁾ Diese richtet sich u.a. an Anwälte, nicht jedoch an Notare,¹¹⁰⁾ ohne daß dafür eine Erklärung gegeben wird. Der Mediator klärt zu Beginn der Mediation die Beteiligten über die Unterschiede zwischen einer Mediation und anderen Konfliktbereinigungsverfahren auf und legt sodann mit den Beteiligten in einem schriftlichen Mediationsvertrag das Mediationsverfahren fest.¹¹¹⁾ Dieses wird von folgenden Grundsätzen geprägt:

- 120 - Freiwilligkeit der Beteiligten,
 - 121 - Neutralität des Mediators,
 - 122 - Eigenverantwortlichkeit der Beteiligten,
 - 123 - Informiertheit der Beteiligten,
 - 124 - Vertraulichkeit des Verfahrens.¹¹²⁾
- 125 Ziel der Mediation ist das Herstellen einer sogenannten „win-win-Situation“, aus der heraus sich jeder der Beteiligten einen Vorteil verspricht.

108) *Dietrich/Theml/Ueberschär* in: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare, 5.2.5.2

109) Abgedruckt bei *Mähler/Mähler* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 123 ff.

110) I. der Richtlinien: siehe *Mähler/Mähler* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 124

111) *Mähler/Mähler* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 129

112) *Mähler/Mähler* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 125; *Buchholz-Graf* ZMK 2000, 118

2.1.2 Mediation im Verwaltungs-,¹¹³⁾ insbesondere Umweltrecht¹¹⁴⁾

- 126 Von der Bevölkerung unerwünschte Anlagen (z.B. Entsorgungsanlagen, Kraftwerke, Industrieanlagen, Autobahnen, Eisenbahntrassen, Flughäfen oder deren Erweiterung¹¹⁵⁾ etc.)¹¹⁶⁾ bringen es mit sich, vermehrt sich zu bemühen, vor Einleitung eines förmlichen Verwaltungsverfahrens sich mit Mediationsverfahren zu befassen.¹¹⁷⁾ Dabei handelt es sich weniger um eine Einzel-Mediation weniger Beteiligter als vielmehr um eine Kollektiv-Mediation vieler Beteiligter. Da das Mediationsverfahren im Vorfeld und damit außerhalb des Verwaltungsverfahrens abläuft, wird es als sinnvoll angesehen, die Entscheidungsträger mit einzubinden.¹¹⁸⁾ Es ist aber auch möglich, ein solches Mediationsverfahren parallel oder unabhängig von einem Verwaltungsverfahren zwecks Klärung von Einzelfragen durchzuführen.¹¹⁹⁾ Als verfahrensmäßige Mindeststandards werden genannt:
- 127 - Verfahrensfairneß,
 - 128 - Verfahrenstransparenz,
 - 129 - Gebot der Parität,
 - 130 - keine Belastungen Dritter, die nicht am Mediationsverfahren beteiligt sind,
 - 131 - Verhandlung durch Gruppenrepräsentanten,
 - 132 - Akzeptanz durch Interessengruppen,
 - 133 - Orientierung des Mediationsergebnisses an öffentlichrechtlicher Umsetzbarkeit,
 - 134 - keine rechtliche Bindung, wohl aber faktische Bindung des nachfolgenden Verwaltungsverfahrens an Mediationsergebnis.¹²⁰⁾

113) *Kostka* in: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare, 5.2.17

114) *Zilleßen* in: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare, 5.2.15

115) *Niethammer* ZMK 2000, 136

116) *Zieher* ZMK 2000, 113

117) *Ramsauer* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 161 ff.. Zur Verkehrsplanung und Mediation *Weber* ZMK 2000, 16 und *Sellnow* ZMK 2000, 18

118) *Ramsauer* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 165

119) *Ramsauer* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 166 f.

120) *Ramsauer* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 165

- 135 Bei kollektiven Mediationsverfahren der vorgenannten Art wird zwischen folgenden Phasen des Mediationsverfahrens unterschieden:
- 136 - *Vorbereitung* des Mediationsverfahrens: Diese dient u.a. der Analyse der beteiligten Interessen und der Herstellung einer Organisationsstruktur für das Mediationsverfahren.¹²¹⁾ Hinzu kommen die Festlegung von Verhandlungsgegenstand, Verfahrensdauer, Verhandlungsort, Terminen, Protokoll, Geheimhaltungsinteressen, Öffentlichkeitsarbeit und Klärung der Kosten.¹²²⁾
- 137 - *Durchführungsphase*: Aushandeln einer kooperativen Problemlösung.¹²³⁾
- 138 - *Implementationsphase*: Umsetzung des Verhandlungsergebnisses, jedenfalls Teile davon.¹²⁴⁾

2.1.3 Mediation im Wirtschaftsrecht

- 139 Während die Verfahrensabläufe einer Wirtschaftsmediation¹²⁵⁾ ähnlich der Familienmediation sind, treten emotionale Aspekte bei der Wirtschaftsmediation – anders als bei der Familienmediation – zurück.¹²⁶⁾ An deren Stelle treten
- 140 - Schnelligkeits- und Befriedigungsaspekte sowie
- 141 - Verständnisaspekte.¹²⁷⁾
- 142 Dies sind letztlich auch die Gründe, warum *Casper/Risse* bei gesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelstreitigkeiten vorschlagen, diese mittels einer darauf gerichteten Mediation statt durch Anfechtungsklagen beizulegen.¹²⁸⁾ Als geeignete Anwendungsfelder werden

121) *Ramsauer* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 167

122) *Ramsauer* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 168

123) *Ramsauer* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 168

124) *Ramsauer* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 169

125) *Siegmann* in: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare, 5.2.1 (Arzthaftung); *Boysen/Plett* (aaO), 5.2.3.1 (Bauschlichtung); *Nordmann* (aaO), 5.5.3.2 (Bauschlichtung); *van Raden* (aaO), 5.2.6 (Gewerblicher Rechtsschutz); *Steinbrück* GmbHR 1999, R 165; *Steinbrück* AnwBl 1999, 574; *Risse* BB 1999, Beilage 9, Seite 1; *Risse* WM 1999, 1864; *Risse* NJW 2000, 1614

126) *Schneider* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 174 f.

127) *Schneider* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 177 f.. Zur Wirtschaftsmediation im Wohnungseigentum siehe *Allmayer-Beck/Auer* ZMK 2000, 9

128) *Casper/Risse* ZIP 2000, 437

Unternehmenssanierungen, Streitigkeiten bei Projektfinanzierungen und in die Krise geratene Immobilienfonds beschrieben.¹²⁹⁾

2.1.4 Mediation im Nachbar-, Miet-¹³⁰⁾ und Verbraucherrecht

- 143 Die Verfahrensabläufe sind ähnlich denen wie sie bei der Familien-Mediation beschrieben wurden.¹³¹⁾

2.1.5 Mediation bei Neuverhandlung zivilrechtlicher Verträge

- 144 Solche können sich bei langfristigen und komplexen Verträgen (Miet-, Pacht-, Gesellschafts-, Dauerlieferungsverträgen etc.) ergeben, wenn Neuverhandlungen scheitern und Gerichtsverfahren zwecks Vertragsanpassung drohen.¹³²⁾ Hier gilt es als Vorfrage rechtlich herauszuarbeiten, ob ein Vertrag überhaupt anzupassen ist und falls ja, in welchem Umfang. Folglich kann das Verfahren der Mediation dieser Zweistufigkeit angepaßt werden.¹³³⁾ Sollte die Mediation in keiner der beiden Stufen zu einem Ergebnis führen, könnte statt dessen versucht werden, per Mediation die Parteien dazu zu bringen, sich darauf zu verständigen wie sie künftig die Frage der Anpassung einvernehmlich regeln wollen.¹³⁴⁾

2.1.6 Strafrechtlicher Täter-Opfer-Ausgleich¹³⁵⁾

- 145 Dieser ist gesetzlich als das „Bemühen (umschrieben), einen Ausgleich (des Täters) mit dem Verletzten zu erreichen“ (§§ 10 Abs. 1 Nr. 7 JGG, 46a Nr. 1 StGB). Die Kontaktaufnahme der Beteiligten wird oft durch Staatsanwaltschaft oder das Gericht vermittelt,

129) *Risse* WM 1999, 1864, 1869 f.

130) *Plett/Boysen* in: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare, 5.2.19.1; *Stehle* (aaO), 5.2.19.2

131) S.o. Rdn. 119 ff.

132) *Nelle* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 196 ff.

133) *Nelle* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 199

134) *Nelle* in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 200

135) *Delattre* in: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare, 5.2.13.1; *Hölzer* (aaO), 5.2.13.2. Zum Täter-Opfer-Ausgleich zu Gunsten juristischer Personen siehe BGH 18.11.1999 – 4 StR 435/99, NStZ 2000, 205 nebst Anm. *Dierlamm* in NStZ 2000, 536

dem sich ein Mediationsverfahren anschließen kann. Dieses ist allerdings durch die veranlassende Nähe der Justiz nicht so ergebnisoffen wie dies bei anderen zuvor beschriebenen Mediationsverfahren der Fall ist.

2.1.7 Fazit

- 146 Die Mediation unter Einschaltung eines Notars als Mediator wird sich insbesondere bei der Familien-Mediation, im Wirtschaftsrecht und bei Neuverhandlungen zivilrechtlicher Verträge anbieten. Sie kann aber auch darüber hinaus gehen, wenn man etwa auch an Konfliktbewältigungen im Erbrecht¹³⁶⁾ und Verbraucherschutzrecht¹³⁷⁾ denkt. Bezüglich letzterem ist im Auge zu behalten, daß die Europäische Kommission im März 2000 ein Arbeitspapier veröffentlicht hat, das den Rahmen für die Einrichtung eines Europäischen Netzes für die außergerichtliche Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten vorgeben soll.¹³⁸⁾ Kernelemente dieses „Extra-Judicial Network-EEJ-NET“ sollen sein:
- 147 - Es sollen Clearingstellen als zentrale nationale Einrichtungen in jedem Mitgliedstaat eingerichtet werden.
- 148 - Die Clearingstellen sollen sowohl nationale Anlaufstellen für die einheimischen Verbraucher sein als auch europäische Anlaufstellen von Clearingstellen anderer Mitgliedstaaten. Zudem sollen sie Informations- und Beratungsstellen in Sachen Verbraucherschutzrecht sein.
- 149 - Und über die Clearingstellen sollen die Beschwerden privater Verbraucher an die außergerichtliche Streitbeilegungsstelle weitergeleitet, die für ein Unternehmen zuständig ist, bei dem gekauft wurde.¹³⁹⁾
- 150 Der notarielle Berufsstand wird sich intern damit auseinandersetzen müssen, ob und in welcher Weise er sich auch für das Thema Verbraucherschutzrecht interessieren und bei dem zuvor Beschriebenen dann einbringen möchte.

136) *Risse* ZEV 1999, 205

137) So eines der Themen der am 20.09.2000 in Brüssel stattgefundenen Tagung der Europäischen Rechtsakademie über zukünftige Herausforderungen an das Europäische Notariat: „Notariat und Verbraucherschutz“

138) *mediations-report* 4/2000, Seite 1; Dokumentation in WM 2000, 1170

139) Siehe Dokumentation WM 2000, 1170

2.2 Definition und Auswirkungen der Mediation in der notariellen Praxis und in anderen Berufssparten

2.2.1 Notarielle Mediation

- 151 Bei der Mediation kann es sich um eine Konfliktmediation oder eine Vertragsmediation handeln.¹⁴⁰⁾
- 152 Bei der *Konfliktmediation* handelt es sich um ein „außergerichtliches, freiwilliges Konfliktbearbeitungsverfahren, in dem Konfliktpartner mit Unterstützung eines neutralen Dritten ohne inhaltliche Entscheidungsbefugnis (des Mediators) gemeinsame, aufeinander bezogene Entscheidungen treffen. Diese schließen nach Möglichkeit die Interessen der Beteiligten ein, sind auf Wertschöpfung ausgerichtet und fußen auf dem Verständnis von sich selbst, dem Anderen und ihrer jeweiligen Sicht der Realität“.¹⁴¹⁾
- 153 Bei der *Vertragsmediation* handelt es sich um ein außergerichtliches, freiwilliges Verfahren, das, ohne Vorliegen eines Konfliktes, bei einem vorhandenen Interessengegensatz einen Interessenausgleich zu erreichen sucht, der in einem Vertrag fixiert werden soll. Das Verfahren folgt vergleichbaren Grundsätzen wie bei der Konfliktmediation.
- 154 Die *Konfliktmediation* geht von Interessengegensätze *mit* Konflikt aus und hat den Interessenausgleich zum Ziel, der nicht notwendigerweise in einer schriftlichen oder notariell beurkundeten Abschlußvereinbarung fixiert werden muß (Streitbeilegung). Die *Vertragsmediation* geht dagegen von vorhandenen Interessengegensätzen *ohne* bereits eingetretenen Konfliktfall aus und hat den Interessenausgleich zum Ziel, der in einer privatschriftlichen oder notariell beurkundeten Abschlußvereinbarung geregelt wird.
- 155 Dabei ist zwischen (1) der Erarbeitung einer interessengerechten Lösung durch die Beteiligten selbst – unter Moderation des Mediators –, (2) dem Abgleich dieser Lösung an rechtlichen Gegebenheiten und (3) der vertraglichen Umsetzung dieser Lösung in einer Schlußvereinbarung zu unterscheiden. Ersteres hat das Verhandlungsmanagement der Mediators zum Gegenstand und ist folglich in der Regel keine *Rechtsberatung*, das zu (2) und (3) skizzierte dagegen betrifft den Komplex des rechtlichen Abgleiches, der ver-

140) S.o. Rdn. 13 und 17

141) Mädler/Mädler in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, Seite 13, 15

traglichen Gestaltung und der Sicherung des Vereinbarten und zählt mithin sehr wohl zur unparteiische Rechtsberatung.

- 156 Während allgemein die Auffassung vertreten wird, ein Mediator trage keine Ergebnisverantwortung,¹⁴²⁾ muß man dies aus berufsrechtlichen Gründen dort, wo ein Notar als Mediator tätig ist, relativieren: Keine Ergebnisverantwortung hat der Notar als Mediator dort, wo die Beteiligten unter seiner Moderation eine eigene ihren Interessen gerecht werdende (wirtschaftliche) Lösung finden. Anders ist dies jedoch dort, wo der Notar als Mediator gebeten wird, diese Lösung in eine Schlußvereinbarung umzusetzen, einerlei ob in beurkundeter oder in privatschriftlicher Form. Denn im Rahmen der Beurkundung einer Schlußvereinbarung hat der Notar die Beteiligten über die Tragweite des Vereinbarten zu belehren und darauf zu achten, daß keine Benachteiligung eines Beteiligten stattfindet (§ 17 Abs. 1 BeurkG) wie er auch darauf zu achten hat, daß das Vereinbarte rechtlich wirksam ist (§ 17 Abs. 2 BeurkG). Und beim Abfassen einer privatschriftlichen Schlußvereinbarung hat er, da seine Rolle als Mediator Amtstätigkeit ist (§ 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO), vergleichbare Pflichten.¹⁴³⁾
- 157 Diese *rechtliche* Ergebnisverantwortung des Notars als Mediator beginnt bereits im Vorfeld des zu Vereinbarenden und ergibt sich aus den Hinweis- und Warnpflichten des Notars aufgrund der ihm obliegenden „erweiterten Betreuungspflichten“ (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO),¹⁴⁴⁾ wovon ihn die Beteiligten nicht entbinden können.¹⁴⁵⁾ Dies schlägt sich in folgenden Punkten nieder:
- 158 - Er hat darauf zu achten, daß das zu Vereinbarende nicht nur einen fairen Interessenausgleich darstellt, sondern auch, daß es auf der Grundlage der geltenden Gesetze und Rechtsprechung rechtswirksam ist (*Rechtswirksamkeit*). Denn der Notar darf an der Beurkundung einer unwirksamen Vereinbarung nicht mitwirken¹⁴⁶⁾ und muß bei Zweifeln an der Wirksamkeit darauf hinweisen sowie seine Zweifel in der Urkunde vermerken (§ 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG).

