

Prof. Dr. Fritz Jost

Telefon: 0521/106 – 3924

Telefax: 0521/106 – 15 3924

E-Mail: fjost@uni-bielefeld.de

Bielefeld April 2014

Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Praxis – ein „Experiment“

1. Zwei „alternative“ Konfliktlösungsverfahren

Mediation und schiedsrichterliches Verfahren sind zwei unterschiedlich gestaltete Alternativen zum staatlichen Zivilprozess.¹ Das 10. Buch der ZPO (§§ 1025 ff.) sieht die Möglichkeit vor, durch Parteivereinbarung die staatliche Gerichtsbarkeit von der Entscheidung eines Rechtsstreits auszuschließen und einem von den Parteien eingesetzten „privaten“ Gericht zu übertragen.² Nicht nur dessen Zusammensetzung, sondern auch das Verfahren und das anwendbare materielle Recht unterliegen der Bestimmung der Parteien. Gleichwohl handelt es sich in der Typologie von Streiterledigungsmöglichkeiten um ein Gerichtsverfahren, da der das Verfahren leitende Dritte (Schiedsrichter)³ aufgrund der Verhandlungen der Parteien eine verbindliche Sachentscheidung treffen kann (Schiedsspruch, § 1054 f. ZPO).⁴ Demgegenüber ist der Dritte im Mediationsverfahren (Mediator) nicht zu einer Entscheidung berufen. Er soll die Verhandlungen der Parteien moderieren und es ihnen durch Förderung der Kommunikation ermöglichen, zu einer autonomen, ihren Inte-

¹Sie sind an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld Gegenstand der Veranstaltung „Einvernehmliche Streitbeilegung“ im Schwerpunktbereich 1 (Private Rechtsgestaltung und Prozessführung), welche auch von Studierenden anderer Schwerpunktbereiche besucht wird.

²Rosenberg / Schwab / Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010, § 174 I.

³ Auch hier kommt ein Richterkollegium in Betracht (vgl. § 1034 ZPO); häufig handelt es sich um einen Obmann (Vorsitzenden) und zwei Beisitzer, wobei jede Partei nach der Schiedsvereinbarung einen Beisitzer benennt und diese wiederum den Vorsitzenden.

⁴ Zu Einführung siehe .Rudkowski, Einführung in das Schiedsverfahrensrecht, JuS 2013, S. 398ff.; Wolff, Grundzüge des Schiedsverfahrensrechts, JuS 2008, S. 108 ff.

ressen entsprechenden Regelung der Streitpunkte zu kommen (§§ 1, 2 Abs. 2 S. 3 MediationsG⁵).

Beide Verfahren werden in der letzten Zeit verstärkt diskutiert und nach Ablauf und Ergebnis mit dem staatlichen Prozess verglichen.⁶ Bei der Veranstaltung, von welcher hier berichtet werden soll, ging es aber um den Vergleich der Mediation mit dem schiedsrichterlichen Verfahren.⁷

Gemeinsam haben beide Verfahren, dass die Verhandlung der Parteien anders als im Zivilprozess (vgl. §§ 169 ff. GVG) nicht öffentlich stattfindet.⁸ Auch bestimmen in beiden Fällen die Parteien, wer als Dritter teilnimmt, also ihren Streit entscheidet oder zwischen ihnen vermittelt. So können sie sicherstellen, dass beim Richter oder Mittler besonderer (außerjuristischer) Sachverstand vorhanden ist.⁹ Das Mediationsverfahren wird in der Regel schneller als ein staatlicher Prozess sein, das schiedsrichterliche Verfahren insofern auch, als es grundsätzlich nur eine Instanz gibt.¹⁰ Ob die Alternativen weniger kostenträchtig sind, hängt von verschiedenen Faktoren ab (u.a. Streitwert, Ausschöpfung des Instanzenzuges beim staatlichen Gericht). Zu bedenken ist, dass in beiden Verfahren auch Rechtsanwälte als Parteivertreter eingeschaltet werden können und für den Mediator¹¹ und die Schiedsrichter ebenfalls Honorare anfallen.

Den genannten (partiellen) Gemeinsamkeiten stehen aber deutliche Unterschiede gegenüber, so dass sich die Frage stellt, wann das eine, wann das andere Verfahren (oder keins

⁵ Mediationsgesetz vom 21.7.2012(BGBl. I S. 1577).

