

Die Vereinbarung von Verfahren privater Streitbeilegung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Philipp Heinrich Stürmer

aus Essen

Referent: Prof. Dr. Klaus Peter Berger, LL.M.

Korreferent: Prof. Dr. Hanns Prütting

Tag der mündlichen Prüfung: 30.01.2008

Meiner Familie und meinen Freunden

VORWORT

Die im Herbst 2006 abgeschlossene Arbeit wurde im Frühjahr 2007 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt zunächst Prof. Dr. Klaus Peter Berger, LL.M. Er hat in mir das Interesse für die private Streitbeilegung geweckt und mir wertvolle Anregungen bei der Suche des Dissertationsthemas gegeben. Während der Erstellung der Arbeit stand er mir mit seinem Rat zur Seite.

Danken möchte ich Prof. Dr. Hanns Prütting für die Fertigung des Zweitgutachtens.

Bonn, im Sommer 2008

Philipp Heinrich Stürmer

<u>EINLEITUNG.....</u>	<u>1</u>
<u>I. Gegenstand der Untersuchung.....</u>	<u>1</u>
<u>II. Gang der Darstellung.....</u>	<u>4</u>
<u>1. KAPITEL: RECHTSNATUR UND WIRKUNGEN DER SCHIEDSVEREINBA- RUNG.....</u>	<u>6</u>
<u>I. Begriffserklärungen.....</u>	<u>6</u>
<u>II. Allgemeine vertragsrechtliche Einordnung der Schiedsvereinbarung.....</u>	<u>6</u>
1. Die materiellrechtliche Theorie.....	7
a. Die Parallele zum zivilrechtlichen Vergleich.....	7
b. Die Schiedsvereinbarung als Quelle zivilrechtlicher Rechte und Pflichten.....	7
2. Stellungnahme zur materiellrechtlichen Theorie.....	8
a. Schiedsvereinbarung und Vergleich.....	8
b. Die Pflichten der Schiedsparteien.....	9
aa. Abgrenzung von Pflicht zu Prozessualer Last.....	9
bb. Allgemeine Prozessförderungs- und Loyalitätspflicht.....	10
cc. Die Bestellung des Schiedsrichters.....	11
dd. Die Wahrheitspflicht.....	12
ee. Vertraulichkeit des Verfahrens.....	13
ff. Vorschussleistung	17
gg. Unterlassung der Anrufung staatlicher Gerichte.....	18
hh. Annahme und inhaltliche Umsetzung des Schiedsspruchs.....	19
c. Rechtliche Qualifikation der Pflichten aus der Schiedsvereinbarung.....	19
aa. Materiellrechtliche Einordnung.....	19
bb. Prozessrechtliche Einordnung.....	20
3. Die prozessrechtliche Theorie.....	22
a. Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit.....	22
b. Ermöglichung des Schiedsverfahrens.....	22
4. Stellungnahme zur prozessrechtlichen Theorie.....	22
5. Fazit.....	23

III. Die Schiedsvereinbarung als Gesellschaftsvertrag in Analogie zum Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	25
1. Der Analogieschluss.....	25
2. Gesetzeslücken bei der Schiedsvereinbarung.....	26
3. Ausfüllung der Gesetzeslücken.....	27
4. Gesellschaftsvertrag der GbR und Schiedsvereinbarung im Vergleich.....	27
a. Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen.....	27
aa. Austauschverhältnis.....	27
bb. Gemeinschaft.....	28
cc. Verein.....	28
b. Die Gesellschafter.....	29
c. Der gemeinsame Zweck.....	30
d. Die Pflichten.....	33
aa. Die Beitragspflicht.....	33
bb. Die Treuepflicht.....	33
e. Der Sorgfaltsmaßstab.....	35
f. Teilhaberechte der Gesellschafter.....	37
aa. Geschäftsführung.....	37
bb. Informationsrecht.....	41
g. Organisatorische Erscheinungsformen	41
aa. Außengesellschaft.....	41
bb. Innengesellschaft.....	42
5. Auflösung der Schiedsvereinbarung in Analogie zum Recht der GbR.....	44
a. Auflösung durch endgültige Zweckerledigung.....	45
aa. Zweckerreichung.....	45
i. Beendigung der Schiedsvereinbarung.....	45
ii. Wiederaufleben der Schiedsvereinbarung.....	46
bb. Zweckvereitelung.....	47
i. Rechtliche Unmöglichkeit.....	47
ii. Praktische Undurchführbarkeit.....	48
iii. Spezialproblem: Wegfall einer Schiedsgerichtsinstitution.....	48
iv. Zweckvereitelung vor Klageerhebung.....	50
b. Auflösung durch Gesellschafterkonsens	50
c. Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters.....	51

d. Auflösung durch Insolvenz.....	52
e. Auflösung durch Kündigung.....	55
aa. Ordentliche Kündigung.....	55
bb. Außerordentliche Kündigung.....	55
i. Verletzung der Wahrheitspflicht.....	56
ii. Verletzung der Pflicht zur Vorschussleistung.....	57
iii. Verschlechterte Vermögensverhältnisse.....	58
iv. Berücksichtigung der Besonderheiten des Prozessrechts.....	61
6. Analogiefähigkeit der §§ 723 ff. BGB.....	62
IV. Entsprechende Anwendung allgemeinen Zivilrechts auf die Schiedsvereinbarung...63	
1. Beendigungstatbestände.....	63
2. AGB-Recht.....	64
a. Die Ausnahme des Gesellschaftsrechts vom Schutz des AGB-Rechts.....	65
b. Kriterien für eine analoge Anwendung der AGB-Schutzbestimmungen.....	68
c. Allgemeine Inhaltskontrolle nach AGB-Recht und nach Schiedsrecht.....	68
d. Teilunwirksamkeit einer AGB-Schiedsklausel.....	71
e. Besondere Inhaltskontrolle nach Schiedsrecht.....	72
aa. Zusammensetzung des Schiedsgerichts.....	72
bb. Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Schiedsrichter.....	73
f. Besondere Klauselverbote nach AGB-Recht.....	74
g. Die Verhinderung überraschender Klauseln im AGB-Recht und im Schiedsrecht.....	75
2. KAPITEL: RECHTSNATUR UND WIRKUNGEN DER MEDIATIONSVEREINBA- RUNG.....79	
I. Begriffserklärungen.....79	
II. Allgemeine vertragsrechtliche Einordnung der Mediationsvereinbarung.....80	
1. Merkmale prozessrechtlicher Streitbeilegungsverfahren.....	81
2. Merkmale materiellrechtlicher Streitbeilegungsverfahren.....	81
3. Merkmale des Mediationsverfahrens.....	82
a. Die Mediation als Regelwerk der Parteien.....	82
b. Die Mediation als strukturiertes Verfahren.....	83
c. Mediation als Verhandlung.....	85
4. Prozessrechtliche Wirkungen der Mediationsvereinbarung.....	87

a. Der dilatorische Klageverzicht.....	87
aa. Sinn des Klageverzichts.....	87
bb. Zulässigkeit des Klageverzichts.....	90
cc. Beachtung des Klageverzichts durch das Gericht.....	93
dd. Treuwidrige Berufung auf den Klageverzicht.....	95
ee. Gesetzliche Ausschlussfristen.....	96
b. Das Aussetzen laufender Gerichtsverfahren.....	97
c. Informationsverwertungsverbote für Gerichtsverfahren.....	97
aa. Zulässigkeit der Informationspräkusion.....	98
bb. Umfang der geheimzuhaltenden Informationen.....	99
cc. Beachtung durch das Gericht.....	102
i. Prüfung von Amts wegen.....	102
ii. Prüfung auf Vortrag einer beliebigen Partei hin.....	102
iii. Prüfung auf Einrede der begünstigten Partei.....	103
dd. Absicherung der Vertraulichkeit der Mediation durch Schiedsverfahren.....	104
ee. Praktische Auswirkungen des Informationsverwertungsverbots.....	104
i. Parteivortrag.....	105
ii. Beweis durch Parteivernehmung.....	105
iii. Augenscheinsbeweis.....	105
iv. Urkundenbeweis.....	106
v. Sachverständigenbeweis.....	106
vi. Zeugenbeweis.....	106
vii. Das Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators als Spezialproblem.....	106
5. Standortbestimmung anhand des Verjährungsrechts.....	109
6. Fazit.....	112
III. Die Mediationsvereinbarung als Gesellschaftsvertrag.....	114
1. Der gemeinsame Zweck.....	114
a. Der Mediationsvergleich als gemeinsamer Zweck.....	114
b. Inhaltliche Anforderungen an den Mediationsvergleich	117
c. Unterscheidung von Individualzielen und gemeinsamen Zielen.....	118
2. Die Gesellschafterpflichten.....	119
a. Allgemeine Pflicht zur Verfahrensförderung.....	121
b. Pflicht zur Benennung des Mediators.....	122
c. Pflicht zur Vertraulichkeit.....	122

d. Sonstige Pflichten.....	123
e. Durchsetzung der Pflichten.....	124
3. Besondere Anforderungen an den Gesellschaftsvertrag der Mediationsvereinbarung...	127
a. Schriftform.....	127
b. Vorgaben durch das AGB-Recht.....	130
aa. Anwendbarkeit des AGB-Rechts.....	130
bb. Inhaltskontrolle.....	131
cc. Ausschluss überraschender Klauseln.....	134
4. Sorgfaltsmaßstab.....	136
5. Geschäftsführung	137
6. Informationsrecht.....	139
7. Innengesellschaft.....	140
8. Beendigung des Gesellschaftsvertrags.....	141
a. Beendigung der Mediationsvereinbarung wegen Zweckerreichung.....	141
b. Beendigung der Mediationsvereinbarung wegen Unmöglichwerdens der Zweckerreichung.....	141
c. Einvernehmliche Lösung von der Mediationsvereinbarung.....	142
d. Kündigung der Mediationsvereinbarung.....	144
aa. Ordentliche Kündigung.....	144
i. Kündigungssperre.....	144
ii. Kündigungsgrund.....	145
bb. Außerordentliche Kündigung.....	146
cc. Anforderungen an die Kündigungserklärung.....	148
e. Sonstige Beendigungsgründe.....	149
9. Fazit: Die Mediationsgesellschaft als atypische GbR.....	149

3. KAPITEL: BRAUCHEN WIR EIN DEUTSCHES MEDIATIONSGESETZ?..... 151

I. Der Vorschlag für eine Richtlinie der EU zur Mediation (2004) und das UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002)..... 151

1. Definition des Regelungsgegenstandes.....	152
2. Zwang in die Mediation.....	153
3. Qualitätskontrolle.....	154
4. Vollstreckbarkeit von Mediationsvergleichen.....	155
5. Dilatorischer Klageverzicht und Aussetzung laufender Prozesse.....	155

6. Informationsverwertungsverbot für Zivilgerichtsverfahren.....	156
7. Vertraulichkeit.....	157
8. Aussetzung der Verjährungsfristen und sonstiger Fristen.....	157
9. Das Mediationsverfahren.....	159
II. Regelungsbedarf und Regelungsgrenzen.....	162
1. Regelung des Mediationsverfahrens.....	163
2. Regelung des Außenverhältnisses der Mediation.....	164
III. Formulierungsvorschläge für ein deutsches Mediationsgesetz.....	166
1. Definition.....	166
2. Dilatorischer Klageverzicht und Aussetzung laufender Prozesse.....	166
3. Informationsverwertungsverbot für Gerichtsverfahren.....	166
4. Vertraulichkeit.....	167
5. Aussetzung materiellrechtlicher und prozessrechtlicher Fristen.....	167
ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE.....	169
SCHLUSSBETRACHTUNG.....	170
LITERATURVERZEICHNIS.....	171

Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Diese Arbeit befasst sich mit Methoden, abseits der staatlichen Gerichtsbarkeit zu einer Lösung von Konflikten zu gelangen. Die Verwendung des Begriffs „Private Streitbeilegung“ bedarf der Erklärung, denn oftmals wird „Alternative Streitbeilegung“ als Synonym für die Verfahren gewählt, die keine staatlichen Gerichtsverfahren sind.

Der Terminus „ADR“ (Alternative Dispute Resolution) hat den Nachteil, dass seine Bedeutung in Europa und den USA unterschiedlich ist. Während in Europa unter ADR nur die konsensuale Streitbeilegung verstanden wird,¹ bezieht der US-amerikanische Rechtskreis das Schiedsverfahren mit in die Gruppe der ADR Verfahren ein.²

Darüber hinaus ist der Begriff an sich missglückt. Er ist missverständlich und unscharf. Anstatt positiv eine klare Aussage darüber zu machen, welche Form der Streitbeilegung von dem Begriff erfasst sein soll, wird lediglich angedeutet, dass es unterschiedliche Formen gibt, und dass die unter den Begriff fallende Form eine von diesen ist. Es wird weder eine Aussage dazu getroffen, *wozu* diese Form der Streitbeilegung eine Alternative darstellt, noch, *worin* diese Alternative besteht.

Je nach Perspektive stellt sich Alternative unterschiedlich dar: Aus Sicht des staatlichen Richters zählen sowohl Schlichtung und Mediation als auch Schiedsgerichtsbarkeit zu alternativen Methoden der Streitbeilegung. Aus Sicht des Schiedsrichters, der auf eine lange schiedsgerichtliche Tradition zurückblickt und sich der Anerkennung bewusst ist, die das Schiedsverfahren seit vielen Jahren als effiziente Streitbeilegungsmethode genießt, stellt sich die Schiedsgerichtsbarkeit als derart etabliert und dem staatlichen Verfahren gleichwertig dar, dass er sie nicht als „Alternative“ bezeichnen würde.

Alternative leitet sich von dem lateinischen „alter“ – „der eine, der andere von beiden“ – bzw. „alternus“ – „abwechselnd“ – ab. Alternativen sind zwei Wahlmöglichkeiten.³ Sie stehen grundsätzlich gleichwertig nebeneinander. Wird zunächst aber nur eine Alternative wahrgenommen, und kommt die andere Alternative später dazu, entsteht zwischen den Alternativen

¹ Redfern/Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4. Aufl. 2004, Rn. 1-71.

² Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 15; so auch Brown/Marriott, ADR Principles and Practice, 2. Aufl. 1999, Rn. 2-002.

³ Meyers Neues Lexikon.

Einleitung

ein Verhältnis von hergebrachter Norm und hinzugekommener Abweichung von der Norm. Die später entdeckte oder wieder entdeckte Alternative wird als neu und anders, kurz, als „die Alternative“ empfunden. Die Abweichung bedarf der Rechtfertigung, um sich neben der Norm behaupten zu können. Eine Aussage darüber zu machen, welche Streitbeilegungsform die „Alternative“ ist, bedeutet also auch, eine Streitbeilegungsmethode in Rechtfertigungsnot zu bringen.

Was die Norm ist und was die Abweichung, mag sich neben der Einschätzung von Experten auch nach der zeitgenössischen gesamtgesellschaftlichen Konvention beurteilen. Die meisten zwischenmenschlichen Konflikte werden in Europa und den USA konsensual, durch informelle Verhandlung beigelegt. Aus gesamtgesellschaftlicher Sicht ist also die außergerichtliche Streitbeilegung die Norm und die gerichtliche die ADR. Die dem Begriff „ADR“ von Juristen in den USA und Europa ursprünglich beigelegte Wertung würde so auf den Kopf gestellt.

Angesichts dieser Unklarheiten ist es vorzugswürdig, von „Privater Streitbeilegung“ zu sprechen.

Gemeinsam haben die von diesem Terminus erfassten Streitbeilegungsverfahren, dass sie ihren Ursprung in privaten Willenserklärungen haben und privatautonomer Gestaltung unterliegen. Die Bezeichnung „Verfahren privater Streitbeilegung“ liegt daher nahe.

Die Arbeit bemüht sich um die dogmatische Einordnung von Vereinbarungen privater Streitbeilegungsverfahren am Beispiel von Schiedsverfahren und Mediation. Es geht darum, die rechtlichen Rahmenbedingungen aufzuzeigen, denen diese Vereinbarungen unterworfen sind, und die für eine Gestaltung der Verfahren fruchtbar gemacht werden können.

Schiedsverfahren und Mediation markieren die Eckpunkte auf der Skala der verschiedenen Möglichkeiten, zu einer privaten Streitbeilegung unter Beteiligung eines Dritten zu gelangen. Mediation bedeutet rein konsensuale Streitbeilegung, Schiedsgerichtsbarkeit bedeutet grundsätzlich ein antagonistisches Verfahren. Alle anderen privaten Streitbeilegungsansätze sind zwischen diesen „Eckverfahren“ anzusiedeln. Es handelt sich dabei meist um Mischformen. So gibt es Minitrial, Settlement Conferences, Evaluation und Early Neutral Evaluation, Summary Jury Trial etc.⁴

⁴ Vgl. für einen Überblick Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18 ff.

Einleitung

Über Schiedsverfahren und Mediation kann jeder Konflikt einer adäquaten Lösung zugeführt werden. Das eine zeichnet sich durch sein Klärungspotential und seine Finalität aus, das andere durch seine Integrationswirkung und seine Flexibilität. Kommt es den Parteien auf die Beantwortung einer zentralen Rechtsfrage durch eine von ihnen zu bestimmende Person an, bietet sich das schiedsrichterliche Verfahren an. Suchen die Parteien eine kreative Problemlösung, die zu einem Ausgleich ihrer Interessen führt und damit ihre freundschaftliche Beziehung wahrt, sollten sie eine Mediation erwägen.

II. Gang der Darstellung

Das erste Kapitel hat Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung zum Inhalt.

Es wird zunächst geklärt, ob der Vertrag der Schiedsvereinbarung materiellrechtlicher oder prozessrechtlicher Natur ist. Zu dieser Frage haben sich in Literatur und Rechtsprechung verschiedene Deutungsansätze herausgebildet. Sie werden dargestellt und kritisch hinterfragt. Die Zuordnung der Schiedsvereinbarung zu einem bestimmten Rechtsgebiet ist nötig, um zu wissen, ob sich im gesetzlichen Regelungswerk die Schiedsvereinbarung betreffend Lücken auftun, und wie diese zu schließen sind. So regelt das 10. Buch der ZPO die Schiedsvereinbarung nicht umfassend. Kommt die Untersuchung zu dem Schluss, dass die Schiedsvereinbarung eine prozessuale Rechtsnatur hat, bestehen Lücken in der gesetzlichen Regelung, die durch die entsprechende Anwendung materiellen Rechts zu füllen sind.

Die Schiedsvereinbarung weist gesellschaftsrechtliche Züge auf und dieses Charakteristikum kann für die Beantwortung noch offener Rechtsfragen fruchtbar gemacht werden. Es werden darum im ersten Schritt die Gemeinsamkeiten des Gesellschaftsvertrages der GbR mit der Schiedsvereinbarung herausgearbeitet, um dann im zweiten Schritt Tatbestände und Rechtsfolgen aus dem Recht der GbR zur Lückenfüllung auf die Schiedsvereinbarung übertragen zu können. So kommt die Abhandlung zu dem Ergebnis, dass verschiedene, dem Recht der GbR entlehene Beendigungstatbestände analoge Anwendung auf die Schiedsvereinbarung finden. Die Schiedsvereinbarung wird aber nicht nur vom zivilrechtlichen Gesellschaftsrecht beherrscht. Neben allgemeinen zivilrechtlichen Beendigungstatbeständen findet auch das AGB-Recht auf die Schiedsvereinbarung entsprechende Anwendung. Mit der Erörterung der Frage, welche Rechtsgedanken des AGB-Rechts für die Schiedsvereinbarung von Bedeutung sind, endet das erste Kapitel.

Das zweite Kapitel beschäftigt sich mit Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung.

Die Durchführung des Mediationsverfahrens ist Hauptwirkung der Mediationsvereinbarung. Die allgemeine vertragsrechtliche Einordnung der Mediationsvereinbarung erfolgt daher über die Diskussion der Rechtsnatur des Streitbelegungsverfahrens der Mediation. Den materiellrechtlichen Merkmalen des Mediationsverfahrens werden die prozessualen Wirkungen der Mediationsvereinbarung gegenübergestellt, die das Verhältnis der Mediation zum Gerichtsverfahren bestimmen. Schließlich wird darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des Verjährungsrechts selbst zur Klärung der Rechtsnatur der Mediationsvereinbarung beigetragen hat.

Einleitung

Das Gesellschaftsrecht, das für die Schiedsvereinbarung nur ergänzend herangezogen wurde, ist für die Mediationsvereinbarung von zentraler Bedeutung. Es wird gezeigt, dass Teil der Mediationsvereinbarung der Gründungsvertrag einer BGB-Gesellschaft ist, und es werden die Besonderheiten herausgearbeitet, die sich für diesen Gesellschaftsvertrag ergeben.

Im dritten Kapitel wird den Fragen nachgegangen, ob ein deutsches Mediationsgesetz sinnvoll ist und wie es aussehen könnte. Dazu werden in dieser Sache bereits unternommene Regelungsvorstöße der EU und der UN auf ihre Berechtigung hin überprüft. Es wird untersucht, in wieweit die bestehenden Vorschriften Vorbild für den deutschen Gesetzgeber sein können. Abschließend werden Formulierungsvorschläge für ein Mediationsgesetz gemacht.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

I. Begriffserklärungen

Jedes Schiedsverfahren geht auf eine private Willenserklärung zurück, regelmäßig auf eine zweiseitige, einen Schiedsvertrag bzw. Schiedsvereinbarung.¹ (Selten gibt es auch außervertragliche Schiedsgerichte, vgl. § 1066 ZPO).

Gem. § 1029 I ZPO ist unter einer Schiedsvereinbarung eine Parteivereinbarung zu verstehen, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen den Parteien in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen.

Gem. § 1029 II ZPO kann eine Schiedsvereinbarung in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsabrede) oder in Form einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) geschlossen werden.

II. Allgemeine vertragsrechtliche Einordnung der Schiedsvereinbarung

Die Rechtsnatur eines Vertrages bestimmt sich danach, welchem Rechtsgebiet er angehört. Zu welchem Rechtsgebiet ein Vertrag gehört, wird nach ganz herrschender Auffassung danach beurteilt, wo er seine unmittelbare Hauptwirkung entfaltet.² Ein Vertrag, der auf materiellrechtlichem Gebiet seine unmittelbare Hauptwirkung entfaltet, ist ein materiellrechtlicher Vertrag; ein Vertrag, der diese Wirkung auf prozessrechtlichem Gebiet zeitigt, ein Prozessvertrag.

Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung ist sehr umstritten. Alle Ansichten werden vertreten. Im Schrifttum finden sich sowohl Befürworter eines materiellrechtlichen Vertrages³ wie eines Prozessvertrages⁴, auch wird die Schiedsvereinbarung als Vertrag doppel funktioneller Natur⁵ eingeordnet, der materiellrechtliche und prozessuale Elemente vereint. Der BGH

¹ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 3 Rn. 1.

² Ganz herrschende Auffassung, vgl. nur Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 66 Rn.1; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 37; Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 92 III 4; Schiedermaier, ZZZ 74 (1961), 142, 143.

³ K. Blomeyer, in Festgabe für Rosenberg, S. 51 ff.; Lorenz, AcP 157 (1958/59), S. 265 ff.

⁴ Henn, Schiedsverfahrensrecht, 3. Aufl. 2000, § 1; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 37; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 1; Zöller/Geimer, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 1029 Rn.15; Wagner, Prozessverträge, S. 578 ff.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

sprach schließlich von einem materiellrechtlichen Vertrag über einen prozessrechtlichen Gegenstand.⁶

1. Die materiellrechtliche Theorie

Die materiellrechtliche Theorie steht auf dem Standpunkt, dass die Schiedsvereinbarung ihre unmittelbare Hauptwirkung auf bürgerlich-rechtlichem Gebiet entfaltet.⁷

a. Die Parallele zum zivilrechtlichen Vergleich

Die Schiedsvereinbarung wird in Bezug auf ihre Rechtsnatur mit dem Vergleich des § 779 BGB gleichgesetzt. Sowohl beim Vergleich als auch bei der Schiedsvereinbarung werde die Normierung (Neuordnung) streitiger Umstände einer Rechtsbeziehung für die Zukunft angestrebt, und in beiden Fällen solle eine Streitigkeit oder Ungewissheit im Verhältnis zwischen den Parteien beseitigt werden. Die Schiedsvereinbarung entspreche freilich nur einem Vergleich, der um die Besonderheit zu ergänzen sei, dass einem oder mehreren – eben den Schiedsrichtern – die Bestimmung der Leistung obliege.⁸

b. Die Schiedsvereinbarung als Quelle zivilrechtlicher Rechte und Pflichten

Die Schiedsvereinbarung erzeuge ferner Rechte und Pflichten für die Parteien des Schiedsverfahrens, die dem materiellen Schuldrecht zuzuordnen seien.⁹

Auch die Stimmen in Rechtsprechung und Literatur, die nicht zu den Vertretern der materiellrechtlichen Theorie zählen, gehen von Pflichten aus, die sich die Parteien mit der Schiedsvereinbarung schaffen:

Durch die Schiedsvereinbarung verpflichteten sich beide Parteien dazu, zu tun, was nötig ist, um die Durchführung des Schiedsverfahrens bis hin zum Erlass des Schiedsspruchs zu ermöglichen (Förderungspflicht).¹⁰ Anders als die Parteien einer Gerichtsstandsvereinbarung trafen die Parteien einer Schiedsvereinbarung eine allgemeine Loyalitätsvereinbarung, ein etwa nö-

⁵ Habscheid, KTS 1955, S. 33 ff.; Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, Kap. 3 II 5 b; Maier, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 20; Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 1994, § 1025 Rn. 36.

⁶ BGHZ 23, 198, 200; 40, 320, 322.

⁷ K. Blomeyer, in Festgabe für Rosenberg, S. 51 ff.; Lorenz, AcP 157 (1958/1959), 265 ff.

⁸ K. Blomeyer, in Festgabe für Rosenberg, S. 51, 60 ff., 62; Kisch, ZJP 51 (1926), 321 ff.

⁹ Lorenz, AcP 157 (1958/1959), 265, 280.

¹⁰ RGZ 74, 321, 322; BGHZ 23, 198, 200/201; 41, 104, 108; 55, 344, 349; BGH WM 1986, 689, 690; Münch-KommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 51; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 30.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

tig werdendes Schiedsverfahren fair zu führen und nicht zu obstruieren.¹¹ Daraus ergebe sich die vertragliche Pflicht, vollständige und wahrheitsgemäße Sachvorträge zu halten und die Einleitung und den Fortgang des Schiedsverfahrens vertraulich zu behandeln.¹² Zum Pflichtengehalt zähle auch die Mitwirkung bei der Einrichtung des Schiedsgerichts¹³ und die Pflicht, den Schiedsspruch inhaltlich auch umzusetzen.¹⁴ Insbesondere treffe die Parteien die Pflicht zur Vorschussleistung auf die Kosten des Verfahrens, insbesondere die Schiedsrichterhonorare.¹⁵ Aus der Schiedsvereinbarung folge meist auch die Pflicht, die Anrufung staatlicher Gerichte zu unterlassen.¹⁶

2. Stellungnahme zur materiellrechtlichen Theorie

a. Schiedsvereinbarung und Vergleich

Gegen die Gleichsetzung der Schiedsvereinbarung mit dem materiellrechtlichen Vergleich gem. § 779 BGB lässt sich anführen, dass beide vom Wesen her grundlegend verschieden sind. Zwar dienen sowohl der Vergleich als auch die Schiedsvereinbarung der eigenverantwortlichen Lösung eines Konfliktes auf vertraglicher Grundlage. Die Arten der Problemlösung und die Konsequenzen der Verträge sind jedoch sehr unterschiedlich.

Unterstellt, die Schiedsvereinbarung hätte tatsächlich zur Folge, dass ein Schiedsverfahren eingeleitet würde und ein Schiedsspruch erginge, so beruhte dieser nicht auf einer einvernehmlichen Lösungsfindung durch die Parteien. Er wäre nicht das Ergebnis „gegenseitigen Nachgebens“, wie § 779 BGB es für den Vergleich vorsieht, sondern eine richterliche Entscheidung, die sich an objektiv-rechtlichen Maßstäben, nämlich i.d.R. am geltenden Recht (§ 1051 I, II ZPO) orientierte. Eine Entscheidung nach Billigkeitsgesichtspunkten stellt die Ausnahme dar (§ 1051 III ZPO), und selbst eine Billigkeitsentscheidung impliziert nicht notwendig, dass *beide* Parteien zu einem Zugeständnis gezwungen werden, wie es ein *gegenseitiges*

¹¹ BGHZ 38, 254, 258; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 51; Stein/ Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 30.

¹² Stein/ Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 30; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 51.

¹³ RGZ 33, 265, 268; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 51.

¹⁴ BGH KTS 1961, 31, 31; so wohl auch MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 51.

¹⁵ BGH NJW 1988, 1215, 1215; Berger, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, § 8 IV 1 Fn. 184, § 15 I; Stein/ Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 30; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 51.

¹⁶ Stein/ Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 30.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Nachgeben erforderlich machen würde.¹⁷ Der Vergleich *beendet* lediglich einen Rechtsstreit. Der Schiedsspruch *entscheidet* einen Rechtsstreit.¹⁸

Der Schiedsrichter möchte auch nicht die Rechtsbeziehung der Parteien durch Normierung neu ordnen, sondern das bereits vorhandene Recht erkennen.

Außerdem legt der Vergleich gem. § 779 BGB bereits selbst eine Streitigkeit bei und schafft nicht erst die Voraussetzungen für die Streitbeilegung. Demgegenüber legt die Schiedsvereinbarung (nur) die Grundlage für ein Verfahren der Streitbeilegung; beendet wird die Streitigkeit aber durch den Schiedsspruch.

b. Die Pflichten der Schiedsparteien

Fraglich ist, ob und in wieweit die Schiedsvereinbarung den Parteien Pflichten auferlegt. Das Gesetz macht keine Aussage über irgendwelche Pflichten, die die Parteien im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren treffen. Es überlässt den Parteien die Vereinbarung etwaiger Pflichten. Haben die Parteien ausdrücklich keine Pflichten vereinbart, so ist im Wege der Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, ob sich die Parteien mit Abschluss der Schiedsvereinbarung konkludent zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet haben. Dazu ist der wirkliche Wille der Parteien zu erforschen, § 133 BGB, und der Vertrag nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen, § 157 BGB.