142) von Schlieffen ZMK 2000, 52: „.. die Autonomie der Parteien soll gewahrt bleiben. Autonom ist, wer sich selbst sein Gesetz ... gibt. In der Mediation sind deshalb die Parteien .. in ihrer Gesamtheit der Gesetzgeber für ihre eigene Angelegenheit.“

143) Rieger/Mihm, Der Notar als Mediator; Schippel in: Schippel, BNotO, § 1 Rdn. 5

144) Rieger/Mihm, Der Notar als Mediator

145) Rieger/Mihm, Der Notar als Mediator

146) BGH 20.06.2000 – IX ZR 434/98, WM 2000, 1600

- 159 - Er hat ferner darauf zu achten, daß das zu Vereinbarende auch umsetzbar ist (*Praktikabilität*).
- 160 - Und er hat schließlich darauf zu achten, daß das zu Vereinbarende auch die Beteiligten sicherstellt. Dazu gehört die Einbindung eines notariellen vollstreckbaren Titels (*Vollziehbarkeit*).¹⁴⁷⁾
- 161 *Diese* rechtliche Ergebnisverantwortung des Notars als Mediator mit den entsprechenden Warn- und Hinweispflichten setzt folglich bereits ein, nachdem die Beteiligten unter seiner Moderation einen (wirtschaftlichen) Interessenausgleich gefunden haben und bevor es an den Abschluß einer privatschriftlichen Vereinbarung oder die Beurkundung der Schlußvereinbarung geht, in der das Vereinbarte fixiert werden soll.¹⁴⁸⁾ Die rechtliche Willensbildung der Beteiligten sollte mithin nicht erst bei der Beurkundung der Abschlußvereinbarung beginnen, da durchaus aufgrund rechtlicher Gegebenheiten ein zusätzlicher Einigungsbedarf der Beteiligten bestehen kann.¹⁴⁹⁾ Wollte man dies anders sehen, müßte der Notar in Anbetracht von § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG die Beteiligten anläßlich der Beurkundung über Wirksamkeitsfragen belehren und darauf achten, daß keine Benachteiligung eines Beteiligten stattfindet, was dann zum Scheitern der Vereinbarung führen kann. Ferner müßte der Notar sich von den Beteiligten vorhalten lassen, warum sie darauf nicht schon vorher aufmerksam gemacht wurden, um auf solche Fragen ihren Einigungsbedarf ebenfalls zu erstrecken. Folglich ist es auch Aufgabe des Notars als Mediator, darauf hinzuwirken, daß der von den Beteiligten gefundene Konsens sich für den Fall seiner vertraglichen Umsetzung an vorgenannten Eckpunkten messen lassen kann. Erst dann können die Beteiligten nämlich ermessen, was zusätzlich einer Einigung durch sie bedarf, wenn diese Eckpunkte berücksichtigt werden und bevor es zur Abschlußvereinbarung kommt. Auch hat der Notar im Vorfeld der Abschlußvereinbarung die Beteiligten auf die Sicherungsmöglichkeiten hinzuweisen, denn auch darauf muß sich die Einigung der Beteiligten beziehen.¹⁵⁰⁾

147) S.o. Rdn. 205 und 209

148) a.A. *Rieger/Mihm*, Der Notar als Mediator

149) Daß Rechtsinformationen zu zusätzlichen Spannungen führen können und deshalb in den Einigungsprozess mit einbezogen werden müssen, beschreibt auch *Wiedermann* ZMK 2000, 22, 24

150) *Jost* ZNotP 2000, 276, 281

Denn Einigung ist kein Selbstzweck, sondern wird begleitet durch die Wirksamkeit, Umsetzbarkeit, und Sicherung des Vereinbarten.

- 162 Erst wenn diese weiteren Stufen der Mediation unter Mitwirkung des Notars durchlaufen sind, kann sich dem die Beurkundung der Abschlußvereinbarung durch den Notar oder der Abschluß einer privatschriftlichen Abschlußvereinbarung unter Mitwirkung des Notars anschließen, der auch der Notar des Mediationsverfahrens sein kann,¹⁵¹⁾ nicht aber sein muß. Und sollten in dem Beurkundungsstadium die Beteiligten trotz entsprechender Belehrung des Notars auf Regelungen bestehen, die für den Notar Zweifel an deren Wirksamkeit begründen, so ist der Notar gehalten, seine Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Urkunde zu vermerken (§ 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG).
- 163 Getrennt von zuvor beschriebener Frage der *rechtlichen* Ergebnisverantwortung des in einer Mediation tätigen Notars ist die Frage zu sehen, ob und wann der Notar als Mediator die Pflicht hat, an der Sachverhaltserforschung mitzuwirken. Das OLG Hamm¹⁵²⁾ vertritt für die Mediation durch einen Rechtsanwalt folgende Auffassung: „Der als Mediator tätige Rechtsanwalt hat aufgrund seiner Verpflichtung zur Neutralität lediglich den von beiden Parteien unterbreiteten Sachverhalt zu würdigen, nicht aber, wie ein einseitiger Interessenvertreter, einen von den Vertragsparteien ausdrücklich nicht mitgeteilten, einer Partei jedoch möglicherweise günstigen Sachverhalt zu *erforschen*.¹⁵³⁾ Der Mediator ist auch nicht verpflichtet, von sich aus besondere Umstände zu ermitteln, die die Gefahr eines einer Partei drohenden Schadens begründen können.“¹⁵⁴⁾
- 164 Dem kann aus Gründen des notariellen Berufsrechts für den Notar als Mediator nur bedingt gefolgt werden. Da die Ausübung einer Mediation durch einen Notar Amtstätigkeit ist (§ 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO), hat er, wenn er den Mediationsauftrag annimmt, die Amtspflicht zu zweckmäßiger und sachkundiger Beratung.¹⁵⁵⁾ Für den Fall der Beurkundung der Abschlußvereinbarung hat der Notar gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG die gesetzliche Pflicht,

151) Rieger/Mihm, Der Notar als Mediator

152) OLG Hamm 20.10.1998 - 28 U 79/97, OLGR 1999, 129

153) Kursivsetzung durch den Autor

154) JURIS-Orientierungssatz

155) Ganter WM 2000, 641, 645

- 165 - den Willen der Beteiligten zu erforschen und
- 166 - den Sachverhalt zu klären (nicht zu erforschen).
- 167 Da eine Mediation aber zu einem Ergebnis führen soll, das in der Regel Gegenstand einer Abschlußvereinbarung sein soll, die auch – bei Aufnahme eines Vollstreckungstitels gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO - zu beurkunden ist, bietet es sich an, die später zwingende *Klärung* des Sachverhaltes vorzuziehen. Daher bietet es sich an, seitens des Notars bereits mit Beginn der Mediation zwar nicht den Sachverhalt zu erforschen, wohl aber ihn mit den Beteiligten zu klären. Dafür spricht nicht nur das notarielle Berufsrecht, sondern auch der Umstand, daß ja erst dann für den Notar als Mediator einsichtig wird, weshalb es zu Interessengegensätzen zwischen den Beteiligten gekommen ist.
- 168 Auch wenn die Tätigkeit des Notars als Mediator Amtstätigkeit ist, empfiehlt sich der Abschluß einer Mediationsvereinbarung zwischen den Beteiligten und dem Notar als Mediator.¹⁵⁶⁾ Die Rechtsbeziehungen der Beteiligten der Mediationsvereinbarung untereinander ist privatrechtlicher Art. Die Rechtsbeziehungen zwischen Notar als Mediator und den Beteiligten ist, da seine nach § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO einzuordnende Tätigkeit Amtstätigkeit ist, dagegen öffentlichrechtlicher Art.¹⁵⁷⁾

2.2.2 Auswirkungen notarieller Mediation auf den notariellen Berufsstand

- 169 Nehmen sich Notare des Themas der Mediation an, so kann dies für den notariellen Berufsstand positive Auswirkungen haben, wenn er
- 170 - dieses Thema nicht auf die Mediation als Sachbegriff¹⁵⁸⁾ eingrenzt,
- 171 - in der Öffentlichkeit die Mediation als Marketingbegriff¹⁵⁹⁾ für den notariellen Berufsstand positioniert und
- 172 - das notarielle Leistungsangebot auf die Mediation als Oberbegriff¹⁶⁰⁾ ausweitet.
- 173 Dies erfordert zudem, sich verstärkt auch für die staatliche Anerkennung als Gütestelle im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zu interessieren (unabhängig von dem oben darge-

156) Zum Vergleich einer Langfassung einer Mediationsvereinbarung ohne GüteO eines Anwaltsmediators siehe *Schmidt* ZMK 2000, 71

157) Analog BGH 19.03.1998 - IX ZR 242/97, BGHZ 138, 180, 181

158) S.o. Rdn. 13 ff.

159) S.o. Rdn. 11

160) S.o. Rdn. 12

stellten Thema des § 15a EGZPO¹⁶¹⁾), um folgendem in der Öffentlichkeit vorherrschenden Eindruck entgegenwirken: Notare wären nur für Beurkundungen zuständig und dies auch nur dort, wo das Gesetz es vorschreibe. Dieses öffentlichkeitswirksame Vorurteil ist zwar sachlich falsch – wie alle Vorurteile –, aber es besteht. Es ist auch müßig, der Öffentlichkeit die wirkliche Rechtslage beschreiben zu wollen, was Notare alles dürfen und tun, es würde an dem Vorurteil nichts ändern.

- 174 Statt dessen könnte mit zuvor skizzierter Vorgehensweise vorgenanntem Vorurteil auf einem Feld begegnet werden, auf dem sich in der Öffentlichkeit Frustration breit macht, um damit zugleich den Nutzen notarieller Tätigkeit auch dort zu verdeutlichen, wo es nicht um Beurkundung geht und das Gesetz nicht notarielles Tätigwerden vorschreibt. Gemeint ist, der Frustration der Öffentlichkeit gegenüber staatlicher Gerichtsbarkeit¹⁶²⁾ eine Alternative gegenüber zu stellen, die den Nutzen des Rechtsuchenden und damit ihn als Subjekt im Auge hat. So könnte verdeutlicht

werden, auf welchen Gebieten der notarielle Berufstand Personen und Unternehmen nützlich sein könnte. Eine Gegenüberstellung des staatlichen Justizangebotes vor dem

161) S.o. Rdn. 24 ff.

162) Wie weit die Justiz inzwischen abgehoben und fern von der Realität in einem Elfenbeinturm lebt, wird deutlich, wenn man sich folgende Aussagen der Richterin am Bundesverfassungsgericht *Jaeger* in AnwBl 2000, 475 vor Augen hält: „Nur 2 % der Verfassungsbeschwerden [von im Durchschnitt über 4.500 pro Jahr] haben Erfolg. Trotz der geringen Erfolgsquote ist das Bundesverfassungsgericht eine in allen Kreisen der Bevölkerung, bei den Fachleuten und den Laien anerkannte und geschätzte Einrichtung.“ Man ist geneigt, den Vergleich zuzulassen, Lottospielen sei beliebt, auch wenn die Erfolgsquote auf den Hauptgewinn nur sehr gering ist. Die Wirklichkeit sieht anders aus und an dieser Frustration nimmt das BVerfG mit seiner geringen Erfolgsquote ebenfalls teil, zumal das BVerfG in der Wirklichkeit – wie jeder Praktiker weiß – sich bei Nichtannahmeentscheidungen nicht einmal an seiner veröffentlichten Rechtsprechung orientiert. Beispiele an Treffern, die sich auf alle in der Datenbank erfaßten Entscheidungen beziehen (in der JURIS Datenbank Stand: 03.09.2000) zeigen die Rechtswirklichkeit:

Rüge der Versagung rechtlichen Gehörs (Grundrecht gemäß Art. 103 Abs. 1 GG, 6 Abs. 1 EMRK): 11.812 Treffer

Rüge der Befangenheit (Grundrecht unparteiischen/gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK): 3.595 Treffer

Rüge unfairen bzw. willkürlichen Verfahrens (Grundrecht auf faires Verfahren gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, 6 Abs. 1 EMRK): 1.904 Treffer

Die Öffentlichkeit ist frustriert über *diese* Lebenswirklichkeit staatlicher Gerichte: Keine Gewährleistung von Unparteilichkeit, Abschneiden des rechtlichen Gehörs und vielfältiger Verstoß gegen den Grundsatz eines fairen Verfahrens. Es ist kein Grund, darauf stolz zu sein, die Meßlatte rechtlicher Beurteilung für dieses Empfinden so hoch zu legen, daß vor dem BVerfG eine Erfolgsquote alleine für diese 3 Grundrechte weit unter 2 % herauskommt.

Hintergrund der Themen der *Streitvermeidung* und *Streitbeilegung* würde den Nutzen transparenter machen:

175 Leistungen	Notare	staatliche Gerichte
Unparteiische Beratung als Amtstätigkeit	+	--
Unparteiische Betreuung als Amtstätigkeit	+	--
Kostengünstige unparteiische Beratung/Betreuung	+	--
Interessengegensatz/Interessenausgleich ohne Konflikt	+	--
Interessengegensatz/Interessenausgleich mit Konflikt	+	+/-
Schlichtungsvorschlag ohne Entscheidungskompetenz	+	--
Kooperative Verhandlung / Vermittlung	+	--
Vertragliche Konfliktbewältigung	+	--
Vorschaltung eines Güteverfahrens	+	+
Gemeinsame Bestimmung des Richters/Gerichts	+	--
Keine Zuständigkeitszwänge	+	--
Kostengünstiges Gerichtsverfahren	+	--
Frei vereinbarer Instanzenzug	+	--
Spezialisierte(r) Richter	+	+/-
Keine Zulassungszwänge für Rechtsanwälte	+	+/-
Vertraulichkeit der gerichtlichen Verhandlung	+	--
Kurze Verfahrensdauer	+	--
Vergleich rechtlicher Ansprüche	+	+
Gerichtliche Entscheidung	+	+
Vollstreckungstitel	+	+
Unparteiische Vertragsgestaltung	+	--

Unparteiische Vertragsverwaltung + --

- 176 Notarielle Mediation als Marketingbegriff, Oberbegriff und Sachbegriff erlaubt mithin ein Dienstleistungsangebot des notariellen Berufsstandes im weiteren Sinne, das als zweites Standbein neben der notariellen Beurkundung ausgebaut werden kann.
- 177 Es würde ferner den *Nutzen* für das Rechtspublikum und nicht wie bei staatlichen Gerichten hoheitliches Tätigwerden¹⁶³⁾ in den Vordergrund stellen. Überall dort, wo unabhängige und unparteiische Betreuung im Zusammenhang mit rechtlichen Gegebenheiten bedeutsam wäre, könnte sich der notarielle Berufsstand positionieren und unter Betonung von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Notare von der Beratung über Moderation, Vermittlung, Schlichtung, Mediation, Vertragsgestaltung nebst Beurkundung bis zur Schiedsgerichtsbarkeit alles aus einer Hand anbieten. Dies hätte zudem Folgewirkungen
- für ein größeres Verständnis des Rechtspublikums betreffend den Nutzen notarieller Beurkundungen und
 - für eine Erweiterung des Urkundsaufkommens.
- 178 (1) Der notarielle Berufsstand würde die Möglichkeit erhalten, bezüglich der beurkundenden Tätigkeit des Notars mehr als bisher den Nutzen derselben für Beteiligte zu verdeutlichen, einerlei ob für die notarielle Beurkundung eine gesetzliche Notwendigkeit besteht oder nicht. Denn daß eine notarielle Beurkundung nicht nur einen wirksamen sondern auch einen ausgewogenen Vertrag zum Gegenstand hat und der Notar dabei Aufklärungs-, Belehrungs-, Hinweis- und Warnpflichten gegenüber den Beteiligten hat, ist zwar im notariellen Berufsstand bekannt. Der daraus sich ergebende Nutzen ist aber dem Rechtspublikum weitgehend unbekannt, weshalb dieses nur dann beim Notar beurkunden läßt, wenn das Gesetz dies erfordert, nicht weil es als nützlich erkannt wird, auch wenn das Gesetz es nicht erfordert.
- 179 (2) Wird der Nutzen notarieller Beurkundung auch außerhalb gesetzlicher Vorgaben vom Rechtspublikum erkannt, dann wächst die Bereitschaft, von der notariellen Beurkundung auch dann Gebrauch zu machen, wenn kein gesetzlich vorgeschriebener Beurkundungszwang besteht.