⁶ Zum Vergleich zwischen schiedsrichterlichem Verfahren und staatlichem Prozess siehe *Goette*, Gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren: Erfolg zu Lasten der Gerichte? AnwBl 2012, 31 ff. mit der Warnung, dass eine verbreitete Schiedsgerichtsbarkeit zu einer Art „Schattenrecht“ außerhalb der öffentlichen Wahrnehmung führen und den staatlichen Gerichten nur noch die „Aschenputtelsachen“ übrig lassen könnte; *Hammann/Lennarz*, Schiedsverfahren oder staatliches Gerichtsverfahren? – Was ist besser, JA 2012, S. 801 ff.; *Hirtz*, Chancen & Grenzen von Schiedsvereinbarungen, ZAP Fach 23, S. 837; *Hoffmann*, Schiedsgerichte als Gewinner der Globalisierung? – Eine empirische Analyse zur Bedeutung staatlicher und privater Gerichtsbarkeit für den internationalen Handel, SchiedsVZ 2010, S. 96ff.; *Pörnbacher / Wortmann*, Schiedsgerichtsbarkeit: Eine wertvolle Alternative zu staatlichen Gerichtsverfahren, ZKM 2012, S. 144 ff.

⁷ Ideengeber war Rechtsanwalt und Mediator Dr. Reiner Ponschab, welcher langjähriger Lehrbeauftragter der Fakultät für die Vermittlung von Schlüsselqualifikationen ist.

⁸ Zur „Diskretion von Schiedsverfahren“ s. *Leuering*, Organhaftung und Schiedsverfahren, NJW 2014, 657 ff.

⁹ Der Schiedsrichter muss kein Jurist sein, der Mediator nur, wenn er durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Verhandlung der Parteien eingreift (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 RDG).

¹⁰ Im Zivilprozess kommen nach der ersten Instanz noch die Rechtsmittel Berufung (§§ 511 ZPO ff.) und Revision (§§ 542 ZPO ff.) in Betracht.

¹¹ Auch in der Mediation können mehrere Vermittlungspersonen tätig sein (Co-Mediation), was insbesondere bei größeren Verfahren in Betracht kommt.

von beiden) in Betracht kommt. Die Zielrichtung ist auch unterschiedlich (einvernehmliche Regelung/richterliche Entscheidung). Jedenfalls kann es interessant sein zu prüfen, welche Unterschiede sich in der praktischen Durchführung ergeben.

Schließlich können beide Verfahrensarten kombiniert¹² bzw. hintereinander geschaltet werden. Dies geschieht in (gestuften) Streitbeilegungsklauseln, mit welchen die Parteien vorsehen können, dass auftretende Streitigkeiten in einem Mediationsverfahren beigelegt werden sollen und bei Scheitern einer einvernehmlichen Regelung ein Schiedsgerichtsverfahren stattfinden soll. Dann ist zunächst vor einem Mediator zu verhandeln; kommt hier keine Einigung zustande, wird die Entscheidung eines Schiedsrichters erwirkt; der Weg zum staatlichen Gericht bleibt verschlossen.

2. Streitfall und Verfahrensbeteiligte

Dem Vergleich von Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation sollte die Eintagesveranstaltung des Instituts für Anwalts- und Notarrecht am 14. Januar 2014 dienen. Derselbe Fall wurde zweimal mit unterschiedlichen Beteiligten verhandelt: Zunächst in einer Mediation (Mediatoren: *Ponschab/Jahnhorst-Kurth*¹³) und dann nochmals vor einem Schiedsgericht (Vorsitzender: *Graf von Westphalen*¹⁴). Die Beteiligten des schiedsrichterlichen Verfahrens waren bei der Mediation nicht als Zuhörer zugelassen, damit ersteres in keiner Weiser „präjudiziert“ werden konnte. Es gab aber eine studentische Beobachtergruppe, welche beide Durchgänge begleitete.¹⁵ Sowohl in der Mediation wie im schiedsrichterlichen Verfahren waren die Parteien, welche von Studierenden dargestellt wurden, anwaltlich vertreten. Schriftsätze waren nicht zu verfassen.¹⁶ Es kam auf die mündliche Verhandlung und das Agieren dort an. Zum Abschluss wurden in einer Plenarveranstaltung mit allen Beteiligten die beiden Verfahren hinsichtlich Ablauf und Ergebnis gewürdigt und verglichen.

In dem Streitfall ging es um Folgendes (gekürzte Fassung des Falles):

Firma B, ansässig in Rio de Janeiro, produziert medizinische Implantate. Diese veräußert sie an die Firma A in Frankfurt, welche die Produkte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung in Deutschland, Frankreich und in anderen europäischen Ländern vertreibt. A

¹² Umfassend *Eidenmüller*, Hybride ADR – Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten, RIW 2002, 1ff.

¹³ Rechtsanwältin Christina Jahnhorst-Kurth, Mainz; Rechtsanwalt Dr. Reiner Ponschab, München.

¹⁴ Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln, Honorarprofessor der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld.