Dass die Schiedsvereinbarung Pflichten für die Parteien erzeugt, ist allgemein anerkannt. Die Annahme von Pflichten wird stets mit dem Zweck der Schiedsvereinbarung begründet, ein effektives Schiedsverfahren mit dem Ziel der Erlangung eines Schiedsspruchs zu ermöglichen.¹⁹

aa. Abgrenzung von Pflicht zu Prozessualer Last

Im Schrifttum werden echte Parteipflichten, die das Schiedsverfahren betreffen, teilweise als Ausnahme angesehen. In den meisten Fällen bestünden keine Pflichten, sondern lediglich prozessuale Lasten. Soweit es im freien Belieben der Parteien stehe, ob sie die nachteiligen Folgen der Nichtausübung verfahrensrechtlich tragen wollten, könne man nicht von Pflichten sprechen.²⁰ Bei Nichternennung des Schiedsrichters durch eine Partei sei in § 1035 III ZPO

¹⁷ Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 779 Rn. 9.

¹⁸ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 18 Rn. 2.

¹⁹ RGZ 74, 321, 322; BGHZ 23, 198, 200/201; 41, 104, 108; 55, 344, 349; BGH WM 1986, 689, 690; Thomas/Putzo/Thomas, ZPO, 27. Aufl. 2005, § 1029 Rn. 13; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029, Rn. 51; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029, Rn. 30; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 21.

²⁰ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 20; Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozess, S. 105; Schiedermaier, ZJP 74 (1961), 142, 143; Lücke, AcP 162 (1963), 534, 537.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

ein einfacheres Verfahren vorgesehen, welches das Recht der nichtsäumigen Partei auf Fortgang des Verfahrens wahre.²¹ Auch sei eine Mitwirkung der anderen Partei im Verfahren vor dem Schiedsgericht nicht erzwingbar. Das sei unnötig. Es sei Sache des Schiedsgerichts, aus dem Unterlassen der Mitwirkung geeignete Schlüsse zu ziehen.²²

Hier verwechseln *Schwab/Walter* die Frage der Durchsetzbarkeit einer Pflicht mit der Frage des Bestehens der Pflicht als solcher. Es gibt auch undurchsetzbare Pflichten im Zivilprozess wie z.B. die Wahrheitspflicht²³. Es ist möglich, von dem Bestehen eines Zwangs auf eine Verpflichtung zu schließen, aber der Gegenschluss, wo kein Zwang bestehe, liege keine Verpflichtung vor, trifft nicht zu.²⁴

Wann von Lasten und wann von Pflichten gesprochen wird, entscheidet sich nicht nach deren Durchsetzbarkeit,²⁵ sondern nach der bei den Parteien vorherrschenden Interessenlage:

Das Handeln der belasteten Partei liegt in deren eigenem Interesse, das der verpflichteten Partei liegt jedenfalls nicht primär im Eigeninteresse der Partei. Im Fall einer prozessualen Last wirkt sich nachlässiges Verhalten nur zum Nachteil der belasteten Partei aus. Sie soll daher frei entscheiden können, ob sie der Handlungslast entspricht oder nicht.²⁶ Besteht dagegen eine Pflicht, dann bedeutet das die Missbilligung jedes davon abweichenden Verhaltens²⁷ - durch das Gesetz, wenn die Pflicht dem Gesetz zu entnehmen ist,²⁸ oder durch Vertrag, wenn die Pflicht aus einem Vertrag herrührt. Hier kommt als Vertrag die Schiedsvereinbarung in Betracht.

bb. Allgemeine Prozessförderungs- und Loyalitätspflicht

Im staatlichen, nicht von beiden Parteien gewählten richterlichen Verfahren ist eine allgemeine Prozessförderungspflicht anerkannt.²⁹ Sie gebietet den Parteien, in der mündlichen Ver-

²¹ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 20; Schiedermaier, ZZZ 74 (1961), 142, 143; Lücke, AcP 162 (1963), 534, 537.

²² Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 20.

²³ Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 26 III; Lent, ZZZ 67 (1954), 344, 349.

²⁴ Lent, ZZZ 67 (1954), 344, 349.

²⁵ Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 26.

²⁶ Lent, ZZZ 67 (1954), 344, 350 f.

²⁷ Lent, ZZZ 67 (1954), 344, 351.

²⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 2 Rn. 11; Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 26 I.

²⁹ Vgl. nur: Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 2 Rn. 15; Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 28 II 4.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

handlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel so zeitig vorzubringen, wie es einer sorgfältigen und verfahrensfördernden Prozessführung entspricht (§ 282 I ZPO). Die Prozessförderungspflicht soll eine Prozessverschleppung zu Lasten des Gegners verhindern und die Parteien anhalten, das Verfahren zu beschleunigen, und damit dem Allgemeininteresse an einem „kurzen Prozess“ dienen.³⁰

In einem auf Privatheit, auf Ausschluss der Öffentlichkeit ausgerichteten Verfahren wie dem Schiedsverfahren findet zwar dieses Allgemeininteresse keine Berücksichtigung. Die Mitwirkung im Verfahren, die Förderung des Verfahrens liegt hier aber im Interesse beider Parteien. Unterstellte man ihnen, sie hätten dieses Interesse nicht, würde dies in Widerspruch zu ihrem mit der Schiedsvereinbarung bekundeten Interesse stehen, ein Schiedsverfahren durchzuführen, es entspräche einem *venire contra factum proprium*.³¹

Die Prozessförderungspflicht steht sowohl im staatlichen Verfahren als auch im Schiedsverfahren nicht nur im Eigeninteresse dessen, den sie trifft, und ist daher eine echte Pflicht.³² Quelle dieser Pflicht ist im durch die Privatautonomie der Parteien bestimmten Schiedsverfahren die Schiedsvereinbarung.

Der Schiedsvereinbarung ist als Kehrseite der positiven Förderungspflicht in negativer Hinsicht eine allgemeine Loyalitätspflicht zu entnehmen. Jede Partei hat sich der gemeinsamen Entscheidung, ein Schiedsverfahren durchzuführen, loyal gegenüber zu verhalten und das Schiedsverfahren nicht zu obstruieren.³³ Es entspräche widersprüchlichem Verhalten, wenn die Parteien sich erst auf ein bestimmtes Verfahren einigten, um es dann zu boykottieren.

cc. Die Bestellung des Schiedsrichters

Die Bestellung eines Schiedsrichters, die einer Partei zusteht, liegt dagegen allein im Interesse dieser Partei. Ihr sollte daran liegen, eine Person auszuwählen, die ihr gewogen ist. An der Bestellung dieser Person hat die Gegenpartei kein eigenes Interesse, zumal eine ausbleibende Schiedsrichterbestellung die Durchführung des Schiedsverfahrens nicht verhindern kann. Im Gegenteil, die Gegenpartei kann sogar von der unterlassenen Bestellung profitieren. In diesem

³⁰ Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 28 II 4.

³¹ Lent, ZZP 67 (1954), 344, 345, sieht sogar in der Verpflichtung zu sachgemäßem Verhalten vor ordentlichen Gerichten einen Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben. Immerhin muss auch das ordentliche Gericht nicht angerufen werden.

³² So im Ergebnis auch RGZ 74, 321, 322; BGHZ 23, 198, 200/201; BGHZ 41, 104, 108; BGH WM 1986, 689, 690.

³³ BGHZ 38, 254, 258; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 51; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 30.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Fall wird der Schiedsrichter durch das Schiedsgericht bestellt (§ 1035 III ZPO), das in der Regel einen neutraleren Schiedsrichter auswählen wird, als die säumige Partei ausgewählt hätte. Die Bestellung des Schiedsrichters kann daher lediglich als prozessuale Last angesehen werden.³⁴

dd. Die Wahrheitspflicht

Aus § 138 I ZPO ergibt sich für den Zivilprozess eine Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, die den Parteien auferlegt ist. Eine Partei darf nicht zu Lasten des Gegners eine Tatsache behaupten, von deren Unwahrheit sie Kenntnis hat oder überzeugt ist; sie darf nicht eine gegnerische Behauptung bestreiten, wenn sie von deren Wahrheit Kenntnis hat oder überzeugt ist. Die Wahrheitspflicht der ZPO ist eine echte Pflicht, nicht nur eine Last.³⁵ Der Partei ist es nicht freigestellt, wahrhaftig oder unwahrhaftig zu sein.

Im Gerichtsprozess wie im Schiedsverfahren hat jede Partei ein starkes Interesse an der Wahrhaftigkeit des Vorbringens der jeweils anderen Seite. Es geht neben der Lösung eines rechtlichen Konfliktes darum, Klarheit über einen bestimmten Lebenssachverhalt zu schaffen.³⁶ Nur dann kann der Richterspruch von den Parteien als gerecht empfunden und angenommen werden.³⁷ Eine Wahrheitspflicht besteht daher auch im Schiedsverfahren.

Die Vollständigkeitspflicht ist als Teil der Wahrheitspflicht aufzufassen. Unwahrheit ist nicht nur dem vorzuwerfen, der positiv Unwahres behauptet, sondern auch dem, der Tatsachen unterdrückt. Ein bloß unvollständig dargestellter Sachverhalt kann ebenso schief und unwahr sein wie eine falsche Sachverhaltsschilderung. Halbe Wahrheit ist ganze Unwahrheit (vgl. § 392 ZPO).³⁸ Die Vollständigkeit des Tatsachenvortrages liegt zwar wie die Wahrheitspflicht bereits im Interesse des Vortragenden selbst, da er einen zügigen Ablauf des Verfahrens anstrebt und i.d.R. die wahre Rechtslage festgestellt haben möchte. Die Pflicht zur Vollständigkeit als echte Pflicht dient aber in erster Linie dem Interesse der Gegenpartei, die die fraglichen Informationen nicht hat und auf sie angewiesen ist. Darum ist eine Partei gehalten, gera-

³⁴ so im Ergebnis auch: Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 20; Schiedermaier, ZJP 74 (1961), 142, 143; Lüke, AcP 162 (1963), 534, 537.

³⁵ Thomas/Putzo/Reichhold, ZPO, 27. Aufl. 2005, § 138 Rn. 1; Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 26 III.

³⁶ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, Vor § 1025 Rn. 2.

³⁷ BGHZ 23, 198, 201 betont, dass das Schiedsgericht einen Streit nur sachgemäß entscheiden kann, wenn ihm der Streitstoff vollständig und den Tatsachen entsprechend zur Kenntnis gebracht wird.

³⁸ Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 26 IV.

de solche Tatsachen vorzubringen, die sich für sie ungünstig auswirken können.³⁹ Gerade diese interessieren die Gegenpartei.

ee. Vertraulichkeit des Verfahrens

Ob Vertraulichkeit ein tragender Pfeiler der Schiedsgerichtsbarkeit ist, wird kontrovers diskutiert.⁴⁰ Diejenigen, die die Sinnhaftigkeit eines Vertraulichkeitsgrundsatzes bestreiten, führen vielfältige Situationen an, in denen die Geheimhaltung eines Schiedsverfahrens als solches und seines Verfahrensgegenstandes berechtigten Interessen einer Schiedspartei zuwider läuft.⁴¹

Ist die eingeklagte Forderung versichert, womit der Beklagte rechnen musste, sollte der Kläger seine Versicherung über die Tatsache des Schiedsverfahrens und über dessen Ergebnis un-
terrichten dürfen.⁴² So könnte er seiner Aufklärungspflicht aus dem Versicherungsvertrag nachkommen.

Der Geschäftsführung wäre geholfen, wenn Aktionäre in der Hauptversammlung über die Existenz eines Schiedsverfahrens informiert werden dürften, wenn der Anlass des Schiedsverfahrens allgemein bekannt ist und von den Aktionären Fragen zur finanziellen Auswirkung dieses Anlasses gestellt werden.⁴³

Offenlegung mag auch geboten sein, wenn sonstige Rechtsverhältnisse einer Partei vom Ausgang des Schiedsverfahrens abhängig sind. Klagt der Besteller erfolgreich gegen den Werkunternehmer auf Schadensersatz wegen mangelhafter Ausführung des Werks, so wäre es dem Unternehmer zu wünschen, dass dieser den Schiedsspruch seinem Subunternehmer vorlegen darf, um etwaige Rückgriffsansprüche gegen diesen leichter durchsetzen zu können.⁴⁴

³⁹ Vgl. BGH NJW 1961, 826, 828; Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 26 IV.

⁴⁰ Von einer konkludenten Vertraulichkeitsabrede der Parteien gehen u. a. aus: Hirsch, SchiedsVZ 2003, 49, 52; Nicklisch, RIW 1991, 89, 89; Duve/Keller, SchiedsVZ 2005, 169 ff; Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, Kap. 7 III; vgl. auch die Wiedergabe bei Pfaff, in Festschrift für von der Heydte, 1127, 1132; gegen eine solche Vertraulichkeitsabrede u. a.: Australischer High Court, Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman & Others, (1995) 11 Arbitration International, 235; Oldenstam/von Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31 ff.

⁴¹ Vgl. Oldenstam/von Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31, 34.

⁴² Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 686; Oldenstam/von Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31, 34.

⁴³ Lionnet /Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, Kap. 7 III 2 c; vgl. auch Oldenstam/von Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31, 34.

⁴⁴ Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 686.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Es muss den Parteien auch möglich sein, öffentlich-rechtlichen Informationspflichten vollständig nachzukommen,⁴⁵ ohne gegen eine Geheimhaltungsabrede zu verstoßen.

Das prominenteste Beispiel dafür, dass sich Vertraulichkeit nicht uneingeschränkt durchsetzen lässt, liefert das Schiedsverfahren selbst: Vollstreckung und Anfechtung des Schiedsspruchs erfordern dessen Vorlage bei den Justizbehörden und führen nicht selten zu Folgeverfahren vor ordentlichen Gerichten, wo die Verhandlung öffentlich ist.⁴⁶

Es lässt sich mithin eine beträchtliche Anzahl von Fällen anführen, in denen strikte Geheimhaltung nicht angebracht ist – zumindest aus der Sicht *einer* Partei. Was ein berechtigtes Interesse an Geheimhaltung darstellt und was nicht, kann aber keine Partei für sich entscheiden. Die Entscheidung obliegt den Parteien gemeinsam. Es würde jedoch zu weit gehen, würde man den Parteien mit jeder einfachen Schiedsvereinbarung die stillschweigende Vereinbarung eines bestimmten Katalogs von Fällen unterstellen, in denen ein Recht auf Offenlegung bestimmter Tatsachen besteht. Das würde die nicht beantwortbare Frage aufwerfen, welche Fälle im einzelnen von dem Katalog erfasst sind. Die Erstellung eines solchen Katalogs ist daher von den Parteien – wenn sie das wünschen – im Einzelfall ausdrücklich vorzunehmen.

Die Frage muss vielmehr lauten, ob ein Schiedsverfahren nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien grundsätzlich vertraulich zu behandeln ist oder nicht.

Wenn die Publizität des Schiedsverfahrens verhindert wird, entfällt für die Parteien die Notwendigkeit, sich gegen Vorwürfe der anderen Partei, die ihr Ansehen schädigen könnten, mehr zu wehren, als die bloße Führung des Rechtsstreits vor dem Schiedsgericht dies verlangt.⁴⁷

Durch Vertraulichkeit während des Verfahrens kann ausufernden Spekulationen Dritter über den Ausgang des Verfahrens vorgebeugt und verhindert werden, dass Konkurrenten den durch das Verfahren hervorgerufenen „Schwebezustand“ ausnutzen, um einer Partei des Schiedsverfahrens zu schaden.

Eine vertrauliche Verhandlung schafft ein freundlicheres Klima und erhöht die Bereitschaft der Parteien, auch diskrete Informationen, die den Fortgang des Verfahrens fördern, preiszugeben. Geschäftsgeheimnisse und sensible Informationen sind vor neugierigen Mitbewerbern besser geschützt. Die Geheimhaltung nützlicher und volkswirtschaftlich notwendiger Bezie-

⁴⁵ Raeschke-Kessler/Berger, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3. Aufl. 1999, Rn. 686 ff; vgl. auch Duve/Keller, *SchiedsVZ* 2005, 169, 178; Oldenstam/von Pachelbel, *SchiedsVZ* 2006, 31, 34.

⁴⁶ Oldenstam/von Pachelbel, *SchiedsVZ* 2006, 31, 34.

⁴⁷ Vgl. Lionnet/Lionnet, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 3. Aufl. 2005, Kap. 7 III 1 b.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

hungen ermöglicht in Zeiten politischer Spannungen oft überhaupt erst geschäftliche Beziehungen.⁴⁸

Das Interesse an Geheimhaltung erstreckt sich oftmals auch auf den Schiedsspruch,⁴⁹ das gilt besonders für Urheberrechts- und Patentrechtsstreitigkeiten. Allerdings gibt es auch Fälle, in denen die Schiedsparteien im Interesse der Rechtsfortbildung der (anonymisierten) Veröffentlichung des Schiedsspruchs zustimmen.⁵⁰

Selbstbestimmung ist für private Streitbelegungsverfahren grundlegend, und Vertraulichkeit sichert nicht zuletzt auch die informationelle Selbstbestimmung der Parteien. Diese behalten die Kontrolle darüber, welche Informationen über sie nach außen dringen, und welche nicht.

Schiedsverfahren sind grundsätzlich nicht öffentlich.⁵¹ Nicht-Öffentlichkeit des Schiedsverfahrens bedeutet, dass kein Fremder an dem Schiedsverfahren ohne die ausdrückliche Zustimmung beider Parteien teilnehmen darf.⁵² Zu den Fremden zählen allerdings nicht solche Personen, deren Anwesenheit für die Durchführung des Verfahrens notwendig ist, wie Zeugen oder Sachverständige.⁵³ Aufgrund der Privatheit des Verfahrens eignet sich die Schiedsgerichtsbarkeit besonders für Streitigkeiten, die nicht allgemein bekannt werden sollen.⁵⁴

Der Ausschluss der Öffentlichkeit macht jedoch nur Sinn in Verbindung mit (zumindest beschränkter) Vertraulichkeit, nämlich während des Verfahrens über das Verfahren, damit keine Partei zwischen zwei Sitzungen an die Öffentlichkeit gehen und so Druck auf die andere Partei aufbauen kann.⁵⁵ Ob ein Journalist während der Schiedsverhandlung anwesend ist oder unmittelbar nach der Sitzung von einer Partei informiert wird, macht keinen Unterschied. In beiden Fällen wird das laufende Verfahren durch Pressemitteilungen gestört.

⁴⁸ Vgl. Pfaff, in Festschrift für von der Heydte, 1127, 1132.

⁴⁹ Duve/Keller, SchiedsVZ 2005, 169, 172.

⁵⁰ Vgl. Barclays Bank plc and others v. Bank of England, (1985) 1 All ER 385.

⁵¹ allgemeine Auffassung, vgl. nur Raeschke-Kessler /Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 685; Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, Kap. 7 III 1 a; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 30; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 51; Oldenstam/von Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31, 32 f.

⁵² Oldenstam/von Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31, 32.

⁵³ Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, Kap. 7 III 1 b.

⁵⁴ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, Einleitung, IV 5, Rn. 13.

⁵⁵ Dieses Bedürfnis nach Vertraulichkeit sehen Oldenstam/von Pachelbel, SchiedsVZ 2006, 31, 36, nicht. Sie gehen davon aus, dass dem Wunsch einer Partei nach Diskretion mit der Privatheit des Verfahrens genüge getan ist.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Dient Privatheit der Abschirmung der Gerichtsverhandlungen gegenüber der Öffentlichkeit, dann erreicht sie ihr Ziel nur mit flankierender Vertraulichkeit, die mindestens für die Dauer des Schiedsverfahrens gilt.

Liegt den Parteien an der Privatheit des Verfahrens, dann zeigen sie dadurch ihr grundsätzliches Interesse an einer Pflicht zur Vertraulichkeit i.S.d. der Geheimhaltung der Existenz des Schiedsverfahrens als solches, der Namen der Parteien und der Schiedsrichter sowie der Tatsachen, die bei der Durchführung des Schiedsverfahrens durch Vorträge der Parteien, vorgelegte Dokumente und sonstige Beweismittel offenbart werden, soweit diese Tatsachen nicht öffentlich zugänglich sind.⁵⁶ Es stellt auch keine Zumutung für die an einem Schiedsverfahren Beteiligten dar, sich über diese Dinge auszuschweigen, so wie sie auch sonst im Wirtschaftsverkehr Geschäftsgeheimnisse wahren.

Besteht im Einzelfall ein Interesse an der Offenlegung bestimmter Tatsachen, die das Schiedsverfahren betreffen, bei einer Partei, so ist es an ihr, die Gegenpartei darüber aufzuklären und um Verständnis dafür zu werben. Es ist Aufgabe der Partei, der eine Pflichtenkollision droht, darauf hinzuwirken, dass es nicht dazu kommt. Lässt die Gegenpartei sich nicht auf eine Offenlegung ein, kann das Schiedsverfahren nicht stattfinden. Lässt sie sich darauf ein, stellt das eine Beschränkung der grundsätzlichen Geheimhaltungspflicht dar. Die Geheimhaltungspflicht wird aber nicht nur durch die von den Parteien aufgestellten Ausnahmen begrenzt, sondern auch durch das öffentliche Interesse. Aufklärung, die im zwingenden öffentlichen Interesse liegt, muss gewährt werden.

„Im Zweifel für die Vertraulichkeit“ - so sollte die Devise während des Schiedsverfahrens und danach lauten. Ein umfangreicher Katalog mit wohl durchdachten Ausnahmen ist besser als vor der Regelungsherausforderung zu kapitulieren und Vertraulichkeit schlicht für ein dem Schiedsverfahren nicht inherentes Prinzip zu erklären. Dafür stellt sie einen zu großen Wert dar.

Es ist müßig darüber zu streiten, ob der Schaden, der durch allzu strikte Vertraulichkeit entsteht, größer ist als der Schaden, der durch Nichtbeachtung berechtigter Vertraulichkeit entsteht.

Der Rechtsuchende, der vor ein Schiedsgericht ziehen will, kann nicht von der Verantwortung entbunden werden, die er durch die Wahl eines privaten Streitbeilegungsverfahrens für dieses Verfahren übernommen hat. Seine Aufgabe ist es u. a. auch, sich der Regelung der Vertraulichkeit anzunehmen, wenn er ein auf seine persönlichen Bedürfnisse zugeschnittenes Verfah-

⁵⁶ Vgl. Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005,

Kap. 7 III 2.

ren wünscht. Die grundsätzliche Pflicht zur Vertraulichkeit weist jedoch schon einmal in die richtige Richtung.

ff. Vorschussleistung

Weiterhin wird angenommen, die Parteien träfe untereinander eine Pflicht zur Vorschussleistung auf die Kosten des Verfahrens, insbesondere die Schiedsrichterhonorare.⁵⁷ Dabei wird unterstellt, der oder die Schiedsrichter hätten einen Anspruch gegen die Parteien auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses. Die ZPO schweigt dazu. Sie bestimmt nur, wie die Frage der Kostentragung *am Ende* des Verfahrens entschieden wird, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben (vgl. § 1057 ZPO).

Um den Schiedsrichter zur Tätigkeit anzuregen, kann es sinnvoll sein, ihm einen Vorschuss auf sein Honorar zu zahlen. In der Schiedsvereinbarung mag ausdrücklich festgelegt sein, dass die Parteien sich gegenüber dem Schiedsrichter (im Schiedsrichtervertrag) verpflichten wollen, ihm diesen Vorschuss zu zahlen. Ein angemessener Vorschuss ist jedoch so sehr üblich, dass er auch ohne besondere Vereinbarung Vertragsbestandteil wird.⁵⁸

Es stellt sich aber die Frage, ob die Parteien mit der Schiedsvereinbarung (stillschweigend) auch untereinander die Pflicht schaffen, den Vorschuss jeweils hälftig an den bzw. die Schiedsrichter zu zahlen; ob diese Pflicht also nicht nur zwischen Schiedsrichter und Partei, sondern auch zwischen den Parteien selbst (im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter, § 328 I BGB) begründet wird.

Zwar sind die Schiedsrichter u. U. vertraglich berechtigt, den Vorschuss von den Parteien selbst einzufordern und einzuklagen.⁵⁹ Sie müssen von diesem Recht aber keinen Gebrauch machen. Da sie ohne den Vorschuss nicht tätig zu werden brauchen,⁶⁰ kann eine ausbleibende

⁵⁷ BGH NJW 1988, 1215, 1215; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 30;

MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 51; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 21.

⁵⁸ Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2005, § 1035 Rn. 27; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, Vor § 1034 Rn. 22; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 12 Rn. 16, sehen die Vergütungsvorschusspflicht als gewohnheitsrechtlich feststehend an.

⁵⁹ Das Klagerecht ist problematisch: Gegen eine Klagemöglichkeit: BGHZ 94, 92, 95; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl. 2005, vor § 1029 Rn. 10; Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2005, § 1035 Rn. 27; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, Vor § 1025 Rn. 14; für eine Klagemöglichkeit: MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, Vor § 1034 Rn. 22.

⁶⁰ Der Schiedsrichter hat ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB, vgl. BGHZ 55, 344, 347; BGHZ 77, 65, 67; Lörcher/Lörcher, SchiedsVZ 2005, 179, 186; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, Vor § 1034 Rn. 22.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Vorschussleistung das gesamte Verfahren zum Erliegen bringen. Dem Fortgang des schiedsrichterlichen Verfahrens wäre es darum förderlich, wenn jede Partei unmittelbar von der jeweils anderen die hälftige Zahlung des Vorschusses einfordern könnte.

Mit dem Ziel, das Schiedsverfahren in Gang zu bringen, kann die nicht säumige Partei auch gem. § 267 I 1 BGB den Schiedsrichter hinsichtlich des auf die Gegenpartei entfallenden Vorschussanteils befriedigen. Dann hätte sie jedoch keinen Regressanspruch gegen die säumige Partei.

Diesen Regressanspruch hätte sie nur, wenn die Parteien dem Schiedsgericht gegenüber als Gesamtschuldner auf den Vorschuss hafteten. Dann wäre jene Partei aber je nach Verfahrensausgang u. U. mit einer Regressklage und dem Risiko der Insolvenz der Gegenpartei einseitig belastet. Gesamtschuldnerschaft der Schiedsparteien bedeutete außerdem, dass das Schiedsgericht die Möglichkeit hätte, wahlweise eine der Parteien auf Zahlung des gesamten Vorschusses in Anspruch zu nehmen (vgl. § 421 BGB). Die einseitige Inanspruchnahme einer Partei durch das Schiedsgericht im Vorfeld des Verfahrens könnte aber Zweifel bzgl. der Neutralität des Schiedsgerichts dieser Partei gegenüber wecken.⁶¹

Die Parteien haften dem Schiedsgericht in Bezug auf den vorläufigen Vorschuss daher nicht als Gesamtschuldner.⁶² Gesamtschuldnerische Haftung der Parteien gegenüber dem Schiedsgericht kann es (zum Schutz des Schiedsgerichts) nur in Bezug auf die (endgültige) Honorarforderung nach *Beendigung* des Schiedsverfahrens geben.

Aus dem Interesse der Parteien der Schiedsvereinbarung an einer zügigen Erledigung des Schiedsverfahrens folgt also, dass jede Partei eine direkte Forderung auf Zahlung des hälftigen Vorschusses an das Schiedsgericht gegen den Streitgegner haben soll.⁶³ Das entspricht einer vertraglichen Vereinbarung zugunsten Dritter i.S.d. § 328 I BGB.

gg. Unterlassung der Anrufung staatlicher Gerichte

Die Parteien der Schiedsvereinbarung kommen darin überein, gewisse Streitigkeiten zwischen ihnen der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen, § 1029 ZPO. Der Schiedsspruch hat gem. § 1055 ZPO unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils und steht damit dem Urteil eines ordentlichen Gerichts in derselben Sache entge-

⁶¹ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, Vor § 1034 Rn. 22.

⁶² BGHZ 102, 199, 202/203.

⁶³ So auch BGHZ 94, 92, 95; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl. 2005, Vor § 1029 Rn. 10.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

gen. Umgekehrt ist nach einem Urteilserlass eines staatlichen Gerichts in der Hauptsache das Schiedsgericht zu einer Befassung mit der Angelegenheit nicht mehr befugt, so dass insoweit die Schiedsvereinbarung gegenstandslos wird.⁶⁴

Urteil und Schiedsspruch in derselben Sache sind also nicht möglich. Ein ordentliches Gerichtsverfahren parallel zum Schiedsgerichtsverfahren durchzuführen, machte keinen Sinn, würde die vertraglich angestrebte Entscheidung durch ein Schiedsgericht u.U. unmöglich machen und stellte nur eine unnötige zusätzliche Belastung für die Parteien dar.

Indem die Parteien ihr beiderseitiges Interesse daran ausdrücken, im Fall einer Streitigkeit eine Streitbeilegung über einen Schiedsspruch zu erreichen, verpflichten sie sich also gleichzeitig, auf die Anrufung eines staatlichen Gerichts zu verzichten.⁶⁵

hh. Annahme und inhaltliche Umsetzung des Schiedsspruchs

Die Annahme und inhaltliche Umsetzung des Schiedsspruchs ist nicht nur eine prozessuale Last, sondern eine echte Pflicht. Die Befolgung des Schiedsspruchs durch die unterliegende Partei liegt eindeutig im Interesse der obsiegenden Partei, da ihr, und nur ihr, die Befolgung des Urteils zugute kommt. Durchgesetzt wird die Umsetzung des Schiedsspruchs über dessen Zwangsvollstreckung, vgl. §§ 1060, 1061 ZPO.

c. Rechtliche Qualifikation der Pflichten aus der Schiedsvereinbarung

Die Schiedsvereinbarung begründet also ein vertragliches Schuldverhältnis.

Es bedarf der Klärung, ob es sich dabei um ein materiellrechtliches oder prozessrechtliches Schuldverhältnis handelt.

aa. Materiellrechtliche Einordnung

Streitig ist, ob es ein prozessrechtliches Schuldverhältnis bzw. einen prozessualen Verpflichtungsvertrag überhaupt geben kann. Insbesondere von der Rechtsprechung aber auch von weiten Teilen der Literatur wurden und werden allein Verfügungsverträge als Prozessvereinbarungen anerkannt.⁶⁶ Der prozessrechtliche Charakter von Verpflichtungsverträgen wird mit der Begründung bestritten, die Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Prozess-

⁶⁴ Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 39.

⁶⁵ So im Ergebnis auch Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 30.

⁶⁶ BGHZ 41, 3, 5; Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozeß, 2. Aufl. 1972, S. 203 ff., 215 f., 229 f.; Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 95 ff.; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, Vor § 128 Rn. 26.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

handlung sei schuldrechtlicher und damit notwendig materiellrechtlicher Natur.⁶⁷ Prozessverträge mit Verpflichtungscharakter werden als „materiellrechtliche Verträge über prozessuale Beziehungen“ qualifiziert und auf diese Weise dem materiellen Recht zugeordnet. Eine Begründung für diese Weichenstellung findet sich nur selten.

