

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73, 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Dr. Nicola Wenzel
11015 Berlin

RA1@bmjv.bund.de

Kronenstraße 73
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: o.vossius@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 28. September 2017

Evaluationsbericht nach § 8 Mediationsgesetz
Ihr Schreiben vom 20.7.2017, Az. R A 1- 3731/9-1-17-R4 357/2017

Sehr geehrte Frau Dr. Wenzel,
sehr geehrte Damen und Herren,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Bericht der Bundesregierung zur Evaluierung des Mediationsgesetzes nach § 8 Mediationsgesetz (nachstehend auch „Bericht“ genannt).

1. Kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Der Bericht kommt zum Ergebnis, dass ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf nicht besteht. Dieses Ergebnis ist aus unserer Sicht aufgrund der im Bericht dargelegten empirischen Befunde nachvollziehbar und richtig.

Insbesondere geht der Bericht zutreffend davon aus, dass für eine Vollstreckbarerklärung von Mediationsvereinbarungen kein Bedarf besteht. Überzeugend wird dargelegt, dass sich eine Mediationsvereinbarung aufgrund der beschränkten Rolle des Mediators und des die Mediation kennzeichnenden Freiwilligkeitsgrundsatzes nicht von jedem anderen zivilrechtlichen Vertrag unterscheidet, für den die ZPO ausreichende Vollstreckungsmöglichkeiten vorsieht (Seite 183 des Berichts).

Eine Vollstreckung aus rein privaten Vereinbarungen ist zu Recht unzulässig. Das findet seine Rechtfertigung im Gewaltmonopol des Staates. Die staatlichen Vollstreckungsorgane dürfen nur aufgrund eines Titels in Anspruch genommen werden, der unter Beteiligung einer staatlichen Stelle errichtet worden ist. Dies ist Ausdruck des Rechtsstaates und dient vor allem dem Schutz des Vollstreckungsgegners, der im Vollstreckungsfall der Staatsmacht mit ihren Zwangsbefugnissen (Pfändung und Verwertung von beweglichen Sachen und Immo-

lien; Überweisung und Einziehung von Geldforderungen, Sperrung von Konten etc.) gegenübersteht. Dies kann durchaus existenzbedrohende Züge annehmen. Daher ist ein präventiver Schutz bereits bei der Errichtung von Titeln sinnvoll und erforderlich. Dieser präventive Schutz ist bei den in der ZPO bereitgestellten Vollstreckungstiteln jeweils gewährleistet. Darüber hinaus würde nach den empirischen Ergebnissen eine Regelung, mit der Mediationsvereinbarungen für vollstreckbar erklärt werden könnten, kaum zur Förderung des Mediationsverfahrens beitragen.

2. Form- und Verfahrensvorschriften als Mittel zur Streitvermeidung und -beilegung

Der Bericht macht als ein „Problem“ die Freiwilligkeit der Zustimmung und Bereitschaft zur Durchführung eines Mediationsverfahrens aus (Seite 184 des Berichts). In der Tat dürften die geringen Fallzahlen u. a. darauf zurückzuführen sein, dass sämtliche betroffenen Parteien eines Rechtsstreits sich freiwillig zusammenfinden und die Kosten eines Verfahrens tragen müssen, ohne Gewissheit darüber zu haben, ob am Ende eine streitbelegende Lösung steht.

In diesem Zusammenhang erlauben wir uns, an das notarielle Verfahren zu erinnern, das in gewisser Weise zwischen dem auf rein freiwilliger Basis basierenden Mediationsverfahren und der gerichtlichen Streitentscheidung steht. Dem Gesetzgeber steht durch die Schaffung von Formvorschriften ein erprobtes und bewährtes Werkzeug zur Streitvermeidung und -beilegung zur Verfügung. Einerseits werden die Beteiligten durch die zwingend zu wählende Form des Rechtsgeschäfts bzw. des Verfahrens „an einen Tisch“ gezwungen. Andererseits sind Durchführung und Abschluss freiwillig. Die Notare sorgen hierbei in aller Regel durch die Einbringung ihrer rechtlichen Expertise und durch ihre neutrale Stellung als Amtsperson für eine einvernehmliche und rechtssichere Lösung, die für Streitvermeidung sorgt und damit in den Bereichen, in denen Notare eingeschaltet sind, für eine Entlastung der staatlichen Gerichte.