¹⁵ Für den Verf., obgleich er dem Schiedsgericht angehörte, wurde eine Ausnahme gemacht.

¹⁶ Anders die Realität des schiedsrichterlichen Verfahrens, vgl. auch § 1046 ZPO.

und B haben schriftlich lediglich einen „Werkvertrag“ abgeschlossen, der vor allem bestimmte Herstellungsmodalitäten regelt, damit die Produkte auf dem europäischen Markt vertrieben werden können. Weiterhin enthält der Vertrag eine gestufte Streitbeilegungs-, eine Rechtswahl- („deutsches Recht“) sowie eine Schriftformklausel. Die von A geschuldeten Zahlungen für die Implantate werden aus steuerlichen Gründen über eine von A und B gegründete Firma C in Uruguay abgewickelt. A gerät in erheblichen Zahlungsverzug. Nachdem sich A und B über die Abtragung der Rückstände geeinigt haben, kommt es erneut zu Zahlungsstockungen. Die B kündigt daraufhin das Vertragsverhältnis fristlos. Nunmehr macht A gegen B die Erfüllung der Lieferverpflichtungen, entgangenen Gewinn und einen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB geltend. B wehrt sich unter Berufung auf die Schriftformklausel im „Werkvertrag“ sowie auf den Umstand, dass A bereits Vorbereitungen für eine Eigenproduktion und den Vertrieb in Europa getroffen habe.

Die erwähnte Streitbeilegungsklausel lautete:

„Alle sich aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten sollen gütlich durch Verhandlungen beigelegt werden. Kommt eine gütliche Einigung im Verhandlungswege nicht zustande, führen die Parteien ein Mediationsverfahren gemäß der Mediationsordnung des Europäischen Institutes für Conflict Management e.V. (EUCON) durch. Soweit die Meinungsverschiedenheiten oder Streitigkeiten nicht durch das Mediationsverfahren gütlich beigelegt werden können, soll ein aus drei Personen bestehendes Schiedsgericht nach den jeweils gültigen Regeln der Vergleichs- und Schiedsgerichtsordnung der ICC¹⁷, Paris, entscheiden. Schiedsgerichtsort ist Rio de Janeiro.“¹⁸

3. Die Mediation

a) Kernpunkt jedes Konflikts, wenn er rechtlich thematisiert wird, sind die Rechte bzw. Ansprüche, welche einseitig oder wechselseitig von den Parteien gegeneinander erhoben werden. In einem Gerichtsverfahren ist zu prüfen, ob das (klägerische) Begehren begründet ist, weil die Voraussetzungen entsprechender Anspruchsnormen vorliegen. Demgegenüber versucht man im Mediationsverfahren den auf solche *Positionen* zugespitzten Gegensatz der Parteien aufzulösen, indem nach Motivation und Ziel dafür gefragt wird, warum solche

¹⁷Gemeint ist die Internationale Handelskammer in Paris (International Chamber of Commerce)

¹⁸Der Wortlaut der genannten Mediations-/Schiedsgerichtsordnungen findet sich unter: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> (zuletzt aufgerufen am 24.02.2014); http://www.eucon-institut.de/mediation_regelwerk.html (zuletzt aufgerufen am 24.02.2014)

Ansprüche geltend gemacht werden. Man möchte zu den *Interessen* der Parteien gelangen, die eventuell eher miteinander zu „versöhnen“ sind und die gestörte soziale Beziehung aufrecht zu erhalten. Die wechselseitigen Interessen sind eventuell miteinander vereinbar, lassen sich also auf einem anderen Weg als aus den gegensätzlichen Positionen heraus beiderseits befriedigen¹⁹ oder überschneiden sich, so dass sie eine neue (Zukunfts-) Perspektive eröffnen²⁰.

b) Natürlich ist nicht garantiert, dass eine Mediation zu einer einvernehmlichen Lösung führt. Jede Seite wird ständig im Blick haben, was sie ohne Verhandlungen mit dem Kontrahenten erreichen kann. Wenn die Vorstellungen zu weit auseinanderliegen und eine Seite meint, beispielsweise auf dem Prozesswege mehr erreichen zu können, als eine Einigung für sie erbringen kann, dann liegt ein Abbruch der Mediation nahe. Die BATNA²¹ ist besser als die erzielbare Einigung. Somit spielen sich die Verhandlungen, welche zu nicht vom Gesetz vorgegebenen Ergebnissen führen können, immer auch im „Schatten des Rechts“²² ab, was besonders von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten zu beachten ist, die die Parteien in der Mediation beraten und begleiten.²³