163) Wagner ZNotP 2000, 214

2.2.3 Auswirkungen der notariellen Mediation auf andere Berufssparten

- 180 Die notarielle Mediation als Oberbegriff¹⁶⁴⁾ ist eine Alternative zur (staatlichen) Gerichtsbarkeit, indem ihr Ziel ist, Gerichtsverfahren vor staatlichen Gerichten oder Schiedsgerichten zu vermeiden. Sie nimmt folglich beispielsweise Rechtsanwälten nichts, motiviert diese aber zu einem Umdenken. Die Mehrzahl der Rechtsanwälte sehen sich selbst als Prozeßanwälte, was dadurch unterstützt wird, daß das Rechtspublikum über Rechtsschutzversicherungen, Prozeßfinanzierer und eine verstärkt über Prozesse berichtende Medienberichterstattung geradezu motiviert wird, das eigene Recht per Gerichtsverfahren durchzusetzen. Als neuester Trend anwaltlicher Betätigungsmöglichkeiten breitet sich in Deutschland das sogenannte Sammelklageverfahren aus, das durch Unterstützung von Prozessfinanzierern Kläger nichts kostet. Während bislang Geschädigte sich einen Anwalt zwecks Durchsetzung eigener Rechte suchten, suchen bei von Anwälten initiierten Sammelklagen diese sich „Geschädigte“.
- 181 Rechtsstreitigkeiten vor staatlichen Gerichten sind jedoch in Anbetracht der Unkalkulierbarkeit ihres Ausganges und aufgrund einer immer längeren Verfahrensdauer betriebswirtschaftlich für die Beteiligten und inzwischen auch für deren Rechtsanwälte kein erstrebenswertes Ziel mehr. Folglich gehen auch (seriöse) Rechtsanwälte immer mehr dazu über, den Rechtsstreit nicht anzustreben, sondern ihn zu vermeiden und eine vor-/außergerichtliche Lösung zu suchen, ganz abgesehen davon, daß der Rechtsanwalt für einen außergerichtlichen Vergleich gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 BRAGO eine höhere Vergütung erhält, als wenn es vor Gericht zu einem Vergleich kommt (§ 23 Abs. 1 Satz 3 BRAGO). Nicht immer gelingt es dabei Rechtsanwälten als *parteiische* Interessenvertreter ihrer Mandanten, im Verhandeln mit der jeweils anderen Seite einen Vergleich über rechtliche Ansprüche oder einen Interessenausgleich herbeizuführen, so daß in solchen Fällen eine unabhängige und *unparteiische* Institution hilfreich sein kann. In diesen Fällen stehen Notare dafür in dem bisher beschriebenen Umfang zur Verfügung, wobei besagte Rechtsanwälte ihre Funktion als *parteiische* Interessenvertreter ihrer Mandanten beibehalten. Notare und Rechtsanwälte konkurrieren in diesem Bereich der Mediation als Oberbegriff¹⁶⁵⁾ mithin *nicht*.

164) S.o. Rdn. 12

165) S.o. Rdn. 12

- 182 Ein Konkurrenzverhältniss kann sich nur dort ergeben, wo Rechtsanwälte nicht parteiische Interessenvertreter ihrer Mandanten sind, sondern statt dessen unparteiisch als Vermittler, Schlichter oder Mediator tätig werden wie dies § 18 BO zuläßt. Dieses Konkurrenzverhältnis ist jedoch aus folgenden Gründen zu relativieren:
- 183 - In den Fällen, in denen Rechtsanwälte unparteiisch tätig werden, dürfen sie nicht parteiisch als Interessenvertreter von Mandanten tätig werden. Rechtsanwälte werden sich folglich nur dort für unparteiische Tätigkeit zur Verfügung stellen, wo sie glauben, außerhalb ihres Mandantenkreises zusätzlich ein diesbezügliches Geschäftsfeld aufbauen zu können. Wer aber würde Rechtsanwälten bei unparteiischer Tätigkeit Fälle zuführen? Andere Rechtsanwälte kaum. Dies hat etwa die fehlende Akzeptanz des von der Rechtsanwaltskammer Frankfurt eingerichteten Schiedsgerichtes gezeigt, das durch Rechtsanwälte besetzt ist, indem Rechtsanwälte ungern eigene Mandanten und Mandate mit anderen Rechtsanwälten in Verbindung bringen. Also können Rechtsanwälte bezüglich einer unparteiischen Tätigkeit in erster Linie auf solche Fälle hoffen, bei denen Konfliktparteien ohne anwaltlichen Beistand Hilfe erwarten. Und dies werden wohl in erster Linie solche Fälle sein, die § 15a EGZPO unterfallen.¹⁶⁶⁾ Dies aber wäre wirtschaftlich eine Konkurrenz, die seitens der Notare auszuhalten wäre.
- 184 - Ein weitere Konkurrenzsituation zu unparteiisch tätig werdenden Rechtsanwälten kann dort entstehen, wo Rechtsanwälte als Vermittler, Schlichter oder Mediatoren wegen besonderer Kompetenz auf den (Rechts-)Gebieten angesprochen werden sollten, auf denen sich der Konflikt abspielt. Diese Konkurrenzsituation wird der notarielle Berufsstand annehmen müssen.
- 185 Überall dort jedoch, wo Rechtsanwälte *unparteiisch* als Vermittler, Schlichter oder Mediatoren tätig würden, würden sie naturgemäß nicht im Namen und mit Vollmacht für sie vertretene Parteien handeln können. Sie könnten folglich als unparteiisch tätige Rechtsanwälte als Abschlußvereinbarung keinen Anwaltsvergleich gemäß § 796a Abs. 1 ZPO abschließen können. Soll mithin eine Abschlußvereinbarung der Beteiligten vollstreckbar sein, so könnten entweder nur die die Beteiligten parteiisch vertretenden Rechtsanwälte miteinander einen für vollstreckbar zu erklärenden Anwaltsvergleich abschließen oder aber eine solche Abschlußvereinbarung mit Vollstreckungstitel wäre bei einem Notar zu beurkunden (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO).

166) Streitwert bis DM 1.500,-- und Nachbarrechtsstreitigkeiten

- 186 Anders wäre dies dort, wo Rechtsanwälte *unparteiisch* als Vermittler, Schlichter oder Mediatoren tätig würden *und* dies in der Funktion als von der Landesjustizverwaltung anerkannte Gütestelle im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, erfolgen würde, wenn und soweit sie als solche Gütestelle auf Antrag anerkannt worden wären. In einem solchen Fall wäre der unparteiisch tätige Rechtsanwalt in der Lage, eine privatschriftliche Abschlußvereinbarung mit einem Vollstreckungstitel gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zu verfassen.
- 187 Während im öffentlichen Meinungsbild die Unparteilichkeit mit dem Notaramt in Verbindung gebracht wird, wird mit der anwaltlichen Tätigkeit die parteiische Interessenvertretung verknüpft. Der anwaltliche Berufsstand wird mithin zunächst einmal der öffentlichen Meinung verständlich machen müssen, daß Rechtsanwälte auch unparteiisch tätig sein können, wann dies der Fall ist und wie die Abgrenzung zur parteiischen Interessenvertretung vorgenommen wird. Diese Beeinflussung der öffentlichen Meinung wird Zeit in Anspruch nehmen, wodurch sich ein gewisser Wettbewerbsvorteil für den notariellen Berufsstand ergibt.
- 188 Soweit andere Berufssparten sich der Mediation annehmen (z.B. (Sozial-)Pädagogen, Psychologen, Psychotherapeuten, Unternehmensberater, Lehrer etc.¹⁶⁷⁾), können diese in der 1. Stufe der Mediation tätig sein, wenn es um die Moderation des Verhandeln zwecks Erreichens eines Interessenausgleiches geht. Wegen des Rechtsberatungsgesetzes ist es diesen aber nicht gestattet, Rechtsberatung zu betreiben. Sie dürfen daher weder an einer Rechtsberatung zwecks eines rechtlichen Abgleichs des gefundenen Ergebnisses mitwirken noch bei der Vertragsgestaltung der Abschlußvereinbarung behilflich sein. Sollte folglich eine Mediation den rechtlichen Abgleich des gefundenen Ergebnisses durch eine *unparteiische* Person erfordern und/oder sollte die Gestaltung einer privatschriftlichen Abschlußvereinbarung oder die Beurkundung einer solchen durch eine *unparteiische* Person notwendig machen, so besteht für diese Komplexe keine Konkurrenzsituation zum Notar, sondern diese Berufssparten und der Notar würden sich bei einer Mediation ergänzen können. Dies gilt auch umgekehrt, wenn die Mediation im 1. Teil eine spezielle Verhandlungstechnik und Kenntnis aus den Bereichen erfordert, die die zuvor genannten Berufssparten auszeichnen, so daß dann der Notar empfehlen kann, solche Personen in den 1. Teil der Mediation einzubeziehen, während er für die unparteiische Rechtsberatung und Vertragsgestaltung/Beurkundung „zuständig“ wird.

167) Nachweise bei *Ewig, MediationsGuide*, 2000

189 Solches Zusammenwirken eines Notars als Mediator mit einer Person aus einer anderen Berufssparte sollte weniger unter dem Gesichtspunkt der Konkurrenz, als vielmehr unter dem der „interprofessionellen Zusammenarbeit“ gesehen werden.¹⁶⁸⁾ Sie ist berufsrechtlich unbedenklich, so lange der Notar für seinen Part seine berufsrechtlichen Vorgaben beachtet und in diesem Zusammenhang keine unzulässigen Gebührenabsprachen trifft (§ 17 BNotO).

2.3 Die Besonderheiten der notariellen Mediation, Verfahren, praktische Maßnahmen, Gebühren, Verhältnis zu anderen notariellen Tätigkeiten

2.3.1 Besonderheiten der notariellen Mediation – Verfahren

190 Da der notarielle Berufsstand in Deutschland erst beginnt, sich für das Thema der notariellen Mediation zu interessieren, gibt es hierzu noch keine abgesicherten Erkenntnisse. Es können daher an dieser Stelle nur Vorschläge beschrieben werden, wie man sich unter Berücksichtigung des notariellen Berufsrecht eine notarielle Mediation vorstellen könnte.

191 Die Güteordnung (GüteO)¹⁶⁹⁾ ist einem Mediationsverfahren mit einem Notar als Mediator *freiwillig* zu Grunde zu legen, wenn

- das Verfahren schriftlich eingeleitet wird (§ 2 Abs. 1 GüteO) und
- alle Beteiligten damit einverstanden sind (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 GüteO).

192 Die Güteordnung oder eine vergleichbare Verfahrensordnung ist in einem Mediationsverfahren mit einem Notar *zwingend* zu Grunde zu legen, wenn

- das Verfahren schriftlich eingeleitet wird (§ 2 Abs. 1 GüteO),
- der Notar als Mediator in seiner Funktion als anerkannte Gütestelle i. S. des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO tätig wird *und*
- die Landesjustizverwaltung oder der Landesgesetzgeber für die Anerkennung als Gütestelle die GüteO oder eine vergleichbare Verfahrensordnung zur Voraussetzung gemacht hat.

168) *Henssler/Kilian* ZMK 2000, 55; *Wagner* ZNotP 2000, 214, 222 f.

169) *BNotK* DNotZ 2000, 1

193 Die Ziele der notariellen Mediation sind in jedem Fall das Herbeiführen eines Interessenausgleiches der Beteiligten. Aber Ausgangspunkt ist nicht zwingend der Konflikt, sondern der Interessengegensatz, der entweder noch nicht zum Konflikt geführt hat oder bereits konfliktträchtig geworden ist. Im ersteren Fall ist Streitvermeidung und im letzteren Fall Streitbeilegung angesagt. Für den Fall, daß ein Interessengegensatz ohne Konflikt gegeben ist, wird oftmals beim Notar die sogenannte *Vertragsmediation* eingesetzt werden, während man bei einem Interessengegensatz mit Konflikt von einer *Konfliktmediation* spricht.

194 *Vertragsmediation*

Interessengegensätze – ohne Konfliktsituation – werden per Vertrag zum Interessenausgleich geführt.¹⁷⁰⁾

195 *Konfliktmediation*

Definition:

„Außergerichtliches, freiwilliges Konfliktbearbeitungsverfahren, in dem Konfliktpartner mit Unterstützung eines neutralen Dritten ohne inhaltliche Entscheidungsbefugnis (des Mediators) gemeinsame, aufeinander bezogene Entscheidungen treffen. Diese schließen nach Möglichkeit die Interessen der Beteiligten ein, sind auf Wertschöpfung ausgerichtet und fußen auf dem Verständnis von sich selbst, dem Anderen und ihrer jeweiligen Sicht der Realität“.¹⁷¹⁾

2.3.1.1 Notarielle Mediation: Inhalte und Berufsrecht

196 (1) *Ziele der Mediation*

170) Wird der Notar von den beteiligten Parteien als Moderator im Rahmen einer *Mediation* eingeschaltet, so wird dies in aller Regel zum Zwecke des Interessenausgleiches eines bereits vorhandenen Interessengegensatzes – nicht notwendig eines Konfliktes - erfolgen. In diesem Falle soll der Notar aufgrund seiner Erfahrung, Kompetenz und dessen Fähigkeiten zum Ausgleich die Moderation im Rahmen der Mediation so durchführen, daß die Beteiligten selbst unter dessen Anleitung eine eigene Lösung finden.

Bei der Vertragsmediation kann nach dem Willen der Beteiligten auch die sonst streitige Frage entfallen, welche Partei „ihren“ Vertrag bzw. ihr Vertragsmuster durchsetzt. Das „Formulierungsmonopol“ und „Vertragsverwaltungsmonopol“ kann auf den Notar als neutrale Person verlagert werden.

171) Mädler/Mädler in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 1997, Seite 13, 15

Festlegung der Ziele mit den Beteiligten:

- Herstellen einer sogenannten „win-win-Situation“, aus der heraus sich jeder der Beteiligten einen Vorteil verspricht incl. Rechtsberatung und Sicherung, oder
- Erreichen einer Kompromisslösung oder
- weniger (nur/jedenfalls Zwischenergebnisse).