In vielen Fällen können Notare bereits aufgrund ihrer unparteilichen gesetzlichen Rolle und Stellung streitvermittelnd agieren und insbesondere weniger umfangreiche Konflikte oder Meinungsverschiedenheiten unmittelbar am Besprechungs- bzw. Beurkundungstisch beilegen. Wegen der Rollenähnlichkeit von Notar und Mediator bedarf es hierzu keines ausdrücklich als solchen bezeichneten Mediationsverfahrens. Gerade im Familienrecht (Scheidungsfolgenvereinbarungen) und Erbrecht (Erbauseinandersetzungen, Pflichtteilsregelungen), aber auch im Gesellschaftsrecht (Gesellschafterstreitigkeiten, Regelungen zur Unternehmensnachfolge) tragen Notare regelmäßig dazu bei, einvernehmliche Lösungen zu finden oder zu entwickeln, sofern die Beteiligten prinzipiell einigungsbereit sind und deshalb den Weg ins Notariat gehen. Es gibt zudem mittlerweile viele Notare, die über eine Zusatzausbildung als Mediator verfügen und ihre in der Mediationsausbildung erworbenen kommunikativen Fähigkeiten auch am Beurkundungstisch einsetzen können. Der ganz überwiegende Teil der notariellen Vermittlungstätigkeit wird sich daher im Rahmen des normalen notariellen Beurkundungsalltags abspielen und nach außen nicht erkennbar als Mediations- oder Vermittlungstätigkeit in Erscheinung treten. Schließlich bieten Notare teilweise auch ausdrücklich die Durchführung von Mediationsverfahren an und können diese dann nach § 126 GNotKG mit einer vereinbarten Stundensatzvergütung abrechnen.

Ein Beispiel wie sich die Legislative der besonderen rechtlichen und vermittelnden Expertise der Notare bedienen kann, stellt das **Sachenrechtsbereinigungsgesetz (SachenRBerG)** dar. Der Gesetzgeber fand nach dem Beitritt der DDR eine höchst konfliktträchtige Materie vor, die unter dem Stichwort „Häuserkämpfe“ zu zahlreichen Presseartikeln führte.¹ Die Lö-

¹ Der Tagesspiegel v. 17.3.1994 (*Ein kleiner Ort, dessen Leiden ganz Deutschland kennt*); Frankfurter Rundschau v. 2.12.1993 (*Wer will noch mal, wer hat noch nicht*) und vom 3.11.1993 (*Eine Gemeinde sieht rot – rot wie Angst*); DER SPIEGEL v. 29.06.1992 (*Alte Rechte, neues Unrecht*); DIE ZEIT v.

sung des Gesetzgebers bestand im Wesentlichen in dem sogenannten Optionsmodell, dessen Umsetzung der Gesetzgeber den Notaren anvertraute, indem §§ 87 ff. SachenRBERG ein notarielles Vermittlungsverfahren vorsahen. Die Notare sind ihrer seinerzeit vom Gesetzgeber gestellten Aufgabe in dem erhofften Umfang gerecht geworden² und haben für eine weitgehende Befriedung dieser hochproblematischen Regelungsmaterie gesorgt. Die damals angesichts der vom Gesetzgeber geschätzten 300.000 Bereinigungsfälle befürchtete Prozesslawine blieb aus. Stattdessen muss, wie *Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch*, seinerzeit Referatsleiterin im BMJ, kürzlich betonte, „angesichts der unvorstellbar großen Zahl der Anwendungsfälle [...] der weit überwiegende Teil einvernehmlich durch Abschluss entsprechender Ankaufs- oder Erbbaurechtsbestellungsverträge erledigt worden sein“, was „wesentlich dem Umstand zu verdanken [sein dürfte], dass die Durchsetzung der Bereinigungsansprüche von der Durchführung eines notariellen Vermittlungsverfahrens vor einem Notar abhängig war“³. Die Anzahl der BGH-Entscheidungen aus einem notariellen Vermittlungsverfahren heraus ist unserer Kenntnis nach einstellig.

Im Gegensatz dazu zeigen die historischen Erfahrungen mit einem weiteren Gesetz aus dem Übergangsrecht, dem **Landwirtschaftsanpassungsgesetz**, wozu die Geringschätzung von Formvorschriften – gerade auch im Gesellschaftsrecht – führen kann. Nach dem Landwirtschaftsanpassungsgesetz war eine Beteiligung von Notaren bei der Beschlussfassung in den Versammlungen der LPG-Mitglieder nicht vorgesehen. Nicht zuletzt auf das Fehlen einer neutralen staatlichen Instanz wie dem Notar dürfte es zurückzuführen sein, dass die Rechte von LPG-Mitgliedern häufig nicht gewahrt wurden. Damit geht der Befund einher, dass eine Vielzahl von Umwandlungen fehlerhaft bis sogar nichtig waren, wie die DFG-Studie zur Restrukturierung der DDR-Landwirtschaft⁴ und das Gutachten zur Umwandlung der Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften in Brandenburg von *Bayer*⁵ belegen. Die Umwandlung von nicht ganz 4.000 Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften hat zu 200 Gerichtsverfahren allein vor dem BGH geführt.⁶ Hochgerechnet auf die 300.000 Fälle der Sachenrechtsbereinigung entspräche dies 15.000 BGH-Fällen.