Nach *Schiedermaier* und *Baumgärtel* kann von einer Wirkung auf dem Gebiet des Prozessrechts nur dann die Rede sein, wenn die Vereinbarung die prozessuale Rechtslage unmittelbar umgestaltet, nicht aber, wenn sie lediglich eine Obligation begründet.⁶⁸ Den verpflichtenden Prozessverträgen eine prozessrechtliche Natur zuzusprechen würde nach *Baumgärtel* erfordern, den Prozessvertrag als eigenes Institut aus dem Begriff der Parteiprozesshandlung herauszunehmen. Da für die verpflichtenden Prozessverträge ganz unbestritten die Regeln des Bürgerlichen Rechts gelten würden, passten sie nicht unter den Prozesshandlungsbegriff, der unter der praktischen Fragestellung der Abgrenzung von Prozesshandlung und Bürgerlichem Rechtsgeschäft stehe.⁶⁹

bb. Prozessrechtliche Einordnung

Baumgärtel möchte zwischen Prozesshandlung und Bürgerlichem Rechtsgeschäft unterscheiden, hat jedoch kein Problem damit, die verfügenden Prozessverträge unter den Begriff der Prozesshandlung zu fassen.

Nicht nur verpflichtende Verträge, sondern auch verfügende Verträge weisen jedoch die Merkmale eines mehrseitigen bürgerlichen Rechtsgeschäfts auf. Sie kommen durch korrespondierende Willenserklärungen zustande und für die persönliche Gültigkeitsvoraussetzungen wie die Geschäftsfähigkeit, für Bedingung, Befristung und Vorbehalt, für Anfechtung und Auslegung des Vertragsinhalts müssen stets die Rechtsgedanken des Bürgerlichen Gesetzbuches bemüht werden.⁷⁰ So sehr unterscheiden sich verfügende und verpflichtende Verträge also gar nicht voneinander.

Dass Verträge rechtsgeschäftlichen Charakter haben, bedeutet aber nicht, dass sie zwingend materiellrechtlicher Natur sind. Der Vertrag als mehrseitiger Gestaltungsakt ist zwar dem Bürgerlichen Recht entnommen, aber nicht allein dem Bürgerlichen Recht vorbehalten. Je

⁶⁷ RGZ 160, 241, 242; BGH NJW-RR 1989, 802, 802; Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozeß, 2. Aufl. 1972, S. 264, 268, 272 f.; Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 95 f., 175; Habscheid, NJW 1965, 2369, 2372; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, Vor § 128 Rn. 26.

⁶⁸ Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 95 f.; Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozeß, 2. Aufl. 1972, S. 272 f.; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, Vor § 128 Rn. 26.

⁶⁹ Baumgärtel, ZZZ 87 (1974), 121, 134.

⁷⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 66 IV.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

nachdem, mit welchem Inhalt er ausgefüllt wird, kann er verschiedenen Rechtsgebieten angehören.

Der Vertrag im Verwaltungsrecht (vgl. §§ 54 VwVfG ff.) ist aufgrund seines Inhalts öffentlich-rechtlicher Vertrag. Im staatlichen Zivilprozess, wo staatliche Hoheitsgewalt auf private Dispositionsfähigkeit trifft,⁷¹ gibt es ebenfalls Verträge, die aufgrund ihrer Wirkung im Prozess prozessrechtliche Verträge sind. Prorogation und Vergleichsvertrag sind unstreitig prozessrechtliche Verträge.⁷²

Genauso wenig wie „Prozessrechtlicher Verfügungsvertrag“ ist „Prozessrechtliches Schuldverhältnis“ ein Widerspruch. Rechte und Pflichten gibt es im materiellen Recht genauso wie im Prozessrecht.⁷³ Sie sind nicht dem Bürgerlichen Recht vorbehalten. Auch verwaltungsrechtliche Verträge enthalten schuldrechtliche Elemente und werden dennoch als öffentlich-rechtlich qualifiziert.⁷⁴ Die ZPO gibt den Parteien mit der Schiedsvereinbarung ein mächtiges Instrument zur Gestaltung ihres Prozessverhältnisses an die Hand. Das bürgerlich rechtliche Prinzip der Privatautonomie wird ganz in den Mittelpunkt des prozessualen Verfahrens gerückt. Zur Gestaltung des Verfahrens gehört die Konstituierung von vertraglichen Pflichten. Die vertragliche Pflicht als Rechtsfigur ist dem Zivilrecht entnommen, sie wird aber für das Schiedsverfahren mit prozessuaalem Inhalt gefüllt und erhält dadurch ein prozessrechtliches Wesen.

Schiedermair und *Baumgärtel* müssen sich daher entgegenhalten lassen, dass sie eine willkürliche Trennlinie zwischen prozessrechtlichen und materiellrechtlichen Verträgen ziehen. Verträge lassen sich in Verträge mit Verfügungswirkung und Verträge mit Verpflichtungswirkung einteilen. Beide Arten von Verträgen sind im BGB geregelt. Sind mithin Verträge mit Verfügungswirkung als prozessrechtlich qualifizierbar, sind es auch Verträge mit Verpflichtungswirkung. Es kommt nämlich nicht auf das Instrument des Vertrages, sondern auf den Vertragsinhalt an.

Der verpflichtende Prozessvertrag ist mithin kein aliud gegenüber der Parteiprozesshandlung. Er ist vielmehr eine Variante der Prozesshandlung. Es ist zwischen einseitigen und mehrseiti-

⁷¹ Musielak, Grundkurs ZPO, 7. Aufl. 2004, Rn. 102.

⁷² Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 66 II; Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 48 I.

⁷³ Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, S. 36.

⁷⁴ Lange, NVwZ 1983, 313, 316 f.; Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, S. 79 f.; Meyer/Borgs/Meyer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1982, § 54 Rn. 52, 60.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

gen Prozesshandlungen zu unterscheiden, wobei letztere sowohl Prozessverträge mit Verfügungswirkung als auch mit Verpflichtungswirkung umfassen.

Die Schiedsvereinbarung, die die Rechte und Pflichten der Parteien im Schiedsverfahren regelt, begründet mithin ein prozessrechtliches Schuldverhältnis. Rechte und Pflichten stehen dabei unter dem Vorbehalt der Einleitung des Schiedsverfahrens, sie werden relevant, wenn aus den Parteien der Schiedsvereinbarung Prozessparteien werden.

3. Die prozessrechtliche Theorie

a. Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit

Nach der prozessrechtlichen Theorie liegt eine Hauptwirkung der Schiedsvereinbarung im Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit und in der Entstehung einer prozesshindernden Einrede gem. § 1032 I ZPO. Mithin handele es sich bei der Schiedsvereinbarung um einen prozessrechtlichen Vertrag.⁷⁵

b. Ermöglichung des Schiedsverfahrens

Neben diese Negativwirkung der Schiedsvereinbarung trete, so wird angeführt, die positive Wirkung der Ermöglichung eines auf einen urteilsgleichen Spruch gerichteten Verfahrens.⁷⁶

Da der Schiedsspruch – als Ziel der Schiedsvereinbarung – Rechtsprechungsakt und kein materiellrechtlicher Gestaltungsakt sei, könne auch die Schiedsvereinbarung kein rein materiellrechtlicher Vertrag sein.⁷⁷

4. Stellungnahme zur prozessrechtlichen Theorie

Die Schiedsvereinbarung für sich genommen stellt kein Hindernis für die Durchführung eines staatlichen Prozesses dar, hat insofern keine unmittelbare prozessuale Wirkung. Gem. § 1032 I ZPO bewirkt sie zwar die Entstehung einer prozesshindernden Einrede. Um ihrerseits eine Wirkung auf prozessualer Ebene zu erreichen, muss diese aber erst geltend gemacht werden: Der Beklagte muss vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache rügen, dass Klage in einer Angelegenheit erhoben wurde, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist. Nur

⁷⁵ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 37; Hausmann, in Festschrift für Lorenz, 359, 361; Nagel, in Festschrift für Schwab, 367, 369; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 174 Rn. 7; Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 92 III 4.

⁷⁶ Hausmann, in Festschrift für Lorenz, 359, 361.

⁷⁷ Hausmann, in Festschrift für Lorenz, 359, 361.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

in diesem Fall weist das Gericht die Klage als unzulässig ab. Prozesshindernd ist daher die Geltendmachung der Einrede der Schiedsvereinbarung, nicht aber schon der Abschluss der Schiedsvereinbarung selbst, die nur im Hinblick auf einen künftigen, nur als möglich ins Auge gefassten Schiedsprozess geschlossen wird.⁷⁸ Der Vorrang der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist in der Einredemöglichkeit jedoch bereits angelegt.

Von der prozessrechtlichen Theorie wird die These einer prozessualen Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung auch darauf gestützt, die Schiedsvereinbarung erzeuge die Wirkung der Ermöglichung eines auf einen urteilsgleichen Spruch gerichteten Verfahrens.⁷⁹ Es wird also von der Rechtsnatur des Verfahrens auf die Rechtsnatur der diesem zugrunde liegenden Vereinbarung geschlossen. Ein Streitbeilegungsverfahren ist entscheidend durch seinen Endpunkt gekennzeichnet. Dieser ist beim Schiedsverfahren der Schiedsspruch und dieser ist urteilsgleich, vgl. § 1055 ZPO. Wird ein Verfahren, das mit einem hoheitlichen Urteil endet, als prozessrechtlich angesehen, so muss das auch für das mit dem urteilsgleichen Schiedsspruch endende Verfahren gelten. Das Schiedsverfahren wird über die Schiedsvereinbarung bestimmt. Ist das Verfahren prozessrechtlich und die Schiedsvereinbarung seine Quelle, dann ist der Schluss gerechtfertigt, die Schiedsvereinbarung sei (erst recht) prozessrechtlich.

Zwar wird das Verfahren nicht unmittelbar über die Schiedsvereinbarung eingeleitet, sondern erst dadurch, dass der Beklagte den Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, empfängt (§ 1045 ZPO). Der Antrag wäre aber unbeachtlich, würde er nicht von der Schiedsvereinbarung gestützt. Die Schiedsvereinbarung stellt also das Band her, das die Parteien vor und während des Schiedsverfahrens untereinander und über den sich anschließenden Schiedsrichtervertrag mit den Schiedsrichtern verbindet, die schließlich den Schiedsspruch fällen. Das gesamte Schiedsverfahren stellt mit der Schiedsvereinbarung eine Einheit dar. Das Schiedsverfahren ist prozessrechtlich und darum ist es auch die Schiedsvereinbarung.

5. Fazit

Die Schiedsvereinbarung ist die erste und grundlegende Voraussetzung für die Durchführung eines Schiedsverfahrens. Durch die Bewirkung der Einredemöglichkeit nach § 1032 I ZPO gewährleistet sie den grundsätzlichen Vorrang des Schiedsverfahrens gegenüber dem staatlichen Gerichtsverfahren. Die von ihr ausgehenden Pflichten und Lasten gestalten das Schiedsverfahren maßgeblich.

⁷⁸ Lorenz, AcP 157 (1958 / 1959), 265, 281.

⁷⁹ Hausmann, in Festschrift für Lorenz, 359, 361.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Diese Wirkungen machen die Schiedsvereinbarung aus, und sie entfalten sich auf dem Gebiet des Prozessrechts. Zwar hängt ihre Entfaltung immer von einem weiteren Parteiakt ab, entweder der Einleitung eines schiedsrichterlichen Verfahrens oder der Geltendmachung der prozesshindernden Einrede. Sie entstehen daher nicht „unmittelbar“ durch den Abschluss der Schiedsvereinbarung – das Unmittelbarkeitskriterium passt bezogen auf die Schiedsvereinbarung nicht und sollte daher verworfen werden – aber sie sind insgesamt als prozessrechtlich zu qualifizieren. Die Schiedsvereinbarung hat daher insgesamt eine rein prozessuale Rechtsnatur.

III. Die Schiedsvereinbarung als Gesellschaftsvertrag in Analogie zum Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Das Prozessverhältnis der Schiedsparteien, das durch einen Katalog gegenseitiger Pflichten gekennzeichnet ist,⁸⁰ könnte ein Gesellschaftsverhältnis darstellen, ähnlich dem einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Gesellschaftsvertrag wäre die Schiedsvereinbarung. Das eröffnete die Möglichkeit, gesetzliche Regelungslücken, die bezüglich der Schiedsvereinbarung bestehen, unter Rückgriff auf das Recht der GbR zu füllen.

1. Der Analogieschluss

Die Gesellschaft *bürgerlichen* Rechts scheint mit ihrem Namen zu implizieren, dass die sie regelnden gesetzlichen Vorschriften ausschließlich auf Schuldverhältnisse Anwendung finden sollen, die bürgerlich rechtlicher Natur sind. Wie aber bereits dargelegt,⁸¹ kann das Zivilrecht auch in anderen Rechtsgebieten Anwendung, wenn auch entsprechende, finden.

In keinem Rechtsgebiet ist der Vertrag so eingehend geregelt wie im bürgerlichen Recht und das Prozessrecht entbehrt einer detaillierten Regelung des Prozessvertrages. Es muss daher auf die Vorschriften des BGB zurückgegriffen werden können, soweit dies mit der Eigenart des betreffenden Prozessvertrages vereinbar ist.⁸²

Voraussetzung für eine Analogie ist eine Gesetzeslücke im Sinne des Fehlens einer unmittelbar tatbestandlich wenigstens im Rahmen des weitestmöglichen Sprachsinns auf das anstehende Sachproblem anwendbaren Norm. Die vorhandene Regelungslücke muss „planwidrig“ sein. Unter Planwidrigkeit ist zu verstehen, dass in der Regelschicht der Gesetzesvorschriften die Zwecke und Grundwertungen, von denen sich die Gesetzgebung an sich im jeweils fraglichen Zusammenhang leiten ließ, nicht konsequent und umfassend realisiert wurden.⁸³ Planwidrigkeit besagt also, dass es einer gesetzlichen Regelung tatsächlich bedarf, dass ein Sachproblem, ein Fall wirklich gelöst werden soll.

Ist eine Gesetzeslücke festgestellt, kann ein Analogie erwogen werden.

⁸⁰ 1. Kap. II 2 b, Die Pflichten der Schiedsparteien.

⁸¹ 1. Kap. II 2 c bb, Prozessrechtliche Einordnung der Pflichten aus der Schiedsvereinbarung.

⁸² Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 37; Hausmann, in Festschrift für Lorenz, 359, 361.

⁸³ Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 59 f.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Analogieschluss bedeutet, dass eine Norm auf einen Fall angewandt wird, die diesen auch nach weitester grammatischer Auslegung textlich nicht erfasst, deren Zweck aber auf den gerade dadurch rechtsähnlichen Fall passt.⁸⁴

Wenn der problemrelevante Zweck der Norm sich nur auf die tatbestandlich erfassten Sachverhalte erstreckt, muss gefolgert werden, dass die in der Rechtsvorschrift angeordnete Rechtsfolge nur unter den tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift gelten soll, also keinesfalls auf textlich nicht erfasste weitere Fälle auszudehnen ist. Hier ist also ein Umkehrschluss (argumentum e contrario) geboten. Wenn der problemrelevante Zweck der Norm aber über die tatbestandlich erfassten Sachverhalte hinausgeht, kann die Rechtsfolge auch auf textlich nicht erfasste Fälle ausgedehnt werden.⁸⁵

2. Gesetzeslücken bei der Schiedsvereinbarung

Die gesetzliche Regelung der Schiedsvereinbarung weist Lücken auf.

So finden sich im 10. Buch der ZPO weder Bestimmungen zum Entstehen noch zum Erlöschen einer Schiedsvereinbarung. Wenn der Inhalt eines Vertrages geregelt ist, sind aber auch seine Entstehung und sein Erlöschen regelungsbedürftig.

Die Schiedsvereinbarung kommt durch zwei korrespondierende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, gem. §§ 145 ff. BGB analog zustande. Es herrscht Einigkeit, dass die §§ 145 ff. BGB (in entsprechender Anwendung auf das Prozessrecht) den Abschluss der Schiedsvereinbarung regeln.⁸⁶

Ungeklärt ist dagegen, nach welchen Vorschriften sich ihr Erlöschen bestimmt. Dass der Gesetzgeber vom Erlöschen der Schiedsvereinbarung unter gewissen Umständen ausging, zeigt sich an der Formulierung des § 1059 V ZPO. Danach hat die Aufhebung des Schiedsspruchs im Zweifel zur Folge, dass wegen des Streitgegenstandes die Schiedsvereinbarung wiederauflebt. Ein Wiederaufleben setzt aber das vorherige Erlöschen voraus. Es existieren nur keine Normen, die das Erlöschen der Schiedsvereinbarung ihrem Wortlaut nach anordnen.

Der Gesetzgeber hat seine Grundentscheidung der Regelung der Schiedsvereinbarung also nicht umfassend realisiert. Es liegt eine planwidrige Regelungslücke vor.

⁸⁴ Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 66.

⁸⁵ Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 64.

⁸⁶ Vgl. nur: Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl. 2005, § 1029 Rn. 10; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 37; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 8.

3. Ausfüllung der Gesetzeslücken

Es bietet sich zur Lückenschließung die entsprechende Anwendung von zivilrechtlichen Vorschriften an, die das Erlöschen von Schuldverhältnissen regeln. Die Schiedsvereinbarung begründet ein prozessuales Schuldverhältnis, das seine Wirkungen im Schiedsverfahren entfaltet und dessen Wirkungen aufschiebend bedingt sind durch die Erhebung der schiedsgerichtlichen Klage. Darüber hinaus erzeugt die Schiedsvereinbarung auch prozessuale Lasten für die Parteien des Schiedsverfahrens und die prozesshindernde Einrede gem. § 1032 I ZPO. Erlischt der schuldrechtliche Teil der Schiedsvereinbarung, so ist nach dem Rechtsgedanken des § 139 BGB das ganze Rechtsgeschäft nichtig, da ein Schiedsverfahren nicht ohne die gegenseitigen prozessualen Pflichten der Parteien denkbar ist.

Als zentrale Erlöschensnorm des allgemeinen Teils des Schuldrechts des BGB kommt hier § 362 BGB in Betracht: Wenn alle den Parteien der Schiedsvereinbarung obliegenden Leistungen bewirkt sind, erlischt die Schiedsvereinbarung. Doch § 362 BGB ist nicht zu entnehmen, wann das der Fall ist. Die Parteien schulden sich wiederkehrende Leistungen. Unklar ist, wann *alle* Leistungen bewirkt sind.

Es ist daher nach sachgerechteren Erlöschenstatbeständen zu suchen. Die Prüfung des besonderen Schuldrechts ergibt, dass die Schiedsvereinbarung in dem Gesellschaftsvertrag der BGB-Gesellschaft ihre materiellrechtliche Entsprechung haben könnte. Beide Rechtsverhältnisse sind Dauerschuldverhältnisse. Die Erlöschenstatbestände im Recht der GbR sind vielfältig und könnten möglicherweise für die Schiedsvereinbarung fruchtbar gemacht werden.

Voraussetzung für die Übertragung der Rechtsfolge einer gesetzlichen Norm auf einen von ihr nicht geregelten Fall ist die Vergleichbarkeit des geregelten Sachverhalts mit dem ungeregelten.

Die Vorschriften über das Erlöschen der GbR bezwecken zunächst die Beendigung eines Gesellschaftsverhältnisses mit den Merkmalen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Sollen diese Vorschriften auf andere Gesellschaften bzw. andere Schuldverhältnisse entsprechende Anwendung finden, so müssen diese der GbR ähnlich sein.

Es ist daher zu prüfen, ob die Schiedsvereinbarung dem Gesellschaftsvertrag einer GbR ähnlich ist.

4. Gesellschaftsvertrag der GbR und Schiedsvereinbarung im Vergleich

a. Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen

aa. Austauschverhältnis

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Der Gesellschaftsvertrag als im besonderen Teil des Schuldrechts geregelter Vertragstyp ist von sonstigen vertraglichen Schuldverhältnissen abzugrenzen, insbesondere von den Austauschverhältnissen. Im Gegensatz zur GbR, wo die Gesellschafter einen gemeinsamen Zweck verfolgen, § 705 BGB, erschöpft sich das schuldrechtliche Austauschverhältnis im bloßen Austausch von Leistungen, die Leistungen sind nicht auf dasselbe Ziel ausgerichtet.⁸⁷ Bei den Schiedsparteien ist aber ein gemeinsames Ziel auszumachen.⁸⁸ Mit ihren Prozesshandlungen streben sie eine richterliche Beilegung ihres Rechtsstreits an. Der Sinn der rechtlichen Verbindung der Schiedsparteien erschöpft sich damit nicht in der Prozessförderung an sich. Diese ist nicht Selbstzweck und dient nicht nur der jeweils anderen Partei, sondern steht auch im eigenen Interesse der Partei, die die Prozessförderung unternimmt. Die von einer Seite erbrachten Förderungsleistungen erfolgen nicht um der Erlangung der Leistung der jeweils anderen Seite willen, sondern um der Erreichung des gemeinsamen Zwecks willen. Die Schiedsvereinbarung begründet mithin kein Austauschverhältnis.

bb. Gemeinschaft

Wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird auch die Gemeinschaft nach Bruchteilen durch eine gewisse Interessenübereinstimmung der an der Gemeinschaft Beteiligten geprägt.⁸⁹ Bei der Gemeinschaft bezieht sich das gemeinsame Interesse aber immer auf einen Vermögensgegenstand. Das Vorhandensein gemeinschaftlichen Vermögens ist zwingende gesetzliche Voraussetzung für das Bestehen einer Gemeinschaft.⁹⁰ Die Schiedsparteien halten dagegen kein gemeinsames Vermögen.⁹¹ Sie können daher keine Gemeinschaft nach Bruchteilen entsprechend den §§ 741 ff. BGB bilden.

cc. Verein

⁸⁷ Vgl. MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, Vor § 705 Rn. 104, 125.

⁸⁸ 1. Kap. III 4 c, Der gemeinsame Zweck.

⁸⁹ Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Schücking, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 7; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, Vor § 705 Rn. 125.

⁹⁰ Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Schücking, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 8; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, Vor § 705 Rn. 124.

⁹¹ 1. Kap. III 4 g bb, Innengesellschaft.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Der Verein unterscheidet sich von der BGB-Gesellschaft durch seine körperschaftliche Organisation.⁹² Sein Bestand ist unabhängig davon, welche Mitglieder ihm angehören.⁹³ Ein Austritt aus dem Verein ist grundsätzlich jederzeit möglich, § 39 I BGB.⁹⁴ Die Geschäfte des Vereins werden durch einen Vorstand geführt und er tritt unter einem Gesamtnamen im Rechtsverkehr auf.⁹⁵

Die Schiedsparteien sind nicht körperschaftlich organisiert. Der Fortbestand der Schiedsvereinbarung ist i.d.R. nicht vom Wegfall einer Schiedspartei unabhängig. Das Ausscheiden einer Partei aus dem Prozess zu Lebzeiten ohne einen Parteiwechsel ist mit dem Prozessende und der Beendigung der Schiedsvereinbarung verbunden.⁹⁶ Ein solches Ausscheiden aus dem Prozess und damit aus der Schiedsvereinbarung ist auch nur aus wichtigem Grund möglich.⁹⁷ Darüber hinaus haben die Schiedsparteien kein vorstandsähnliches Organ. Die Schiedsparteien nehmen nicht als Einheit am Rechtsverkehr teil,⁹⁸ besitzen auch keinen Gesamtnamen. Die Verbindung der Schiedsparteien hat mithin keine vereinsmäßige Struktur.

b. Die Gesellschafter

Entsprechend ihrer Rechtsnatur als Schuldverhältnis setzt die Gründung einer GbR stets eine Beteiligung von mindestens zwei Gesellschaftern voraus.⁹⁹ Die Parteien einer Schiedsvereinbarung und damit etwaigen „Schiedsverfahrensgesellschaft“¹⁰⁰ sind auch mindestens zwei. Das ergibt sich aus der Notwendigkeit von Kläger und Beklagtem im prozessrechtlichen Verfahren.

⁹² Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Schücking, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 11; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, Vor § 705 Rn. 133.

⁹³ Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, Einf. v. § 21 Rn. 13.

⁹⁴ Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 39 Rn. 1.

⁹⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, Einf. v. § 21 Rn. 13.

⁹⁶ Ein solches einseitiges Ausscheiden aus dem Schiedsverfahren ist nur unter Kündigung der Schiedsvereinbarung möglich, 1. Kap. III 5 e bb, Außerordentliche Kündigung.

⁹⁷ 1. Kap. III 5 e bb, Außerordentliche Kündigung.

⁹⁸ 1. Kap. III 4 g bb, Innengesellschaft.

⁹⁹ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 60; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 I 1.

¹⁰⁰ Der Begriff stammt von Habscheid, KTS 1955, 33, 35.

c. Der gemeinsame Zweck

Die Regelung des gemeinsamen Zwecks ist gem. § 705 BGB notwendiges Vertragsbestandteil eines jeden Gründungsvertrags einer GbR.¹⁰¹ Der gemeinsame Zweck verkörpert als das gemeinschaftsrechtliche Element das charakteristische Merkmal der Gesellschaft und grenzt sie von sonstigen vertraglichen Schuldverhältnissen, darunter namentlich Austauschverträgen, ab; dort ist das Interesse der Vertragspartner allein auf den Empfang der jeweiligen Einzelleistung beschränkt.¹⁰² Die Einigung über den gemeinsamen Zweck steht notwendig am Beginn jeder gesellschaftlichen Zusammenarbeit.¹⁰³

Gemeinsamer Zweck i.S. von § 705 BGB kann jeder zulässige Zweck sein.¹⁰⁴ In Betracht kommen wirtschaftliche, aber auch ideelle Zwecke. Der verfolgte Zweck kann auf Dauer angelegt sein und sein Ende durch Zeitablauf oder Kündigung finden. Er kann aber auch ein einmaliger sein wie das Führen eines Prozesses¹⁰⁵ und sein Ende durch Zweckerreichung finden.¹⁰⁶

Von dem Zweck der Gesellschaft iS des gemeinsamen Zwecks der Gesellschafter zu unterscheiden sind die nicht zum Gegenstand der Zweckvereinbarung gemachten Motive der Parteien für ihre Beteiligung an der Gesellschaft.¹⁰⁷ Die Motive einer Partei können auch als der von dieser Partei individuell verfolgte Endzweck angesehen werden. Es wird auch von „Zielen“ der Parteien in Abgrenzung zum gemeinsamen Zweck gesprochen.¹⁰⁸ Motive, Endzweck, Ziel haben in diesem Zusammenhang dieselbe Bedeutung. Wichtig ist, dass, während die Ge-

¹⁰¹ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 705 Rn. 1; Staudinger/Habermeier, BGB, 13. Aufl. 2003, § 705 Rn. 17; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 58 I 1 a; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Weipert, 2. Aufl. 2004, § 6 Rn. 1.

¹⁰² K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 I 3 b.

¹⁰³ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 128.

¹⁰⁴ ganz h.M.: K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 I 3 a; Ballerstedt, JuS 1963, 253, 254; Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl. 1985, § 705 Rn. 35; Erman/Westermann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 705 Rn. 30; Böhmer, JZ 1994, 982, 983.

¹⁰⁵ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 144; vgl. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 I 3 a, und Böhmer, JZ 1994, 982, 983, die einen Musterprozess als tauglichen gemeinsamen Zweck ansehen.

¹⁰⁶ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 144.

¹⁰⁷ BGH NJW 1951, 308, 308; BB 1960, 15, 15; Fikentscher, in Festschrift für H. Westermann, 87, 94; H. P. Westermann, ZHR 144 (1980), 232, 238; Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl. 1985, § 705 Rn. 36; Wiedemann, Gesellschaftsrecht Band I, § 1 I 1 b aa.

¹⁰⁸ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 I 3 b.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

sellschafter denselben gemeinsamen Zweck i.S.d. § 705 BGB verfolgen müssen, ihre Motive nicht zwingend übereinstimmen müssen, der von jeder Partei verfolgte Endzweck, die jeweils verfolgten Ziele nicht identisch sein müssen.¹⁰⁹

Die Parteien der Schiedsvereinbarung verfolgen mit dem Schiedsverfahren den Zweck der endgültigen Beilegung eines zwischen ihnen bestehenden Rechtsstreits. Die Streitbeilegung soll primär über die Entscheidung eines neutralen Dritten in einem Schiedsspruch zur Sache erfolgen.¹¹⁰ Sie kann aber auch über einen Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut gem. § 1053 I 2, II ZPO erreicht werden.

Zweck ist ferner, die Entscheidung des Rechtsstreits durch einen selbst gewählten Schiedsrichter in einem selbst mitbestimmten Verfahren fällen zu lassen. Es geht den Parteien um Beilegung der Streitigkeit, also Rechtsfrieden, aber auch um Rechtssicherheit, die durch Klärung der Rechtslage und die Finalität der Entscheidung erreicht wird, bzw., im Fall des Vergleichsschiedsspruchs, durch Neugestaltung des Rechtsverhältnisses der Parteien.

Über die Klärung der Rechtslage und die Entscheidung erhofft sich eine Partei, den von ihr behaupteten Anspruch zuerkannt zu bekommen, und die andere Partei, dass der bestrittene Anspruch vom Schiedsgericht als nicht bestehend angesehen wird. Die persönlichen Ziele der Parteien eines Schiedsverfahrens konkurrieren also teilweise auch miteinander.

Die Durchführung des (schieds)gerichtlichen Verfahrens ist aber für beide Parteien die einzige Möglichkeit, der jeweils anderen Partei die eigene Rechtsansicht aufzuzwingen mit der Folge, dass diese den behaupteten Anspruch erfüllt bzw. von ihrer Forderung Abstand nimmt. Die Parteien sind durch die Schiedsvereinbarung also zum Zweck der Entscheidungsermöglichung verbunden, auch wenn sie durch individuelle Ziele getrennt sind.¹¹¹

Streitig ist, ob jeder Gesellschafter an den Ergebnissen (etwa an den Gewinnen) der Gesellschaft teilhaben muss.

Von der Streitbeendigung durch das Schiedsverfahren profitieren zunächst einmal beide Parteien, da sich Rechtsfrieden und Rechtssicherheit für beide Parteien positiv auswirken. Besteht die Streitbeendigung aber darin, dass nur eine Partei obsiegt, hat die Erreichung des ge-

¹⁰⁹ Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 I 3 b; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 147.

¹¹⁰ Vgl. Habscheid, KTS 1955, 33, 35.

¹¹¹ Vgl. Habscheid, KTS 1955, 33, 35.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

meinsamen Zwecks für die Parteien ungleiche Auswirkungen: Die obsiegende Partei erlangt einen Vorteil für sich aus dem Verfahren, die unterliegende Partei einen Nachteil.