197 (2) *Verfahrensgrundlage*¹⁷²⁾ : *Güteordnung (GüteO)*

198 (3) *Berufsrechtliche Grundsätze bei notarieller Mediation*

Unabhängigkeit (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO)

Unparteilichkeit (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO)

Integrität/Redlichkeit (§ 14 Abs. 2 und 3 BNotO)

Vertraulichkeit (§ 18 BNotO)

199 (4) *Allgemeine Mediations-Grundsätze*

Freiwilligkeit der Beteiligten,

Neutralität des Mediators,

Eigenverantwortlichkeit der Beteiligten,

Informiertheit der Beteiligten,

Vertraulichkeit des Verfahrens

200 (5) *Besonderheiten notarieller Mediation: 3 – Stufen – Modell*

a) Verhandlungsmanagement:¹⁷³⁾

Amstätigkeit (= „Beratung“ i.S.d. § 24 BNotO¹⁷⁴⁾, aber keine Rechtsberatung.

Klärung des Sachverhaltes.¹⁷⁵⁾

b) Rechtsberatung bezüglich des von den Beteiligten gefundenen Ergebnisses¹⁷⁶⁾

172) Zur Grundstruktur eines Mediationsverfahrens außerhalb notarieller Mediation siehe *Casper/Risse* ZIP 2000, 437, 438 ff.; *Risse* ZEV 1999, 205, 206 ff.

173) Die Beteiligten wollen im Verhandlungswege ihr eigenes Ergebnis finden

174) *Reithmann* in Schippel, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24 Rdn. 21

175) S.o. Rdn. 163 – 167

Beteiligte und Notar klären, inwieweit bei dem von den Beteiligten gefundenen Ergebnis ein zusätzlicher Einigungsbedarfs aufgrund *rechtlicher* Besonderheiten erforderlich ist (notarielle Warn- und Hinweispflichten = § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO „Beratung“)

= Ergebnisverantwortung des Notars für die *rechtliche Umsetzbarkeit* des gefundenen *Einigungsergebnisses* des Notars

c) Notarielle Vertragsgestaltung der Abschlußvereinbarung

= Ergebnisverantwortung des Notars für die

c1) rechtliche Wirksamkeit des Vereinbarten;

c2) Praktikabilität des Vereinbarten;

c3) Sicherung des Vereinbarten (Vollzugsverantwortung) mittels

- Privatschriftliche Vereinbarung ohne Vollstreckungstitel;
- Privatschriftliche Vereinbarung mit Vollstreckungstitel, wenn Notar zugleich Gütestelle (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO);
- Notarielle Urkunde mit Vollstreckungstitel;

Wenn Notar als Gütestelle tätig ist im Rahmen des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Wenn Notar nicht als Gütestelle tätig ist, aufgrund des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO

- Zusätzliche Sicherungsmöglichkeiten durch Vereinbarung für den Fall von späteren Auseinandersetzungen im Hinblick auf das Vereinbarte:

176) Der Notar hat darauf zu achten, daß das zu Vereinbarende nicht nur einen fairen Interessenausgleich darstellt, sondern daß es auf der Grundlage der geltenden Gesetze und Rechtsprechung auch rechtswirksam ist.

Er hat ferner darauf zu achten, daß das zu Vereinbarende auch umsetzbar ist.

Und er hat schließlich darauf zu achten, daß das zu Vereinbarende auch sicherstellt, daß das Umsetzbare auch umgesetzt wird, wozu die Einbindung eines notariellen vollstreckbaren Titels gehört.

Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges und Vereinbarung eines notariellen ad-hoc-Schiedsgerichtes¹⁷⁷⁾ (ggf. mit Vereinbarung des SGH als Berufungsin-stanz) *oder*

Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges und Vereinbarung des SGH als institutionelles Schiedsgericht.

2.3.1.2 Ablauf notarieller Mediation

201 Vorstellbar wäre folgender Ablauf notarieller Mediation:

202 *Vorbereitungsphase*

(1) Klärung, in welcher Funktion der Notar Mediator sein soll:

- Notar als Mediator oder
- Notar als Mediator in der Funktion als (von der Justizverwaltung) anerkannte Gütestelle.¹⁷⁸⁾

Ermittlung aller relevanten Beteiligten und Klärung der Ziele und „Machbarkeit“ einer Mediation.

Abschluß einer Mediationsvereinbarung zwischen den Beteiligten untereinander sowie mit dem Notar als Mediator.

203 (2) Einleitungsphase

- a) Einführung nebst Bestimmung und Erläuterung des Verfahrensablaufes der Mediation durch den Notar¹⁷⁹⁾ gegenüber den Beteiligten.
- b) Darstellung der Chancen, Risiken und Ziele einer Mediation.¹⁸⁰⁾

177) *BNotK DNotZ* 2000, 401

178) In Bayern sind alle Notare kraft Gesetzes Gütestelle, außerhalb Bayerns nur dort, wo die jeweilige Landesjustizverwaltung auf Antrag eines Notars ihn auf Antrag für bestimmte Rechtsgebiete als Gütestelle zugelassen hat.

179) Es ist z.B. mit den Beteiligten zu klären, ob der Notar als Mediator in getrennten Sitzungen mit Beteiligten jeweils einzeln sprechen darf, um sich eine Vorstellung von den jeweiligen Interessen der Beteiligten zu machen, ohne das ihm dort mitgeteilte weitergeben zu dürfen. Dazu gehört auch, als Notar zu verdeutlichen, wann und inwieweit er interveniert (zunächst nur Gesprächslenkung durch Fragen des Mediators, dann ggf. durch Hinweise etc.)

180) Zukunftsorientierung und Interessenausgleich nicht Vergangenheitsorientierung und Befinden über rechtliche Anspruchsgrundlagen. Die Beteiligten müssen nicht den Mediator sondern den jeweils anderen Beteiligten überzeugen.

204 (3) Informationsphase

- c) Sachliche Darstellung der Statements durch die Beteiligten.¹⁸¹⁾
- d) Klärung des Sachverhaltes durch den Mediator.

205 (4) Interessenphase

- e) Klärung der Interessen und Präferenzen der Beteiligten.¹⁸²⁾
- f) Skizzierung denkbarer kreativer Lösungen durch den Notar als Mediator.¹⁸³⁾

206 (5) Verhandlungsphase

- g) gemeinsame Verhandlungsrunde der Beteiligten und des Notars als Mediator.¹⁸⁴⁾
- h) Je nach Situation getrenntes Verhandeln des Notars als Mediator mit den Beteiligten („shuttle Diplomatie“)¹⁸⁵⁾ mit folgenden Zwecken:
 - Klärung der jeweils wirklichen Interessenlage eines jeden Beteiligten;
 - Herstellen des Realitätsbezuges von Sachverhalt und Interessenlage;
 - Herstellen einer Kompromissbereitschaft der Beteiligten und Ausloten deren „Einigungsschwellen“;¹⁸⁶⁾
 - Verlustvermeidung und Klärung, wie für jeden der Beteiligten eine win-win-Situation aussehen könnte.¹⁸⁷⁾

181) Diese können, nicht müssen, schriftlich vorbereitet sein. Diese können die Beteiligten durch sie begleitende Anwälte vortragen lassen. Empfehlenswert ist, daß zunächst die Beteiligten selbst ihre Sicht der Dinge, auch unabhängig von rechtlichen Erwägungen, darstellen

182) Dies kann auch in der Weise geschehen, daß der Notar als Mediator solches in getrennten Sitzungen mit dem jeweiligen Beteiligten alleine unternimmt. Voraussetzung ist, daß der Notar diese Verfahrensweise vorab mit den Beteiligten einvernehmlich abgestimmt hat und diesen gegenüber verdeutlicht hat, daß er die dabei gewonnenen Erkenntnisse ohne Zustimmung des jeweiligen Beteiligten nicht dem jeweils anderen Beteiligten offenbart.

183) Ziel der Mediation ist weniger die Aufklärung eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhaltes als vielmehr die Frage, wie sich eine von Interessengegensätzen (mit oder ohne Konflikt) geprägte Situation für die Zukunft verbessern läßt. Dazu können es sich die Beteiligten mitunter ersparen, den Sachverhalt aufzuklären, was für die Gesichtswahrung hilfreich sein kann. Statt dessen werden Lösungsmöglichkeiten und deren Alternativen für die Zukunft skizziert.

184) Diese dient der Wiederherstellung der Kommunikation der Beteiligten.

185) Beachtung des Grundsatzes der Vertraulichkeit dieser Einzelsitzungen

186) Hierzu gehört eine Verbesserung des gegenseitigen Verständnisses, indem auch die jeweilige Sichtweise der anderen Seite vermittelt werden kann.

187) Dazu gehört zunächst, seitens des Mediators zu verdeutlichen, daß das Ergebnis nicht in einer Alles-oder-Nichts-Lösung liegen kann.

- i) gemeinsame Verhandlungsrunde der Beteiligten und des Notars als Mediator.
- 207 (6) Rechtsberatung
- j) Abklärung des Verhandlungsergebnisses an Rechtlichen Gegebenheiten und Einigung auch darüber.
- 208 (7) Einigungsphase
- k) Rechtliche Gestaltung der Einigung (Abschlußvereinbarung) mittels
 - notarieller Urkunde oder
 - privatschriftlicher Vereinbarung
- 209 (8) Sicherungsphase¹⁸⁸⁾
- l) Sicherung des vereinbarten durch notarielle Vollstreckungstitel¹⁸⁹⁾
 - gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO¹⁹⁰⁾ oder
 - gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.¹⁹¹⁾
 - Sicherung des Vereinbarten gegen neue Interessengegensätze/Konflikte durch
 - Mediationsklausel,¹⁹²⁾

188) Vollzugsverantwortung im Sinne von Vollziehbarkeit des Vereinbarten als Praktikabilitätsverantwortung des Notars

189) Dies übersieht *Lörcher* DB 1999, 789, wenn er meint, die Sicherung einer Abschlußvereinbarung mit einem Vollstreckungstitel erfordere, ein staatliches Gericht oder ein Schiedsgericht anzurufen. Den notariellen Vollstreckungstitel zu übersehen und statt dessen Mandanten auf Gerichtsverfahren zu verweisen, dürfte eher als anwaltlicher „Kunstfehler“ einzuordnen sein.

190) Zu den Belehrungspflichten des Notars gemäß § 17 BeurkG im Verfahren der Vollstreckungsunterwerfung siehe *Jost* ZNotP 1999, 276, 282

191) Dies nur, wenn der Notar für das die Mediation betreffende Rechtsgebiet als Gütestelle staatlich anerkannt ist und er in der Funktion als Gütestelle die Mediation durchgeführt hat

192) In Anlehnung an einen Vorschlag von *Casper/Risse* ZIP 2000, 437, 444 könnte eine vertragliche Mediationsklausel wie folgt aussehen:

Die Beteiligten ... verpflichten sich, zur gütlichen Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit ... ein Mediationsverfahren durchzuführen. Das Mediationsverfahren richtet sich nach der Güteordnung (Deutsche Notar-Zeitschrift 2000, 1). Die Beteiligten werden an den Mediationsitzungen teilnehmen oder einen bevollmächtigten Vertreter entsenden.

Für die Dauer des Mediationsverfahrens ist die Erhebung einer Klage unzulässig, ausgenommen, sie ist zu Zwecken der Verjährungsunterbrechung geboten. Die Erhebung einer Klage ist im übrigen erst dann zulässig, wenn einer der Beteiligten des Mediationsverfahrens für gescheitert erklärt oder wenn seit Eingang des Antrages auf Durchführung der Mediation ... Wochen vergangen sind, ohne daß eine Abschlußvereinbarung geschlossen wurde.

- Schiedsgerichtsklausel.

- m) Falls keine Einigung möglich ist, Klärung, ob gerichtliche Auseinandersetzung vor dem staatlichen Gericht oder notariellen Schiedsgericht gewünscht ist (ad-hoc-Schiedsgericht oder institutionelles Schiedsgericht [SGH])

2.3.2 Gebühren

- 210 Soweit Notare der von ihnen durchgeführten Mediation im Einverständnis der Beteiligten die Güteordnung zugrunde legen, regelt sich die Vergütung des Notars gegenüber den Beteiligten nach § 9 Abs. 1 GüteO. Die Kostentragungspflichten der Beteiligten für das Mediationsverfahren untereinander ist in § 9 Abs. 2 und 3 GüteO geregelt.

2.3.3 Notarielle Mediation im Verhältnis zu anderen notariellen Tätigkeiten

- 211 Beurkundet ein Notar, so muß er den Willen der Beteiligten erforschen und den Sachverhalt klären. (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG). Die Erforschung des Willens der Beteiligten und die Klärung des Sachverhaltes sind dabei vorbereitende Hilfstätigkeiten.¹⁹³⁾ Dabei darf der Notar in der Regel von den tatsächlichen Angaben der Beteiligten ausgehen, ohne eigene Nachforschungen anstellen zu müssen, es sei denn, er erkennt, daß die Beteiligten etwas missverstehen, Aspekte nicht berücksichtigen, worauf es für das Geschäft ankommt, den Sachverhalt unzutreffend erfassen oder damit eine unzutreffende rechtliche Einordnung vornehmen.¹⁹⁴⁾
- 212 Der Notar hat bei der Beurkundung auch über die rechtliche Tragweite zu belehren (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG).¹⁹⁵⁾ Dazu gehört zwar auch die Belehrung über die unmittelbaren *Rechtsfolgen* des Geschäfts,¹⁹⁶⁾ jedoch nicht über die *wirtschaftlichen* Folgen des Geschäfts.¹⁹⁷⁾

Zur Mediationsklausel siehe ferner *Risse* ZEV 1999, 205, 209

193) *Ganter* WM 2000, 641, 642

194) *Ganter* WM 2000, 641, 642; zur *Klärung* des Sachverhaltes s.o. Rdn. 163 ff.

195) *Ganter* WM 2000, 641, 643

196) *Ganter* WM 2000, 641, 644

197) *Ganter* DNotZ 1998, 851, 856; *Ganter* WM 2000, 641, 645

- 213 Und schließlich hat der Notar bei der Beurkundung dafür zu sorgen, daß die Erklärung der Beteiligten unzweideutig und klar in der Urkunde wiedergegeben werden (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG), Irrtümer und Zweifel vermieden werden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Auch soll der Notar darauf hinwirken, daß eine wirksame Urkunde erstellt wird. Zweifelt der Notar an der Wirksamkeit eines Geschäftes, so hat er die Beteiligten darauf hinzuweisen und, sofern diese auf der Beurkundung des Geschäfts bestehen, seine Belehrung in der Urkunde zu vermerken (§ 17 Abs. 2 BeurkG).
- 214 Diese Grundsätze hat der Notar auch dann zu beachten, wenn er im Rahmen einer Mediation eine Abschlußvereinbarung beurkundet.
- 215 Wie bereits dargestellt, ist die Durchführung einer Mediation durch einen Notar Amtstätigkeit gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO, sie ist aber nicht Bestandteil des Beurkundungsverfahrens, auch dann nicht, wenn die Mediation durch eine beurkundete Abschlußvereinbarung abgeschlossen wird. Der Notar als Mediator hat daher für die Mediation gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO die schon dargestellten eigenständigen Betreuungs- und Beratungspflichten. Bezogen auf die einer notariell beurkundeten Abschlußvereinbarung vorausgehende Mediation handelt es sich folglich nicht um vorbereitende Hilfstätigkeiten der Beurkundung der Abschlußvereinbarung. Betreuungs- und Beratungspflichten des Notars als Mediator während des Mediationsverfahrens resultieren daher nicht aus § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG.