Deshalb konnte es in unserem Fall auch nicht verwundern, dass die Argumentation beider Seiten im Mediationsverfahren zu Beginn deutlich „rechtsorientiert“ war. So stand hier u.a. ein Anspruch der Fa. A gegen B aus § 89b HGB analog²⁴ im Raum, und das Vorliegen oder Bestreiten der (tatsächlichen) Voraussetzungen ließ sich aus den jeweiligen Stellungnah-

¹⁹ So nach dem berühmten Orangenbeispiel: Streiten zwei Personen um eine Frucht, stellt sich aber bei der Interessenerforschung heraus, dass die eine nur die Schale zum Backen und die andere nur das Fruchtfleisch zum Versaften braucht, so können beide Seiten ohne Beeinträchtigung für die jeweils andere befriedigt werden (siehe etwa *Leiss*, Zur Effizienz außergerichtlicher Verfahren im Wirtschaftsrecht, München 2005, S. 10; *Gottwald*, Stadien, Strategien und Maximen in Verhandlungen, in: *Gottwald / Haft*, Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, Tübingen 1987, S. 65 (79); *Schöpflin*, Verhandeln und Mediation, JA 2000, S. 159.

²⁰ So etwa wenn die Parteien in einem sozialen Verhältnis zueinander stehen (Familie, Freundschaft, Gesellschaftsform, Geschäftsbeziehung), dessen Fortsetzung erwünscht ist und Variationsmöglichkeiten zur Befriedigung der beiderseitigen Interessen bietet.

²¹ Best Alternative to Negotiated Agreement. Grundlegend: *Fisher / Ury / Patton*, Das Harvard – Konzept, 23. Aufl., Frankfurt 2009, S. 143ff.; siehe auch *Ponschab* in: *Ponschab / Schweizer*, Schlüsselqualifikationen, Köln 2008, S. 186f., S. 231.

²² Vgl. *Mnookin/Kornhauser*, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, Yale Law Journal, Vol. 88 (1979), S. 950 ff.

²³ Zu deren Rolle siehe die Beiträge in dem von *Jost* herausgegebenen Band „Die anwaltliche Vertretung in der Mediation“, Hamburg 2013.

²⁴ Er kommt auch bei Vertragshändlern in Betracht. Hierzu *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl., München 2014, Rdnr. 4 zu § 89b, Rdnrn. 12 ff. zu § 84.

men der anwaltlichen Vertreter²⁵ beider Seiten gut ablesen, auch wenn die Anspruchsgrundlage nicht ausdrücklich genannt wurde.

c) Das Mediationsverfahren arbeitet mit einem Aufbau in fünf Phasen.²⁶ Nach der Eröffnungsphase, in welcher der Mediator (soweit erforderlich) den Parteien seine Funktion, den vorgesehenen Ablauf und die einzuhaltenden Regeln erklärt, folgt die Themenphase, in welcher die Parteien ihre Sicht der Dinge darstellen können und sollen. Dabei können sich Aspekte des Konflikts (jenseits der erhobenen Ansprüche) zeigen, über welche weiter miteinander gesprochen werden kann, um in der sich anschließenden Interessenphase die Motive, Werte und Ziele der Parteien herauszuarbeiten. In einem nächsten Schritt geht es um die Bildung von Lösungsoptionen, also Vereinbarungen und Maßnahmen, mit denen der Konflikt einvernehmlich unter Wahrung der beiderseitigen Interessen beigelegt werden könnte. Führt deren Bewertung durch die Parteien zu einer Übereinstimmung, so kann schließlich eine Abschlussvereinbarung²⁷ formuliert werden.

d) Im vorliegenden Falle stellte sich in der Mediation heraus, dass die Fa. B zwar den Rahmenvertrag („Werkvertrag“) für die mit der Fa. A getätigten Absatzgeschäfte gekündigt hatte, aber (wie die Fa. A auch) an einer Fortsetzung der Geschäftsbeziehung in modifizierter Form interessiert war. Dies führte letztlich zu Eckpunkten für eine Einigung, welche wegen des Zeitrahmens der Veranstaltung nicht zu einer kompletten Abschlussvereinbarung gediehen. Deutlich erkennbar war, wie durch den Übergang von Positionen (wechselseitigen Geldzahlungsansprüchen) in Phase 2 zu Themen (durchaus auch „Geld“ zur Abtragung der Zahlungsrückstände der Fa. A, aber eben auch die Produktion der Fa. B bzw. die geplante Eigenproduktion von Fa. A, die Absatzgebiete und der Kundenstamm) die „Türe aufgemacht“ werden konnte, um von der Frontstellung mit wechselseitigen Positionen zu einem zukunftsorientierten Verhandeln zu kommen. Die Herausarbeitung der Interessen in Phase 3 war damit möglich, wobei sich Einzelgespräche der Mediatoren mit den Parteien und ihren anwaltlichen Vertretern als hilfreich erwiesen. Das alles zeigte, dass die Phasenbildung nicht nur ein Ordnungsmuster für das Mediationsverfahren darstellt, son-

²⁵ Rechtsanwältin und Mediatorin Ursula Bartels (Rechtsanwälte Gellner und Kollegen, Verl) für die Fa. B; Rechtsanwalt und Mediator Tobias Neumann (Rechtsanwälte Neumann und Andernacht, Bielefeld) für die Fa. A.