Nach einer Ansicht kann bei auf Gewinnerzielung ausgerichteten Gesellschaften Gesellschafter nur sein, wer am Gewinn und Verlust teilnimmt. Der gemeinsame Zweck müsse die zumindest eingeschränkte Gewinn- (und Verlust-) Beteiligung eines jeden Gesellschafters umfassen;¹¹² bei anderen Gesellschaften komme es auf die Art des verfolgten Zwecks an: „Der verfolgte Zweck ist nur für diejenigen Beteiligten ein gemeinsamer, die das jeweils erzielte Ergebnis sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht gleichartig trifft.“¹¹³

Nach der h. M. muss nicht jeder Gesellschafter an den Ergebnissen der Gesellschaft teilhaben.¹¹⁴

Der von der h. M. vertretenen Unterscheidung zwischen gemeinsamem Zweck und Ergebnisbeteiligung ist zuzustimmen. Die Verlustbeteiligung als ausschlaggebend für die Abgrenzung zwischen Gesellschaft und partiarischen Rechtsverhältnissen anzusehen,¹¹⁵ ist wegen § 231 II HGB falsch.¹¹⁶ Dem Wortlaut des § 705 BGB ist auch kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass es auf eine allseitige Gewinn- bzw. Ergebnisbeteiligung der Gesellschafter ankommt.

Die Grenze zwischen Gesellschaft und Schenkung oder Garantieverprechen bzw. einseitiger Zuwendung wird durch den Verzicht auf das Merkmal der Ergebnisbeteiligung nicht etwa verwischt.¹¹⁷ Vielmehr bleibt es auch für den vom Ergebnis Profitierenden bei der im Gesellschaftsvertrag übernommenen Förderungspflicht¹¹⁸. Eine Schenkung bzw. die einseitige Erfüllung der Auflagen eines Schiedsspruchs können die gemeinschaftsrechtliche BGB- Personengesellschaft ergänzen, müssen aber von ihr unterschieden werden.¹¹⁹

¹¹² Vgl. RGZ 95, 149; RG JW 1930, 2655; Wieland, Handelsrecht Band I, S. 462 f.; Ballerstedt, JuS 1963, 253, 255; Düringer/Hachenburg/Flechtheim, HGB, 3. Aufl. 1932, § 105 Rn. 2.

¹¹³ Schulze-Osterloh, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, S. 13 ff., 18 ff., 25 f., 37, 66.

¹¹⁴ BGH NJW 1987, 3124, 3125; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1/1, § 3 II; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 I 3 b; Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl. 1985, § 705 Rn. 36; Erman/Westermann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 705 Rn. 32; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, BGB, § 705 Rn. 64; Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, 20. Aufl. 2003, § 5 I 2.

¹¹⁵ Schulze-Osterloh, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, S. 25 f.

¹¹⁶ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Fn. 381.

¹¹⁷ Das befürchtete Ballerstedt, JuS 1963, 253, 255.

¹¹⁸ Vgl. für die Schiedsparteien 1. Kap. II 2 b bb, Allgemeine Prozessförderungs- und Loyalitätspflicht.

¹¹⁹ Vgl. MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 150.

Festzuhalten bleibt, dass die Parteien mit der Schiedsvereinbarung den gemeinsamen Zweck verfolgen, einen zwischen ihnen bestehenden Rechtsstreit über ein Schiedsverfahren beizulegen, um dadurch Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu erlangen. Der verfolgte Zweck ist ein einmaliger, und er ist nicht wirtschaftlicher, sondern ideeller Natur. Dass durch den Schiedsspruch i.d.R. nur eine Partei „Recht bekommt“, dass das Schiedsverfahren also einen Gewinner und einen Verlierer hervorbringen kann und jede Partei diejenige sein möchte, die am Ende obsiegt, ist für das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks unerheblich.

Die Parteien streben mithin eine Zweckerreichung i.S.d. § 705 BGB an.

d. Die Pflichten

aa. Die Beitragspflicht

Gem. § 705 BGB verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Die von den Gesellschaftern zu leistenden Beiträge laufen also auf eine Förderung des Gesellschaftszwecks hinaus. Es genügt jede Verpflichtung zur Zweckförderung.¹²⁰ Als Gegenstand der Förderungspflicht (Beitragspflicht) kommen alle Arten von Handlungen in Betracht; auch vertraglich geschuldete Unterlassungen fallen darunter.¹²¹ Die Prozessförderung durch die Schiedsparteien kann als Beitrag i.S.d. § 705 BGB angesehen werden.¹²² Dass die Schiedsparteien in unterschiedlicher Weise mit unterschiedlicher Intensität am Fortgang des Prozesses mitwirken, steht der Qualifizierung der Mitwirkung als Beiträge i.S.d. § 705 BGB nicht entgegen. Es müssen nicht alle Gesellschafter in gleicher Weise zum Gesellschaftszweck beitragen.¹²³ Der Charakter des Gesellschaftsvertrages als Dauerschuldverhältnis macht aber grundsätzlich eine dauernde Förderungspflicht erforderlich¹²⁴. Die Prozessförderungspflicht der Schiedsparteien erschöpft sich nicht in einer einmaligen Beitragspflicht. Sie besteht während des gesamten Prozesses.

bb. Die Treuepflicht

¹²⁰ RGZ 80, 268, 271; RG, JW 1937, 2970.

¹²¹ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 154; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 I 4; Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, 20. Aufl. 2003, § 7 I 1.

¹²² Vgl. Habscheid, KTS 1955, 33, 35 f.

¹²³ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 I 3 b.

¹²⁴ Vgl. RGZ 77, 223, 227 f.; BGH NJW-RR 1991, 1186, 1187; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 153.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Die Existenz einer Treuepflicht im Gesellschaftsrecht ist allgemein anerkannt.¹²⁵ In jedem Rechtsverhältnis und damit in jeder Gesellschaft gibt es Loyalitätspflichten.¹²⁶ Über den Ursprung der Treuepflicht herrscht allerdings Uneinigkeit. Die einen betrachten sie als rein *gesetzliche*¹²⁷ Nebenpflicht¹²⁸, die sich aus der in § 242 BGB zum Ausdruck kommenden ungeschriebenen Legalordnung ergibt.¹²⁹ Die anderen sehen sie als Teil der *vertraglich* geschuldeten Pflichten an, die auch Hauptpflichten sein können.¹³⁰ Dieser Streit muss mangels Relevanz für die Frage des Bestehens und des Inhalts einer Treuepflicht nicht entschieden werden. Von Bedeutung ist, dass die Treuepflicht zwei Seiten hat, die Loyalitätspflicht im engeren und im weiteren Sinne. Loyalität i.e.S. bedeutet Unterlassung vertragswidriger Handlungen.¹³¹ Loyalität i.w.S. bedeutet aktive Förderung der Vertragsdurchführung.¹³² Indem sie sich zu konkreten Förderungs- und Interessenwahrungspflichten verdichtet, stimmt sie inhaltlich teilweise mit den die Parteien treffenden Beitragspflichten überein.¹³³

Die oben angesprochene Prozessförderungs- und Loyalitätspflicht¹³⁴ der Schiedsparteien und deren konkrete Ausprägungen¹³⁵ sind ebenfalls Ausdruck einer Treuepflicht.

¹²⁵ Vgl. nur: A. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 335 bis 356; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 102 ff.; M. Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Weipert, 2. Aufl. 2004, § 6 Rn. 32 ff.; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 221; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 20 IV 1a.

¹²⁶ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 20 IV 1 a.

¹²⁷ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 20 I 2.

¹²⁸ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 III 1 b.

¹²⁹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 20 IV 1 a; MünchKommBGB/Roth, 4. Aufl. 2004, § 242 Rn. 153; Erman/Westermann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 705 Rn. 49; Staudinger/Kessler, BGB, 12. Aufl. 1991, Vor § 705 Rn. 42.

¹³⁰ A. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 18 f.; Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl. 1985, § 705 Rn. 58; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 154; Staudinger/Habermeier, BGB, 13. Aufl. 2003, § 705 Rn. 50.

¹³¹ Vgl. MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 154.

¹³² Vgl. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Weipert, 2. Aufl. 2004, § 6 Rn. 32; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 222; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 20 IV 1a.

¹³³ Vgl. MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 154.

¹³⁴ 1. Kap. II 2 b bb, Allgemeine Prozessförderungs- und Loyalitätspflicht.

¹³⁵ 1. Kap. II 2 b dd ff., Die Pflichten der Schiedsparteien.

e. Der Sorgfaltsmaßstab

Gem. § 708 BGB hat ein Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Der Gesetzgeber nahm an, dass Parteien, die miteinander einen Gesellschaftsvertrag einzugehen beabsichtigten, sich gegenseitig so nehmen wollten, wie sie einmal seien, dass jeder Teil von vornherein die Individualität des anderen ins Auge fasse und daher nur verlange, dass er in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten dieselbe Sorgfalt wie in den eigenen Angelegenheiten übe.¹³⁶

Fraglich ist, ob § 708 BGB eine der Gesellschaftsform der BGB Gesellschaft angemessene Vorschrift ist. Der Wortlaut des § 705 BGB mit seiner Offenheit für die unterschiedlichsten Gesellschaftstypen steht in einem Spannungsverhältnis zu § 708, der offenbar nur eine Gesellschaft mit besonderer Vertrauensbasis im Blick hat.

Zur Auflösung dieses Wertungswiderspruchs ist die teleologische Reduktion einer der beiden Vorschriften zu erwägen. § 705 ist die zentrale Vorschrift der GbR. § 705 steht am Anfang des Titels 16, der die Gesellschaft bürgerlichen Rechts regelt. Über ihn wird die GbR definiert, und § 705 erfasst seinem Wortlaut nach eindeutig auch „unpersönliche“ Gesellschaftsformen. Mit § 708 hat der Gesetzgeber eine Norm geschaffen, die bei uneingeschränkter Anwendung die nach § 705 denkbare Formenvielfalt der GbR praktisch aufhebt und auch einen systematischen Bruch mit dem sonstigen wertneutralen Recht der GbR hervorruft. § 708 BGB muss sich also an § 705 BGB ausrichten, was folgende teleologische Reduktion zur Folge hätte: In von persönlichen Bindungen unabhängigen Gesellschaftsverhältnissen gilt § 708 BGB nicht.¹³⁷

Es bietet sich auch an, § 708 als Auslegungsregel zu betrachten.¹³⁸ Wenn sich die Gesellschafter „so nehmen wollen, wie sie sind“ – und nur dann – wird im Wege ergänzender Vertragsauslegung eine stillschweigende Haftungsbeschränkung i.S.d. § 708 BGB angenommen. Im Unterschied zur Lösung über die teleologische Reduktion wird die Haftungsbeschränkung den Parteien nicht gesetzlich aufgedrängt, sondern unterliegt dem insoweit freien Parteiwillen, wie er sich im Gesellschaftsvertrag niederschlägt.

¹³⁶ Protokolle, Mugdan II, S. 985; vgl. auch Ballerstedt, JuS 1963, 253, 258.

¹³⁷ Vgl. für Publikumsgesellschaft: BGHZ 69, 207, 210; BGH WM 1980, 30, 31; BGH NJW 1995, 1353, 1354; Erman/Westermann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 708 Rn. 3; Schneider, ZGR 1978, 1, 31 f.; Hüffer, ZGR 1981, 348, 361 f.; Grunewald, in Festschrift für Kropff, 89, 91 ff.; Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl. 1985, § 708 Rn. 3.

¹³⁸ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 III 2 c.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Als Argument für eine wortlautgetreue Interpretation des § 708 BGB wird angeführt, alle Angelegenheiten der Gesellschaft seien auch eigene Angelegenheiten des beteiligten Gesellschafters.¹³⁹ Aus der durch § 709 angeordneten gemeinsamen Führung der Gesellschaftsgeschäfte ergebe sich, dass jeder Gesellschafter – wenn auch nicht allein oder ausschließlich – „Herr des Geschäfts“ sei. Er solle daher auch den Mitgesellschaftern nicht zu einem höheren Maß an Sorgfalt verpflichtet sein, als er in seinem eigenen Bereich anwendet.¹⁴⁰

Die eigene Angelegenheit ist umgekehrt aber auch die Angelegenheit der Mitgesellschafter. Es handelt sich weder um eine nur eigene noch um eine nur fremde, sondern dem Gesellschaftszweck gemäß um eine gemeinsame Angelegenheit, so dass sich allein aus dem „auch eigenen“ Charakter nicht zwingend begründen lässt, die auch fremde Angelegenheit sei notwendig wie eine eigene zu behandeln.¹⁴¹

Auch im Fall der Einzelgeschäftsführung, in dem die Verantwortlichkeit für die Geschäfte der Gesellschaft eine unter den Gesellschaftern aufgeteilte ist, muss der eine Gesellschafter sich grundsätzlich darauf verlassen können, dass der andere Gesellschafter die ihm überantworteten Geschäfte sorgfältig führt. Denn auch Geschäfte, zu deren Führung ein Gesellschafter nicht befugt ist, bleiben über das Band der Gesellschaft mit ihm verbunden. Er steht ihnen nicht gleichgültig gegenüber, sondern es liegt ihm an ihrer ordentlichen Bewältigung. Auf dieses Interesse hat der geschäftsführende Gesellschafter Rücksicht zu nehmen.

Mit der Schiedsvereinbarung als Grundlage eines antagonistischen Verfahrens wollen die Parteien keine Haftungsprivilegierung schaffen. Im Schiedsverfahren, das aufgrund der aufeinander prallenden Rechtspositionen ein hohes Eskalationspotential hat, möchte keine Partei der anderen Raum für „individuelle Sorglosigkeit“¹⁴² zugestehen. Jede Partei wird auf Pünktlichkeit und Sachlichkeit der Vorträge der jeweils anderen Seite drängen und keine Nachlässigkeit dulden, die einer lückenlosen Klärung des Sachverhalts und der Rechtslage entgegensteht. Zwar wird das Verhältnis der Parteien zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung häufig noch unbelastet und freundschaftlich sein. Häufig stehen die Parteien in guten geschäftlichen Beziehungen. Die Schiedsvereinbarung wird aber im Streitfall relevant, und im Streit verzeihen sich die Streitenden selten eine Unachtsamkeit. So ist eine Kündigung aus wichtigem Grund¹⁴³ bei Nichterfüllung der Prozessförderungspflicht möglich, unabhängig

¹³⁹ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 708 Rn. 1.

¹⁴⁰ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 708 Rn. 1.

¹⁴¹ Müller-Graff, AcP 191 (1991), 475, 482 f.

¹⁴² Diesen Begriff hat der BGH geprägt, BGH JZ 1972, 88, 88.

¹⁴³ 1. Kap. III 5 e bb, Außerordentliche Kündigung.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

von der Frage, ob die Nichterfüllung verschuldet oder unverschuldet war.¹⁴⁴ Bei Nichtzahlung der Vorschussleistung auf das Schiedsrichterhonorar und darauf folgender Kündigung des Schiedsrichtervertrages durch den Schiedsrichter¹⁴⁵ kommt ein Schadensersatzanspruch der anderen Partei gegen die säumige Partei gem. §§ 280 I, III, 283 BGB analog in Betracht.¹⁴⁶ Nach der Kündigung des Schiedsrichters ist die Vorschussleistung in ihrer ursprünglichen Form als teilweise Tilgung der Honorarforderung des Schiedsrichters unmöglich geworden. Schaden ist die durch die Verzögerung der Streitbeilegung verursachte Vermögenseinbuße (wie entgangener Gewinn). Entsprechend den §§ 280 I, III, 283, 284 BGB kann auch das gezahlte Anwaltshonorar als frustrierte Aufwendung ersetzt verlangt werden. Es wäre unrealistisch anzunehmen, dass die Parteien für diese Ansprüche eine Haftungsprivilegierung vornehmen wollten.

Für die Schiedsparteien ist daher festzuhalten:

§ 708 BGB ist dispositiv¹⁴⁷, und dem Willen der Schiedsparteien entspräche es, ihn jedenfalls konkludent abzubedingen, wenn er sonst einschlägig wäre. Eines Abbedingens bedürfte es aber nicht einmal, wenn er, wofür vieles spricht, dahingehend teleologisch zu reduzieren wäre, dass Gesellschaften ohne starke Vertrauensbasis wie die Schiedsverfahrensgesellschaft per se nicht unter ihn zu subsumieren sind. Die Qualifizierung des § 708 BGB als Auslegungsregel, nach der (nur) bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen (besonders freundschaftliches Verhältnis der Gesellschafter zueinander) von einer Parteivereinbarung i.S.d. § 708 BGB auszugehen sei, läuft in Bezug auf die Verfahrensgesellschaft auf dasselbe Ergebnis wie eine teleologische Reduktion hinaus.

f. Teilhaberechte der Gesellschafter

aa. Geschäftsführung

Bis auf § 712 II BGB sind sämtliche Vorschriften über die Geschäftsführung bei der GbR abdingbar.¹⁴⁸ Kommt die Untersuchung mithin zu dem Ergebnis, dass die Verbindung der

¹⁴⁴ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, E.VI.2., Rn. 129.

¹⁴⁵ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, A.III.4., Rn. 64.

¹⁴⁶ Vgl. Wagner, Prozessverträge, 3. Kap., C I 1, S. 255.

¹⁴⁷ Allgemeine Meinung, vgl. nur: Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 705 Rn. 2; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 708 Rn. 3; Staudinger/Kessler, BGB, 12. Aufl. 1991, § 708 Rn. 13; Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl. 1985, § 708 Rn. 2; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, BGB, § 708 Rn. 3; Prütting/Wegen/Weinreich/von Dittfurth, BGB, § 708 Rn. 2; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2005, 1. A. Rn. 123.

¹⁴⁸ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 705 Rn. 2.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Schiedsparteien in bezug auf die Geschäftsführung nicht dem durch das Gesetz vorgesehenen Regelbild einer GbR entspricht, so kann sie doch einer atypischen GbR entsprechen, was die analoge Anwendung der Beendigungstatbestände der GbR bereits ausreichend rechtfertigen würde.

Geschäftsführung i.S.d. §§ 709 ff. BGB ist jede in Verfolgung des Gesellschaftszwecks vorgenommene Handlung für die Gesellschaft.¹⁴⁹ Im Recht der GbR besteht der Grundsatz der gemeinschaftlichen Geschäftsführung durch alle Gesellschafter, § 709 BGB.¹⁵⁰ Es kann aber auch Einzelgeschäftsführung durch einzelne Gesellschafter vereinbart sein, § 710 BGB¹⁵¹.

Die Schiedsparteien haben eine Aufteilung der Geschäftsführung nach Tätigkeitsbereichen analog § 710 BGB¹⁵² vereinbart. Die jeweilige Partei hat Einzelgeschäftsführungsbefugnis bezüglich aller ihr zustehenden Prozess- und prozessbegleitenden Handlungen.

Ein Widerspruchsrecht entsprechend § 711 besteht nicht. § 711 ist der Sache nach gar nicht einschlägig: Zwar haben beide Schiedsparteien Geschäftsführungsbefugnis, aber jeweils nur auf einen Teilbereich der Geschäfte bezogen. Es steht nicht i.S.d. § 711 die Geschäftsführung der Geschäfte allen zu, sondern die Führung einzelner Geschäfte einzelnen exklusiv. Nie sind beide Parteien bezüglich ein und desselben Geschäfts handlungsberechtigt. Wo keine Gesamtverantwortung besteht, muss es auch kein Mitspracherecht geben. Eine Gesamtverantwortung besteht abstrakt bezüglich der Erreichung des gemeinsamen Zwecks, aber nicht konkret bezüglich einzelner Handlungen auf dem Weg dorthin.¹⁵³

Auch bei der Zweimann-GbR kann der eine Gesellschafter dem Mitgesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis aus wichtigem Grund gem. § 712 I BGB entziehen.¹⁵⁴ Für die Schiedsparteien würde das bedeuten, dass eine Partei nicht mehr verhandeln dürfte. Das Verfahren könnte nicht fortgesetzt werden. Der Entzug der Geschäftsführungsbefugnis würde einer Beendigung des Schiedsverfahrens gleich kommen. Es steht aber keiner Partei zu, über die prozessualen Rechte der anderen einseitig zu verfügen. Vielmehr obliegt es dem Schieds-

¹⁴⁹ Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2000, S. 117.

¹⁵⁰ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 709 Rn. 1; Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth, BGB, § 709 Rn. 9; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 709 Rn. 38.

¹⁵¹ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 710 Rn. 1.

¹⁵² Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 710 Rn. 1.

¹⁵³ im Ergebnis so auch MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 711 Rn. 6.

¹⁵⁴ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 712 Rn. 2.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

richter, auf Pflichtverletzungen und die Unfähigkeit einer Partei zu prozessieren entsprechend zu reagieren, vgl. § 1042 IV ZPO. Ansonsten müssen die Parteien auf ihr Recht zur Kündigung verwiesen werden.¹⁵⁵

Es besteht bei der GbR die Möglichkeit der Kündigung der Geschäftsführung aus wichtigem Grund, § 712 II BGB. Kann eine Partei des Schiedsverfahrens die Prozessführung nicht fortsetzen, muss ihr die Möglichkeit gegeben sein, sich aus dem Verfahren zurückzuziehen. Unzumutbares kann nicht verlangt werden. I.d.R. handelt dann aber ein Prozessvertreter (Anwalt), tritt also als „Gehilfe des Geschäftsführers“¹⁵⁶ auf, so dass es der Kündigung nicht bedarf.

Gem. § 713 i.V.m. § 664 I 1 BGB analog gibt es grundsätzlich keine Delegation der Geschäftsführungsaufgabe an Dritte, sie ist aber möglich, § 713 i.V.m. § 664 I 2 BGB analog. Im Schiedsverfahren ist eine Prozessvertretung durch einen Rechtsanwalt als Dritten immer zulässig, § 1042 II ZPO.

Gem. § 713 i.V.m. § 664 II BGB analog ist der Anspruch des Mitgesellschafters auf Geschäftsführung durch den geschäftsführenden Gesellschafter nicht übertragbar. Der Anspruch auf Prozessführung, den die eine Schiedspartei aufgrund der beiderseitigen Zweckförderungspflichten gegen die andere hat, ist ebenfalls nicht auf Dritte übertragbar.

Würde man § 665 BGB analog auf die GbR anwenden, so wie es die Generalverweisung auf das Auftragsrecht in § 713 BGB nahe legt, würde das bedeuten, dass der Geschäftsführer an Weisungen seiner Mitgesellschaftler gebunden wäre. Eine solche Weisungsabhängigkeit ist dem Schiedsverfahren bezogen auf das Parteienverhältnis fremd. Keine Schiedspartei unterliegt den Weisungen der jeweils anderen. Es besteht kein Über-/Unterordnungsverhältnis. Wie eine Partei den Prozess führt, ist ihr allein überlassen. Verlangt werden kann, *dass* sie ihn führt, und dass sie ihn ordnungsgemäß führt,¹⁵⁷ nicht aber, *wie* sie ihn im einzelnen führt, welche Strategie sie verfolgt. Innerhalb der durch das Schiedsrecht und die vereinbarten Schiedsregeln abgesteckten Grenzen verbleibt ihr noch ein beträchtlicher Handlungsspielraum, den die andere Partei ihr nicht (durch Weisungen) verengen darf. § 713 BGB stellt die entsprechende Anwendung der §§ 664 bis 670 BGB aber auch ausdrücklich unter den Vorbehalt,

¹⁵⁵ 1. Kap. III 5 e bb, Außerordentliche Kündigung.

¹⁵⁶ Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 III 2 d.

¹⁵⁷ 1. Kap. II 2 b bb, Allgemeine Prozessförderungs- und Loyalitätspflicht.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

dass sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt. Die Weisungsbindung des Beauftragten verträgt sich eigentlich nicht mit der eigenverantwortlichen, auf der Mitgliedschaft beruhenden Stellung des Gesellschafters.¹⁵⁸ Auch auf den Geschäftsführer der GbR ist das Prinzip der Weisungsbindung daher grundsätzlich unanwendbar.

Gem. § 713 i.V.m. § 666 BGB analog besteht eine Auskunftspflicht der Geschäftsführer gegenüber den sonstigen Gesellschaftern.¹⁵⁹ Im Schiedsverfahren besteht eine sich an der jeweiligen Schiedsordnung und dem schiedsrichterlichen Verfahrensermessen¹⁶⁰ orientierende beschränkte Auskunftspflicht. Auskunft muss nur dort erteilt werden, wo ein anzuerkennendes Informationsbedürfnis der anderen Partei besteht.¹⁶¹ Keinesfalls gibt es eine Rechenschaftspflicht derart, dass die eine Schiedspartei der anderen ihre Prozessführungsstrategie aufdecken müsste, auch nicht nach Abschluss des Prozesses.

Der Geschäftsführer kann nach § 713 i.V.m. § 670 BGB analog Ersatz für Aufwendungen verlangen, die er zum Zweck der Geschäftsführung gemacht hat, und die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte.¹⁶² Obsiegt eine Partei im Schiedsverfahren, und hat sie sich zur Erstreitung des Urteils des Beistands eines Anwalts bedient, durfte sie im Regelfall die für den Anwalt getätigten Aufwendungen dafür erforderlich halten, die Streitbeilegung zu erreichen. Ohne den anwaltlichen Rat wäre ihr das kaum möglich gewesen. Insofern könnte in § 713 i.V.m. § 670 BGB analog die Rechtfertigung für die Kostentragungspflicht der unterliegenden Partei gesehen werden. Die unterliegende Partei hat nach den allgemeinen Grundsätzen des Kostenrechts, § 1057 I 2 ZPO, die Kosten des Schiedsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Gegenpartei zu tragen.¹⁶³ Die Anwaltskosten der Gegenseite mögen sich aber auch als erforderlich dargestellt haben, die Klärung der Streitsache zu erreichen und das Urteil in seiner konkreten Gestalt zu erlangen. Maßgeblich für § 670 BGB ist immerhin die auf sorgfältiger Prüfung beruhende ex-ante-

¹⁵⁸ ganz h.M., vgl. Bamberger/Roth/Timm/Schöne, BGB, § 713 Rn. 1; Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl. 1985, § 713 Rn. 6; Erman/Westermann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 713 Rn. 2; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 713 Rn. 7; Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 713 Rn. 3.

¹⁵⁹ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 713 Rn. 4.

¹⁶⁰ Vgl. Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 624.

¹⁶¹ Vgl. § 666 BGB: Es müssen nur „erforderliche Nachrichten“ gegeben werden.

¹⁶² Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 713 Rn. 10.

¹⁶³ Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 884.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Sicht¹⁶⁴ der Prozesspartei selbst. § 670 BGB eignete sich mithin nur als Anspruchsgrundlage für die obsiegende Schiedspartei.

bb. Informationsrecht

Gem. § 716 BGB kann sich ein Gesellschafter von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen. Das Informationsrecht besteht also nur bezogen auf die Papiere *der Gesellschaft*¹⁶⁵; Papiere, deren Inhalt Angelegenheit der Gesellschaft sind und nicht nur des Gesellschafters, in dessen Besitz sie sich möglicherweise befinden.

Im Schiedsverfahren sind nur die Papiere solche der „Schiedsverfahrensgesellschaft“, die in das Schiedsverfahren eingebracht wurden oder eingebracht werden müssen (z.B. veröffentlichte oder zu veröffentlichende Schriftsätze der Parteien, zum Beweis bestimmte Urkunden). Private Aufzeichnungen und private Unterlagen der Parteien, die die Gegenpartei nicht zu interessieren haben, weil sie ihr nach der Schiedsordnung oder dem Ermessen der Schiedsrichter nicht zugänglich gemacht werden müssen, zählen nicht dazu. Es wird ein den jeweils anwendbaren Schiedsregeln entsprechendes Verfahrensergebnis angestrebt und keine rückhaltlose Preisgabe sämtlicher Hintergrundinformationen.¹⁶⁶

g. Organisatorische Erscheinungsformen

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann die Gestalt einer Außengesellschaft oder einer Innengesellschaft annehmen.

aa. Außengesellschaft

Die Außengesellschaft beschränkt sich nicht auf interne Beziehungen zwischen den Vertragspartnern betreffend Förderung des gemeinsamen Zwecks, sondern nimmt als solche, als Rechtsträgerin, über organschaftliche Vertreter am Rechtsverkehr teil.¹⁶⁷ Die Außengesellschaft bildet typischerweise ein Gesellschaftsvermögen und geht Gesellschaftsverbindlichkei-

¹⁶⁴ Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 670 Rn. 4.

¹⁶⁵ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 716 Rn. 1; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, BGB, § 716 Rn. 4 f.; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 716 Rn. 8.

¹⁶⁶ „Fishing Expeditions“ im Rahmen des Beweiserhebungsverfahrens der „Discovery Procedure“, vgl. Berger, Private Dispute Resolution in International Business, Vol. 2, Rn. 26-21, stellen eine Ausnahme dar und sind nur zulässig, wenn dies explizit festgestellt wurde.

¹⁶⁷ Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth, BGB, § 705 Rn. 33; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 58 II 2 a; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 253.

ten ein.¹⁶⁸ Sie tritt als eine selbstständige organisatorische Einheit auf, die gegebenenfalls ihre organisatorische Selbständigkeit durch einen eigenen Namen versinnbildlicht.¹⁶⁹

bb. Innengesellschaft

Die Innengesellschaft wird dadurch charakterisiert, dass sie nicht nach außen in Erscheinung tritt, d. h., nach dem Willen ihrer Gesellschafter nicht als BGB-Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt.¹⁷⁰ Damit korrespondiert das Fehlen von Vertretungsregeln im Gesellschaftsvertrag.¹⁷¹ Bei einer Innengesellschaft treten die handelnden Gesellschafter im Außenverhältnis immer für sich selbst und nicht für die BGB-Gesellschaft auf. Mit dem Fehlen einer Vertretung der Innengesellschaft nach außen geht das Fehlen einer nach außen erkennbaren Organisation der Innengesellschaft einher.¹⁷² Dies bedeutet indessen nicht, dass der Innengesellschaft zwangsläufig jede Organisation fehlt. Soweit eine Organisation besteht, beschränkt sie sich aber auf die internen Verhältnisse der Innengesellschaft, insbesondere auf die Geschäftsführung.¹⁷³

Ob eine Innengesellschaft ein Gesellschaftsvermögen bilden kann, ist umstritten. Die überwiegende Meinung im Schrifttum nimmt an, aus dem Fehlen einer Vertretungsregelung für die Innengesellschaft folge, dass diese Form der BGB-Gesellschaft kein eigenes Gesellschaftsvermögen bilden könne.¹⁷⁴ Aber auch der BGH geht davon aus, dass eine Innengesellschaft typischerweise kein Gesamthandsvermögen bilden kann, so dass das Fehlen von Gesamthandsvermögen als Indiz für das Vorliegen einer Innengesellschaft angesehen werden kann.¹⁷⁵

¹⁶⁸ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 58 II 2 b; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Schücking, 2. Aufl. 2004, § 3 Rn. 31.

¹⁶⁹ Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Schücking, 2. Aufl. 2004, § 3 Rn. 13.

¹⁷⁰ Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, 20. Aufl. 2003, § 5 II 2 b, Rn. 10; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 58 II 2 a; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 275; Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2003, Rn. 103.