3. Die Schiedsgerichtsbarkeit und die sonstigen präventiven notariellen Tätigkeiten im Hinblick auf rechtliche Auseinandersetzungen

3.1 Die nationale Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit (Rechtsprechung) auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit

- 216 Das Recht des schiedsrichterlichen Verfahrens ist in den §§ 1025 ff. ZPO geregelt. Es baut im wesentlichen auf dem von der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCITRAL) ausgearbeiteten und von der Vollversammlung 1985 den Mitgliedstaaten empfohlenen UNCITRAL-Modellgesetz als innerstaatliches Rech

für nationale und internationale Schiedsverfahren auf.¹⁹⁸⁾ Es ist am 01.01.1998 in Kraft getreten.

- 217 In § 1062 Abs. 1 ZPO ist das zuständige Oberlandesgericht für die Entscheidung über diverse Anträge im Zusammenhang mit einem Schiedsverfahren zuständig. In folgenden Fällen ist gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichtes die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof (BGH) zulässig,¹⁹⁹⁾ wenn für den Fall eines Endurteils durch ein staatliches Gericht die Einlegung der Revision gegeben wäre (§ 1065 Abs. 1 Satz 1 ZPO):²⁰⁰⁾
- 218 - in denen das Oberlandesgericht über die Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens oder die Entscheidung eines Schiedsgerichtes, in der dieses seine Zuständigkeit in einem Zwischenbescheid bejaht (§ 1062 Abs. 1 Nr. 2 ZPO);
- 219 - in denen das Oberlandesgericht über die Aufhebung oder die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches oder die Aufhebung der Vollstreckbarerklärung entscheidet (§ 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO).²⁰¹⁾
- 220 Es wird mithin deutlich, daß das schiedsgerichtliche Verfahren unter gewissen Voraussetzungen einen nachgeschalteten Instanzenzug bei der staatlichen Gerichtsbarkeit hat.
- 221 Liegt der Ort des Schiedsverfahrens im Ausland, so ist es dem deutschen Notar gleichwohl gestattet, im Ausland als Schiedsrichter/Schiedsgericht tätig zu sein, da seine diesbezügliche Tätigkeit keine Amtstätigkeit sondern genehmigungsfreie Nebentätigkeit ist. Auch dann, wenn der Ort des Schiedsverfahrens im Ausland liegt, bleiben allerdings deutsche staatliche Gerichte für bestimmte Funktionen zuständig:²⁰²⁾ Beginnt ein Rechtsstreit vor deutschen staatlichen Gerichten, so haben sie die Schiedseinrede zu beachten (§§ 1035 Abs. 2, 1032 ZPO). Deutsche staatliche Gerichte können für vor sie getragene einstweilige gerichtliche Maßnahmen angerufen werden (§§ 1025 Abs. 2, 1033 ZPO). Und deutsche staatliche Gerichte haben das im Ausland ansässige Schiedsgericht auf Antrag bei der Beweisaufnahme oder der Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen,

198) *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, Grundz § 1025 Rdn. 2; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rdn. 64 – 65; *Schiffer JurBüro* 2000, 188

199) *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rdn. 633 ff.

200) Dazu BGH 15.07.1999 - III ZB 21/98, BGHZ 142, 204

201) *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rdn. 550 ff., 589 ff.

202) *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rdn. 69 - 71

zu denen das Schiedsgericht nicht befugt sein sollte, zu unterstützen (§§ 1025 Abs. 2, 1050 ZPO). Ist der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens noch nicht bestimmt, sind deutsche staatliche Gerichte zu weiteren Unterstützungshandlungen²⁰³⁾ verpflichtet, wenn eine der Parteien ihren (Wohn-)Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat (§ 1025 Abs. 3 ZPO). Und schließlich ist die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche geregelt. (§§ 1025 Abs. 4, 1061 – 1065 ZPO).

222 Die Verknüpfung von Schlichtungstätigkeit und Schiedsgerichtsbarkeit hat auch das Interesse der Rechtsanwaltschaft gefunden. So ist die Rechtsanwaltskammer Frankfurt/Main zur Zeit dabei, zusammen mit der Industrie- und Handelskammer Frankfurt/Main eine gemeinsame Schlichtungsstelle einzurichten. In Stuttgart ist bereits ähnliches geschehen.²⁰⁴⁾ Ferner hat die Rechtsanwaltskammer Frankfurt/Main bereits seit 1995 ein sogenanntes „Ständiges Schiedsgericht“ eingerichtet,²⁰⁵⁾ das als institutionelles Schiedsgericht dem schon angesprochenen „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof (SGH)“ des Deutschen Notarvereins vergleichbar ist.

3.2 Die Schiedsgerichtsbarkeit und der Berufsstand der Notare²⁰⁶⁾

223 Nachdem die *BNotK* für außergerichtliche Streitbeilegungstätigkeit durch Notare eine Güteordnung vorgeschlagen hat,²⁰⁷⁾ hat sie sich nunmehr der Möglichkeit schiedsrichterlicher Tätigkeit durch Notare angenommen. Gemäß § 8 Abs. 4 BNotO ist es dem Notar gestattet, als Schiedsrichter tätig zu sein.²⁰⁸⁾ Dies hat den notariellen Berufsstand bewogen, sich dieses Themas auf zweierlei Weise anzunehmen:

224 - Die Bundesnotarkammer (BNotK) hat auf ihrer Vertreterversammlung am 28.04.2000 eine Schiedsvereinbarung²⁰⁹⁾ mit Verfahrens- und Kostenvereinbarung beschlossen,

203) § 1034: Zusammensetzung des Schiedsgerichtes.

§ 1035: Bestellung der Schiedsrichter.

§ 1037: Ablehnungsverfahren.

§ 1038: Untätigkeit oder Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung.

204) *Kopp* ZMK 2000, 87, 88

205) *Kopp* ZMK 2000, 87

206) Das folgende gibt auszugsweise die Veröffentlichung des Autors in *Wagner* DNotZ 2000, 421 wieder

207) DNotZ 2000, 1; dazu *Wagner* ZNotP 2000, 18, 22 f.

208) Zur notariellen Schiedsrichtertätigkeit als Dienstleistung siehe *Wagner* ZNotP 2000, 214, 220

209) *Trittmann* ZGR 1999, 340, 345: Die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes in einem Vertrag nennt der Gesetzgeber in § 1029 ZPO „Schiedsvereinbarung“. „Dies ist der Oberbegriff für die „Schiedsabre-

- die es dem Notar ermöglichen soll, als Einzel-Schiedsgericht oder als Mitglied eines 3-er Schiedsgerichtes tätig zu werden.²¹⁰⁾
- 225 - Notare können z.B. in Urkunden durch dort beurkundete Schiedsklauseln²¹¹⁾ oder die vorgenannte Schiedsvereinbarung ein sog. ad hoc-Schiedsgericht vorsehen, wenn die Parteien bei der Einleitung des Schiedsverfahrens, bei der Bildung des Schiedsgerichtes und bei der Durchführung des Schiedsverfahrens auf die Mitwirkung einer Schiedsrichterorganisation nicht zurückgreifen wollen.²¹²⁾ Die von der BNotK vorgeschlagene Schiedsvereinbarung nebst Verfahrens- und Kostenvereinbarung soll es den Parteien ersparen, den Ablauf des Schiedsverfahrens selbst organisieren zu müssen.
- 226 - In einer Zeit, in der die staatliche Gerichtsbarkeit den Einzelrichter propagiert, liegt der notarielle Einzelschiedsrichter als Regelfall im Trend der Zeit.
- 227 - Der Deutsche Notarverein als Zusammenschluß der Vereine des Nur-Notariats hat über seine Service-Gesellschaft DNotV GmbH einen Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof (SGH) gegründet, der Nur-Notaren und Anwaltsnotaren offensteht.²¹³⁾
- 228 - Beim SGH handelt es sich um eine institutionelle Schlichtungs- und Schiedsgerichtsorganisation,²¹⁴⁾ die Beteiligten das Organisieren eines Schlichtungs- und Schiedsgerichtsgremiums und des/der bei diesen durchzuführenden Verfahren abnimmt.
- 229 Während ein ad hoc-Schiedsgericht dann zweckmäßig sein dürfte, wenn die kooperationswilligen Parteien auf die Nähe des zielgenau für einen eventuellen Streit bestimmten Schiedsrichters Wert legen, wird ein institutionelles Schiedsgericht sich eher dann empfehlen, wenn Beteiligte diese Nähe nicht haben (z.B. weil sie unterschiedlichen Rechtskreisen angehören²¹⁵⁾) oder nicht wünschen. Hinzu kommt, daß die unterschiedlichen

de“, mit der die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes in einer selbständigen Vereinbarung verabredet wird, sowie für die „Schiedsklausel“, die eine entsprechende Abrede in einer unselbständigen Vereinbarung voraussetzt.“

210) BNotK DNotZ 2000, 401; siehe auch BNotK DNotZ 2000, 81, 82

211) Ein Beispiel ist bei Wagner in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Anhang D. I. 1. § 13 nachzulesen

212) Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rdn. 61; Trittmann ZGR 1999, 340, 359 ff.

213) ZNotP Beilage 1/200: Eylmann, Ein mutiger Schritt!, Seite 1; Wolfsteiner, Der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (SGH), Seite 2; Statut, Seite 6; Kostenordnung, Seite 10; Wegmann, Der Schlichtungsgedanke im Statut des SGH, Seite 11; DNotZ 2000, 81

214) Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rdn. 70

215) Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rdn. 74; Trittmann ZGR 1999, 340, 359 ff.

Angebote eventuellen unterschiedlichen Befindlichkeiten Rechnung tragen können, die dann entstehen können, wenn (Anwalts-) Notare von den

Möglichkeiten notarieller Schiedsrichtertätigkeit unabhängig vom Angebot des Deutschen Notarvereins Gebrauch machen wollen. Beide zuvor skizzierten Angebote notarieller Schiedsgerichtsbarkeit stehen mithin zueinander nicht in Konkurrenz, sondern sollen als Alternativen unterschiedlichen Gegebenheiten Rechnung tragen und beide – jedes Angebot für sich – eine bedenkenswerte Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit darstellen. Hinzu kommt, daß Parteien – wo gewünscht – z.B. selbst bestimmen können, ob sie auf freiwilliger Grundlage den SGH als Berufungsinstanz zum notariellen 1-Personen-Schiedsgericht gemäß dem Vorschlag der BNotK vereinbaren, einerlei ob es sich um Schiedsklagen handelt oder um schiedsgerichtliche Verfahren im Vollstreckungsgegenklageverfahren.

3.2.1 Der Notar als Schiedsrichter

- 230 Der Notar als Schiedsgericht bzw. Schiedsrichter übt keine Amtstätigkeit aus.²¹⁶⁾ Aber Schiedsrichtertätigkeit ist bekanntlich nicht exklusiv Notaren zugeordnet. Gegen eine exclusive Einordnung schiedsrichterliche Tätigkeit ausschließlich auf Notare als Amtsträger und die Einordnung notarieller schiedsrichterlicher Tätigkeit durch Notare spricht nicht zuletzt der internationale Vergleich, indem international – wie derzeit auch national – „arbitration“ weder einer Berufsgruppe exklusiv zugeordnet wird noch hoheitlich eingeordnet wird. Zudem würde eine solche Festlegung unter dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit die Tätigkeit deutscher Notare als Schiedsrichter im Ausland in Frage stellen. Wenngleich es dazu keine offizielle Stellungnahme der BNotK gibt, hat sich immerhin der Ausschuß für außergerichtliche Streitbeilegung in der BNotK darauf verständigt, Schiedsrichtertätigkeit von Notaren im Unterschied zu außergerichtlicher Streitbeilegungstätigkeit²¹⁷⁾ nicht als Amtstätigkeit einzuordnen.²¹⁸⁾ Dies bedeutet für die Schiedsrichtertätigkeit von Notaren:

216) *Baumann* in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, § 8 BNotO Rdn. 23; *Reithmann* in: Schippel, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24 Rdn. 21; *Wagner* ZNotP 2000, 18, 21 rechte Spalte; zur notariellen Schiedsrichtertätigkeit als Dienstleistung siehe *Wagner* ZNotP 2000, 214. Dazu, daß man dies auch anders sehen könnte, *Wagner* ZNotP 2000, 18, 20 f.

217) Diese ist Amtstätigkeit: *Reithmann* in: Schippel, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24 Rdn. 21

218) In diesem Sinne *Wagner* ZNotP 2000, 18, 21 rechte Spalte

- 231 - Der notarielle Versicherungsschutz umfaßt auch diese Tätigkeit.²¹⁹⁾
- 232 - Keine Amtshaftung nach § 19 BNotO, sondern Vertragshaftung,²²⁰⁾ weshalb deshalb der eine Schiedsrichtertätigkeit ausübende Notar seine Haftung vertraglich begrenzen kann.
- 233 - Schiedsrichtervergütungen richten sich dann, wenn man keine Amtstätigkeit annimmt, nicht nach der KostO,²²¹⁾ so daß der Notar insoweit seine Vergütung frei vereinbaren kann.
- 234 - Der Dienstaufsicht unterliegt der Notar bezüglich schiedsrichterlicher Tätigkeit nur insoweit, als er sein Verhalten außerhalb seines Amtes an den Kriterien des § 14 Abs. 3 BNotO ausrichten muß.
- 235 - Eine schiedsrichterliche Tätigkeit erfolgt im Auftrag bzw. aufgrund Vertrages mehrerer Personen, so daß insoweit der Notar nicht bezüglich einer sich anschließenden Beurkundung einem Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG unterliegt.²²²⁾ Denn es dürfte zweifelhaft sein, daß § 3 BeurkG auf unparteiische Tätigkeiten überhaupt anwendbar ist (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 letzter HS BeurkG).

3.2.2 Einsatz notarieller schiedsrichterlicher Tätigkeit – Beispiele

- 236 Schiedsgerichte eignen sich insbesondere dort, wo eine besondere Sachkunde erforderlich ist.²²³⁾ Sie erfordern eine Schiedsvereinbarung, wonach der ordentliche Rechtsweg ausdrücklich ausgeschlossen wird.²²⁴⁾ Hinzutreten muß ein Schiedsrichtervertrag der Beteiligten mit dem/den Schiedsrichter(n),²²⁵⁾ sofern nicht schon in der Schiedsvereinbarung integriert.
- 237 Als Beispiele für notarielle Schiedsgerichtsbarkeit können sich anbieten:

219) Neue allgemeine Versicherungsbedingungen DNotZ 1995, 721, 733; a.A. *Reithmann* in: Schippel, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24 Rdn. 21

220) *Reithmann* in: Schippel, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24 Rdn. 21

221) *Reithmann* in: Schippel, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24 Rdn. 21

222) *Wagner* ZNotP 2000, 18, 21

223) *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, Rdn. 9; *Schütze/Tscherning/Wais*, Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl. 1990, Rdn. 3

224) Siehe § 1 BNotK-SchiedsV

225) *Ahlers* AnwBl. 1999, 308, 310

3.2.2.1 Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit

- 238 Auf die damit verbunden Möglichkeiten weist *Schiffer*²²⁶⁾ hin. Hier ist ein weites Betätigungsfeld, dessen sich der notarielle Berufsstand mit dem Angebot notarieller Schiedsgerichtstätigkeit annehmen kann. Ein Segment daraus ist u.a. das private Baurecht. Auf den Notar als Schiedsrichter bei der Bereinigung von Baustreitigkeiten wurde diesseits bereits an anderer Stelle hingewiesen.²²⁷⁾

3.2.2.2 Gesellschaftsrecht

- 239 Eine Schiedsfähigkeit ist auch bei gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten gegeben. Dies gilt bei Vereinen und Personengesellschaften und dürfte auch bei Kapitalgesellschaften gelten:
- 240 So hat zwar der II. Senat des BGH noch in seiner Entscheidung vom 29.03.1996²²⁸⁾ zum alten Schiedsverfahrensrecht judiziert, die §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG seien auf Entscheidungen privater Schiedsgerichte bei Kapitalgesellschaften²²⁹⁾ nicht anwendbar.²³⁰⁾ Es handelte sich seinerzeit um eine Beschlüßanfechtung bei einer kleinen GmbH. Der BGH²³¹⁾ verneinte die Schiedsfähigkeit im wesentlichen mit nachfolgender Begründung. Gleicht man jedoch an dieser BGH-Rechtsprechung die „Angebote“ notarieller Schiedsgerichtsbarkeit gemäß der von der BNotK vorgeschlagenen Schiedsvereinbarung und dem Angebot des SGH einmal ab, so fällt folgendes auf:
- 241 - Eine Entscheidung über Beschlüßmängelstreitigkeiten wirke auch gegen alle Gesellschafter und Gesellschaftsorgane, auch wenn sie am Verfahren nicht teilge-

226) *Schiffer*, Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1999; ferner *Lachmann* AnwBl 1999, 241

227) *Wagner* FS f. Vygen, 1999, S. 441 = ZNotP 1999, 22; *Wagner* BB 1997, 58 f.; zum Schiedsgericht in Bausachen siehe auch *Mandelkow*, Chancen und Probleme des Schiedsgerichtsverfahrens in Bausachen, 1995. Zur außergerichtlichen Streitbeilegung in Bausachen durch das Münchner Bauschiedsgericht, siehe *Frikell* ZMK 2000, 158

228) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278; dazu *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253 m.w.N.