²⁶ Die Zählung und Bezeichnung der Phasen ist nicht immer einheitlich, ohne dass gravierende sachliche Unterschiede bestehen, vgl. etwa *Kessen / Troja* in: Haft / Schlieffen, „Handbuch der Mediation“, 2. Aufl. München 2009, § 13 Rdnr. 4ff.

²⁷ Dazu auch § 2 Abs. 6 MediationsG.

dern Eigenwert im Sinne einer Ermöglichung und Förderung der Kommunikation der Konfliktparteien hat, die sich aus der Frontstellung der Positionen lösen müssen.

4. Das schiedsrichterliche Verfahren²⁸

a) Ganz anders verlief das schiedsrichterliche Verfahren. Auch hier waren die Parteien, deren Rolle wieder Studierende übernommen hatten, anwaltlich vertreten.²⁹ Die Verhandlungsleitung lag in der Hand des Vorsitzenden (Obmanns)³⁰, während von Seiten der Beisitzer³¹ nur eine einzige Frage (an die Klägerin) gestellt wurde. Dem Vorsitzenden hatten die Anwälte der Parteien zu von ihm als entscheidungsrelevant benannten Rechtsproblemen Rede und Antwort zu stehen. Die Naturalparteien kamen praktisch nicht zu Wort oder mussten es sich nehmen, um sich bzw. ihren Emotionen in dieser streng juristischen Diskussion Luft zu machen.³²

b) Die Verhandlung begann mit einer Zuständigkeitsrüge der bekl. Fa. B, welche darauf verwies, dass die Streitbeilegungsklausel nur im Rahmenvertrag („Werkvertrag“) enthalten war und deshalb nur für Streitigkeiten hieraus, nämlich über die darin festgelegten Herstellungsmodalitäten der Produkte der Fa. B, gelten könne. Das Schiedsgericht neigte gleichwohl dazu, seine Zuständigkeit zu bejahen, u.a. deshalb weil Schiedsklauseln im Zweifel weit auszulegen sind.³³ Mit den Parteivertretern wurde deshalb abgestimmt, dass über die Sache verhandelt und im Schiedsspruch auch die Zuständigkeitsfrage geklärt werden sollte.

c) Nunmehr ergab sich ein anspruchsvolles, vom Obmann initiiertes Streitgespräch der Anwälte zu juristischen Sachfragen. So wurde eingehend die rechtliche Stellung der Fa. C diskutiert, über welche der Zahlungsverkehr abgewickelt worden war. Fraglich war ihre Eigenständigkeit (Gesellschafter von C waren die beiden Geschäftsführer/Alleingesellschafter der Firmen A und B) und Einbindung in das Geflecht des Rahmenvertrags und der

²⁸ Siehe dazu auch oben unter 1. Damit die Sache vor das Schiedsgericht gelangen konnte, musste gem. der Streitbeilegungsklausel ein Scheitern der Mediation unterstellt werden. Nach der Streitbeilegungsklausel war ICC-Verfahrensrecht anzuwenden (s.o.). Die eingestreuten Hinweise auf Vorschriften beziehen sich aus didaktischen Gründen gleichwohl auf das deutsche Schiedsverfahrensrecht der ZPO.

²⁹ Für die Fa. A trat Rechtsanwalt Dr. Sebastian Meyer LL.M. (Brandi Rechtsanwälte, Bielefeld), für die Fa. B Rechtsanwalt Dr. Stephan Schmeken LL.M. (Rechtsanwälte Streitböcker und Speckmann, Bielefeld) auf.

³⁰ Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Honorarprofessor der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld.

³¹ Prof. Dr. Wolfgang Oehler, Prof. Dr. Fritz Jost, beide Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld.

³² Näher zum Ablauf siehe auch unten 5. a).