¹⁷¹ Prütting/Wegen/Weinreich/von Ditfurth, BGB, § 705 Rn. 33.

¹⁷² Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Schücking, 2. Aufl. 2004, § 3 Rn. 50; vgl. auch Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, 20. Aufl. 2003, § 2 I 3 (Rn. 14 a. E.).

¹⁷³ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 276; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Schücking, 2. Aufl. 2004, § 3 Rn. 50.

¹⁷⁴ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 58 II 2 b; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1/1, S. 6; Staudinger/Kessler, BGB, 12. Aufl. 1991, Vor § 705 Rn. 92; Staudinger/Habermeier, BGB, 13. Aufl. 2003, § 705 Rn. 59; Timm, NJW 1995, 3209, 3216; Blaurock, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 93 ff.

¹⁷⁵ BGH WM 1973, 296, 297; BGH NJW 1982, 99, 100.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Zu den Innengesellschaften gehören zahlreiche Erscheinungsformen der Gelegenheitsgesellschaften, die nur von kurzer Dauer sein können.¹⁷⁶ In vielen Fällen sind sich die Beteiligten gar nicht bewusst, dass das von ihnen eingegangene Rechtsverhältnis eine BGB-Gesellschaft in Form einer Innengesellschaft ist.¹⁷⁷

Die Schiedsverfahrensgesellschaft verfügt über kein Vermögen.¹⁷⁸ Allein dieser Umstand spricht bereits dagegen, dass sich die Schiedsparteien zu einer Außengesellschaft zusammenschließen. Die Verbindung der Schiedsparteien ist auch nicht so eng, dass davon auszugehen ist, eine Partei wolle für die andere im Regelfall als Gesamtschuldner eintreten. Dies mag ausnahmsweise so vorgesehen sein, etwa am Ende des Prozesses bei der Haftung für die Schiedsrichterhonorare. Grund für eine solche Regelung wäre aber nicht starker Zusammenhalt der Schiedsparteien, sondern die Schutzwürdigkeit des Schiedsrichterinteresses an einer angemessenen Vergütung der von ihm erbrachten Leistungen.

Für die Schiedsparteien sind die Möglichkeiten, im Rahmen der Schiedsvereinbarung gemeinsam am Rechtsverkehr teilzunehmen, auch beschränkt. Die Rechtssubjekte, zu denen die Schiedsparteien in Rechtsbeziehung treten, und gegenüber denen ein Auftreten der Parteien als Einheit vorstellbar wäre, sind der oder die Schiedsrichter und die Schiedsgerichtsinstitution.

Das Rechtsverhältnis jeder Partei zu den Schiedsrichtern ist jedoch ein individuelles. Das zeigt sich nicht nur im Verhältnis zwischen Partei und parteiernanntem Schiedsrichter sondern gilt auch für das Verhältnis zwischen Partei und vorsitzendem Schiedsrichter. Anträge werden nicht im Namen beider Parteien gestellt, sondern nur im Namen der beantragenden Partei. Die Richter gehen auf die Parteien unterschiedlich ein, orientieren sich an deren individueller Stellung als Kläger oder Beklagter, richten sich selten an „die Parteien“ in ihrer Gesamtheit.

Ähnlich verhält es sich mit der Beziehung zwischen Schiedsgerichtsinstitution und Parteien. Die verwaltende Schiedsgerichtsinstitution wendet sich zwar häufig an die Parteien im Plural. Sie vermittelt zwischen „den Parteien“ und „dem Schiedsgericht“.¹⁷⁹ Auch sie geht aber auf die Parteien individuell ein, unterscheidet zwischen Kläger und Beklagtem, etwa, wenn sie dem Kläger eine Bearbeitungsgebühr auferlegt,¹⁸⁰ oder dem Beklagten die Klage übersendet.¹⁸¹

¹⁷⁶ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 58 III 7 b.

¹⁷⁷ Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Schücking, 2. Aufl. 2004, § 3 Rn. 46.

¹⁷⁸ So auch Habscheid, KTS 1955, 33, 35.

¹⁷⁹ Vgl. § 1 DIS Schiedsgerichtsordnung von 1998.

¹⁸⁰ Vgl. § 7.1 DIS Schiedsgerichtsordnung von 1998.

¹⁸¹ Vgl. § 8 DIS Schiedsgerichtsordnung von 1998.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Es besteht auch schlicht kein Bedarf für eine Außenwirkung der Schiedsvereinbarung. Die Schiedsvereinbarung strahlt zwar auf den Inhalt der Rechtsbeziehungen der Parteien zu Dritten (etwa den Schiedsrichtervertrag) ab. Die Schiedsparteien können die Erreichung des gemeinsamen Zwecks aber auch gut ohne gemeinsames rechtliches Auftreten gegenüber Dritten fördern. Dem durch den Rechtsstreit verursachten antagonistischen Verhältnis der Parteien entspricht es, Kooperation nur zu verlangen, wenn sie für ein faires, zügiges Schiedsverfahren notwendig ist, und damit das gemeinsame Auftreten der Parteien nach außen zur Ausnahme zu machen.

Die Verbindung der Schiedsparteien im Prozess entspricht einer Gelegenheitsgesellschaft, ihr fehlt eine verbandsmäßige Organisationsstruktur. Der Zusammenhalt der Schiedsparteien ist mithin nicht derart verfestigt, dass es sich lohnte, deren Verbindung zum Ausgangspunkt für ein rechtsgeschäftliches Auftreten zu machen. Die Parteien treten im Prozess und außerhalb des Prozesses nicht unter einem gemeinsamen Namen auf. Ihnen fehlt i.d.R. das Bewusstsein, dass sich ihr Rechtsverhältnis als Gesellschaftsverhältnis einordnen lässt.

Der Rolle der Schiedsverfahrensgesellschaft als vorübergehender Gelegenheitsgesellschaft wird der Status der Innengesellschaft gerecht. Im Verhältnis zu Dritten sollte daher das Handeln jeder Partei für sich als Regel und das Handeln mit Wirkung auch für die andere Partei als Ausnahme angesehen werden.

5. Auflösung der Schiedsvereinbarung in Analogie zum Recht der GbR

Es ist deutlich geworden, dass sich die Struktur des Prozessverhältnisses der Schiedsparteien in den Normen, die die Gesellschaft bürgerlichen Rechts regeln, wiederfindet. Auch die Schiedsparteien haben sich zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichtet. Auch sie haben im Rahmen des Prozesses „Geschäfte“ zu führen und sich mit Haftungsfragen bei Verletzung ihrer Beitragspflichten auseinanderzusetzen. Dadurch, dass die Schiedsparteien nicht als Einheit am Rechtsverkehr teilnehmen, entsprechen sie Gesellschaftern einer Innengesellschaft.

Diese Erkenntnisse sprechen dafür, die Lücke, die bezüglich der Regelung der Beendigung der Schiedsvereinbarung besteht, mit den Auflösungsstatbeständen der BGB-Gesellschaft zu schließen.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob und wie die anerkannten Beendigungsgründe für die Schiedsvereinbarung unter die Auflösungsstatbestände der §§ 723 ff. BGB gefasst werden können.¹⁸²

a. Auflösung durch endgültige Zweckerledigung

Gem. § 726 BGB endigt die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist.

aa. Zweckerreichung

i. Beendigung der Schiedsvereinbarung

Die Zweckerreichung als Auflösungsgrund (vgl. § 726 1. Alt. BGB) kommt vor allem bei Gelegenheitsgesellschaften in Form von rein schuldrechtlichen Innengesellschaften in Betracht. Das folgt aus dem bei ihnen meist eng begrenzten Gesellschaftszweck.¹⁸³ Eine Gesellschaft soll enden, wenn ihr Zweck erreicht ist, weil sie danach keine Aufgabe mehr hat und damit keinen Grund mehr zum Bestehen. Auch bei der Verfahrensgesellschaft, die nur auf die einmalige Erreichung eines Zwecks ausgerichtet ist, besteht Bedarf für eine solche Regelung. Mit der Beilegung des Rechtsstreits durch Schiedsspruch zur Sache, also Klärung der Streitsache, oder Vergleichsschiedsspruch gem. § 1053 I 2, II ZPO, also endgültiger Einigung der Streitparteien, ist der Zweck der Schiedsverfahrensgesellschaft erreicht und die Gesellschaft hat sich „erledigt“. Ein Vergleich, der vom Schiedsgericht nicht in der Form eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut festgehalten wurde, hat jedoch nicht das Erlöschen der Schiedsvereinbarung zur Folge. Die Parteien können zwar die Beendigung des Verfahrens vereinbaren, was dazu führt, dass das Schiedsgericht durch Beschluss die Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens feststellt, § 1056 II Nr. 2 ZPO. Ein solcher Beschluss hat jedoch keinen *res iudicata*-Effekt.¹⁸⁴ Ein lediglich außergerichtlich geschlossener Vergleich kann also nicht verhindern, dass über denselben Streitgegenstand ein erneutes Schiedsverfahren begonnen wird.¹⁸⁵

¹⁸² Wird von Beendigung der Schiedsvereinbarung gesprochen, so ist damit das Erlöschen der Schiedsvereinbarung bezüglich des prozessierten Streitgegenstandes gemeint. In Bezug auf andere Streitgegenstände, die möglicherweise aus dem der Schiedsvereinbarung unterstellten Rechtsverhältnis erwachsen, bleibt die Schiedsvereinbarung bestehen, vgl. MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 54.

¹⁸³ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 726 Rn. 2; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 V 1 b; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 726 Rn. 3; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1/Gummert, 2. Aufl. 2004, § 21 Rn. 59.

¹⁸⁴ Berger, RIW 2001, 7, 15.

¹⁸⁵ Berger, RIW 2001, 7, 15.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Festzuhalten bleibt, dass § 726 BGB auf die Schiedsvereinbarung mit der Konsequenz entsprechend anzuwenden ist, dass jene bei Zweckerreichung endet.¹⁸⁶

ii. Wiederaufleben der Schiedsvereinbarung

Das Erlöschen der Schiedsvereinbarung muss nicht endgültig sein. In besonderen Ausnahmefällen kann sie wieder aufleben.

Lionnet/Lionnet gehen davon aus, dass die Schiedsvereinbarung nicht mit der Beilegung des Rechtsstreits endet. Aus § 1059 V ZPO und den §§ 1057 II, 1058, 1059 IV ZPO i.V.m. § 1056 III ZPO ziehen sie den Schluss, dass die Schiedsvereinbarung fortbesteht.¹⁸⁷

Lionnet/Lionnet verkennen, dass § 1059 V ZPO seinem Wortlaut nach im Fall der Aufhebung des Schiedsspruchs von „Wiederaufleben“ der Schiedsvereinbarung spricht und nicht von Fortbestehen. Er geht also von ihrem vorherigen Erlöschen aus.¹⁸⁸ Die Schiedsvereinbarung wird kraft Gesetzes erneuert.¹⁸⁹ Im Fall der durch § 1059 V ZPO angeordneten Rekonvaleszenz muss der Schiedsspruch als letzter Akt des Schiedsverfahrens also zuvor die Schiedsvereinbarung beendet haben. In den Fällen der §§ 1058, 1059 IV ZPO ist ein Schiedsspruch bereits erlassen, die Schiedsvereinbarung also bereits erloschen.

Sollte das Schiedsgericht über den Erlass des (Vergleichs-)Schiedsspruchs hinaus tätig werden müssen, kann analog § 1059 V ZPO von einem Wiederaufleben der Schiedsvereinbarung gesprochen werden. Zwar ist in § 1059 V ZPO ausdrücklich nur der Fall der Aufhebung des Schiedsspruchs genannt. Ein *argumentum e contrario* lässt sich daraus aber nicht herleiten. Der enge direkte Anwendungsbereich des § 1059 V ZPO ist darüber zu erklären, dass nur im Fall der Aufhebung des Schiedsspruchs ohne Zurückverweisung an das Schiedsgericht ein wirklicher Bedarf für die Klärung der Frage besteht, welcher Spruchkörper zuständig ist.

Aus der Aufhebung des Schiedsspruchs folgt nämlich nicht notwendigerweise, dass der Streitgegenstand wiederum Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein soll und nicht eines staatlichen Gerichtsverfahrens. Während der Gültigkeit des alten Schiedsverfahrensrechts, als die

¹⁸⁶ Vgl., freilich ohne dogmatische Begründung: MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 54; von „Zweckerfüllung“ sprechen Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 39.

¹⁸⁷ Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, Kap. 3 VII 3 e (S. 220).

¹⁸⁸ 1. Kap. III 2, Gesetzeslücken bei der Schiedsvereinbarung.

¹⁸⁹ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 54.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Regelung des § 1059 V ZPO noch nicht existierte, gab es durchaus Stimmen, nach denen die Schiedsvereinbarung nicht wieder auflebte mit der Konsequenz, dass das staatliche Gericht die endgültige Entscheidung in der Streitigkeit zu treffen hatte.¹⁹⁰

Wenn von Entscheidung über Kosten durch das Schiedsgericht, Berichtigung, Auslegung und Ergänzung des Schiedsspruchs durch das Schiedsgericht, Rückverweisung an das Schiedsgericht die Rede ist (vgl. §§ 1057 II, 1058, 1059 IV ZPO), ist eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit und damit das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung, auf der die Tätigkeit des Schiedsgerichts beruht,¹⁹¹ selbstverständlich.

Die Schiedsvereinbarung lebt nach Erlass des Schiedsspruchs in den Fällen der §§ 1057 II, 1058, 1059 IV ZPO also analog § 1059 V ZPO wieder auf.

bb. Zweckvereitelung

Die Zweckvereitelung (vgl. § 726 2. Alt. BGB) entzieht der GbR wie die Zweckerreichung jede weitere Daseinsberechtigung. Wenn der gemeinsame Zweck, das konstitutive Merkmal der GbR, nicht mehr erreichbar ist, ist die Gesellschaft funktionslos. Das gilt genauso für die Schiedsverfahrensgesellschaft. Darum ist bei Zweckvereitelung die Rechtsfolge des § 726 2. Alt. BGB auf die Schiedsverfahrensgesellschaft zu übertragen, diese also aufzulösen.¹⁹²

i. Rechtliche Unmöglichkeit

Ein Beispiel für die Unmöglichkeit der Erreichung des Zwecks einer Schiedsvereinbarung ist der Urteilerlass eines staatlichen Gerichts in der Hauptsache. In diesem Fall ist das Schiedsgericht aus Rechtsgründen zu einer erneuten Befassung mit der Angelegenheit nicht mehr befugt, so dass insoweit die Schiedsvereinbarung gegenstandslos geworden ist.¹⁹³

Wird der Hauptvertrag ohne Streit erfüllt, so könnte erwogen werden, dass es dann unmöglich sei, den Zweck der Schiedsvereinbarung, die schiedsgerichtliche Beilegung eines zwischen den Vertragsparteien entstehenden Rechtsstreits über Inhalte des Hauptvertrages, zu erreichen.¹⁹⁴ Doch gerade das Erlöschen des Hauptvertrages, die Frage seines Bestandes, kann In-

¹⁹⁰ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 5. Aufl. 1995, S. 71, Rn.1; Schütze/Tscherning/Wais, Schiedsverfahren, 2. Aufl. 1990, Rn. 150.

¹⁹¹ Vgl. Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, Kap. 3 VII 3 e (S. 220).

¹⁹² Von „Zweckvereitelung“ sprechen auch Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 39.

¹⁹³ Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 39.

¹⁹⁴ Vgl. Aden, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 2003, Teil A, 4. Kap., Rn. 8: Dieser sieht aber hier eine auflösende Bedingung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage. Letztere ist aber subsidiär.

halt eines Rechtsstreits sein, der dem Schiedsrecht unterläge.¹⁹⁵ Die Erfüllung des Hauptvertrages führt daher nicht zum Erlöschen der Schiedsvereinbarung.

ii. Praktische Undurchführbarkeit

Die Streitbeilegung mittels Schiedsverfahren nach dem Willen der Parteien ist des weiteren unmöglich bei praktischer Undurchführbarkeit der Schiedsvereinbarung. Wenn ein Krieg die Durchführung des Schiedsverfahrens nicht zulässt,¹⁹⁶ wenn die angerufene Schiedsgerichtsinstitution ihre Mitarbeit verweigert oder ganz wegfällt¹⁹⁷, ist das Schiedsverfahren in seiner von den Parteien vorgesehenen Form undurchführbar. Die Schiedsvereinbarung erlischt analog § 726 Alt. 2 BGB, ist unwirksam, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Das bringt § 1032 I ZPO zum Ausdruck, indem er die Undurchführbarkeit der Schiedsvereinbarung deren Unwirksamkeit gleichsetzt.¹⁹⁸

iii. Spezialproblem: Wegfall einer Schiedsgerichtsinstitution

Im Schrifttum wird vereinzelt der Wegfall einer Schiedsgerichtsinstitution dem Wegfall eines Schiedsrichters gleichgesetzt mit der Folge, dass die Schiedsvereinbarung bestehen bleibe und analog § 1039 I ZPO eine andere Schiedsgerichtsinstitution mit der Administration des Schiedsverfahrens betraut werden müsse. Begründet wird dieser Ansatz mit dem in § 1039 I ZPO zum Ausdruck kommenden Grundsatz „in favorem validitatis“.¹⁹⁹

Der Fortfall eines Schiedsrichters und der Fortfall der Schiedsgerichtsinstitution sind aber in ihren Auswirkungen nicht vergleichbar. Der neu ernannte Schiedsrichter unterliegt denselben durch die Schiedsvereinbarung geschaffenen rechtlichen Rahmenbedingungen wie sein Vorgänger. Der Austausch der Trägerorganisation bedeutete dagegen den Austausch der Verfahrensordnung und damit eine komplette rechtliche Umstrukturierung des Schiedsverfahrens. Die Schiedsvereinbarung würde derart mit neuem Inhalt gefüllt, dass sie nicht mehr wiederzuerkennen wäre und man von dem Abschluss einer neuen Schiedsvereinbarung sprechen müsste.²⁰⁰

¹⁹⁵ Vgl. Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 40.

¹⁹⁶ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 11.

¹⁹⁷ Vgl. Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 413.

¹⁹⁸ BGH NJW 2000, 3720, 3721; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 402.

¹⁹⁹ Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, Kap. 3 VII 3 d (S. 218); Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 408.

²⁰⁰ Ebenfalls gegen eine Analogie zu § 1039 ZPO: Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 413.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Außerdem ist durchaus denkbar, dass sich die Parteien auf keine neue Schiedsgerichtsinstitution einigen können, so dass den Parteien, wollten sie dennoch die Schiedsvereinbarung, wenn auch in inhaltlich veränderter Form, erhalten, nichts anderes übrig bliebe, als ein Ad-hoc-Verfahren²⁰¹, also ein nichtinstitutionalisiertes Verfahren durchzuführen.²⁰² Den Parteien diesen Willen zu unterstellen, oder ihnen analog § 1039 ZPO aufzuzwingen, wäre aber ein hoher Preis für den bloßen Fortbestand der dann leeren Hülle der Schiedsvereinbarung. Die Schiedsvereinbarung wäre dann nämlich auf ihren Mindestinhalt, die Begründung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts reduziert. Die Schiedsvereinbarung soll jedoch im Fall der Einigung auf institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit nicht Grundlage für irgendein Schiedsverfahren sein,²⁰³ sondern für ein Verfahren, das durch die in der Schiedsvereinbarung enthaltene Schiedsgerichtsordnung komplett ausgestaltet ist.

Es wird angedeutet, ein Ad-hoc-Verfahren müsse den Parteien schon deshalb entgegenkommen, weil es Grundlage und Ausgangspunkt jeder Schiedsvereinbarung sei.²⁰⁴ Das Ad-hoc-Verfahren kann durchaus als Minus zum institutionalisierten Verfahren angesehen werden. Durch dieses Minus kann es nach der Wertung der Parteien allerdings auch zu einem unerwünschten Aliud werden. Legen die Parteien Wert auf Vorhersehbarkeit und Transparenz des Ablaufs des Verfahrens, haben sich die Parteien also bewusst für eine detaillierte Verfahrensordnung entschieden, kann ihnen ein Verfahren vor einem staatlichen Gericht immer noch lieber sein als ein schiedsrechtliches Ad-hoc-Verfahren, dessen Regeln wesentlich durch das schiedsrichterliche Ermessen bestimmt werden, vgl. § 1042 IV 1 ZPO.

Es ist den Parteien unbenommen, bei Wegfall einer Schiedsgerichtsinstitution eine neue Schiedsvereinbarung mit neuer Schiedsgerichtsinstitution abzuschließen oder ein Ad-hoc-Verfahren durchzuführen.

Den Wechsel der Schiedsgerichtsinstitution bzw. gar ein Ad-hoc-Verfahren als Regel vorzusehen, würde dem Parteiwillen dagegen nicht gerecht werden und der Privatautonomie der Parteien zuwiderlaufen. Der Grundsatz „in favorem validitatis“ kann deshalb hier nicht dazu führen, dass § 1039 ZPO analog angewandt wird.

Im Ergebnis bleibt also festzuhalten, dass bei Einigung der Parteien auf ein institutionelles Schiedsverfahren der Fortfall der Schiedsgerichtsinstitution zum Erlöschen der Schiedsverein-

²⁰¹ Der Begriff ist problematisch, s. dazu 2. Kap. I, Begriffserklärungen.

²⁰² So der Vorschlag von Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, Kap. 3 VII 3 d (S. 218).

²⁰³ Vgl. Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 413.

²⁰⁴ Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2005, Kap. 3 VII 3 d (S. 218).

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

barung führt. Der mit der Schiedsvereinbarung verfolgte Zweck, den Rechtsstreit mittels eines *besonderen* Schiedsgerichtsverfahrens beizulegen, kann nicht mehr erreicht werden.

iv. Zweckvereitelung vor Klageerhebung

Wird die Durchführung des Schiedsverfahrens bereits vor Erhebung der Schiedsklage unmöglich, erlässt z. B. ein staatliches Gericht ein Urteil in einer Sache, die einer Schiedsvereinbarung unterworfen ist, noch vor Beginn des Schiedsverfahrens, oder fällt die Schiedsgerichtsinstitution, die die Parteien zur Lösung eines möglicherweise aus dem Hauptvertrag entstehenden Konflikts einschalten wollten, vor Beginn des Schiedsverfahrens weg, wird der Gesellschaftsvertrag über die Schiedsverfahrensgesellschaft als Teil der Schiedsvereinbarung aufgelöst, bevor er überhaupt wirksam wurde, denn seine Wirksamkeit war durch die Erhebung der Schiedsklage aufschiebend bedingt (vgl. § 158 I BGB). Damit endet die Schiedsvereinbarung insgesamt.²⁰⁵

b. Auflösung durch Gesellschafterkonsens

So wie die GbR durch Vertrag oder Beschluss der Gesellschafter aufgelöst werden kann,²⁰⁶ kann auch die Schiedsvereinbarung durch einstimmigen Beschluss der Schiedsparteien jederzeit beendet werden.²⁰⁷

Die Schiedsvereinbarung kann zum einen während eines laufenden Schiedsverfahrens (unter Beendigung des Verfahrens) aufgehoben werden.

Ein Auflösungsvertrag ist aber auch denkbar, bevor ein Schiedsverfahren überhaupt begonnen hat. Ein konkludentes Angebot zu einem solchen Auflösungsvertrag liegt häufig in der Erhebung einer Klage durch eine Partei der Schiedsvereinbarung vor einem staatlichen Gericht. Indem die andere die ihr zustehende Einrede gem. § 1032 I ZPO nicht geltend macht, nimmt sie das Angebot schlüssig an, so dass die Schiedsvereinbarung aufgelöst ist.²⁰⁸ Die in der Anrufung des staatlichen Gerichts liegende Pflichtverletzung²⁰⁹ wird durch den Verzicht des Beklagten auf die Geltendmachung der Einrede geheilt, weil sich der Beklagte damit auf die Pflichtverletzung einlässt.

²⁰⁵ Gedanke des § 139 BGB, 1. Kap. III 3, Ausfüllung der Gesetzeslücken bei der Schiedsvereinbarung.

²⁰⁶ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 V 1 c.

²⁰⁷ Vgl. Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 409; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 37; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 7; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 415.

²⁰⁸ Vgl. Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 5.

²⁰⁹ 1. Kap. II 2 b gg, Pflicht zur Unterlassung der Anrufung staatlicher Gerichte.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Ein lediglich außergerichtlich geschlossener Vergleich gibt dagegen keinen Anlass zu der Vermutung, dass die Parteien damit die Schiedsvereinbarung aufheben wollen. Merkmal des Beschlusses des Gerichts gem. § 1056 II Nr. 2 ZPO, der das Verfahren beendet, um ein „schlafendes“ Schiedsverfahren zu verhindern,²¹⁰ ist es, dass eben das „Verfahren“ beendet wird, nicht aber die Schiedsvereinbarung bezüglich des Verfahrensgegenstandes.²¹¹ Wünschen die Parteien nicht nur das Verfahrensende, sondern auch das Ende der Schiedsvereinbarung (den Streitgegenstand betreffend), müssen sie das ausdrücklich klarstellen. (Es ist ihnen dann aber anzuraten, den Vergleich in einem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut festhalten zu lassen. Dieses Vorgehen brächte den Parteien über das Verfahrensende und die Beendigung der Schiedsvereinbarung hinaus noch den Vorteil, dass der Vergleich vollstreckbar würde.²¹²)

c. Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters

Gem. § 727 I BGB wird die GbR durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, sofern sich nicht ein anderes aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt. Aus der Schiedsvereinbarung ergibt sich nach h. M. ein anderes: Der Tod einer Partei hat die Aufhebung der Schiedsvereinbarung nicht zur Folge, sofern nicht aus deren Inhalt hervorgeht, dass sie auf die ursprünglichen Parteien beschränkt sein soll.²¹³ Dies steht im Einklang mit dem Grundsatz im staatlichen Zivilprozess, dass im Fall des Ablebens einer Prozesspartei während des Verfahrens das Verfahren nicht endet, sondern mit dem Rechtsnachfolger fortgesetzt wird, also ein Parteiwechsel stattfindet. Das ergibt sich aus § 239 I ZPO, wonach im Falle des Todes einer Partei eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch den Rechtsnachfolger eintritt.²¹⁴

Genauso wie es Sinn macht, das zivilrechtliche Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge aus § 1922 I BGB auf den staatlichen Zivilprozess zu übertragen, ist es sinnvoll, eine solche Nachfolgeregelung im Schiedsverfahren zu haben. So sind bis zum Todesfall im Verfahren gewonnene Erkenntnisse nicht verloren, und das im Streit stehende Rechtsverhältnis wird auf die dem Willen des Erblassers und der Gegenpartei entsprechende Weise geklärt. § 727 BGB will der höchstpersönlichen Natur der Gesellschafterstellung bei der GbR Rechnung tragen.²¹⁵ Bei der

²¹⁰ Berger, RIW 2001, 7, 15.

²¹¹ Vgl. Berger, RIW 2001, 7, 15.

²¹² Vgl. Berger, RIW 2001, 7, 16.

²¹³ RAGE 6, 237; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl. 2005, § 1029 Rn. 14; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 30. Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn. 35.

²¹⁴ Vgl. Jauernig, Zivilprozessrecht, 27. Aufl. 2003, § 86 I 1.

²¹⁵ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 727 Rn. 1.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Schiedsverfahrensgesellschaft steht aber das Interesse an dem Gesellschaftszweck, der Streitbeilegung *vor einem Schiedsgericht*, im Vordergrund. Die Identität der Gesellschafter, also der Parteien des Verfahrens, ist von nachrangiger Bedeutung. Es ist den Parteien einer Schiedsvereinbarung daher zu unterstellen, dass sie das Schiedsverfahren grundsätzlich auch mit dem Rechtsnachfolger durchführen möchten.

d. Auflösung durch Insolvenz

Die GbR wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft aufgelöst, § 728 I BGB. Es versteht sich von selbst, dass § 728 I BGB auf vermögenslose Gesellschaften nicht zutrifft,²¹⁶ eine Analogie für die Schiedsverfahrensgesellschaft insoweit nicht in Frage kommt.

Gem. § 728 II BGB löst auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters die Gesellschaft auf. Ähnlich wie das Kündigungsrecht des § 725 BGB soll diese Auflösung den Zugriff auf den Vermögenswert der Beteiligung für die Gläubiger des Gesellschafters eröffnen.²¹⁷

Streitig ist, ob auch im Rahmen des § 728 II BGB eine Unterscheidung zwischen Gesellschaften mit Vermögen und vermögenslosen Gesellschaften statthaft ist.

Nach einer Ansicht ist die Auflösung der Gesellschaft nicht erforderlich, wenn diese vermögenslos ist, weil dann dem insolventen Gesellschafter kein Anspruch auf einen Anteil am Gesellschaftsvermögen zustehe, in den vollstreckt werden könnte.²¹⁸ Für gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse – vorausgesetzt, ihre Existenz wird anerkannt²¹⁹ – ist mit dieser Begründung entschieden worden, dass sie von der Gesellschafterinsolvenz unberührt bleiben.²²⁰

²¹⁶ Bamberger/Roth/Timm/Schöne, BGB, § 728 Rn. 2; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 V.1.d.; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 728 Rn. 7.

²¹⁷ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 V.1.f.

²¹⁸ Wernicke, WM 1981, 862, 863.

²¹⁹ Nach MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, Vor § 705 Rn. 106, gibt es keine gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisse. Es handele sich bei der Konstruktion dieses Vertragstyps um den missglückten Versuch, eine klare Einordnung als atypische GbR oder gemischter Vertrag zu vermeiden.

²²⁰ RG JW 1938, 1025.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Nach anderer Ansicht erstreckt sich der Anwendungsbereich des § 728 II BGB auch auf vermögenslose Gesellschaften.²²¹ Diese Ansicht wendet sich zu Recht gegen eine Gleichsetzung von Gesellschaftsvermögen und Vermögenswert der Beteiligung.²²² Das für die Insolvenzmasse zu realisierende Gesellschaftervermögen umfasst nämlich neben dem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben auch die Rückgabe von Gegenständen, die der Gesellschaft zur Nutzung überlassen wurden.²²³ Es geht allgemein um den Zugriff auf den Auseinandersetzungsanspruch des Gesellschafters.²²⁴ Dieser Anspruch ist jedoch für den Gesellschaftergläubiger wertlos und ohne Inhalt, wenn dem insolventen Gesellschafter weder Gesellschaftsvermögen zusteht, noch ein Rückgabeanspruch gem. § 732 S. 1 BGB.

Ein weiteres Argument für die Auflösung der Gesellschaft im Fall der Gesellschafterinsolvenz könnte sein, dass dadurch möglicherweise eine Rufschädigung der Gesellschaft verhindert wird.²²⁵ Dieses Argument trifft auf Innengesellschaften aber nicht zu, da sie nicht nach außen auftreten. Das Ansehen einer Gesellschaft bestimmt sich nach der Meinung, die Dritte von der Gesellschaft haben. Von dieser Meinung ist eine nicht am Rechtsverkehr teilnehmende Gesellschaft aber nicht abhängig.