229) Zur Schiedsfähigkeit von Beschlüßmängelstreitigkeiten bei der Rechtsform des Vereins BGH 28.05.1979 - III ZR 18/77, NJW 1979, 2567; *Trittmann* ZGR 1999, 340, 350

230) Daher schlagen *Casper/Risse* ZIP 2000, 437 vor, in notariellen Satzungen Mediationsklauseln aufzunehmen, die sie für unbedenklich halten

231) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278

- nommen hätten. Durch Konzentration vor *einem* Landgericht (§ 246 Abs. 3 Satz 3 AktG) würden widersprechende Entscheidungen vermieden.²³²⁾
- 242 Dies ist aber auch dann sichergestellt, wenn im Gesellschaftsvertrag ein bestimmter Notar namentlich als Schiedsrichter²³³⁾ oder die Institution des SGH benannt ist.
- 243 - Die Regelung der §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG beruhe auf dem Vertrauen des Gesetzgebers, die Entscheidung werde durch von den „Parteien unabhängige, unparteiische staatliche Richter in einem streng förmlichen Verfahren ausschließlich nach Gesichtspunkten objektiver Rechtmäßigkeit des streitigen Beschlusses getroffen²³⁴⁾“.
- 244 Dies ist jedoch auch bei einem notariellen Schiedsgericht sichergestellt, einerlei, ob bei dem notariellen 1-Personen-Schiedsgericht, oder bei dem notariellen Kollegial-Schiedsgericht z.B. des SGH. Zwar sind die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit als Amtspflichten des Notars (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO) nicht direkt heranzuziehen, weil mit der h. M. die Schiedsrichtertätigkeit keine Amtstätigkeit ist, aber „er hat sich durch sein Verhalten (auch) *außerhalb* seines Amtes der Achtung und des Vertrauens, die dem Notaramt entgegengebracht wird, würdig zu zeigen..... Er hat insbesondere den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit zu vermeiden“ (§ 14 Abs. 3 BNotO). Das Argument, ein von *einer* Partei benannter und vergüteter Schiedsrichter könne sich, anders als ein unabhängiger Richter, gegenüber der benennenden Partei verpflichtet fühlen,²³⁵⁾ paßt folglich beim notariellen Schiedsgericht bereits aus zwei Gründen nicht: Zum einen wegen der zuvor angesprochenen Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit auch außerhalb seiner Amtstätigkeit und zum anderen,

232) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278, 285

233) Wegen § 7 Nr. 1 BeurkG wird von *Eylmann* in: *Eylmann/Vaasen*, BNotO und BeurkG, 2000, § 7 BeurkG Rdn. 8 die Auffassung vertreten, die *Selbstbenennung* des Notars in „seiner“ Urkunde als Schiedsrichter führe für den Notar zu einem „rechtlichen Vorteil“ und sei daher unzulässig. *Staudinger/Reimann*, BGB, 5. Buch 1996, § 2198 Rdn. Rdn. 3 hat zu dem in § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB verwandten Begriff des „Dritten“ vertreten, dies könne nicht der Urkundsnotar selbst sein; es soll folglich dort auch kein *Fremdbestimmungsrecht* des Urkundsnotars bestehen (Ähnlich *Stockebrand* in: *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 1998, Kap. 11 Rdn. 36). Diese für § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB vertretbare Besonderheit, die mit dem dort vorhandenen Begriff des „Dritten“ zusammenhängt, ist aber nicht dahingehend verallgemeinerungsfähig, deshalb könne der Notar auch im Hinblick auf eine Schiedsvereinbarung kein *Fremdbenennungsrecht* für einen anderen Notar als Schiedsrichter ausüben. Für eine solche Verallgemeinerung fehlt es an jeder gesetzlichen Grundlage.

234) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278, 286

235) *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253, 268

weil der notarielle Einzelschiedsrichter – anders als beim privaten 3-er Schiedsgericht - nicht von einer Partei benannt wird, sondern entweder bereits in der Satzung benannt worden ist, oder von den Streitparteien gemeinsam bzw. durch den Präsidenten einer Notarkammer (einer Körperschaft des öffentlichen Rechts) benannt wird.²³⁶⁾ Auch für die Mitglieder eines notariellen Kollegialgerichts des SGH können die Beteiligten vorab in ihrer Schiedsklausel auf jedes eigene Benennungsrecht für einzelne Schiedsrichter verzichten. Parteien eines notariellen Schiedsgerichtes müssen mithin keiner Entscheidung eines Schiedsgerichtes unterworfen sein, dessen Zusammensetzung auf dem Willen nur *eines* Teils der von ihr betroffenen Personen beruht.²³⁷⁾ Insoweit ist folglich eine andere Situation als beim privaten Schiedsgericht mit einem Schiedsrichterbenennungsrecht von Beteiligten gegeben, für welches *Lüke/ Blenske* meinen, ein im eigentlichen Sinne neutraler Schiedsrichter, der von den Parteien bestimmt werde, sei nicht denkbar.²³⁸⁾ Die Konzeptionen des hier vorgestellt notariellen Schiedsgericht auf Vorschlag der BNotK bzw. des Deutschen Notarvereins hatten *Lüke/ Blenske* bei ihrer Aussage allerdings nicht vor Augen.

- 245 Wenn jedoch an anderer Stelle *Lüke/Blenske* im Hinblick auf besagte BGH-Entscheidung meinen, es sei nicht als bedenklich anzusehen, daß ein Schiedsverfahren kraft allseitiger Einigkeit zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft auch über die Zusammensetzung des Schiedsgerichtes vereinbart werden könne,²³⁹⁾ so trägt dem das notarielle Schiedsgericht ohne einseitiges Benennungsrecht *einer* Partei Rechnung. Auch *Trittmann* erachtet eine Schiedsfähigkeit bei Beschlußmängelstreitigkeiten in Kapitalgesellschaften als zulässig, wenn eine neutrale Besetzung des Schiedsgerichtes gegeben sei.²⁴⁰⁾
- 246 - Der Schiedsspruch eines privaten Schiedsgerichtes habe die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils nur unter den Parteien (§ 140 ZPO a.F. = § 1055 ZPO n. F.), woran auch das Schiedsverfahrensneuregelungs-Gesetz nichts geändert habe.²⁴¹⁾

236) So ähnlich ebenfalls *Trittmann* ZGR 1999, 340, 353 bzw. 354

237) *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253, 268

238) *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253, 279

239) *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253, 299

240) *Trittmann* ZGR 1999, 340, 349

241) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278, 286

- 247 Zunächst einmal verweist der BGH selbst darauf, daß der Gesetzgeber des Schiedsverfahrensneuregelungs-Gesetzes die Rechtskrafterstreckung privater Schiedssprüche auf nicht verfahrensbeteiligte Dritte der Rechtsprechung habe überlassen wollen.²⁴²⁾ Die Rechtsprechung hat dazu bezgl. des Schiedsverfahrensneuregelungs-Gesetzes noch nicht entschieden. Hinzu kommt, daß der BGH die Schiedsfähigkeit i. S. Beschlußmängelstreitigkeiten nur für ein privates dreiköpfiges Schiedsgericht verneint hat, bei welchem jede Partei das Recht der Benennung eines eigenen Schiedsrichters hatte. Er hat auf Probleme bei der Auswahl der Schiedsrichter für das weitere Verfahren und den daraus folgenden Grundsatz der Gleichbehandlung der Konstituierung des Schiedsgerichtes hingewiesen.²⁴³⁾ Dieses Problem stellt sich bei einem notariellem Ein-Personen-Schiedsgericht nicht, wenn die Person des notariellen Schiedsrichters in der Satzung bereits benannt ist. Dieses Problem stellt sich auch nicht bei einem aus 3 Notaren bestehenden Schiedsgericht des SGH, wenn die Schiedstätigkeit von einem Spruchkörper des SGH wahrgenommen wird,²⁴⁴⁾ ohne daß einzelnen Parteien ein Benennungsrecht für einzelne Schiedsrichter gewährt wird.²⁴⁵⁾
- 248 Auf das hier vorgestellte notarielle Schiedsgericht der BNotK – ähnliches gilt für die Schiedstätigkeit durch einen Spruchkörper des SGH mit ausgeschlossener Schiedsrichterbennennungsmöglichkeit der Gesellschafter – ist die Entscheidung des BGH²⁴⁶⁾, die eine Schiedsfähigkeit bei Beschlußmängelstreitigkeiten verneint, nicht übertragbar.

3.2.2.3 Erb- und Familienrecht

- 249 Wenn für Streitigkeiten zu Lebzeiten ein Schiedsgericht vereinbart wurde, dann geht deren Wirkung im Todesfall auf Erben des Erblassers über.²⁴⁷⁾ Aber auch unabhängig davon können Beteiligte auf freiwilliger Basis untereinander vereinbaren, Erbrechtsstreitigkeiten – ob mit oder ohne vorangegangene außergerichtliche Streitbeilegung – durch

242) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278, 286

243) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278, 287

244) Dies ist in § 7 Abs. 2 Statut SGH der Regelfall

245) Diese nach § 7 Abs. 2 Statut SGH denkbare Möglichkeit kann in der Satzung einer Kapitalgesellschaft ausgeschlossen werden, wenn man sich z.B. auf ein Schiedsgericht des SGH dort geeinigt hätte

246) BGH 29.03.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278

247) BGH 28.05.1979 - III ZR 18/77, NJW 1979, 2567; Wegmann ZMK 2000, 154

ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Dies kann folglich auch ein notarielles Schiedsgericht sein.

- 250 Auch familienrechtlicher Unterhalt²⁴⁸⁾ oder eine Vereinbarung über vermögensrechtliche bzw. güterrechtliche Ansprüche²⁴⁹⁾ können z.B. zum Gegenstand einer Schiedsvereinbarung und damit eines Schiedsgerichtes gemacht werden, folglich auch eines notariellen Schiedsgerichtes. Folglich können vor einem solchen Schiedsgericht auch Abänderungsklagen geführt werden.²⁵⁰⁾

3.2.3 Vorteile notarieller Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber staatlicher Gerichtsbarkeit

- 251 Die Diskussion um die Justizreform ist für das Rechtspublikum alles andere als ermutigend. Der Einzelrichter soll zum Regelfall werden, ohne daß erkennbar wird, wie sich dies auf die Beschleunigung von Verfahren und die Kompetenz entscheidender Richter auswirken soll. Die Routine und Sachkompetenz spezialisierter Richter und Gerichte kommt in den Vorschlägen zur Justizreform nicht vor. Die Unterschiede zur staatlichen Gerichtsbarkeit werden deutlich, wenn die Vorteile oben schon dargestellter notarieller Tätigkeiten²⁵¹⁾ angesprochen werden, die nicht nur eine attraktive Alternative zur ordentlichen Gerichtsbarkeit darstellen, sondern zudem sofort umsetzbar sind, ohne weitere gesetzgeberische Maßnahmen - erst recht nicht der Justizreform - abwarten zu müssen.
- 252 Notarielle Schiedsgerichtsbarkeit schließt nahtlos an notarielle außergerichtliche Streitvermeidung und Streitbeilegung an. Alle drei Komponenten (Streitvermeidung, Streitbeilegung und Streitentscheidung) sind ein notarielles Dienstleistungsangebot,²⁵²⁾ in das notarielle Betreuung und Beurkundung sinnvoll mit eingebunden sind. Notarielle Schiedsgerichtsbarkeit ist sofort umsetzbar und nicht von Diskussionen und Ergebnissen

248) BGH 03.12.1986 – IVb ZR 80/85, NJW 1987, 651; z. B. auch mitgeteilt im Sachverhalt zu BFH 09.05.1996 – III R 224/96, NJW 1997, 542

249) BGH 03.12.1986 – IVb ZR 80/85, NJW 1987, 651; gegen Schiedsfähigkeit von Auseinandersetzungen um den Versorgungsausgleich BGH 01.06.1988 - IV b ZB 132/85, NJW-RR 1988, 1090

250) BGH 03.12.1986 – IVb ZR 80/85, NJW 1987, 651

251) S.o. Rdn. 175

252) Wagner ZNotP 2000, 214

der Justizreform abhängig. Sie ist aber nicht nur eine Alternative zu staatlicher Gerichtsbarkeit, sondern zugleich ein Beitrag zur Rechtspflegeentlastung.²⁵³⁾

3.3 Andere Auswirkungen im Zusammenhang mit dem Thema

253 Hierzu gehört die Frage der Mediation in der beruflichen Außendarstellung. Die Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer²⁵⁴⁾ geht von folgendem aus: Führe der Notar die Bezeichnung Mediator, so sei dies unzulässig, weil dadurch der unzutreffende Eindruck erweckt werde, zwei Berufe – den des Notars und den des Mediators – auszuüben, von denen der des Mediators außerhalb der Amtstätigkeit ausgeübt werde.²⁵⁵⁾ Ob diese Meinung rechtlich Bestand haben wird, ist nicht zweifelsfrei,²⁵⁶⁾ zumal ohnehin die Rechtsentwicklung zu Grenzen und Umfang der dem Notar erlaubten Außendarstellung sich im Fluß befindet.²⁵⁷⁾ So gehört nämlich das Recht der Außendarstellung nach der Rechtsprechung des BVerfG²⁵⁸⁾ zum Berufsausübungsgrundrecht des Notars gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, in welches nur durch Gesetz unter Beachtung des verfassungsrechtlich zu würdigenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingegriffen werden darf. „Mediator“ ist aber nur eine Bezeichnung, die auf die Ausübung der Tätigkeit der Mediation hinweist.²⁵⁹⁾ Wenn der Hinweis auf diese Tätigkeit auch nach Auffassung der BNotK zulässig ist, dann müßte es auch die Verwendung der Bezeichnung „Mediator“ sein. Schließlich darf der Notar sogar kraft gesetzlicher Grundlage über die Aufgaben, Befugnisse und Tätigkeitsbereiche öffentlichkeitswirksam unterrichten und da die Mediation Amtstätigkeit ist, stellt sich die Frage, woraus sich die gesetzliche Grundlage zur Einschränkung des Berufsausübungsgrundrechtes ergeben soll, auf die Tätigkeit als Mediator öffentlich-

253) *Wagner DNotZ* 1998, 34*, 76*

254) Vom 28.04.2000

255) Zur vergleichbaren Diskussion, ob Rechtsanwälte die Bezeichnung „Mediator“ führen dürfen, siehe *Römermann ZMK* 2000, 83

256) So verweist *Römermann ZMK* 2000, 83 zutreffend darauf, daß die Bundesrechtsanwaltskammer und die einzelnen Anwaltskammern keine Organe der Legislativen sondern der Exekutiven seien, denen keine Kompetenzen zustünden, die Führung der Bezeichnung „Mediator“ zu untersagen. Für die Bundesnotarkammer und die einzelnen regionalen Notarkammern dürfte nichts anderes gelten. Ähnlich *Ewig ZMK* 2000, 85

257) Dazu *Wagner DNotZ* 1998, 34*, 114* ff.; *Wagner ZNotP* 2000, 214, 224 f..