³³Vgl. BGHZ 40, 320.

einzelnen Lieferverträge, in deren Abwicklung die C eingeschaltet gewesen war. Immerhin hatte die Fa. B die Kündigung ausgesprochen, während die unterbliebenen Zahlungen der Fa. A an die Fa. C zu leisten waren.

d) Nach einer (geheimen) Beratung des Schiedsgerichts wurde der Schiedsspruch verkündet: Die Klage wurde insgesamt abgewiesen. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts war bejaht worden, aber sämtliche denkbaren Ansprüche der A gegen B hatten keinen Erfolg. Als Sachrecht war trotz der von den Parteien wörtlich getroffenen Wahl des „deutschen Rechts“ für die Beurteilung von Käufer- und Verkäuferpflichten nicht das BGB, sondern das CISG³⁴ anzuwenden.³⁵ In der Sache war das Schiedsgericht der Meinung, dass A Erfüllung der noch z.T. offenen Lieferverträge (Art. 46 CISG) nicht verlangen konnte. Aufgrund der ausgebliebenen bzw. verzögerten Zahlungen der A war B nicht vorbehaltlos zur Übergabe der Ware verpflichtet.³⁶ Mit der Kündigung und Leistungsverweigerung durch B war auch wirksam die Vertragsaufhebung³⁷ mit Wirkung für die (vom Rahmenvertrag zu unterscheidenden) Lieferverträge geltend gemacht worden (Artt. 61 Abs. 1 lit. a, 64 CISG). Ein Schadensersatzanspruch der A auf entgangenen Gewinn mangels Abwicklung der Kaufverträge scheiterte demgemäß daran, dass A keinen durchsetzbaren Lieferanspruch gehabt bzw. B keine Vertragsverletzung begangen hatte (Artt. 45 Abs. 1 lit. b, 74 CISG). Auch der Ausgleichsanspruch aus dem Handelsvertreterrecht nach § 89b HGB analog, welcher für einen Vertragshändler in Betracht kommt³⁸, war für A nicht gegeben, schon weil das Schiedsgericht nach der konkreten Sachlage keine hinreichende Eingliederung der A in die Absatzorganisation der B erkennen konnte.

e) Anders als nach der Mediation ist damit die Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien zerstört. Beide stehen quasi mit leeren Händen da. Es wäre nun an Fa. B, etwaige trotz der Vertragsaufhebung gegebene Zahlungsansprüche, sei es aus Erfüllung von früheren Kaufverträgen, sei es als Schadensersatz (etwa aus Verzug) einzuklagen.

³⁴UN-Convention on the International Sale of Goods vom 11.4.1980.

³⁵Vgl. *Rauscher*, IPR, 4. Aufl., Heidelberg 2012, Rdnr. 1132 unter Hinweis auf BGHZ 96, 313: Eine einfache Rechtswahlklausel bzgl. des Rechts eines Vertragsstaates (vgl. Art. 6 CISG) schließt die grundsätzlich gegebene Anwendung des CISG (beide Niederlassungsstaaten sind Vertragsstaaten, Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG) als Teil des deutschen Rechts nicht aus.

³⁶Zwar enthält das CISG weder ein allgemeines Zurückbehaltungsrecht (vgl. § 273 BGB) noch eine „Einrede des nichterfüllten Vertrages“ wie das BGB in §§ 320, 322 BGB; es beruht aber doch auf dem Prinzip der Zug-um-Zug-Leistung (*Slechtriem/Schoeter*, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl., Tübingen 2013, Rdnrn. 503 ff. und 583). So kann der Verkäufer die Übergabe der Ware von der Zahlung des Kaufpreises abhängig machen (Art. 58 Abs. 1 S. 2; vgl. auch die Artt. 71, 85 f. CISG)

³⁷Rechtsbehelf vergleichbar mit dem Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB, s. auch Art. 81 CISG.

³⁸hierzu Graf v. Westphalen, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler unter besonderer Berücksichtigung spezifischer Gestaltungen der Kfz-Branche, DB, Beilage Nr. 24/1984, S. 1 ff.

5. Vergleich der beiden Verfahren

Zum Schluss sollten die Verfahren miteinander verglichen werden. Hierbei spielte die Beobachtergruppe der Studierenden eine besondere Rolle, weil sie nicht in Parteirollen eingebunden waren und beide Verfahren miterlebt hatten. Bezugspunkte für den Vergleich sollten das Verfahren nach Struktur und Kommunikationsstil, die Aktivitäten der Beteiligten (Mediatoren/Richter, Parteien, Anwälte), die erzielten Ergebnisse und der Rechtsbezug sein.

a) Der Verfahrensablauf der Mediation war durch die oben dargestellten Phasen bestimmt, welche zu Beginn von der Mediatorin erläutert worden waren. Die nicht sklavische, aber grundsätzlich durchgehaltene Beachtung erwies sich als ebenso nützlich wie das Einschleusen von Einzelgesprächen.³⁹