Vorzugswürdig ist daher ein Mittelweg, wonach § 728 II BGB insofern teleologisch zu reduzieren ist, als dass er nur dann Anwendung findet, wenn die Beteiligung des insolventen Gesellschafters an der Gesellschaft einen Vermögenswert hat. Diese Lösung dient dem Gläubigerinteresse ausreichend und ist gleichzeitig sehr gesellschaftsfreundlich.

Dieser Mittelweg hat zur Folge, dass sich eine analoge Anwendung des § 728 II BGB auf die Schiedsverfahrensgesellschaft verbietet.

Eine Schiedsverfahrensgesellschaft verfügt weder über eigenes Vermögen, noch werden ihr Gegenstände zur Benutzung überlassen. Die Beteiligung an einer Schiedsverfahrensgesellschaft hat keinen Vermögenswert.

Auf der anderen Seite bedarf es auch für die Erreichung des gemeinsamen Zwecks keines Gesellschaftervermögens, wenn die vom Gesellschafter geforderten Beiträge immaterieller Art sind. Die Solvenz des Schuldners liegt also auch gar nicht unbedingt im Interesse der übrigen

²²¹ Staudinger/Habermeier, BGB, 13. Aufl. 2003, § 728 Rn. 17; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 728, Rn. 33.

²²² Vgl. MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 728, Rn. 33.

²²³ Staudinger/Habermeier, BGB, 13. Aufl. 2003, § 728 Rn. 17; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 728, Rn. 33.

²²⁴ K. Schmidt, KTS 1977, 1, 8.

²²⁵ Vgl. Wernicke, WM 1981, 862, 863.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Gesellschafter. Im Schiedsverfahren als Erkenntnisverfahren kommt es auf die Klärung von Rechtsfragen und Tatsachen an. Dazu bedarf es aus Sicht der gegnerischen Partei keiner solventen Partei.

Sowohl aus Sicht außenstehender Gläubiger als auch aus Sicht der anderen Partei besteht bei Parteiinsolvenz mithin keine Veranlassung für die Auflösung der Schiedsverfahrensgesellschaft.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der im Schiedsrecht h. M., wonach im Fall der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Schuldners eine vom Schuldner getroffene Schiedsvereinbarung Gültigkeit behält. Der Insolvenzverwalter tritt anstelle des Schuldners in die Schiedsvereinbarung ein.²²⁶ So kann bei Parteiinsolvenz das Schiedsverfahren mit dem Insolvenzverwalter (weiter)geführt werden.

Sollte im Ausnahmefall die Schiedsvereinbarung enden müssen, so nicht wegen des bloßen Umstandes der Insolvenz, sondern weil ein weiterer Umstand hinzutritt, wie der, dass die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die Kosten des Schiedsverfahrens zu decken.²²⁷ Die Schiedsvereinbarung kann dann gekündigt werden.²²⁸

Die Schiedsvereinbarung gilt nach Auffassung der Rechtsprechung²²⁹ und des Großteils der Literatur²³⁰ nicht für die Geltendmachung von Ansprüchen aus Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO. Das bedeutet aber nicht, dass die Schiedsvereinbarung in Bezug auf die etwaigen Anfechtungsansprüche endet, sondern, dass diese nie Gegenstand der Schiedsvereinbarung waren und erst originär in der Person des Insolvenzverwalters entstanden sind.²³¹ Grund für die Möglichkeit, Ansprüche aus Insolvenzanfechtung vor dem ordentlichen Gericht verfolgen zu können, ist also nicht die Auflösung der Schiedsverfahrensgesellschaft, sondern sind insolvenzrechtliche Besonderheiten.

²²⁶ BGHZ 24, 15, 18; RGZ 137, 109, 111; MünchKommInsO/Schumacher, Vor §§ 85-87 Rn. 54;

Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn.35; Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 689; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 64. Aufl. 2006, § 1029 Rn. 26; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 215; Flöther, DZWIR 2001, 89, 95.

²²⁷ Vgl. Heidbrink/v. d. Groeben, ZIP 2006, 265, 266.

²²⁸ Vgl. 1. Kap. III 5 e bb iii, Verschlechterte Vermögensverhältnisse.

²²⁹ BGH NJW 1956, 1920, 1921; LG Paderborn ZIP 1980, 967.

²³⁰ Heidelberger Kommentar zur InsO/Kreft, 4. Aufl. 2006, § 129 Rn. 98; MünchKomm InsO/Kirchhoff, § 146 Rn. 37; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn.35; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 64. Aufl. 2006, § 1029 Rn. 22; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 215; Kröll, NJW 2005, 194, 194 f.; a. A.: Kübler/Prütting/Paulus, InsO, Mai 2005, § 143 Rn. 41.

²³¹ MünchKommInsO/Kirchhoff, § 146 Rn. 37; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1029 Rn.35; Heidbrink/v. d. Groeben, ZIP 2006, 265, 266.

e. Auflösung durch Kündigung

aa. Ordentliche Kündigung

Gem. § 723 I 1 BGB kann die GbR von jedem Gesellschafter jederzeit gekündigt werden, wenn sie nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist.

Die Gültigkeitsdauer der Schiedsvereinbarung ist zwar nicht kalendermäßig festgelegt, die Schiedsvereinbarung soll aber erst mit einer möglichen Streitbeilegung enden. Die Schiedsvereinbarung wird also für begrenzte Zeit eingegangen, was bestimmter Zeit i.S.d. § 723 I 1 BGB entspricht.²³² Der offene Beendigungstatbestand des § 723 I 1 BGB wird dem Wesen der Schiedsvereinbarung nicht gerecht. Sie ist mithin nicht analog § 723 I 1 BGB kündbar.

bb. Außerordentliche Kündigung

Gem. § 723 I 2 BGB ist eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund auch bei auf bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaften bürgerlichen Rechts stets zulässig.²³³ Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses bis zur nächsten ordentlichen Beendigungsmöglichkeit dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. In diese Gesamtwürdigung sind insbesondere Zweck, Struktur und Dauer der Gesellschaft sowie die Intensität der Zusammenarbeit einzubeziehen. Ist die Zusammenarbeit nicht mehr erträglich, der Gesellschaftszweck sinnvoll nicht mehr erreichbar oder das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter etwa durch eine wesentliche Pflichtverletzung (vgl. § 723 I 3 Nr. 1 BGB), insbesondere die Verletzung der Treuepflicht, nachhaltig gestört, kann dies eine Kündigung rechtfertigen.²³⁴

Der Schiedsrichter hat bei der Gestaltung des Schiedsverfahrens (vgl. §§ 1042 IV 1, 1048 III ZPO) und bei der Abfassung des Schiedsspruchs Ermessen, insbesondere dann, wenn er nach Billigkeit zu entscheiden hat, vgl. § 1051 III ZPO. Auf Pflichtverletzungen einer Partei kann er spätestens bei der Entscheidung über die Kosten des Verfahrens reagieren, vgl. § 1057 I 2 ZPO. Er hat also die Möglichkeit, die Parteien zur Erfüllung ihrer Verfahrenspflichten anzuhalten.

²³² Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 723 Rn. 3.

²³³ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 723 Rn. 3.

²³⁴ Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 723 Rn. 3; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 723, Rn. 28 ff.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Bei wesentlichen Pflichtverletzungen, die ernsthaft Anlass geben, an der Loyalität des die Pflicht Verletzenden gegenüber dem Verfahren zu zweifeln, kann die Fortsetzung des Verfahrens allerdings für die Gegenpartei unzumutbar werden.

Unzumutbarkeit ist zu erwägen bei gravierender Hinauszögerung des Verfahrens²³⁵ oder grundsätzlicher und beharrlicher Behinderung des Schiedsgerichtsverfahrens.²³⁶ Beide Parteien haben sich auf das Schiedsverfahren geeinigt und den Willen bekundet, dieses zu fördern und zu unterstützen. Wenn sich eine Partei während des Verfahrens gegen den Vertrag wendet, kann die andere Partei grundsätzlich nicht dazu gezwungen werden, unter den veränderten Umständen an der Schiedsvereinbarung festzuhalten.

Da die Schiedsverfahrensgesellschaft aber durch ein antagonistisches Verhältnis der Vertragspartner geprägt ist, ist die Schwelle der Unzumutbarkeit generell höher anzusetzen als in Gesellschaften, bei denen das unter den Gesellschaftern herrschende gegenseitige Vertrauen für das Gesellschafterverhältnis eine große Bedeutung hat.

Bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ist die Schiedsvereinbarung also gem. § 723 I 2 BGB analog kündbar.²³⁷ Zwar ist die Kündigung aus wichtigem Grund für alle Dauerschuldverhältnisse seit der Schuldrechtsreform auch in § 314 BGB normiert.²³⁸ § 723 I 2 BGB ist aber *lex specialis* und seine analoge Anwendung der des § 314 BGB aufgrund der Tatsache, dass die Schiedsvereinbarung dem Gesellschaftsvertrag der GbR entspricht, vorzuziehen.

i. Verletzung der Wahrheitspflicht

Die Wahrheitspflicht ist eine nicht durchsetzbare Pflicht²³⁹, und es ist offensichtlich, dass ein unwahrer Tatsachenvortrag, vor allem wenn er auf System beruht, ein Schiedsverfahren erheblich behindert.²⁴⁰ Hier ist eine außerordentliche Kündigung zu erwägen.

Es ergäbe sich dann jedoch eine hohe Missbrauchsgefahr.²⁴¹ Die böswillige Partei, die das Schiedsverfahren blockieren möchte, könnte, sobald nur eine einzige Tatsache streitig ist, die

²³⁵ Vgl. BGHZ 23, 198, 202.

²³⁶ Vgl. BGH NJW 1986, 2765, 2766; Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 392; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 11.

²³⁷ Für Kündigungsrecht bei Unzumutbarkeit auch Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 390.

²³⁸ Insofern zutreffend Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 423.

²³⁹ 1. Kap. II 2 b aa, Abgrenzung von Pflicht zu Prozessualer Last.

²⁴⁰ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 427.

²⁴¹ Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 393.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Gegenpartei vor einem staatlichen Gericht des Sagens der Unwahrheit bezichtigen und es der Entscheidung der staatlichen Gerichte überlassen, ob die Schiedsvereinbarung noch gültig ist oder nicht. Die Entscheidung des Schiedsgerichts würde so lange hingehalten, bis das staatliche Gericht die Wahrheit oder Unwahrheit der betreffenden Tatsache festgestellt hätte.²⁴² Und es ist häufig nicht leicht, dies festzustellen.

Die Missbrauchsgefahr muss in die Abwägung, ob bei unwahrem Tatsachenvortrag die Fortsetzung des schiedsrichterlichen Verfahrens noch zumutbar ist, als beachtenswerter Umstand einfließen. Auch wenn die Unwahrheit nicht das Ende des Schiedsverfahrens herbeiführen sollte, so kann sie doch vom Schiedsgericht berücksichtigt werden, etwa im Schiedsspruch bei der Entscheidung über die Kosten (vgl. § 1057 I ZPO)²⁴³. Dieser Weg dürfte geeignet sein, der Gegenpartei Genugtuung zu verschaffen.

Die Beurteilung der Sachvorträge der Parteien ist typische Aufgabe des zuständigen Schiedsgerichts,²⁴⁴ und so wie das staatliche Gericht die Richtigkeit der schiedsgerichtlichen Entscheidung nicht nachprüfen darf und an die tatsächlichen Feststellungen und die rechtliche Beurteilung durch das Schiedsgericht gebunden ist,²⁴⁵ liegt beim Schiedsgericht auch die letztliche Entscheidung darüber, welcher Sachvortrag der Parteien als wahr oder unwahr angesehen wird. Würde man das Vortragen der Unwahrheit zu einem Kündigungsgrund machen, gestünde man dem staatlichen Gericht hier im Rahmen der Prüfung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts eine Einmischung in den schiedsgerichtlichen Kompetenzbereich zu.

Angesichts dieser Erwägungen und der Probleme, die die Überprüfung der Vorträge der Parteien bereitet, ist es den Parteien zumutbar, auch bei Verstößen gegen die Wahrheitspflicht ohne Kündigungsmöglichkeit an die Schiedsvereinbarung gebunden zu bleiben.²⁴⁶

ii. Verletzung der Pflicht zur Vorschussleistung

Die Pflicht zur Vorschussleistung auf die Schiedsrichterhonorare²⁴⁷ ist auch keine Pflicht, die von dem Schiedsgericht (zwangsläufig) durchgesetzt wird. Die herrschende Meinung gesteht

²⁴² BGHZ 23, 198, 202.

²⁴³ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1057 Rn. 7.

²⁴⁴ BGHZ 23, 198, 203.

²⁴⁵ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 24 Rn. 1; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1059 Rn. 3.

²⁴⁶ so auch BGHZ 23, 198, 202; Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 393.

²⁴⁷ 1. Kap. II 2 b ff, Pflicht zur Vorschussleistung.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

den Schiedsrichtern nicht das Recht zu, ihren Honorarvorschuss einzuklagen.²⁴⁸ Aber selbst die Stimmen, die eine Klagemöglichkeit befürworten, gehen eben nur von einer *Klagemöglichkeit* aus.²⁴⁹ I.d.R. werden die Schiedsrichter das Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 BGB analog geltend machen,²⁵⁰ also die Leitung des Schiedsverfahrens von der Vorschusszahlung abhängig machen und nicht klagen. Das ist für sie der effizienteste Weg zu verhindern, dass sie entgeltlos tätig werden. Eine Streitbeilegung vor dem Schiedsgericht würde aber auf ungewisse Zeit nicht erfolgen, wenn eine Partei die Vorschussleistung verweigert. Ist die Gegenpartei nicht gewillt vorzuleisten²⁵¹ oder einen gesonderten Prozess auf Zahlung des Vorschusses anzustrengen – was ihr möglich wäre, weil die Pflicht zur Vorschusszahlung auch unter den Parteien besteht²⁵² – hinge die Durchführung des Schiedsverfahrens allein von der zahlungsunwilligen Partei ab. Diesem Schwebezustand darf die Gegenpartei nicht schutzlos ausgeliefert sein. Ein Festhalten an der Schiedsvereinbarung ist ihr in diesem Fall nicht zumutbar. Sie kann die Schiedsvereinbarung gem. § 723 I 2 BGB analog kündigen.²⁵³

iii. Verschlechterte Vermögensverhältnisse

Während häufig die Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung der Schiedsvereinbarung ihren Ursprung in dem Fehlverhalten einer Partei hat, können manchmal auch von den Parteien unverschuldete Umstände die Bindung an die Schiedsvereinbarung unzumutbar machen.

Verschlechtern sich die Vermögensverhältnisse einer Partei so sehr, dass sie nicht im Stande ist, die für das Schiedsverfahren erforderlichen Kostenvorschüsse zu erbringen, kann ihr ein Festhalten an der Schiedsvereinbarung unzumutbar werden. Einen Anspruch auf Prozesskostenhilfe gibt es nur vor dem staatlichen Gericht.²⁵⁴ Zwar kann die Gegenpartei die Zahlungs-

²⁴⁸ Vgl. nur BGHZ 94, 92, 95; OLG Oldenburg NJW 1971, 1461, 1462; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl. 2005, Vor § 1029 Rn. 10; Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2005, § 1035 Rn. 27; Stein/Jonas/Schlosser, 22. Aufl. 2002, Vor § 1025 Rn. 14.

²⁴⁹ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, Vor § 1034 Rn. 22; Breetzke, DB 1971, 2050, 2052.

²⁵⁰ Vgl. BGHZ 55, 347, 349; BGHZ 94, 92, 95; OLG Oldenburg NJW 1971, 1461, 1462; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, Vor § 1034 Rn. 22.

²⁵¹ Eine Vorleistungspflicht der Gegenpartei gibt es nicht, vgl. BGHZ 102, 199, 202 f.

²⁵² 1. Kap. II 2 b ff, Pflicht zur Vorschussleistung; vgl. auch MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 52.

²⁵³ so im Ergebnis auch Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 394; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, E.VI., Rn. 127; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 11; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 52, 59.

²⁵⁴ Jauernig, Zivilprozeßrecht, 27. Aufl. 2003, § 93 I 1, § 94.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

unfähigkeit ausgleichen, indem sie die Prozesskosten vorschießt.²⁵⁵ Sie müsste die Kosten aber *in vollem Umfang* vorschießen.²⁵⁶

Wenn sich die Gegenpartei zwar bereit erklärt, die Kosten des Schiedsgerichts zu tragen, es aber ablehnt, auch die Gebühren eines Anwalts für die Vertretung der verarmten Partei im Schiedsverfahren vorzuleisten, so muss sich diese nicht an der Schiedsvereinbarung festhalten lassen.²⁵⁷ Das ergibt sich aus dem *ordre public* – Vorbehalt des § 1042 ZPO als *ius cogens*.²⁵⁸ Der Grundsatz der Gleichbehandlung aus § 1042 I 1 ZPO ist Ausfluss prozessualer Fairness.²⁵⁹ Adressat der Gleichbehandlungspflicht des § 1042 I 1 ZPO sind nicht nur die Richter sondern auch die Parteien.²⁶⁰ Jede Partei muss die andere Partei prozessual so stellen, wie sie auch selbst gestellt ist.²⁶¹ Die *Möglichkeit*, die eine Partei sich aufgrund ihres Vermögens verschafft, sich einen Anwalt zu nehmen, muss sie auch der Gegenpartei einräumen, so dass für beide Parteien Chancengleichheit²⁶² besteht. In einem Schiedsverfahren ist die Unterstützung der Partei durch einen Rechtsanwalt nicht weniger notwendig als im staatlichen Prozess. Den Ausgleich, den der Staat im staatlichen Prozess durch Gewährung von Prozesskostenhilfe zur Vermeidung eines strukturellen Ungleichgewichts unter den Parteien schafft, müssen die Parteien in einem Verfahren der privaten Streitbeilegung selbst herstellen. Kann das Schiedsverfahren dies nicht leisten, darf keiner Partei der Weg vor ein staatliches Gericht versperrt werden.

Leistet die Gegenpartei die Prozesskosten also nicht für die verarmte Partei vor, oder nicht in vollem Umfang, und ist eine Besserung der wirtschaftlichen Situation in naher Zukunft nicht

²⁵⁵ Raeschke-Kessler/Berger, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3. Aufl. 1999, Rn. 399.

²⁵⁶ BGH NJW 1969, 277, 277; Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 11; Habscheid, KTS 1980, 285, 295.

²⁵⁷ BGH NJW 1969, 277, 277; Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 11; Habscheid, KTS 1980, 285, 295.

²⁵⁸ Thomas/Putzo/Reichold, *ZPO*, 27. Aufl. 2005, § 1042 Rn. 1, 2; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1042 Rn. 12.

²⁵⁹ Thomas/Putzo/Reichold, *ZPO*, 27. Aufl. 2005, § 1042 Rn. 2; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1042 Rn. 12.

²⁶⁰ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1042 Rn. 13.

²⁶¹ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1042 Rn. 12.

²⁶² Vgl. Musielak/Voit, *Kommentar zur ZPO*, 4. Aufl. 2005, § 1042 Rn. 2; Zöllner/Geimer, *ZPO*, 25. Aufl. 2005, § 1042 Rn. 2; ähnlich auch MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1042 Rn. 12.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

zu erwarten, kann die verarmte Partei die Schiedsvereinbarung gem. § 723 I 2 BGB analog kündigen und Rechtsschutz vor einem staatlichen Gericht suchen.²⁶³

Will oder kann die Gegenpartei die Prozesskosten nicht vorleisten, wird das Verfahren also nicht in Gang gebracht, hat auch sie ein Kündigungsrecht.²⁶⁴

Solange die Gegenpartei vorschießen *kann*, ist das Schiedsverfahren nicht undurchführbar²⁶⁵, die Schiedsvereinbarung also auch nicht ipso iure unwirksam,²⁶⁶ was den Vorteil hat, dass die Entscheidung, ob die Schiedsvereinbarung erlöschen soll, bei den Parteien liegt. Diese Lösung wird der Rolle der Parteien als „Herren des Schiedsverfahrens“ gerecht. So liegt es an ihnen, ob sie in der Hoffnung auf eine Besserung der wirtschaftlichen Situation der verarmten Partei zuwarten wollen, um das Schiedsverfahren zu einem späteren Zeitpunkt durchzuführen, oder ob sie sich sofort an ein staatliches Gericht wenden wollen.

Die Prozesskosten für die verarmte Partei zu übernehmen und so das von beiden Parteien eigentlich gewollte Schiedsverfahren noch zu „retten“, ist der Gegenpartei auch nur möglich, wenn ihr nach Bekanntwerden des Vermögensverfalls noch Zeit für eine Reaktion bleibt, die Schiedsvereinbarung also noch nicht „wegen Undurchführbarkeit“ ipso iure erloschen ist. Die „Kündigungslösung“ erlaubt hier einen flexiblen, schiedsfreundlichen Umgang mit dem Schiedsverfahrenshindernis der Parteiarmut: Die Kündigung steht unter dem Vorbehalt, dass die Gegenseite nicht unverzüglich erklärt, das gesamte Schiedsverfahren einschließlich der gegnerischen Anwaltskosten vorzufinanzieren.²⁶⁷ Erst dann wäre das Festhalten an der Schiedsvereinbarung unzumutbar. Der Gegenpartei muss also Gelegenheit gegeben werden, das Schiedsverfahren doch noch zu ermöglichen. Die verarmte Partei ist gezwungen, das Finanzierungsangebot der Gegenpartei anzunehmen. Wäre sie es nicht, könnte sie sich ungerichtfertigterweise einseitig über den beiderseitig erklärten Willen, ein Schiedsverfahren durchzuführen, hinwegsetzen.

²⁶³ So im Ergebnis auch BGHZ 41, 104, 108; 51, 79, 82; 77, 65, 66; BGH NJW 1969, 277, 277; Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999, Rn. 398; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 11; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 59; Habscheid, KTS 1980, 285, 295.

²⁶⁴ Vgl. 1. Kap. III 5 e bb ii, Verletzung der Pflicht zur Vorschussleistung.

²⁶⁵ So aber BGH BB 2001 (Beil. 6), 17, 17 f.; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 405.

²⁶⁶ 1. Kap. III 5 a bb ii, Praktische Undurchführbarkeit.

²⁶⁷ Risse, BB 2001 (Beil. 6), 11, 12.

iv. Berücksichtigung der Besonderheiten des Prozessrechts

Habscheid befürchtet, eine analoge Anwendung des Kündigungsrechts aus § 723 I 2 BGB berge die Gefahr in sich, dass zivilrechtliche Wertungen vorbehaltlos auf die Schiedsvereinbarung übertragen und die Eigenarten des Prozessrechts nicht hinreichend berücksichtigt würden.²⁶⁸ Eine solche Befürchtung ist nur erklärlich, wenn man der Schiedsvereinbarung eine Doppelnatur zuschreibt und die schuldrechtliche Seite als bürgerlich-rechtlich ansieht.²⁶⁹ Nach der hier vertretenen Ansicht hat die Schiedsvereinbarung aber eine rein prozessuale Rechtsnatur,²⁷⁰ weshalb bezüglich der gesetzlichen Regelung der Schiedsvereinbarung immer zunächst das Prozessrecht zu befragen ist, und nur wenn hier eine Gesetzeslücke feststellbar ist, das Zivilrecht.

Dass es generell eine Möglichkeit geben muss, sich bei unzumutbarer Fortführung des Rechtsverhältnisses der Schiedsvereinbarung von dieser zu lösen, ist unstrittig. In sofern besteht im 10. Buch der ZPO eine Regelungslücke, die durch entsprechende Anwendung des Zivilrechts auszufüllen ist.

Unzumutbar ist die Fortführung des Rechtsverhältnisses der Schiedsvereinbarung aber nur, sofern und soweit die Zumutbarkeit unter Zuhilfenahme aller denkbaren prozessualen Remedien nicht erreicht werden kann. Die Besonderheiten des Prozessrechts sind also stets zu berücksichtigen.

Wenn z. B. eine Partei einen Mangel an Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit bei einem Schiedsrichter feststellt, bedeutet dies noch nicht zwangsläufig die Unzumutbarkeit einer Fortführung des Schiedsverfahrens und infolge dessen die Auflösung der Schiedsvereinbarung gem. § 723 I 2 BGB analog. § 1036 II ZPO gibt den Parteien für einen solchen Fall ein Ablehnungsrecht und § 1039 I ZPO sieht die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters vor, so dass ein wichtiger Grund für eine Kündigung nicht entsteht, die Anwendung des Prozessrechts also dazu führt, dass ein Rückgriff auf den zivilrechtlichen Beendigungstatbestand nicht erforderlich ist.

Nach alter Rechtslage²⁷¹ war die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters im Fall des beiderseitig ernannten Schiedsrichters nicht gesetzlich vorgesehen. § 1033 a. F. ZPO sah aber die Möglichkeit vor, dass die Schiedsvereinbarung nach Ablehnung des Schiedsrichters außer Kraft trat. Auf die Tatsache, dass ein Festhalten an der Schiedsvereinbarung bei Abhängigkeit oder

²⁶⁸ *Habscheid*, KTS 1980, 285, 292 ff.

²⁶⁹ So *Habscheid*, KTS 1980, 285, 290.

²⁷⁰ 1. Kap. II 5, Fazit.

²⁷¹ Vor der ZPO Reform 1998.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Parteilichkeit eines Schiedsrichters unzumutbar ist, reagierte das alte Recht also mit der Beendigung der Schiedsvereinbarung und verhinderte dadurch seinerseits das Aufkommen einer unzumutbaren Situation. Eines Rückgriffs auf § 723 I 2 BGB bedurfte es also auch nach alter Rechtslage nicht.²⁷²

Die Gefahr, dass das Prozessrecht gegenüber der Anwendung des Zivilrechts zurücksteht, gibt es mithin nicht. In die Kündigung gem. § 723 I 2 BGB analog muss daher nicht die Bedingung hineingelesen werden, dass sie nur möglich ist, wenn das Prozessrecht der kündigenden Partei keine Möglichkeit zur (adäquaten) Lösung eines Problems bietet.²⁷³ Diese Bedingung ist bei Zugrundelegung einer rein prozessrechtlichen Natur der Schiedsvereinbarung und einer daher lediglich *analogen* Anwendung des Zivilrechts selbstverständlich.

6. Analogiefähigkeit der §§ 723 ff. BGB

Einige Beendigungstatbestände des Rechts der GbR sind also auf die Schiedsvereinbarung übertragbar. Dem steht auch keine Analogiefeindlichkeit der §§ 723 ff. BGB entgegen. Das Vertragsrecht des BGB muss auch auf andere Rechtsgebiete übertragbar sein, in denen Verträge vorkommen,²⁷⁴ und es besteht kein Anlass, das besondere Schuldrecht des BGB auszuklammern. Schiedsverfahrensgesellschaft und GbR unterscheiden sich nur durch den Gegenstand der Gesellschaft. Im einen Fall geht es um einen schiedsgerichtlichen Prozess, im anderen um ein bürgerlich-rechtliches Verhältnis. Das *argumentum e contrario* kommt hier nicht zur Anwendung. Von dem Zweck der jeweils erörterten zivilrechtlichen Norm soll tatsächlich auch der entsprechende nichtgeregelte prozessuale Fall erfasst werden können.

²⁷² Diese Lösung ist im Sinne von Habscheid, KTS 1980, 285, 294.

²⁷³ so aber Habscheid, KTS 1980, 285, 294.

²⁷⁴ 1. Kap. II 2 c bb; 1. Kap. III 1.

IV. Entsprechende Anwendung allgemeinen Zivilrechts auf die Schiedsvereinbarung

1. Beendigungstatbestände

Neben den dem besonderen Schuldrecht entnommenen Beendigungstatbeständen gibt es noch andere zivilrechtliche, die dem allgemeinen Schuldrecht und allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches entstammen, und deren Übertragung auf die Schiedsvereinbarung ebenfalls in Betracht kommt.

So ist der Wegfall der Schiedsvereinbarung infolge Ausübung allgemeiner Gestaltungsrechte denkbar. Die Schiedsvereinbarung kann unter entsprechender Anwendung der §§ 119 ff. BGB angefochten werden,²⁷⁵ wenn auch nicht wegen Irrtums über die Person des Schiedsrichters,²⁷⁶ da insofern keine Regelungslücke im zehnten Buch der ZPO besteht. Bei berechtigten Zweifeln an der Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit eines Schiedsrichters, oder wenn ein Schiedsrichter die zwischen den Parteien vereinbarten Voraussetzungen nicht erfüllt, also bei mangelndem Vorhandensein von Eigenschaften i.S.d. § 119 II BGB sieht der Gesetzgeber als Rechtsfolge die Ablehnung der Person des Schiedsrichters vor, aber nicht mit der Konsequenz der Auflösung der Schiedsvereinbarung, sondern der Bestellung eines Ersatzschiedsrichters (vgl. §§ 1036 ff. ZPO). Der Gesetzgeber hat Voraussetzungen und Rechtsfolge der Ablehnung eines Schiedsrichters also speziell geregelt. Ein Rückgriff auf die Anfechtungsregeln des Zivilrechts ist daher in diesem Fall versperrt.

Nach manchen Stimmen in der Literatur steht den Schiedsparteien ein Rücktrittsrecht zu,²⁷⁷ etwa wenn den Parteien der Schiedsvereinbarung ein Festhalten an dem Vertrag analog § 324 BGB nicht mehr zuzumuten ist.

Im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Natur der Schiedsvereinbarung erscheint jedoch zumindest die Gewährung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts problematisch. Rücktritt ist bei Gesellschaften und Verbänden nämlich nicht möglich, weil das Gesellschaftsrecht eigene Anpassungsmechanismen und Lösungstatbestände hat.²⁷⁸ Der Rücktritt wird bei der GbR durch

²⁷⁵ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 9; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 419; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, E.VI, Rn. 127.

²⁷⁶ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 9.

²⁷⁷ Für die Möglichkeit des Rücktritts: Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl. 1999, E.VI.2., Rn. 127.; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 64. Aufl. 2006, § 1029 Rn. 27; Zöller/Geimer, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 1029 Rn. 81; Aden, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 2003, Teil A, 4. Kap. Rn. 5.