258) BVerfG 22.05.1996 – 1 BvR 744/88, 60/89, 1519/9, BVerfGE 94, 372, 389; *Wagner DNotZ* 1998, 34*, 119*

259) So auch AGH Nordrhein-Westfalen 19.11.1999 – 1 ZU 50/99, *ZMK* 2000, 141; *Römermann ZMK* 2000, 83

keitswirksam hinweisen zu dürfen, die Bezeichnung „Mediator“ jedoch nicht führen zu dürfen. Auch das Argument der vermeintlichen Irreführung (2 Berufe !?) ist nicht zwingend, wird der Notar doch dort, wo ihn die Landesjustizverwaltung auf seinen Antrag hin als Gütestelle im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zuläßt, darauf hinweisen dürfen, ohne daß ihm in einem solchen Falle Irreführung vorgeworfen werden kann.

- 254 Die hier in Deutschland derzeit geführte Diskussion ist noch zu sehr davon überschattet, daß bis zur Entscheidung des BVerfG vom 24.07.1997²⁶⁰⁾ der notarielle Berufsstand von einem Werbeverbot ausging, woraus das BVerfG ein Recht auf Information, selbst wenn diese werbewirksam ist, gemacht hat. Diese Umkehrung der Verhältnisse und der dem zugrunde liegende Grundrechtsbezug wird erst langsam verinnerlicht wie auch die darin liegenden Chancen des notariellen Berufsstandes noch zu wenig erkannt werden. Denn was nützen alle Überlegungen über denkbare neuen Tätigkeitsfelder für Notare, wenn das Rechtspublikum in der Öffentlichkeitsarbeit des einzelnen Notars nur schwer erreicht werden kann, wenn Bedenken der Vorzug vor Chancenbetrachtung gegeben wird.²⁶¹⁾
- 255 Gegen Hinweise auf eine Ausbildung als Mediator und die Ausübung der Mediation durch Notare in Informations- bzw. Werbemedien (Kanzleibroschüren, Faltblättern, Homepage) werden seitens der BNotK keine Bedenken erhoben, wohl aber gegen solche Hinweise auf dem Amts-/Namensschild, der Urkunde oder dem Urkundendeckblatt.
- 256 Während der Notar als Mediator von Amts wegen unabhängig und unparteilich ist, müssen sich andere Berufssparten um die Erarbeitung von Grundsätzen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit erst bemühen. Es ist daher nicht uninteressant, wenn im Schrifttum der Vorschlag unterbreitet wird, das notarielle Berufs- und Beurkundungsrecht als Vorlage/Maßstab zu nehmen und dortige Normen analog anzuwenden.²⁶²⁾

IV. Zusätzliche Betrachtungen

1. Potentielle Entwicklungen des Notarberufes unter Berücksichtigung der Mediation und anderer konfliktlösenden Mitteln

- 257 Die Öffentlichkeit nimmt den Notar und dessen Tätigkeit in erster Linie wie folgt wahr:

260) BVerfG 24.07.1997 - 1 BvR 1863/96, DNotZ 1998, 69

261) Im gleichen Sinne bei Rechtsanwälten *Römermann* ZMK 2000, 83, 84

262) *Stumpp* ZMK 2000, 34

- 258 - Notare werden hauptsächlich dann aufgesucht, wenn *gesetzliche* Vorgaben dies erfordern.
- 259 - In erster Linie wird nicht die Fachkompetenz des einzelnen Notars wahrgenommen, sondern dessen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Da diese allen Notaren gleichermaßen zu eigen ist und die Vergütung ebenfalls für alle auf derselben gesetzlichen Grundlage abzurechnen und zu vereinnahmen ist, wird die notarielle Leistung im Grunde als personell austauschbar angesehen. Daher auch das immer wieder vorkommende Ausweichen, die notarielle Beurkundung in der Schweiz vorzunehmen, weil die notarielle Beurkundung als vergleichbar empfunden wird, jedoch kostengünstiger ist.
- 260 - Notare versuchen dem dadurch zu begegnen, daß sie in ihrer Leistungserbringung schnell sind. Dies verstärkt beim Rechtspublikum den Eindruck, daß dann, wenn ein umfangreicherer Vertragsentwurf schnell zugesandt wird, damit keine individuelle Leistung verbunden sei, weshalb Notargebühren vor diesem Hintergrund als zu hoch empfunden werden.
- 261 Dieses immer wieder vorhandene Empfinden des Rechtspublikums ist sachlich zwar falsch, aber dieses Empfinden ist vorhanden und führt immer wieder dazu, daß Überlegungen angestellt werden wie z.B. Beurkundungszwänge umgangen werden können, „um Notarkosten zu sparen“.
- 262 Weil dem so ist, ist es für den notariellen Berufsstand zwingend erforderlich, etwas dafür zu tun, daß einerseits eigene individuelle Kompetenz wahrgenommen wird und das Rechtspublikum für sich den Nutzen notarieller Tätigkeit erkennt und zwar unabhängig von gesetzlich vorgeschriebenen Beurkundungszwängen. Dies könnte auf folgende Weise eingeleitet werden:
- 263 (1) Da der Notar vom Rechtspublikum mit der notariellen Urkunde in Verbindung gebracht wird, bietet es sich an, den Zweck notarieller Urkunden stärker öffentlichkeitswirksam zu machen und seitens des Berufsstandes marketingmäßig den Nutzen notarieller Beurkundung zu verdeutlichen.²⁶³⁾

263) Wagner DNotZ 2000, 13, 16

- Klärung des Sachverhaltes und des Willens der Beteiligten nebst Wiedergabe des Willens der Beteiligten in eindeutiger Weise.
 - Beweisfunktion der Urkunde.
 - Auftragsgerechte, zweckmäßige und rechtlich zuverlässige Gestaltung von Vereinbarungen.
 - Umfassende, ausgewogene und interessengerechte Vertragsgestaltung.
 - Streitvermeidende Wirkung der Urkunde mit Sicherungsfunktion durch Vollstreckungstitel, ohne deshalb Gerichte bemühen zu müssen.
- 264 (2) Den Notaren mag ja bekannt sein, welche gesetzlich ihnen zugewiesenen Betreuungsaufgaben sie wahrzunehmen haben.²⁶⁴⁾ Dem Rechtspublikum ist dies kaum bekannt. Auch hier könnte sich anbieten, seitens des notariellen Berufsstandes dieses marketingmäßig öffentlichkeitswirksam zu machen und auf den damit verbundenen Nutzen hinzuweisen.
- 265 (3) Weder Notaren noch der Öffentlichkeit ist bekannt, welche Beratungs- und Betreuungsaufgaben sie anbieten können, die nicht gesetzlich vorgegeben sind. Dazu gehört der gesamte hier vorgestellte Komplex notarieller Beratung und sonstiger streitvermeidender und streitbeilegender Tätigkeit. Wichtig wäre in diesem Zusammenhang, die Vorteile *notarieller* Tätigkeit in diesem Bereich hervorzuheben, um damit zugleich zu verdeutlichen, warum gerade *Notare* dazu prädestiniert sind *und* welchen Nutzen das Rechtspublikum davon hat, wenn es dieses Dienstleistungsangebot gerade von *Notaren* annimmt.
- 266 (4) Die herkömmliche Rollenverteilung, der Rechtsanwalt sei für den Streit und der Notar sei für die Urkunde zuständig, würde sich dann zum Vorteil für den notariellen Berufsstand von selbst auflösen, indem verdeutlicht werden könnte, daß der unabhängige und unparteiische Notar ein umfassendes Rechtsbetreuungsangebot zur Verfügung stellen könnte. Auf der einen Seite würde seitens des Rechtspublikums der eigene Nutzen von weiterbestehenden gesetzlichen Beurkundungs- und Betreuungsaufgaben wahrgenommen werden. Und auf der anderen Seite würde der Nutzen erkannt werden, wenn von Beurkundungs- und Betreuungsmöglichkeiten auf freiwilliger Basis Gebrauch gemacht würde. Der notarielle Berufsstand könnte in diesem Zu-

264) S.o. FN 2

sammenhang auch das Thema „Konflikt“ für sich besetzen, wenn auf den Nutzen und die Möglichkeiten notarieller Tätigkeiten von der notariellen Beratung über die Mediation als Oberbegriff²⁶⁵⁾ (mit unparteiischer Rechtsberatung, mit oder ohne vollstreckbare Titel) bis zur notariellen Schiesgerichtsbarkeit und deren Vorteile verwiesen würde. Die „Mediation“ als Marketingbegriff²⁶⁶⁾ könnte dafür den Einstieg geben.

267 (5) Damit einher gehen sollte allerdings, in Anbetracht eines sich erweiternden Betätigungsfeldes des notariellen Berufsstandes mehr als bisher öffentlichkeitswirksam auf Spezialisierungen durch einzelne Notare hinweisen zu dürfen („mit Kompetenz werben“).

268 Der zuvor skizzierte strategische Ansatz würde darauf zielen, nicht nur das Angebot des notariellen Berufsstandes zu erweitern, sondern mit der stärkeren und umfassenderen Beleuchtung des Nutzens für das Rechtspublikum auch dessen Nachfragebedürfnis nach notarieller (Dienst-)Leistung zu verändern/verstärken. Damit könnte der notarielle Berufsstand in einem immer komplexer werdenden Rechtsberatungs- und Rechtsbetreuungsmarkt ein stärkeres Gewicht einbringen können, als es bisher der Fall ist. Die Mediation als Marketingbegriff könnte für eine solche Orientierung den Anlaß geben. Eine darauf aufbauende Marketingstrategie müßte folgendes berücksichtigen:²⁶⁷⁾

- Definition eines Marktsegmentes für die beschriebene notarielle Dienstleistungen.
- Formulierung einer für alle Zielgruppen dieses Marktsegmentes verständlichen Botschaft.
- Zielgruppengerechte Aufbereitung und Plazierung dieser Botschaft.
- Präsentation von erfolgreichen Beispielen durch den Berufsstand.

2. Auswertung und Gesamtbetrachtung der präventiven notariellen Tätigkeit praktiziert von Notaren, im Hinblick auf rechtliche Auseinandersetzungen.

269 Die Rechtswirklichkeit ist davon geprägt, daß rechtliche Auseinandersetzungen vor staatlichen Gerichten – in einigen Fällen auch vor Schiedsgerichten – ausgetragen wer-

265) S.o. Rdn. 12

266) S.o. Rd. 13 ff.

267) *Eyer mediations-report 3/2000*, Seite 2, 3

den. Rechtsschutzversicherer und Prozessfinanzierer erleichtern solches. Der Fülle rechtlicher Auseinandersetzungen versucht der Staat dadurch zu begegnen, daß er den Rechtsschutz minimiert/erschwert:

- 270 - Nach § 15a EGZPO in Verbindung mit den Ausführungsgesetzen der Länder müssen Streitigkeiten mit einem Streitwert bis zu DM 1.500,-- und Nachbarrechtsstreitigkeiten eine vorgerichtliche obligatorische Streitbeilegung durchlaufen; man hofft auf eine Filterwirkung auch aufgrund der Lästigkeit eines solchen Verfahrens.
- 271 - Gemäß § 495 a ZPO können Zivilrichter bei Rechtsstreitigkeiten bis zu einem Streitwert von DM 1.200,-- ihr Verfahren nach eigenen Vorstellungen gestalten. Rechtsschutz gegen deren Entscheidungen gibt es nicht.
- 272 - Im Rahmen der Justizreform soll der Rechtsstreit weitgehend vor Einzelrichtern stattfinden, die nicht unbedingt für die Themen des Streites spezialisiert sein müssen.
- 273 - Das BVerfG verweist darauf, daß Verfassungsbeschwerden, die zu ihm getragen werden, nicht wesentlich über eine Erfolgsquote von 2 % hinauskommen und es mißt Verfassungsbeschwerden in der Mehrzahl der Nichtannahmebeschlüsse dabei noch nicht einmal an den Maßstäben, die sich aus eigenen veröffentlichten Entscheidungen ablesen lassen.
- 274 Bei all dem befaßt man sich jedoch mit einem nicht: Den Ursachen rechtlicher Auseinandersetzungen. Es wurde aufgezeigt, daß rechtliche Auseinandersetzungen nicht nur entschieden sondern auch vermieden werden können, wenn man bereits bei dem auf Interessengegensatz aufbauenden Interessenausgleich ansetzt. Und bei diesem Vermeiden rechtlicher Auseinandersetzungen können Notare präventiv in einem viel weitergehenden Maße tätig werden, als dies bisher der Fall ist. Intensiviert man dies, kann sich daraus für den notariellen Berufsstand eine gewichtige Positionierung im Rechtsbetreuungsmarkt entwickeln lassen. Dabei muß man unterscheiden zwischen
- neuen Tätigkeitsgebieten,
 - dem sich Aneignen neuer Inhalte dieser Tätigkeitsgebiete und
 - dem dazu gehörigen Marketing.
- 275 Die Betrachtung sollte sich nicht auf die Frage einengen, wie man letztlich rechtliche Auseinandersetzungen vor Gerichten vermeiden kann, sondern man sollte sich mit dem Ausgangspunkt befassen: Dem Interessengegensatz von Beteiligten, auch wenn es noch

nicht zum Konflikt gekommen ist. Die Frage sollte folglich lauten, wie man Interessengegensätze zu einem Interessenausgleich führen kann, einerlei, ob der Interessengegensatz schon bis zum Konflikt geworden ist oder nicht und welche Dienstleistung der Notar dabei anbieten kann.