Das Schiedsgerichtsverfahren gliederte sich in die Erörterung der Sach- und Rechtslage, die Antragstellung sowie die Beratung des Gerichts und die Verkündung des Schiedsspruchs. Beide Verfahren wiesen also deutliche, wenn auch unterschiedliche Ordnungsmuster auf. Vielleicht kann man, wie oben angedeutet, sagen, dass die Mediation stärker auf die Förderung einer Kommunikation der Parteien über ihre rechtlichen Positionen hinaus gerichtet war, während es im Gerichtsverfahren eben um rein juristische Begründung und Zuspitzung (Antragstellung!) der Positionen ging. Beiden Verfahren gemeinsam dürfte aber das Bemühen der Verhandlungsleitung sein, den Parteien gleiche Möglichkeiten der Darstellung zu bieten, wobei man sich fragen kann, wie sich das Neutralitätsgebot im Gerichtsverfahren⁴⁰ und die für die Mediation immer wieder angeführte „Allparteilichkeit“ des Mediators zueinander verhalten.⁴¹ In unserem Falle achtete der Obmann des Schiedsgerichts streng darauf, dass stets beide Seiten durch ihre Anwälte zu seinen (eindringlichen) Fragen Stellung nahmen. Generell wird sich sagen lassen, dass es für ein Gerichtsverfahren genügt, wenn jede Seite die *Möglichkeit* hierzu hat, während der Mediator darauf bedacht ist, die Parteien selbst „zum Sprechen zu bringen“. Sie reden dann miteinander, während die Stellungnahmen der jeweiligen Anwälte im Gerichtsverfahren den Richter überzeugen sollen.

³⁹ Siehe hierzu § 2 Abs. 3 S. 3 MediationsG und oben 3. d).

⁴⁰ Zum deutschen Schiedsverfahrensrecht siehe insoweit § 1042 Abs. 1 ZPO.

⁴¹ Für das staatliches Gerichtsverfahren sind immerhin die Hinweis- und Aufklärungspflichten des Richters aus § 139 ZPO zu beachten. Für das Mediationsverfahren ist § 2 Abs. 3 S. 1 u. 2 MediationsG einschlägig. Der ebenfalls zur Neutralität verpflichtete Mediator (§§ 1 Abs. 2, 3 Abs. 1 MediationsG) muss beide Parteien bei der Findung und Artikulation ihrer Interessen unterstützen, ohne (abwechselnd) ihr Berater zu werden (vgl. Greger/Unberath, MediationsG, München 2012, Rdnr. 127 zu § 2).

Vom Kommunikationsstil her wird man das Gerichtsverfahren als (fachbezogen) distanzierter („Diskussion“ der vom Vorsitzenden gestellten Fragen, Wahrnehmung von Prozessrollen) als das den Parteien auch persönlich zugewandte Mediationsverfahren („Gespräch“) kennzeichnen dürfen.⁴²

b) Damit zusammen hingen die Unterschiede bei den Aktivitäten der Beteiligten. In der Mediation hatten die Parteien neben ihren durchaus aktiven anwaltlichen Beiständen breiten Raum, selbst ihr Anliegen zum Ausdruck zu bringen, während vor dem Schiedsgericht praktisch nur die anwaltlichen Bevollmächtigten zu Wort kamen. Auch bei der Verhandlungsleitung zeigten sich deutliche Unterschiede. Die beiden Mediatoren gingen arbeitsteilig vor (Zuständigkeit für Atmosphäre/Kommunikation einerseits, Sachbezug/Verfahrensfortschritt andererseits). Im Schiedsgericht gab der Vorsitzende den Ton an und das jeweilige Diskussionsthema vor.

c) Die Ergebnisse sind schon geschildert worden. Unabhängig davon, dass es sich einerseits um eine (klageabweisende) Entscheidung und andererseits um eine (in Aussicht genommene) Einigung handelte, ging es beide Male darum, (auch) die Rechtslage zu klären bzw. zu verändern. Das darf für das Mediationsverfahren in Rechtskonflikten nicht verkannt werden; auch hier soll mit der Abschlussvereinbarung eine rechtliche Lösung gefunden werden, nur muss sie nicht in allen Einzelheiten aus (Anspruchs-)Normen herzuleiten sein.

Die Klageabweisung im Schiedsgerichtsverfahren bedeutet im vorliegenden Fall, dass keine Partei „etwas in der Hand“ hat. Zwar ist die Fa. B vor den von A geltend gemachten Ansprüchen geschützt (vgl. § 1055 ZPO), die Geschäftsbeziehung ist aber zerstört, und die Befürchtung einer Insolvenz auf beiden Seiten ist nicht fernliegend.⁴³ Im Ergebnis der Mediation kündigt sich ihre Aufrechterhaltung an. Für die Bewertung dieser weit auseinander klaffenden Unterschiede im Ausgang der Verfahren ist allerdings zu bedenken, dass ein einvernehmliches zukunftsorientiertes Mediationsergebnis sicherlich auch dadurch gefördert wurde, dass beide anwaltlichen Parteivertreter selbst als Mediatoren geschult sind. Das

⁴² Atmosphärische Wirkungen dürften auch von der unterschiedlichen Sitzordnung ausgegangen sein [„runder“ Tisch in der Mediation mit Blickrichtung der Parteien zu den Mediatoren hin; klare der jeweils anderen Partei zugewandte Sitzposition (Kläger – und Beklagtenseite in Konfrontation) im Schiedsgericht.