²⁷⁸ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2004, § 20 III 5.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

die Kündigung aus wichtigem Grund ersetzt.²⁷⁹ Es ist daher im Ergebnis dem Teil der Lehre zu folgen, der die Möglichkeit, von der Schiedsvereinbarung zurückzutreten, verneint.²⁸⁰

Die Anfechtung gem. §§ 119 ff. BGB analog ist allerdings ebenfalls nicht mehr möglich, wenn das Schiedsverfahren bereits begonnen hat.²⁸¹ Damit wird nämlich der Gesellschaftsvertrag über die Schiedsverfahrensgesellschaft in Vollzug gesetzt. Nun verdrängt das entsprechend anwendbare besondere Schuldrecht das allgemeine Recht. Bei der in Vollzug gesetzten Gesellschaft tritt an die Stelle des Anfechtungsrechts das Recht zur Kündigung.²⁸²

Es ist schließlich an die Kündigung der Schiedsvereinbarung als Dauerschuldverhältnis wegen Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 III 2 BGB analog zu denken, wenn eine Anpassung des Vertrages nicht möglich ist, vgl. § 313 III 1 BGB analog.²⁸³

Erlöschen und Unwirksamkeit des Hauptvertrages bedeuten jedoch für die Schiedsvereinbarung nicht den Fortfall der Geschäftsgrundlage.²⁸⁴ Eine Streitigkeit über die Wirksamkeit des Hauptvertrages ist gerade ein Hauptanwendungsfall der Schiedsvereinbarung.²⁸⁵

2. AGB-Recht

Das AGB Recht soll verhindern, dass der AGB-Verwender, der die Vertragsgestaltungsfreiheit allein in Anspruch nimmt,²⁸⁶ den anderen Teil unter Abbedingung des dispositiven Rechts unangemessen benachteiligt.²⁸⁷

Auch Schiedsvereinbarungen können im Sinne der Legaldefinition des § 305 I BGB Allgemeine Geschäftsbedingungen sein. So wie die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses durch Vertrag nicht allein dem materiellen Zivilrecht vorbehalten ist,²⁸⁸ so wie es Schuldverhältnisse

²⁷⁹ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 723 Rn. 4.

²⁸⁰ mit unterschiedlicher Begründung: Glossner/Bredow/Bühler, Das Schiedsgericht in der Praxis, 3. Aufl. 1990, Rn. 146; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 10; Habscheid, KTS 1980, 285, 291; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 56.

²⁸¹ so im Ergebnis in Bezug auf die Anfechtung mit unterschiedlicher Begründung auch Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 8 Rn. 9.

²⁸² MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 723 Rn. 4.

²⁸³ § 313 BGB ist neben § 723 BGB anwendbar, MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 723 Rn. 4.

²⁸⁴ So aber Aden, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 2003, Teil A, 4. Kap., Rn. 8.

²⁸⁵ 1. Kap. III 5 a bb i, Rechtliche Unmöglichkeit.

²⁸⁶ BGH NJW 2003, 888, 890; Prütting/Wegen/Weinreich/Berger, BGB, Vor §§ 305 ff. Rn. 1.

²⁸⁷ BGHZ 70, 304, 310; 126, 326, 332; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, Vor § 305 Rn. 8.

²⁸⁸ 1. Kap. II 2 c bb; 1. Kap. III 1.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

auch im Prozessrecht geben kann,²⁸⁹ sind auch prozessuale Allgemeine Geschäftsbedingungen denkbar.²⁹⁰

Der Schutzzweck des AGB Rechts kann auch im Schiedsrecht relevant werden, weshalb eine analoge Anwendung der §§ 305 ff. BGB im Prozessrecht zu erwägen ist.²⁹¹

a. Die Ausnahme des Gesellschaftsrechts vom Schutz des AGB-Rechts

Problematisch könnte sein, dass § 310 IV 1 BGB die Anwendung der AGB Vorschriften auf Verträge, die dem Gebiet des Gesellschaftsrechts zuzuordnen sind, ausschließt.²⁹² Der analogen Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf die Schiedsvereinbarung könnte entgegenstehen, dass diese den Charakter eines Gesellschaftsvertrages hat.

„Gebiet des Gesellschaftsrechts“ ist eine allumfassende Begriffswahl. Es geht aus ihr hervor, dass sämtliche Gesellschaftsverträge vom Schutz der §§ 305 ff. BGB ausgenommen sind.²⁹³ Grund dafür ist der Umstand, dass die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB durchweg nicht ins Gesellschaftsrecht passen, weil in Gesellschaftsverträgen meist die Organisation eines Verbandes und jedenfalls nicht eine Austauschbeziehung Regelungsgegenstand ist.²⁹⁴ Außerdem sind Gesellschaftsverträge gewöhnlich einzeln ausgehandelt und nicht formularmäßig verfasst.²⁹⁵ Es besteht auch dort kein Bedarf für die Schutzbestimmungen der §§ 305 ff. BGB, wo zahlreiche zwingende gesetzliche Bestimmungen Gewähr dafür bieten, dass die Gesellschaftssatzungen keine unangemessenen Regelungen enthalten. Das ist etwa bei der AG und der Genossenschaft der Fall.²⁹⁶

²⁸⁹ 1. Kap. II 2 c bb, Prozessrechtliche Einordnung der Pflichten aus der Schiedsvereinbarung.

²⁹⁰ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 305 Rn. 4.; Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 1 Rn. 8; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, AGBG, 9. Aufl. 2001, § 1 Rn. 15.

²⁹¹ Es darf nicht übersehen werden, dass die AGB Vorschriften als Teil des Bürgerlichen Rechts Materielles Recht sind und daher auf dem Gebiet des Prozessrechts nur ergänzende Anwendung finden können, vgl. Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 37.

²⁹² MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 139.

²⁹³ Vgl. BGHZ 103, 219, 224; BGHZ 127, 176, 183.

²⁹⁴ BGHZ 128, 93, 102; Prütting/Wegen/Weinreich/Berger, BGB, § 310 Rn. 15; MünchKommBGB/Basedow, AGBG, 4. Aufl. 2001, § 23 Rn. 11.; Wolf/Horn/Lindacher/Horn, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 23 Rn. 70.

²⁹⁵ Wolf/Horn/Lindacher/Horn, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 23 Rn. 70; vgl. Graf von Westphalen, DB 1983, 2745, 2745.

²⁹⁶ Grunewald, in Festschrift für Semler, 179, 180.; MünchKommBGB/Basedow, AGBG, 4. Aufl. 2001, § 23 Rn. 9.; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, AGBG, 9. Aufl. 2001, § 23 Rn. 19.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Anders liegt es aber dann, wenn Gesellschaften nach ihrer Gründung dem Publikum zum Beitritt offen stehen sollen, andererseits aber die Binnenstruktur dieser Verbände nur in geringem Umfang durch zwingendes Recht festgelegt ist und daher von den Gründern so ausgestaltet werden kann, dass die Rechte der später Beitretenden unangemessen verkürzt werden.²⁹⁷ Der BGH unterwirft daher Verträge, die auf die Gründung einer Publikums-KG oder Publikums-BGB-Gesellschaft gerichtet sind, der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB.²⁹⁸ Zwar wendet er AGB-Recht nicht direkt an, kann aber im Rahmen des § 242 BGB einzelne Rechtsgedanken wie den Vorrang von Individualabreden, § 305 b, die Unwirksamkeit überraschender Klauseln, § 305 c, sowie das Verbot, von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abzuweichen oder, in AGB wesentliche Vertragspflichten abzubedingen, § 307, für das Gesellschaftsrecht fruchtbar machen.²⁹⁹

Der Bedarf nach einer Inhaltskontrolle ist jedoch nicht nur bei einer Publikumsgesellschaft gegeben. Der Gesellschaftsvertrag der vorliegenden Verfahrensgesellschaft wird häufig standardmäßig verwendet und ist dann typischerweise in einer Klausel am Ende eines wirtschaftsrechtlichen Vertrages enthalten. Es finden also nicht unbedingt auch die Interessen des Klauselverwendungsgegners ihren Niederschlag in dem Vertrag. Schiedsverfahrensgesellschaft bedeutet ein prozessuales Rechtsverhältnis, das der Gesellschaft bürgerlichen Rechts entspricht. Weder das Prozessrecht noch die §§ 705 ff. BGB stellen jedoch dem AGB-Recht vergleichbare Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung von AGB. Es besteht also das Risiko des Missbrauchs der Vertragsgestaltungsfreiheit. Dem kann zum einen durch die analoge Anwendung des § 242 BGB begegnet werden.

Denkbar ist aber auch eine analoge Anwendung der die allgemeinen Prinzipien des AGB-Rechts beinhaltenden Vorschriften der §§ 305 ff. BGB ohne den Umweg über § 242 BGB. Für die stille Gesellschaft hat der BGH anerkannt, dass hier die Anwendung der AGB-Vorschriften in Betracht komme, wenn die Struktur dieser Gesellschaft schuldrechtlichen Charakter habe.³⁰⁰ Ihrer Rechtsnatur nach ist die stille Gesellschaft eine Personengesellschaft in Ge-

²⁹⁷ MünchKommBGB/Basedow, AGBG, 4. Aufl. 2001, § 23 Rn. 9.

²⁹⁸ BGHZ 64, 238, 241; BGH DB 1982, 1866, 1866.

²⁹⁹ Vgl. BGHZ 128, 93, 103; OLG Köln, DB 1983, 104, 105; Wolf/Horn/Lindacher/Horn, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 23 Rn. 82; Graf von Westphalen, DB 1983, 2745, 2745; Heid, DB 1985, Beil. 4, 1, 7 ff.

³⁰⁰ BGHZ 127, 176, 184; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, AGBG, 9. Aufl. 2001, § 23 Rn. 24 a, spricht sich für die Anwendbarkeit des AGBG auf die Gesellschaften aus, bei denen die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern überwiegen; vgl. auch Prütting/Wegen/Weinreich/Berger, BGB, § 310 Rn. 16 i.V.m. Rn. 14.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

stalt einer Innengesellschaft.³⁰¹ Die vom BGH gemachte Ausnahme kommt damit für sämtliche BGB-Innengesellschaften, die sich durch ihren überwiegend schuldrechtlichen Charakter auszeichnen, in Betracht, also auch für die einer solchen GbR entsprechende Schiedsverfahrensgesellschaft. Diese erschöpft sich – typisch für Innengesellschaften³⁰² – in einem Schuldverhältnis der Gesellschafter, ohne daneben eine besondere Organisationsstruktur aufzuweisen. Dass die Vertretung der Gesellschaft nach außen nicht organisiert ist, ergibt sich aus dem Wesen der Innengesellschaft und versteht sich daher von selbst. Es fehlt aber auch an verbandsmäßigen Elementen im Innern. Es gibt keine ausdifferenzierende Gestaltung der einzelnen Geschäftsführungsbefugnisse der Gesellschafter. Jeder Gesellschafter ist generell zu solchen Verfahrenshandlungen angehalten, die der Streitbeilegung förderlich sind. Die Verfahrensgesellschaft ist in erster Linie durch ihre Verfahrensförderungspflichten geprägt, die für alle Gesellschafter gleichermaßen gelten, hat daher überwiegend schuldrechtlichen Charakter.

Eine weitere Erwägung spricht für eine einschränkende Auslegung des § 310 IV 1 BGB im Hinblick auf Gesellschaften, die Streitbeilegung zum Ziel haben:

Normalerweise werden Gesellschaftsverträge vor einem friedlichen Hintergrund abgeschlossen. Die Parteien beginnen unbeschwert eine neue Zusammenarbeit. Es geht nicht um die konflikträchtige Klärung oder Neuordnung bestehender Rechte im Verhältnis der Parteien zueinander, sondern um die Schaffung eines völlig neuen Vertragsverhältnisses. Zudem verhindert das gemeinsame Ziel i.d.R., dass die eine Partei der anderen zu schaden versucht, weil sie sich dadurch selbst schaden würde. Die Zusammenarbeit wäre zumindest gefährdet.

Auslöser für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung ist jedoch der Wunsch nach Bewältigung einer Streitsituation. Während des Schiedsverfahrens stehen sich die Gesellschafter als Gegner gegenüber. Der eine kann dem anderen an Erfahrung mit Schiedsverfahren weit überlegen sein, und aufgrund der auftretenden Interessenkonflikte erhöht sich die Gefahr, dass er diese erfahrungsmäßige Überlegenheit zur Schädigung des Gegners missbraucht. Die Bereichsausnahme des § 310 IV 1 BGB passt daher nicht für „Streitbeilegungsgesellschaften“, insbesondere dann nicht, wenn das entsprechende Streitbeilegungsverfahren antagonistisch geprägt ist.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten: Gleich, ob die allgemeinen Prinzipien des AGB-Rechts über § 242 BGB oder über eine analoge Anwendung der §§ 305 ff. BGB zum Tragen kommen; sie sind für die Schiedsverfahrensgesellschaft relevant. Der Weg über § 242 BGB er-

³⁰¹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 62 I.1.c.

³⁰² 1. Kap. III 4 g bb, Innengesellschaft; vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 7 I.2.b.bb.

scheint umständlicher und zu konstruiert. Es wird im Folgenden daher unmittelbar Bezug auf die §§ 305 ff. BGB genommen.

b. Kriterien für eine analoge Anwendung der AGB-Schutzbestimmungen

Für eine analoge Anwendung der AGB-Schutzvorschriften auf die Schiedsvereinbarung ist jedoch nur begrenzt Raum. Es muss dafür eine Lücke im prozessualen Rechtsschutz der durch die Verwendung der Schieds-AGB benachteiligten Partei feststellbar sein. Da der Verbraucherschutz ein tragendes Schutzprinzip des AGB Rechts ist,³⁰³ ist eine Lücke auch dann gegeben, wenn vorhandene Schutzbestimmungen der möglichen Verbrauchereigenschaft des AGB-Verwendungsgegners nicht hinreichend Rechnung tragen. Nur dort, wo ein dem AGB-Recht entsprechendes Schutzniveau über das Schiedsrecht nicht erreicht wird, besteht Bedarf für eine entsprechende Anwendung des AGB-Rechts.

c. Allgemeine Inhaltskontrolle nach AGB-Recht und nach Schiedsrecht

§ 307 I 1 BGB ist die Generalklausel der Inhaltskontrolle von AGB.³⁰⁴ Sie verbietet, den Vertragspartner des AGB-Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen zu benachteiligen.

§ 1042 I 1 ZPO fordert als *lex generalis* und gleichsam als Generalklausel des 10. Buchs der ZPO, dass die Parteien des Schiedsverfahrens gleich zu behandeln sind. Dieses Gebot richtet sich nicht nur an das Schiedsgericht, sondern auch an die Parteien selbst.³⁰⁵

Liegt Benachteiligung in Ungleichbehandlung, geht § 1042 I 1 BGB tatbestandlich über den Schutzstandard des § 307 I 1 hinaus. Während § 307 I 1 BGB nämlich lediglich verbietet, den Vertragspartner „unangemessen zu benachteiligen“, ordnet § 1042 I 1 ZPO die uneingeschränkte Gleichbehandlung der Parteien an. Die Anforderung, die § 1042 I 1 ZPO an das Agieren der Schiedsparteien stellt, übertrifft für den Fall der Ungleichbehandlung die des § 307 I 1 BGB.

Doch auch Gleichbehandlung kann nachteilig für eine Partei sein. Im Schiedsverfahren ist Gleichbehandlung unabdingbar und notwendig für die prozessuale Gerechtigkeit. Sie reicht aber nicht immer aus, um eine Schädigung der schwächeren Partei, zumal wenn in Allgemeinen Geschäftsbedingungen angelegt, zu verhindern.

³⁰³ Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, Vor § 305 Rn. 9.

³⁰⁴ Prütting/Wegen/Weinreich/Berger, BGB, § 307 Rn. 1; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 463; Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, AGBG, 9. Aufl. 2001, § 9 Rn. 8.

³⁰⁵ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1042 Rn. 13.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

So können in den AGB enthaltene Beweismittelverträge, die den Verzicht auf bestimmte Beweismittel im Prozess beinhalten,³⁰⁶ zwar für beide Parteien gleichermaßen gelten, sich aber zuungunsten nur einer Partei, nämlich der im konkreten Fall beweispflichtigen, auswirken und darum unangemessen sein. Wird ein Kaufvertrag geschlossen, und sind Dokumente, in denen die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes festgelegt war, per Schiedsklausel von der Beweisaufnahme ausgenommen, zielt dies darauf ab zu vereiteln, dass der Käufer seinen Gewährleistungsanspruch vor Gericht durchsetzen kann.

Ist für das Schiedsverfahren ein Tagungsort und eine Uhrzeit vereinbart, so müssen beide Parteien zur angegebenen Uhrzeit am angegebenen Ort erscheinen. Die Parteien werden formal gleich behandelt. Wohnen die Parteien aber weit voneinander entfernt, und ist Tagungsort der Wohnsitz einer Partei, stellt das für die andere Partei eine unangemessene Benachteiligung dar.³⁰⁷

Allein dem Umstand, dass der Verwendungsgegner einer AGB-Schiedsklausel Verbraucher ist und die Schiedsklausel vom gesetzlichen Regelfall der Streitentscheidung durch ein staatliches Gericht abweicht, kann dagegen noch keine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers entnommen werden.³⁰⁸ § 1031 V ZPO stellt ausdrücklich klar, dass Partei einer Schiedsvereinbarung bei Berücksichtigung gewisser Formvorschriften auch ein Verbraucher sein kann und unterscheidet dabei nicht zwischen im einzelnen ausgehandelten Schiedsvereinbarungen und AGB-Schiedsklauseln.³⁰⁹ Das liegt daran, dass im Schiedsverfahren wie im staatlichen Verfahren die allgemeinen rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien gelten. Das Schiedsgericht ist damit eine vollwertige Alternative zum ordentlichen Gericht.³¹⁰ Die AGB-Schiedsklausel stellt keine missbräuchliche Abweichung von einer gesetzlichen Regelung dar,

³⁰⁶ Zur generellen Zulässigkeit dieser Verträge s. 2. Kap. II 4 c aa, Zulässigkeit der Informationspräklusion.

³⁰⁷ Vgl. Hanefeld/Wittinghofer, SchiedsVZ 2005, 217, 224.

³⁰⁸ Vgl. BGH NJW 2004, 2226, 2227; BGH NJW 1992, 575, 576; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 5 Rn. 14; Hanefeld/Wittinghofer, SchiedsVZ 2005, 217, 222; Blobel/Späth, ZEuP 2005, 784, 793; a. A. Gildeggen, Internationale Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor deutschen Gerichten, S. 222 f., der Schiedsvereinbarungen in AGB im nichtkaufmännischen Verkehr wegen unangemessener Benachteiligung für unwirksam hält; Haas/Hauptmann, SchiedsVZ 2004, 175, 179 f., verlangen zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung des Verbrauchers ein besonderes „Bedürfnis“ des Unternehmers für die Einsetzung eines Schiedsgerichts.

³⁰⁹ Darum können Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern nicht schon von sich aus unwirksam sein. Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, AGBG, 9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9-11 Rn. 622, sieht eine gegenüber einem Verbraucher verwendete Schiedsklausel aber generell als problematisch an; Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 9 Rn. S 4, fordert für die Wirksamkeit der Klausel, dass ein besonderes Bedürfnis für die Einsetzung eines Schiedsgerichts bestehen muss.

³¹⁰ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, Vor § 1025 Rn. 2.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

sondern eine gesetzlich vorgesehene Gestaltungsmöglichkeit.³¹¹ Wie bei den anderen Verwendungsgegnern einer AGB-Schiedsklausel kommt es mithin auch beim Verbraucher für die Beurteilung der Unangemessenheit auf die konkrete Ausgestaltung der Schiedsklausel an.³¹²

Gleichbehandlung ist mithin zwar ein Indiz für angemessene Behandlung, aber auch nur ein Indiz. Die Mehrzahl der Fälle unangemessener Benachteiligung wurzelt in Ungleichbehandlung. Dem wird durch § 1042 I 1 ZPO i.V.m. § 134 BGB analog (dazu sogleich) entgegengewirkt. Liegt die unangemessene Benachteiligung in einer Nichtgewährung rechtlichen Gehörs, ist § 1042 I 2 ZPO i.V.m. § 134 BGB analog einschlägig. Ist der schiedsrechtliche Filter durchlaufen, bleibt aber noch die Überprüfung am Maßstab des § 307 I 1 BGB.

Gem. Anhang Nr. 1 q zur Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, die der Schaffung des AGB Rechts zugrunde liegt, können Klauseln für missbräuchlich erklärt werden, die zur Folge haben, dass die einem Verbraucher zur Verfügung stehenden Beweismittel ungebührlich eingeschränkt werden. Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 307 BGB ergibt daher, dass die Einschränkung der Beweismittel, auch wenn sie für beide Parteien gleichermaßen gilt, für den Verbraucher eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I 1 BGB sein kann.

Um die Effektivität des Rechtsschutzes beurteilen zu können, den § 1042 I ZPO und § 307 I 1 BGB gewähren, ist es erforderlich, nicht nur die Normtatbestände, sondern auch die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Schutznormen zu vergleichen.

Hält eine AGB-Klausel der Inhaltskontrolle des § 307 I 1 BGB nicht stand, ist sie unwirksam. Bei § 1042 I ZPO handelt es sich um *ius cogens*, eine zwingende Gebotsnorm.³¹³ Ihrem Wortlaut nach ordnet sie ein Verhalten an und verbietet es nicht. Für ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB ist jedoch nicht erforderlich, dass das Verbot ausdrücklich ausgesprochen wird. Es kann sich auch aus dem Zusammenhang³¹⁴ sowie Sinn und Zweck des Gesetzes³¹⁵ ergeben. Als Rückschluss aus dem Gebot des § 1042 I 1 ZPO ist der Norm ein Verbot aller Parteiakte zu

³¹¹ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 5 Rn. 14; insofern sind die Bedenken von Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB Gesetz, 9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9-11 Rn. 622, und Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 9 Rn. S 4, nicht haltbar.

³¹² MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 12; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 5 Rn. 14.

³¹³ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1042 Rn. 3.

³¹⁴ BGHZ 51, 255, 262; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 134 Rn. 2.

³¹⁵ BGHZ 78, 263, 265; BGHZ 93, 264, 267; Beater, AcP 197 (1997), 505, 507 ff.; MünchKommBGB/Mayer-Maly/Armbürster, 4. Aufl. 2001, § 134 Rn. 41.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

entnehmen, die eine Ungleichbehandlung der Parteien bewirken. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 1042 I 1 ZPO durch die Schiedsvereinbarung ist daher gem. § 134 BGB analog deren (teilweise) Nichtigkeit.³¹⁶

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass § 307 I 1 BGB die „unangemessene Benachteiligung einer Partei“ missbilligt, während § 1042 I ZPO jedwede Ungleichbehandlung einer Partei untersagt. Die Folge einer Missachtung der gesetzlichen Vorgaben ist in beiden Fällen die Unwirksamkeit der betreffenden Vereinbarung. Beide Vorschriften bieten daher denselben Schutzstandard. Soweit Unangemessene Benachteiligung mit Ungleichbehandlung zusammenfällt, verbietet sich daher mangels Regelungslücke eine analoge Anwendung des § 307 I 1 BGB neben § 1042 ZPO. Sollte sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung aller Begleitumstände ergeben, dass trotz Gleichbehandlung eine unangemessene Benachteiligung des Klauselverwendungsgegners besteht und diese auch nicht den Tatbestand einer anderen Verbotsnorm des 10. Buches der ZPO erfüllt, ist die entsprechende AGB Bestimmung dagegen gem. § 307 I 1 BGB analog unwirksam.

§ 307 I 2 und II BGB können als Auslegungsregel dafür herangezogen werden, was im Einzelfall benachteiligend für die andere Partei ist, z. B. wenn das vereinbarte Schiedsverfahren von der gesetzlichen Grundvorstellung stark abweicht (vgl. § 307 II Nr. 1 BGB).

d. Teilunwirksamkeit einer AGB-Schiedsklausel

Verstoßen nur einzelne Parteiabreden innerhalb einer Schiedsvereinbarung gegen eine schiedsrechtliche Verbotsnorm wie § 1042 I und II ZPO, und liegen keine AGB vor, so bleibt die Schiedsvereinbarung im Übrigen nur dann wirksam, sofern die Parteien die Schiedsvereinbarung auch ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten. Das ist der Gedanke des § 139 BGB. Ist die Schiedsvereinbarung im einzelnen ausgehandelt, haben beide Parteien die unwirksame Bestimmung gleichermaßen zu verantworten, weshalb ihr gemeinsamer Wille auch für die Geltung des übrigen Teils maßgeblich ist.

Liegen dagegen AGB vor, die eine Partei der anderen stellt, ist nicht davon auszugehen, dass der Verwendungsgegner ein solches Interesse an der pathologischen Klausel hat, dass er die Geltung der übrigen Bestimmungen von der Wirksamkeit dieser Klausel abhängig gemacht hätte.³¹⁷ Häufig war er sich der Existenz der unwirksamen Klausel bei Vertragsabschluß gar nicht bewusst. Er hat einer Schiedsklausel zugestimmt, ihm liegt also am Schiedsverfahren.

³¹⁶ Vgl. MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1042 Rn. 12.

³¹⁷ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 306 Rn. 1.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

Dass die Schiedsvereinbarung in einzelnen Punkten, die ihm sogar häufig zum Nachteil gereicht hätten, unwirksam ist, beeinträchtigt i.d.R. nicht seinen Entschluss, das Schiedsverfahren durchzuführen und anstelle der unwirksamen Klauseln dispositives Gesetzesrecht zur Anwendung kommen zu lassen. Es wäre unbillig, ihm, dem bloßen „Empfänger“ der unwirksamen Klausel, analog § 139 BGB das Einverständnis des für die Teilunwirksamkeit Verantwortlichen mit der Geltung der sonstigen Schiedsvereinbarung als Hürde für die Durchführung des Schiedsverfahrens in den Weg zu stellen.

Führt § 1042 ZPO i.V.m. § 134 BGB analog zur Teilunwirksamkeit einer AGB-Schiedsklausel, ist daher nicht § 139 BGB sondern § 306 BGB als *lex specialis*³¹⁸ analog anzuwenden. Gleiches gilt, wenn die Schiedsklausel aus einem anderen Grund, etwa wegen unangemessener Benachteiligung des Verwendungsgegners gem. § 307 BGB analog, teilunwirksam ist. Die Schiedsvereinbarung bleibt also gem. § 306 I BGB analog im Übrigen wirksam und die vertragliche Regelungslücke, die durch den unwirksamen Teil in der Schiedsvereinbarung entstanden ist, kann gem. § 306 II BGB analog durch den Rückgriff auf dispositives Prozessrecht des 10. Buches der ZPO ausgefüllt werden.³¹⁹ Ist eine Lückenfüllung mangels gesetzlichen Prozessrechts nicht möglich, werden die Verfahrensregeln vom Schiedsgericht nach freiem Ermessen bestimmt, § 1042 IV 1 ZPO.

e. Besondere Inhaltskontrolle nach Schiedsrecht

Dass die Inhaltskontrolle des § 307 BGB teilweise durch § 1042 I ZPO verdrängt wird, heißt aber noch nicht, dass die analoge Anwendung des § 307 I 1 BGB auf Schiedsvereinbarungen, die eine Ungleichbehandlung der Parteien vorsehen, gänzlich ausgeschlossen ist. § 1042 I 1 ZPO ist nämlich erst während des schiedsrichterlichen Verfahrens anwendbar.³²⁰ Vor Beginn des Verfahrens gelten schiedsrechtliche Spezialvorschriften, die zwar auch die Gleichbehandlung der Parteien bezwecken, aber ihrerseits daran gemessen werden müssen, ob sie ausreichenden Schutz vor missbräuchlichen AGB bieten.

aa. Zusammensetzung des Schiedsgerichts

§ 1034 II ZPO hilft zu verhindern, dass im besonderen Fall der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Ungleichgewicht entsteht: Gibt die Schiedsvereinbarung einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Übergewicht, das die andere Partei benachtei-

³¹⁸ Prütting/Wegen/Weinreich/Berger, BGB, § 306 Rn. 1.

³¹⁹ So im Ergebnis auch MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1042 Rn. 7 i.V.m. Rn. 3.

³²⁰ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1034 Rn. 2.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

ligt, kann diese Partei bei Gericht beantragen, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsregelung zu bestellen. Unternimmt sie jedoch nichts, so bleibt die in Rede stehende Ernennung des Schiedsrichters wirksam.

Von einem Verbraucher ist aber nicht unbedingt zu erwarten, dass er sich der Möglichkeit, das ordentliche Gericht anzurufen, bewusst ist. Es besteht die Gefahr, dass er nur aus Unkenntnis dieser rechtlichen Möglichkeit beispielsweise toleriert, dass der vorgesehene Einzelschiedsrichter allein von der Gegenpartei ernannt wird.³²¹ Über die analoge Anwendung des § 307 I 1 BGB kann jedoch sichergestellt werden, dass sich seine Gesetzesunkenntnis zumindest im Fall einer AGB-Schiedsklausel nicht negativ für ihn auswirkt. Sieht man in dem Übergewicht der anderen Partei bei der Besetzung des Schiedsgerichts nämlich auch eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers i.S.d. § 307 I 1 BGB, hat dies zur Folge, dass die entsprechende Bestimmung in der AGB-Schiedsklausel unwirksam ist.³²² Ausreichender Verbraucherschutz kann bei Vorliegen des Tatbestands des § 1034 II ZPO nur über § 307 I 1, II Nr. 1 BGB analog erreicht werden.³²³

Zwar ist schwer vorauszusagen, ob sich das Übergewicht einer Partei wirklich nachteilig für die andere im Verfahren auswirkt. Da es aber gerade das Kennzeichen des Schiedsverfahrens ist, dass die Parteien Verfahren und Schiedsrichter frei wählen dürfen, stellt sich der Ausschluss einer Partei von der Wahl des Schiedsrichters als bedeutende Zurücksetzung dieser Partei gegenüber der anderen dar.

bb. Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Schiedsrichter

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Schiedsrichters zählen zu den Verfahrensgarantien, die in einem Schiedsverfahren gelten, und aufgrund derer die Schiedsgerichtsbarkeit den Anspruch erheben darf, ein Äquivalent³²⁴ zur staatlichen Gerichtsbarkeit zu sein.³²⁵ Denn Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des oder der Entscheidenden gehören zum verfassungsrechtlich garantierten Mindeststandard³²⁶ gerichtlicher Urteilsfindung und ebenso zum verfahren-

³²¹ Dies ist das Paradebeispiel für das Übergewicht einer Partei, vgl. BGH NJW 1989, 1477, 1477; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 9 Rn. 10; Stein/Jonas/Schlosser, 22. Aufl. 2002, § 1034 Rn. 3.

³²² Auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen der §§ 1034 II ZPO und 307 BGB machen auch Haas/Hauptmann, SchiedsVZ 2004, 175, 178, aufmerksam.

³²³ ähnlich Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 317; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 5 Rn. 14; a. A.: Stein/Jonas/Schlosser, 22. Aufl. 2002, § 1034 Rn. 2.