3. De lege ferenda

Der Bericht erwähnt auf S. 202 mögliche Regelungsbereiche de lege ferenda. Dazu möchten wir kurz wie folgt Stellung nehmen:

Die Ausdehnung der Vertraulichkeit in § 4 MediationsG über den Mediator hinaus auf die Konfliktparteien und deren Anwälte kann tatsächlich diskutiert werden. Bisher ist dies in der Mediationsvereinbarung von den Parteien gegebenenfalls ausdrücklich zu regeln. Solche individuellen vertraglichen Regelungen sollten auch in Zukunft zulässig sein. Eine Ausdehnung der Vertraulichkeitsregelung sollte daher lediglich dispositiven Charakter haben.

5.6.1992 (*Wessi-Haus in Ossi-Land. Im Dickicht*); DIE WELT v. 6.1.1992 (*Im Osten droht der Immobilien-Krieg*); DER SPIEGEL v. 18.11.1991 (*Alles meins*); DIE ZEIT v. 26.9.1991 (*Wir lassen uns nicht vertreiben!*); Berliner Zeitung v. 10.4.1991 (*Erben des Haake-Clans sondieren Kleinmachnow*); Wochenpost v. 23.6.1994 (*Ich darf Sie bitten, das Grundstück zu räumen*); Focus v. 25.4.1994 (*Häuserkampf tobt*); Münchner Abendzeitung v. 30.3.1992 (*Wessis erben den armen deutschen Osten kaputt*). Instruktiv für das aufgeheizte gesellschaftliche Klima vor allem die Leserbriefe in STERN v. 07.05.1992 zum Artikel im STERN v. 15.4.1992 (*Eine Stadt wird vertrieben*).

² Schmidt-Räntsch, NJW 2017, 2167, 2171.

³ Schmidt-Räntsch, NJW 2017, 2167, 2171.

⁴ Bayer (Hrsg.), Rechtsprobleme der Restrukturierung landwirtschaftlicher Unternehmen in den neuen Bundesländern nach 1989, 2003 (Reprint 2013).

⁵ Die Umwandlung der Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften in Brandenburg, Gutachten von Walter Bayer, abrufbar unter https://www.landtag.brandenburg.de/media_fast/5701/3_Gutachten%20Prof.%20Bayer%20Agrargeschichte%20Brandenburg%20nach%201989_90_Ausgabe_04.pdf, .

⁶ Felgentreff, NL-BzAR 2010, 264, 267.

Eine Klarstellung, ob die Auswahl eines Mediators auch durch einen Dritten erfolgen kann, halten wir nicht für erforderlich. Selbstverständlich sind zwischen den Konfliktparteien im Vorfeld (in einer Mediationsklausel) oder ad hoc privatautonom getroffene Abreden zulässig und kollidieren nicht mit dem Freiwilligkeitsgrundsatz. Insbesondere sollte auch das die Konfliktparteien bindende Vorschlagsrecht eines Dritten oder einer Institution wirksam vereinbart werden können. Die im Bericht (S. 30 f.) diskutierten Fälle (bindender Vorschlag des Rechtsschutzversicherers oder bindender Vorschlag des Gerichts) liegen dagegen anders. Hier liegen gerade keine privatautonomen Vereinbarungen der Konfliktparteien vor, sondern dritte Personen wollen die Auswahl und Beauftragung des Mediators vornehmen. Dann handelt es sich richtigerweise um Fragen des Versicherungsvertrages bzw. der Rolle des Gerichts in einem außergerichtlichen Mediationsverfahren.

Die Frage der Hemmung der Klagbarkeit sollte der vertraglichen Ausgestaltung überlassen bleiben. Hier ist es Aufgabe der Kautelarjurisprudenz, im Einzelfall Klarheit zu schaffen. So gibt es häufiger rechtlich unverbindliche Verfahrenshinweise oder Absichtserklärungen, die gerade nicht mit einem dilatorischen Klageverzicht verbunden werden, sondern lediglich verschiedene Optionen im Konfliktfall darstellen wollen. Wiederum gilt: Wenn der Gesetzgeber tätig werden möchte, sollte die Regelung dispositiv ausgestaltet werden, damit abweichende parteiautonome Regelungen im Einzelfall weiterhin zulässig sind.

Für Ergänzungen und nähere Darlegungen sprechen Sie uns gern an.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Oliver Vossius