⁴³ Klageabweisung ist natürlich nicht das zwangsläufige Ergebnis eines Schiedsgerichtsverfahrens. Auch ein stattgebender Schiedsspruch (Verurteilung der Fa. B) hätte allerdings weniger einer Problemlösung in der Beziehung der Parteien gedient, sondern eher lediglich der Beurteilung in der Vergangenheit liegenden Verhaltens (vgl. *Ponschab*, Verhandlungsführung: Mutter aller Konfliktlösungen, ZKM 2014, 4).

demgegenüber harsch wirkende Ergebnis des schiedsrichterlichen Verfahrens (Schiedsspruch) ist nicht überraschend, wenn man gemäß der gestaffelten Streitbeilegungsklausel unterstellt, dass ein gescheitertes Mediationsverfahren vorausging, also kaum (noch) Einigungspotential vorhanden war. Auch wenn man ohne diese Unterstellung arbeitet, sich also vorstellt, dass die Parteien von vornherein den Konflikt in einem schiedsrichterlichen Verfahren austragen wollten, wäre zu bedenken, dass dann eben eine richterliche Entscheidung und nicht eine Streitvermittlung gefragt war; diese Entscheidung haben die Parteien bekommen. Eine vergleichsweise Einigung, die auch vor dem Schiedsgericht möglich ist (vgl. § 1053 ZPO), haben weder die Parteien ins Spiel gebracht, noch sah sich das Schiedsgericht zu einer entsprechenden Anregung veranlasst.

d) Der Rechtsbezug von Verhandlung und Ergebnisbildung lag im schiedsrichterlichen Verfahren auf der Hand. In der Mediation war er nach dem oben Gesagten durchaus in den Eingangsstatements jedenfalls „im Hintergrund“ gegeben. Ein strikter rechtlicher Ableitungszusammenhang für das zu erzielende Ergebnis bestand hier allerdings nicht, auch wenn die ins Auge gefasste Abschlussvereinbarung vielfältige Rechtsregelungen beinhalten müsste.

6. Was hat die Verhandlung des Falles in unterschiedlichen Verfahren erbracht?

Sie hat in den genannten Vergleichspunkten weitgehende Unterschiede gezeigt, die nicht allein mit persönlichen Eigenheiten der Mediatoren einerseits und der Schiedsrichter andererseits erklärt werden können. Vielmehr wurden strukturelle Unterschiede und Bezüge der beiden Verfahrensarten deutlich abgebildet. Dies war für die Beteiligten sicherlich keine große Überraschung, aber andererseits auch nicht schlicht im Wege einer self-fulfilling-prophecy herbeigeführt. Der genaue Verlauf und die Ergebnisse waren auch nicht vorhersehbar und hingen durchaus vom Verhalten der „Mitspieler“ (Verhandlungsführung, Argumentation) ab, welche ja nicht nach einem festen Drehbuch handelten, sondern ihre Rollen argumentativ und auch ein Stück weit hinsichtlich der Tatsachenfragen auszufüllen hatten.⁴⁴ Das taten sie gekonnt, aber eben im Rahmen der unterschiedlichen Möglichkeiten, welche die beiden alternativen Verfahren boten. Um die Frage, was „besser“ ist, ging es nicht. Sicherlich gab das Mediationsverfahren eher die Möglichkeit einer Fortsetzung der Geschäftsbeziehung von A und B. Aber, auch wenn man für das Schiedsgerichtsverfahren nicht das vorgängige Scheitern eines Mediationsversuchs unterstellte, war in ihm klare

⁴⁴ Allen „Verfahrensbeteiligten“ – auch den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, welche bei der Organisation und der Dokumentation mitgewirkt haben – wird an dieser Stelle noch einmal herzlich gedankt.

Entscheidung nach rechtlichen Maßstäben gefragt. Welche Streitbeilegungsmethode für den Einzelfall und die darin verstrickten Parteien angemessen(er) ist, hängt von dem Verfahren vorgelagerten Faktoren ab. Es kommt darauf an, die jeweilige strukturelle „Leistungsfähigkeit“ der unterschiedlichen Möglichkeiten zu kennen.