- 276 Die unparteiische notarielle Beratung und die Vertragsmediation können bereits bei einem Interessengegensatz *ohne* Konflikt für das Herbeiführen eines Interessenausgleiches hilfreich sein.
- 277 Ist aus dem Interessengegensatz bereits ein Konflikt geworden, dann gilt es, einen zukunftsorientierten Interessenausgleich herbeizuführen, der mehr ist, als das vergangenheitsbezogene Würdigen rechtlicher Anspruchsgrundlagen anlässlich eines Vergleiches. Die Mediation (als Sachbegriff) durch Notare kann hier den Beteiligten – wie gezeigt – gerade deshalb sehr hilfreich sein, da das notarielle Berufsrecht und für den Fall einer zur beurkundenden Abschlußvereinbarung auch das Beurkundungsrecht samt der Vollstreckbarkeit der Vereinbarung den Beteiligten mehr Sicherheit gibt, als nur das Finden einer gemeinsamen Lösung, von der man nicht weiß, wie lange sie hält.
- 278 Für Notare ist zudem der Umgang mit Interessengegensätzen Beteiligter nicht neu, wengleich sie in Anbetracht neuer Verhandlungstechniken noch hinzulernen müssen.
- 279 Bei rechtlichen Auseinandersetzungen vor staatlichen Gerichten läßt wie folgt differenzieren: Fragt man sich wie es sich vermeiden läßt, daß angerufene staatliche Gerichte ein Urteil sprechen, so ist erwägenswert, darüber nachzudenken, inwieweit nicht im Rahmen des dargestellten Kooperationsmodells staatliche Gerichte von der notariellen Mediation Gebrauch machen sollten, insbesondere wenn es sich bei dem Notar als Mediator um einen anerkannten Fachmann gerade auf dem Gebiet handelt, das so konfliktbeladen ist. Im übrigen könnte es für Beteiligte gerade bei einer Spezialmaterie von Interesse sein, ihren Konflikt statt vor staatlichen Gerichten lieber vor einem notariellen Schiedsgericht auszutragen, mit einem Notar als Schiedsrichter, der für die Konfliktmaterie spezialisiert ist.
- 280 Rechtliche Auseinandersetzungen vor staatlichen Gerichten können auch dadurch vermieden werden, daß Beteiligte zuvor von einer der Möglichkeiten Gebrauch machen wie sie oben zur Mediation als Oberbegriff beschrieben wurden.
- 281 Der Berufsstand der Notare selbst hat es in der Hand, diese Entwicklung in Gang zu bringen, ohne daß es eines neuen Gesetzes oder einer Gesetzesänderung bedarf. Dies

kann zum einen durch eine berufsständische Öffentlichkeitsarbeit geschehen, etwas mit dem Slogan

Konfliktvermeidung statt Konfliktentscheidung.

- 282 Zum anderen kann das Verständnis des Rechtspublikums auch dadurch geweckt werden, daß in notariellen Urkunden verstärkt Mediationsklauseln und Schiedsgerichtsvereinbarungen oder Schiedsklauseln vorgesehen werden und den Beteiligten erläutert wird, was es damit auf sich hat.

3. Sonstige Ausführungen in Bezug auf die Zukunft des Notarberufes mit Bezug auf die Prävention, Gesetzesänderung und Praxis

- 283 Der EuGH²⁶⁸⁾ ordnet die Tätigkeit von Notaren, die ihre Tätigkeit in eigener rechtlicher Verantwortung erbringen, als wirtschaftliche Tätigkeit ein: Dies ungeachtet des Umstandes ein, daß Notare aufgrund öffentlicher Bestallung Amtshandlungen vornehmen und aufgrund ihnen zugewiesener Befugnisse öffentliche Gewalt ausüben. Diese von ihm so bezeichnete notarielle Dienstleistung umfaßt auch die notarielle Beurkundung.²⁶⁹⁾ Notarielle Beurkundung, Beratung und Betreuung sind mithin Unterbegriffe dieser einheitlichen notariellen Dienstleistung. Dann aber empfiehlt es sich für den notariellen Berufsstand, sich selbst auch als Dienstleister zu sehen und entsprechend einem solchen Selbstverständnis zu handeln. Das öffentliche Amt und Dienstleistung sind folglich kein Gegensatz.²⁷⁰⁾
- 284 Eine solche Veränderung des eigenen Selbstverständnisses ist auch hilfreich, wenn sich der notarielle Berufsstand weniger fragt, wo sein künftiger Platz in einem immer mehr sich verändernden Rechtsberatungsmarkt sein wird, sondern eher wie er darin Marktanteile gewinnen kann. Dazu ist eine sich wiederholende Fokussierung der notariellen Urkunde alleine nicht ausreichend. „Die notarielle Urkunde alleine ist nicht unsere Zukunft.“²⁷¹⁾ Die freiwillige und nicht durch Gesetz zugewiesene notarielle Beratung und Betreuung, wozu auch die Mediation als Oberbegriff dazu gehört, müssen hinzutreten sowie aktiv bekannt gemacht und umgesetzt werden. Dazu bedarf es *keiner* Gesetzesän-

268) EuGH 26.03.1987 – C-Rs 235/87, Slg. 1987, 1485, 1489. Dazu, daß der Begriff der notariellen Dienstleistung auch in Deutschland nicht der Herleitung der Übertragung öffentlicher Aufgaben bedarf, die sonst der Staat selbst wahrgenommen hätte, siehe *Wagner ZNotP 2000*, 214

269) EuGH 26.03.1987 – C-Rs 235/87, Slg. 1987, 1485, 1486

270) *Wagner ZNotP 2000*, 214

271) So bereits *Wagner notar eins '99*, Seite 17

derungen, sondern eines veränderten Selbstverständnisses der Notare für das, was die Öffentlichkeit mit Dienstleistung verbindet. Notare müssen sich auf diese Bedürfnisse einstellen und können nicht erwarten, daß sich die Öffentlichkeit am notariellen Selbstverständnis des hauptsächlich beurkundenden Notars ausrichtet.

- 285 Dies bedeutet allerdings nicht, daß der notarielle Berufsstand die Urkunde vernachlässigen sollte, denn auch dieses Segment läßt sich erweitern. So hat *Hellge*²⁷²⁾ in einem leistungswerten Beitrag den – wie er es nennt – „optimistischen Standpunkt vertreten, daß die europäische Entwicklung zu einer Erneuerung und Dynamisierung des Berufsstandes der Notare führen kann.“ Auch er betont die Nützlichkeit des Notarberufes, die mit einer stärkeren Betonung des Dienstleistungsgedankens einhergehen müsse, wenn es darum gehe, den Rechtsbesorgungsmarkt zu besetzen. Dazu zählt er auch eine Intensivierung der Möglichkeiten notarieller rechtlicher Beratung, Mediation und schiedsrichterliche Tätigkeit.²⁷³⁾ Auch wenn der Notar in diesen Bereichen auf die Konkurrenz u.a. von Rechtsanwälten, Steuerberater und Wirtschaftsprüfern stoße, könne er sich von diesen doch dadurch absetzen, daß der Notar zusätzlich die von ihm geschaffene und unter seiner Beratung und Kontrolle entstandene öffentliche oder private vollstreckbare notarielle Urkunde mit anbieten könne.²⁷⁴⁾
- 286 Während *Hellge* in seinem Beitrag es als zukunftssträchtiges strategisches Ziel des notariellen Berufsstandes ansieht, die öffentliche notarielle Urkunde und die notarielle Privaturkunde stärker zu positionieren, ist hier verdeutlicht worden, auf welche Weise notarielle Dienstleistung im Bereich präventiver Bewältigung von Interessengegensätze – mit oder ohne Konflikte – strategisch positioniert werden könnte. Dies ist kein Vorfeldsegment der notariellen Urkunde, vielmehr komplettiert die notarielle Urkunde oder notarielle Privaturkunde diese Dienstleistungen.
- 287 Diesseits wurde der Vorschlag unterbreitet, § 279 Abs. 1 Satz 2 ZPO im Zuge einer Gesetzesänderung dahingehend zu erweitern, daß in einem laufenden Gerichtsverfahren vor einem staatlichen Gericht dieses die Streitparteien für einen Güteversuch an einen (Notar als) Mediator verweisen könne.²⁷⁵⁾ Daß ein solcher Vorschlag für den deutschen Rechtskreis neu war, in den USA aber insbesondere bei Massenklageverfahren zwecks

272) *Hellge* ZNotP 2000, 306, 308

273) *Hellge* ZNotP 2000, 306, 308

274) *Hellge* ZNotP 2000, 306, 309

275) *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 68* f.

Erreichung eines Vergleiches praktiziert wird, berichtet *Duве*.²⁷⁶⁾ Und auch ohne Gesetzesänderung gibt es bereits in Deutschland Fälle, in denen der staatliche Richter während des laufenden Gerichtsverfahrens einen Mediator hinzuzieht.²⁷⁷⁾ Es ist daher durchaus bedenkenswert, sich seitens des notariellen Berufsstandes um eine quasi interprofessionelle Kooperation von staatlicher Gerichtsbarkeit und notarieller Mediation zu bemühen: Ausgangspunkt des Rechtsstreites vor staatlichen Gerichten ist dann zwar jeweils die Geltendmachung rechtlicher Ansprüche, das Ende könnte aufgrund einer solchen Kooperation dann aber nicht nur ein Vergleich über rechtliche sondern eine weitergehende Abschlußvereinbarung unter Einbeziehung weitergehender Interessen sein. Dies bedeutet, daß notarielle Mediation als Oberbegriff und notarielle Schiedsgerichtsbarkeit nicht nur eine Alternative zu staatlicher Gerichtsbarkeit sein könnten, sondern auch Gegenstand eines Kooperationsmodells mit der staatlichen Gerichtsbarkeit.

Dazu bietet § § 278 Abs. 4 ZPO-RG eine gesetzliche Grundlage, indem der Gesetzgeber meinen auf dem Deutschen Notartag 1998 unterbreiteten Vorschlag aufgegriffen hat. So kann nämlich nunmehr das staatliche Gericht „in geeigneten Fällen den Parteien eine *außergerichtliche* Streitschlichtung vorschlagen“, so daß damit zugleich die Möglichkeiten für das zuvor vorgeschlagene Kooperationsmodell gegeben sind.

V. Abschließende Zusammenfassung in Form von 10 Thesen und Fazit

- 288 1. Notarielle Tätigkeit (Beratung, Betreuung, Beurkundung, Schiedsrichtertätigkeit) ist Dienstleistung.
- 289 2. Streitentscheidung durch staatliche Gerichte kann vermieden werden, wenn sich auf Wunsch der Beteiligten ein Notar der Vorstufen dazu annimmt. Dazu sind Interessengegensätze (mit oder ohne Konflikt) zu einem Interessenausgleich zu bringen. Dies kann geschehen auf Wunsch der Beteiligten
- in einem vorgerichtlichen Stadium,
 - auf zusätzlichen Vorschlag des staatlichen Gerichts auch noch während des Gerichtsverfahrens und

276) *Duве*, Mediation und Vergleich im Prozeß, Seite 1 ff.; zur gerichtsverbundenen Streitbeilegung in den USA *Duве* in: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare, 3.3.3.3

277) *Kempf/Trossen* ZMK 2000, 166

- in der in einem schiedsgerichtlichen Verfahren eingeleiteten Einigungsphase.

Auch ein notarielles Schiedsgericht ist geeignet, Streitentscheidungen durch staatliche Gerichte zu vermeiden.

- 290 3. Notare als von Amts wegen unparteiische Personen sind befugt, Personen oder Unternehmen mit gegensätzlichen Interessen unparteiisch zu beraten. Daher ist in den §§ 14 Abs. 1 Satz 2 und 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO auch im Plural von der unparteiischen Beratung der Beteiligten die Rede. Unparteiische Beratung eignet sich im Vorfeld von Konflikten dazu, erbracht zu werden, etwa wenn Beteiligte mit gegensätzlichen Interessen sich von einem Notar aufzeigen lassen würden, wie die Rechtslage objektiv ist oder wie ihre Chancen- und Risikolage ist. Sie kann mündlich oder schriftlich z. B. als Gutachten erfolgen und sie kann sogar mit einer Konzeption oder einem Vertragsentwurf/-abschluß enden. Unparteiische Beratung eignet sich folglich sowohl zur *Streitvermeidung* wie auch zur außergerichtlichen und sogar zur gerichtlichen *Streitbeilegung*.
- 291 4. Mediation kann Marketingbegriff (für jede Art außergerichtlicher Lösung von Interessengegensätze), Oberbegriff (für Beratung, kooperative Verhandlung / Vermittlung, Schlichtung, vertragliche Interessengegensatzbewältigung, Vergleich, Mediation) und Sachbegriff (für Vertrags- und Konfliktmediation) sein.
- 292 5. Notarielle Mediation als Oberbegriff und notarielle Schiedsgerichtsbarkeit können nicht nur eine Alternative zu staatlicher Gerichtsbarkeit sein, sondern auch Gegenstand eines Kooperationsmodells mit der staatlichen Gerichtsbarkeit sein.
- 293 6. Den Fällen notarieller Beratung, kooperativen Verhandeln, der Schlichtung und der Mediation liegt als Sachverhalt zugrunde, daß ad hoc präventiv Streit vermieden oder beigelegt werden soll und Streitlösungsmechanismen nicht zuvor vertraglich vereinbart waren. Streitvermeidung – nicht Streitbeilegung – kann aber auch dadurch ermöglicht werden, daß Vertragsparteien bereits in ihren Verträgen mit regeln wie sie für den Fall anstehender oder eingetretener Konflikte mit denselben umzugehen haben und wer als unparteiischer Dritter dabei Berater, Moderator, Mediator oder gar Schiedsrichter sein soll, wer diesen unparteiischen Dritten bestimmen soll, was dies kosten darf und wer solche Kosten tragen soll.
- 294 7. Die notarielle Mediation als Oberbegriff ist kein Bestandteil des notariellen Beurkundungsverfahrens, sondern eine eigenständige Amtstätigkeit notarieller Be-

ratung/Betreuung. Dies gilt selbst dann, wenn als Bestandteil der notariellen Mediation als Oberbegriff eine Abschlußvereinbarung notariell zu beurkunden ist. Die Besonderheiten notarieller Beurkundung (z.B. § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG) beziehen sich dann nur auf die Beurkundung der Abschlußvereinbarung selbst.

- 295 8. Notarielle Mediation als Oberbegriff und notarielle Schiedsgerichtsbarkeit erfordern ein Marketing nach Innen (gegenüber Notaren) und nach Außen (gegenüber dem Rechtspublikum).
- 296 9. Notarielle Mediation als Oberbegriff kann vom Notar wahrgenommen werden, er kann sie aber auch ablehnen. Er kann sie überall in Deutschland ausüben, er muß sie nicht an seinem Amtssitz ausüben. Er darf sie nicht – da Amtstätigkeit – im Ausland ausüben. Eine notariell zu beurkundende Abschlußvereinbarung muß der Notar auf Wunsch der Beteiligten beurkunden (§ 15 BNotO), er darf sie nicht ablehnen. Die Beurkundung muß er an seinem Amtssitz durchführen (§ 10a BNotO). Notarielle schiedsrichterliche Tätigkeit kann der Notar – da keine Amtstätigkeit – auch im Ausland ausüben.
- 297 10. Der Notar hat bei der Mediation als Oberbegriff– nicht erst/nur bei der von ihm beurkundeten Abschlußvereinbarung –, da Amtstätigkeit, eine *rechtliche* Ergebnisverantwortung, von der ihn Beteiligte nicht entbinden können. Dazu zählen die rechtliche Wirksamkeit, Umsetzbarkeit und Sicherbarkeit des zu Vereinbarenden und die Verhinderung, daß Beteiligte unangemessen benachteiligt werden.
- 298 Der notarielle Berufsstand sollte die Chance nutzen, sich in den derzeitigen öffentlichkeitswirksamen Diskussionen um Mediation einerseits und um die ungeliebte deutsche Justizreform des Zivilprozesses andererseits zusätzlich zu positionieren. Einerseits könnte darauf aufmerksam gemacht werden, daß gerade der Notar aufgrund seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie eines bewährten Berufsrechts in besonderer Weise geeignet ist, zum Interessenausgleich von Interessengegensätzen – ob mit oder ohne Konflikt – dem Rechtspublikum behilflich zu sein.
- 299 Und andererseits sollte auf den Nutzen notarieller Schiedsgerichtsverfahren als Alternative zu staatlicher Gerichtsbarkeit verstärkt hingewiesen werden. Dies setzt allerdings voraus, daß der notarielle Berufsstand sich zeitnah verstärkt mit den Inhalten der notariellen Mediation (als Oberbegriff) und Schiedsgerichtsbarkeit befaßt.