³²⁴ So die Begründung zum Entwurf des Reformgesetzes zur Schiedsgerichtsbarkeit, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/5274, zu § 1030 ZPO.

³²⁵ Vgl. MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1036 Rn. 1.

³²⁶ BVerfGE 3, 377, 381; BGHZ 51, 255, 258; BGHZ 98, 70, 72.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

rensrechtlichen *ordre-public* (§ 1059 II Nr. 2 b).³²⁷ Sie sind daher unabdingbar. Allerdings werden an die Neutralität des Schiedsrichters im Schiedsverfahren geringere Anforderungen gestellt als im staatlichen Verfahren.³²⁸ Das hat mit der Besonderheit im Schiedsrecht zu tun, dass die Parteien sich ihre Schiedsrichter selbst aussuchen. Ist ein Dreier-Schiedsgericht vereinbart, so wie es das Gesetz als Regelfall vorsieht (vgl. § 1034 I 2 ZPO), und bestellt jede Partei jeweils einen Schiedsrichter, hat dieser Schiedsrichter selbstverständlich eine gewisse Parteiennähe. Es wird darum auch vom „Partei“-Schiedsrichter³²⁹ gesprochen.

Haben sich die Parteien in der Schiedsvereinbarung bereits auf die Person eines Schiedsrichters festgelegt, und stellt sich heraus, dass dieser den Anforderungen an schiedsrichterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht gerecht wird, ist die betreffende Bestimmung gem. Art. 97 GG i.V.m. § 134 BGB analog unwirksam,³³⁰ und es ist ein Ersatzschiedsrichter zu bestellen, vgl. § 1039 I ZPO. Zwar ergibt sich aus § 1036 II, dass Zweifel an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zur Ablehnbarkeit des betreffenden Schiedsrichters führen und nicht zur Unwirksamkeit der Ernennung *ipso iure*. Das gilt aber eben nur bei Zweifeln. Sind Abhängigkeit oder Parteilichkeit eines Schiedsrichters erwiesen, hängt dessen Amt nicht mehr vom Parteiwillen ab.

Da also die Nichtbeachtung des rechtsstaatlichen³³¹ Erfordernisses schiedsrichterlicher Unabhängigkeit und Neutralität bereits zur Unwirksamkeit der entsprechenden Vereinbarung führt, bedarf es hier eines Rückgriffs auf § 307 BGB nicht, wenn sich die Vereinbarung in AGB befindet.

f. Besondere Klauselverbote nach AGB-Recht

Was die Vorschriften der §§ 308, 309 BGB betrifft, so ist festzustellen, dass sie größtenteils nur auf schuldrechtliche Austauschverhältnisse zugeschnitten sind,³³² zur Schiedsverfahrensgesellschaft daher häufig nicht passen. Für eine Analogie mangelt es darum hier i.d.R. an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Außerdem handelt es sich bei den §§ 308, 309 BGB um

³²⁷ BGHZ 98, 70, 72.

³²⁸ Raeschke-Kessler/Berger, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3. Aufl. 1999, Rn. 414.

³²⁹ Raeschke-Kessler/Berger, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3. Aufl. 1999, Rn. 416.

³³⁰ Raeschke-Kessler/Berger, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3. Aufl. 1999, Rn. 410.

³³¹ BGHZ 54, 392, 398.

³³² BGHZ 128, 93, 102; MünchKommBGB/Basedow, *AGBG*, 4. Aufl. 2001, § 23 Rn. 11.; Wolf/Horn/Lindacher/Horn, *AGBG*, 4. Aufl. 1999, § 23 Rn. 70.

Ausprägungen der Inhaltskontrolle des § 307 I 1 BGB,³³³ der durch spezifisch schiedsrechtliche Regeln oftmals verdrängt wird.³³⁴

g. Die Verhinderung überraschender Klauseln im AGB-Recht und im Schiedsrecht

Gem. § 305 c BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil.

Die Einbeziehung von Schieds-AGB in den Hauptvertrag bestimmt sich nach § 1031 ZPO.³³⁵ Gem. § 1031 I ZPO hat eine Schiedsvereinbarung, die unmittelbar in den Hauptvertrag integriert ist, in einem von den Parteien unterzeichneten Dokument oder in zwischen ihnen gewechselten Schreiben, Fernkopien, Telegrammen oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen, enthalten zu sein.³³⁶ Schiedsvereinbarungen i.S.d. § 1031 I ZPO können gem. § 1029 II ZPO auch AGB-Klauseln sein. § 1031 II ZPO erleichtert die Formpflicht durch Rücksichtnahme auf die Verkehrssitte, die letztendlich hier Handelsbrauch ist.³³⁷

§ 1031 III ZPO lässt sich entnehmen, dass der wirksamen Einbeziehung einer in einem anderen Dokument enthaltenen Schiedsklausel (in AGB Form) in den Hauptvertrag genüge getan ist, wenn der Hauptvertrag der Form des § 1031 I, II ZPO entspricht und *auf das Dokument* (pauschal) Bezug nimmt, falls der Vertragspartner in zumutbarer Weise von dem Inhalt des Dokuments Kenntnis erlangen kann.³³⁸ Der Wortlaut des § 1031 III ZPO mag nahe legen, dass die Bezugnahme den Anforderungen des § 305 II BGB Rechnung tragen muss.³³⁹ Es sind aber kaum Fälle denkbar, in denen § 305 II BGB zur Anwendung käme. Im unternehmerischen Rechtsverkehr gilt § 305 II BGB gem. § 310 I 1 BGB nicht, und in dem Fall, dass ein Verbraucher Klauselverwendungsgegner ist, ist § 1031 III ZPO gar nicht anwendbar, sondern

³³³ Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, AGBG, 9. Aufl. 2001, Vor § 8 Rn. 3.

³³⁴ 1. Kap. IV 2 c, Allgemeine Inhaltskontrolle nach AGB-Recht und nach Schiedsrecht.

³³⁵ Hanefeld/Wittinghofer, SchiedsVZ 2005, 217, 219; für § 305 II BGB ist daneben kein Raum.

³³⁶ Vgl. Hanefeld/Wittinghofer, SchiedsVZ 2005, 217, 219.

³³⁷ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1031 Rn. 14.

³³⁸ Berger, DZWir 1998, 45, 49; Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989, Rn. 379.

³³⁹ Vgl. BGH WM 1992, 100, 101; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 64. Aufl. 2006, § 1031 Rn. 7; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1031 Rn. 19; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 5 Rn. 9.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

statt dessen § 1031 V ZPO anzuwenden.³⁴⁰ Ausdrücklich *auf die Schiedsklausel*, wie es § 305 II BGB verlangen würde, muss der Hauptvertrag aber deshalb nicht verweisen, weil sich das aus einem Umkehrschluss aus § 1031 IV ZPO ergibt.³⁴¹ Dort wird die ausdrückliche Bezugnahme auf die Schiedsklausel verlangt, in § 1031 III ZPO nicht. Die Entstehungsgeschichte des dem § 1031 III ZPO zu Grunde liegenden Art. 7 Nr. 2 S. 3 des UNCITRAL-Modellgesetzes über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit zeigt zudem, dass durch § 1031 III ZPO lediglich klargestellt werden sollte, dass eine Schiedsvereinbarung auch durch Inkorporation eines anderswo niedergelegten Gesamttextes wirksam geschlossen werden kann.³⁴²

Indem § 1031 III ZPO für die Frage, ob eine Schiedsklausel „Bestandteil“³⁴³ des Hauptvertrages wird, ausdrücklich (nur) auf die Form des Hauptvertrages und die Art der Bezugnahme abstellt, wird suggeriert, dass es auf weitere Umstände, wie den, dass eine Schiedsklausel nicht ungewöhnlich und überraschend sein darf, nicht ankommt. Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass eine die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts begründende Klausel, die auf die in § 1031 I-V ZPO verlangte Weise in den Hauptvertrag einbezogen wird, für den Verwendungsgegner nicht überraschend ist bzw. nicht überraschend zu sein hat, dass ihr kein Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt³⁴⁴ innewohnt.

Dem ist für den Fall eines Unternehmers als Verwendungsgegner zuzustimmen. Von ihm ist zu erwarten, dass er AGB auf das Vorliegen einer Schiedsklausel hin prüft. Sind die Formerfordernisse des § 1031 I, II, III oder IV ZPO erfüllt, so ist dem ihm zustehenden Schutz genüge getan, und er kann sich nicht unter Verweisung auf die „Ungewöhnlichkeit“ einer Schiedsklausel der Schiedsgerichtsbarkeit entziehen.

Es sei angemerkt, dass Schiedsklauseln im Wirtschaftsverkehr inzwischen so weit verbreitet sind, dass sie ohnehin nicht mehr als ungewöhnlich i.S.d. § 305 c BGB angesehen werden können.³⁴⁵

Ist ein Verbraucher an einer Schiedsvereinbarung beteiligt, so ist, egal ob es sich bei der Schiedsvereinbarung um eine individuell ausgehandelte Vereinbarung handelt oder um eine

³⁴⁰ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 5 Rn. 9.

³⁴¹ Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1031 Rn. 5; Hanefeld/Wittinghofer, SchiedsVZ 2005, 217, 219.

³⁴² Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1031 Rn. 5.

³⁴³ Vgl. die parallele Wortwahl in § 305 c BGB.

³⁴⁴ BGHZ 84, 109, 112 ff.; BGH NJW 1990, 576, 577.

³⁴⁵ Vgl. BGHZ 7, 187, 192/193; so auch Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 310; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 11.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

AGB-Klausel, die Formvorschrift des § 1031 V ZPO zu beachten.³⁴⁶ § 1031 V 1 ZPO verlangt, dass die Schiedsvereinbarung in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten ist und nicht in einem gesonderten Dokument. Gibt es keine notarielle Beurkundung, darf die Urkunde zudem gem. § 1031 V 3 ZPO andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das schiedsrichterliche Verfahren beziehen, nicht enthalten. Wird die Schiedsvereinbarung dem Verbraucher auf diese Weise direkt vor Augen geführt, ist es ihm verwehrt, sich auf die Behauptung zu verlegen, die bloße Existenz einer Schiedsvereinbarung sei für ihn überraschend.³⁴⁷

Auch das Schiedsrecht stellt mithin eine Methode bereit, zu verhindern, dass einer Partei im Wege allgemeiner Geschäftsbedingungen eine Verpflichtung untergeschoben wird, mit der sie nicht zu rechnen brauchte. Es wird mittels § 1031 ZPO verhindert, dass eine Vertragspartei für Streitigkeiten über Gegenstände des Vertrages überraschend auf das Schiedsrecht verwiesen wird, obwohl sie das gar nicht will.

§ 305 c BGB bietet kein Mittel an, einer Überraschung durch AGB-Klauseln vorzubeugen, sondern sanktioniert den gegebenen Überraschungscharakter einer AGB-Klausel mit deren Unwirksamkeit. Die Anwendung des § 305 c BGB führt zu repressivem Schutz.

Im Gegensatz zu § 305 c BGB wird durch die Warnfunktion der Formerfordernisse des § 1031 ZPO verhindert, dass es überhaupt zu einer (missbilligenswerten) Überraschung kommt. In § 1031 ZPO ist damit präventiver Schutz für den Verwendungsgegner normiert.

Sollte die Form des § 1031 ZPO nicht beachtet werden, also auch nur die Möglichkeit einer Überrumpelung des Verwendungsgegners bestehen, ist die Klausel bereits gem. § 125 S. 1 BGB analog nichtig.³⁴⁸

Unwirksamkeit bzw. Nichteinbeziehung als Folge der Überraschung wird auch in § 305 c BGB angeordnet; dafür muss der ungewöhnliche und überraschende Charakter der betreffenden Klausel aber erst erwiesen sein.

§ 1031 ZPO ermöglicht dem Verwendungsgegner als Unternehmer oder als Verbraucher, in jeweils angemessener Weise so leicht von der Existenz der Schiedsklausel Kenntnis zu neh-

³⁴⁶ Vgl. Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1031 Rn. 10.

³⁴⁷ auch MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1031 Rn. 21, sieht als zentrale Funktion des § 1031 V ZPO den Schutz vor Überrumpelung an; ebenso: BGHZ 71, 162, 166; Thümmel, in Festschrift für Schütze, 935, 942.

³⁴⁸ Auch MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1031 Rn. 21, zieht den Rechtsgedanken des § 125 S. 1 BGB heran.

1. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Schiedsvereinbarung

men, dass die Begründung der Schiedsgerichtszuständigkeit im Streitfall ihn nicht überraschen darf.³⁴⁹ Für eine analoge Anwendung des § 305 c BGB ist daher neben § 1031 ZPO grundsätzlich kein Raum.

§ 1031 ZPO ist außerdem auf der Rechtsfolgenseite flexibler als § 305 c BGB und auch darum die vorzugswürdige Regelung. Ein Formmangel kann dort nämlich gem. § 1031 VI ZPO durch Einlassung des Verwendungsgegners auf die Klausel geheilt werden, während die starre Folge der Nichteinbeziehung gem. § 305 c BGB auch bei Einverständnis des Verwendungsgegners der pathologischen Klausel keine „Überlebenschance“ gibt.

§ 1031 ZPO schützt aber nur ausreichend davor, dass der Klauselverwendungsgegner überraschend in ein Schiedsverfahren gezogen wird, obwohl er lieber ein ordentliches Gericht anrufen würde. Ist das Schiedsverfahren im einzelnen ungewöhnlich gestaltet, wird das durch die bloße Form des Hauptvertrages bzw. der Schiedsklausel nicht hinreichend kenntlich gemacht.³⁵⁰ Es kann von den Klauselverwendungsgegner nämlich nicht erwartet werden, dass er sich die gesamte ihm als Geschäftsbedingung gestellte Schiedsverfahrensordnung durchliest. Was die Details des Verfahrens betrifft, muss er daher gesondert vor Überrumpelung geschützt werden.³⁵¹ Diesem Schutzerfordernis kann nur eine analoge Anwendung des § 305 c BGB gerecht werden.

³⁴⁹ Ähnlich im Ergebnis: Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 310.

³⁵⁰ Es wird auch davon ausgegangen, dass § 1031 ZPO nur für den absolut notwendigen Inhalt einer Schiedsvereinbarung gilt, MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1031 Rn. 5.

³⁵¹ Vgl. Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rn. 311.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

I. Begriffserklärungen

Mediationsvereinbarungen lassen sich definieren als Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Personen über die Durchführung einer Mediation hinsichtlich eines bestimmten Konfliktgegenstandes im Konfliktfall.¹ Mit dem Mediationsverfahren streben die Parteien das Ziel der Streitbeilegung an.² Es handelt sich um ein strukturiertes³ Verfahren, in welchem ein neutraler Dritter ohne eigene Entscheidungskompetenz, der sog. Mediator, gemeinsam mit den Parteien eine einvernehmliche Lösung des Konflikts erarbeitet.⁴

Die Mediationsvereinbarung ist der Weg in eine Mediation und gleichzeitig deren Grundgesetz im Verhältnis zwischen den Konfliktparteien.⁵ Je nachdem, wie detailliert sie ausgestaltet ist, strukturiert sie das Verfahren und steckt damit auch den Rahmen des dem Mediator eingeräumten Verfahrensermessens ab.⁶

Die Mediationsvereinbarung kann getroffen werden, nachdem es zu einer Auseinandersetzung gekommen ist. In diesem Fall wird die Mediationsvereinbarung selbständig als sog. Mediationsabrede abgeschlossen.⁷

Häufiger ist der Fall, dass die Parteien eine Mediationsklausel in ein größeres Vertragswerk, etwa in einen Unternehmenskaufvertrag oder einen langfristigen Liefervertrag, integrieren. In diesem Fall einigen sich die Parteien auf ein bestimmtes Streitbeilegungsverfahren, bevor ein konkreter Konflikt überhaupt entstanden ist. Die Mediationsvereinbarung findet dann als un-selbständige Klausel, als sog. Mediationsklausel Eingang in den Vertrag.⁸

Wie im Schiedsverfahren wird also zwischen Abrede und Klausel unterschieden.

¹ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III, Einl.; Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 8.

² Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 3.

³ Zum Ablauf des Verfahrens: Risse, Wirtschaftsmediation, § 5; Duve, Mediation und Vergleich im Prozeß, S. 84.

⁴ Breidenbach, Mediation, S. 4; Dendorfer, DB 2003, 135, 136.

⁵ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III, Einl.

⁶ Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 8.

⁷ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 3; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III, Einl.

⁸ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 3; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III, Einl.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Missverständlich ist die Verwendung des Zusatzes „ad hoc“. Während manche unter „Ad-hoc-Mediationsverfahren“ ein auf einer erst nach Entstehung des Konfliktes geschlossenen Mediationsvereinbarung beruhendes Verfahren verstehen,⁹ werden von anderen unter „Ad-hoc-Verfahren“ die Verfahren gefasst, die nicht von einer Mediationsorganisation verwaltet werden, also die nichtinstitutionellen Verfahren.¹⁰ Es sollte auf das Präfix „ad hoc“ daher besser verzichtet werden.

II. Allgemeine vertragsrechtliche Einordnung der Mediationsvereinbarung

Die Rechtsnatur eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich nach seinen Wirkungen.¹¹ Es stellt sich die Frage, auf welchem Rechtsgebiet die Mediationsvereinbarung ihre Wirkungen entfaltet. Eine Erkenntnis dergestalt, dass sie für die Parteien Pflichten erzeugt, sagte noch nichts über die Rechtsnatur dieser Pflichten aus. Wie gezeigt sind Verträge mit Verpflichtungscharakter zwar nur im 2. Buch des BGB ausführlich behandelt. Es kann sie aber auch auf anderen Rechtsgebieten wie dem Prozessrecht geben.

Hauptwirkung der Mediationsvereinbarung ist die Ermöglichung eines Mediationsverfahrens. Von der Rechtsnatur dieses Verfahrens kann auf die Rechtsnatur der zugrunde liegenden Vereinbarung geschlossen werden.¹²

Das Mediationsverfahren – jedenfalls das auf privater Initiative beruhende – ist in der ZPO und im sonstigen Prozessrecht nicht geregelt.¹³ Zwar wird an verschiedenen Stellen der ZPO auf eine gütliche Streitbeilegung Bezug genommen.¹⁴ Ein Buch, das der Mediation – dem Schiedsverfahren vergleichbar – als solcher gewidmet wäre, findet sich in der ZPO aber nicht.¹⁵ Auch das materielle Recht weist kein „Mediationsgesetz“ auf.

Bieten die Gesetze keinen direkten Anhaltspunkt für die Rechtsnatur des Mediationsverfahrens, ist dieses inhaltlich darauf zu untersuchen, ob es prozessrechtliche oder materiellrechtliche Merkmale aufweist.

⁹ So Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 2; Nelle/Hacke, ZKM 2002, 257, 258.

¹⁰ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 3 (Fn. 5); so für den parallel gelagerten Fall des Schiedsverfahrens Lörcher/Lörcher, SchiedsVZ 2005, 179, 179.

¹¹ 1. Kap. II, Allgemeine vertragsrechtliche Einordnung der Schiedsvereinbarung.

¹² 1. Kap. II 4, Stellungnahme zur prozessrechtlichen Theorie.

¹³ Blobel/Späth, ZEuP 2005, 784, 789.

¹⁴ Vgl. die §§ 81 und 278 ZPO.

¹⁵ Vgl. Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 2.

1. Merkmale prozessrechtlicher Streitbeilegungsverfahren

Zivilprozessuale Verfahren weisen die folgenden Merkmale auf:

Die Partei eines Rechtsstreits ruft zum Zweck der Streitbeilegung eine dritte, unbeteiligte Person, einen (Schieds-)Richter, an.¹⁶

Diese Person leitet das Streitbeilegungsverfahren zwischen den Parteien und trifft, wenn sich die Parteien nicht einverständlich auf einen Vergleich einigen, am Ende des Verfahrens eine für die Parteien verbindliche Entscheidung,¹⁷ die zur Erledigung der Streitsache (vorbehaltlich höherinstanzlicher Entscheidungen) führt.¹⁸

Die durch die dritte Person oder ein Kollegium dritter Personen getroffene Entscheidung – das Urteil bzw. der Schiedsspruch – erwächst in Rechtskraft, d. h., die Parteien sind danach gehindert, in derselben Streitsache erneut eine Entscheidung durch einen Richter herbeizuführen.

Zentrale Figur bei der prozessualen Streitbeilegung ist der richtende Dritte. Die den Prozess fördernden Parteien wirken nur unterstützend.

2. Merkmale materiellrechtlicher Streitbeilegungsverfahren

Das materielle Zivilrecht hält ebenfalls eine Methode der Streitbeilegung bereit. Möchten Parteien einen zwischen ihnen bestehenden Streit über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigen, können sie das über den Abschluss eines Vergleichsvertrags gem. § 779 I BGB tun.

Der Vergleich weist mithin folgende Merkmale auf:

Die Parteien lösen ihren Streit selbständig.

Die Parteien treffen gemeinsam eine für sie verbindliche Entscheidung, die den Streit erledigt. Diese Entscheidung erfolgt in Vertragsform und ist daher einvernehmlich. (Der Begriff „Entscheidung“ suggeriert in Verbindung mit Rechtsstreit einen einseitigen Akt, den Richterspruch. Es sollte daher hier besser von „einvernehmlicher Lösung“ gesprochen werden.)

Die Streitbeilegung beruht auf gegenseitigem Nachgeben.

Zentrale Figuren bei der materiellrechtlichen Streitbeilegung sind somit die Streitparteien.

¹⁶ Walter, ZZP 103 (1990), 141, 142.

¹⁷ Walter, ZZP 103 (1990), 141, 142.

¹⁸ Vgl. Wagner, Prozessverträge, S. 13.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Auch wenn § 779 BGB keine Aussage darüber trifft, wie im einzelnen ein Verfahren auszusehen hat, das mit einem Vergleich abschließt, so kann doch festgehalten werden, dass die Elemente des Vergleichs, also die Eigenverantwortlichkeit der Parteien, die Einvernehmlichkeit der Lösung, das gegenseitige Nachgeben, auch das auf den Vergleich gerichtete Verfahren bestimmen müssen.

3. Merkmale des Mediationsverfahrens

a. Die Mediation als Regelungswerk der Parteien

Bei der Mediation suchen zwei natürliche Personen oder Unternehmen zu einem Ausgleich ihrer (vermeintlich) gegenläufigen Interessen zu gelangen.¹⁹ Sie bedienen sich dabei der Unterstützung eines Dritten. Dieser Dritte entscheidet aber nicht den Rechtsstreit, sondern erörtert ihn mit den Parteien.²⁰ Am Ende sollen die Parteien zu einer eigenen Lösung gelangen.²¹ Der Dritte ist damit Helfer und nicht Richter.²² Es geht bei der Mediation nicht um die Erkenntnis, was rechtens ist,²³ sondern darum, was künftig rechtens sein soll, um Rechtsschöpfung. Die Mediation ist nicht rückwärts gewandt, sondern will das Vertragsverhältnis der Konfliktparteien für die Zukunft neu ordnen,²⁴ sie eignet sich daher nicht für Rechtsstreitigkeiten sondern für Regelungsstreitigkeiten.²⁵

Bereits zwischen Schlichtung und Rechtsprechung besteht ein wesentlicher Unterschied:²⁶ Der Schlichter erarbeitet mit den Parteien und für die Parteien einen Lösungsvorschlag, den die Parteien annehmen können aber nicht müssen.²⁷ Kraft der Autorität des Schlichters geht von seinem Spruch gleichwohl ein faktischer Zwang zur Annahme seines Spruches aus.²⁸

¹⁹ Vgl. Haft, in Festschrift Schütze, 255, 266; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, I.2.

²⁰ Vgl. Goldberg/Sander/Rogers/Cole, Dispute Resolution, Negotiation, Mediation, and Other Processes, 4. Aufl. 2003, Chapter 3, Mediation (S. 111).

²¹ Walter, ZZP 103 (1990), 141, 142.

²² Vgl. Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18; Böttcher/Laskawy, DB 2004, 1247, 1247.

²³ Vgl. Gottwald, in Festschrift für Ishikawa, 137, 146.

²⁴ Gottwald, WM 1998, 1257, 1260.

²⁵ Zu den Begrifflichkeiten Rechtsstreitigkeit und Regelungsstreitigkeit vgl. Kissel/Schick, Methoden der Beilegung kollektiver Interessenstreitigkeiten, RdA 1991, 321, 321; Jousen, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten, S. 11.

²⁶ Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 300.

²⁷ Rüssel, JuS 2003, 380, 382.

²⁸ Haft, in Festschrift Schütze, 255, 266.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Der Mediator in seiner Grundform als Vermittler ist nicht einmal Schlichter, macht er doch nicht notwendigerweise diesen Lösungsvorschlag.²⁹ Der Mediator ist weniger Autorität denn schlichter Dienstleister. Es ist sinnlos, wenn die Parteien versuchen, ihn von irgendetwas zu überzeugen. Die Lösung des Konflikts wird ihnen vom Mediator nicht abgenommen. Der Mediator hilft ihnen lediglich, einen Ausgleich ihrer Interessen zu finden.³⁰

In der Praxis sind die Grenzen zwischen Mediation und Schlichtung allerdings fließend.³¹ Mal übernimmt der Mediator eine rein passive Rolle als Katalysator, mal führt er aktiv die Verhandlung als „Chairman“.

Die Mediation beruht also auf der Eigeninitiative der Parteien und ihrem beiderseitigen Willen, zu einer Lösung des Konfliktes zu gelangen. Insofern entspricht sie dem Konfliktlösungsmodell des materiellen Rechts.

Die Beteiligung des Dritten hat dabei zwar besondere Bedeutung, erstreckt sich aber rechtlich nicht auf den Endpunkt des Verfahrens, die Streitbeilegung als solche. Schließlich hängt die Beendigung des Rechtsstreits ausschließlich von der Kompromissbereitschaft der Parteien ab. Eine Lösung des Rechtsstreits ist nicht zwingend.

Zentrale Figuren bei der Mediation sind also wie im bürgerlichrechtlichen Vergleichsvertrag die Parteien. Der Mediator hat – zumindest in der ursprünglichen Form der Mediation³² – nur eine unterstützende Rolle. In der Mediation gilt „Selbstbestimmung statt Fremdbestimmung“.³³

b. Die Mediation als strukturiertes Verfahren

Es wird allerdings auch vertreten, dass eine Mediationsvereinbarung im Kern prozessuale Abreden enthalte.³⁴ Diese Annahme sei dadurch gerechtfertigt, dass es sich bei dem Mediationsverfahren eben um ein Verfahren handle, das einer gewissen Ordnung unterliege. Die Mediation weise komplexe Strukturen auf, die sich häufig durch präzise Verfahrensvorgaben, Verhaltensanordnungen, Formerfordernisse (Schriftlichkeit, Mündlichkeit, Anwesenheitspflichten) und Fristsetzungen auszeichneten.³⁵

²⁹ Vgl. Rüssel, JuS 2003, 380, 383; Blobel/Späth, ZEuP 2005, 784, 785 (Fn. 11).

³⁰ Haft, in Festschrift Schütze, 255, 266.

³¹ Vgl. Kraft, VersR 2000, 935, 936.

³² Auch wenn Mediation so verstanden wird, dass der Mediator eine Einigung zu formulieren und präsentieren hat, so müssen die Parteien sich diese Einigung doch erst noch durch Vertrag zu eigen machen.

³³ Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 17.

³⁴ So Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 17.

³⁵ Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 17.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Tatsächlich ist ein modernes Mediationsverfahren häufig durch eine hohe Komplexität der Verfahrensregeln gekennzeichnet. Das ist insbesondere bei institutionalisierten Verfahren der Fall.³⁶ Zwingend ist eine solche Ausgestaltung allerdings nicht. So ist auch denkbar, dass die Parteien sich lediglich auf einen Mediator einigen und es ihm als einer Person ihres Vertrauens anheim stellen, das Verfahren nach seinem Ermessen zu leiten. Die eine Mediation orientiert sich mehr an feststehenden Verfahrensvorgaben, die andere Mediation mehr an der Person des Mediators und dessen Improvisationsgeschick. Die Komplexität des Verfahrens ist also kein Wesensmerkmal der Mediation.

Außerdem ist ein komplexes Verfahren auch kein spezifisches, dem Prozessrecht vorbehaltenes Merkmal. Materiellrechtliche Verhandlungen können nach einer bis ins kleinste Detail reichenden Agenda strukturiert sein und nach einer bestimmten Vorgehensweise, nach einem „Verfahren“ geführt werden. Komplexe materiellrechtliche Vertragswerke im Wirtschaftsrecht kommen ohne eine solche Struktur der dem Vertrag vorangehenden Verhandlung gar nicht aus.

Als weiteres Argument für eine prozessuale Rechtsnatur der Mediation wird ins Feld geführt, sowohl die Mediation als auch Gerichts- und Schiedsgerichtsverfahren zeichneten sich durch Vorschriften aus, die einen hohen Gerechtigkeitswert hätten, der darin bestehe, die Selbstbestimmung der Parteien im Verfahren zu garantieren, eine hinreichende – aber auch parteiautonom bestimmte – Tatsachenfeststellung zu ermöglichen, um auf dieser gesicherten Grundlage ein richtiges Ergebnis (sei es ein Urteil oder einen Vergleich) zu erzielen.³⁷

Um gerecht zu sein, müssen Verfahrensvorschriften aber nicht prozessual sein. Sie können sich prozessuale Verfahrensvorschriften zum Vorbild nehmen, ohne selbst prozessual zu sein. Außerdem ist es dem Belieben der Parteien überlassen, wie sie die Mediation gestalten.³⁸ Eine gesicherte Gewährleistung von Gerechtigkeit im Mediationsverfahren existiert gerade nicht. Die umfassende, garantierte Parteiautonomie der Parteien in der Mediation, die darauf beruht, dass sie bis zum Ende der Mediation Herren des Verfahrens³⁹ bleiben, es sich bei der Mediation

³⁶ Vgl. etwa die Mediationsverfahrensordnung der Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement e. V. (gwmk) oder die ADR-Regeln der ICC.

³⁷ Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 17.

³⁸ Das räumen Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 2, selbst ein.

³⁹ Neuenhahn, NJW 2004, 663, 664.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

on also um kein Äquivalent zum staatlichen Zivilprozess handelt,⁴⁰ verbietet auch die analoge Anwendung von Verfahrensnormen wie § 1042 I ZPO,⁴¹ die einen Mindeststandard an Fairness für Verfahren mit fremdbestimmender Drittentscheidung anordnen. Nur wenn die Parteien die Entscheidung eigener Angelegenheiten aus der Hand geben, sie der eigenen Kontrolle entziehen, besteht ein erhöhter Bedarf an gerechter Fundierung dieser Entscheidung. In der Mediation, wo die Parteien jederzeit das Verfahren kontrollieren und keinem Zwang unterliegen, bedürfen sie keines Schutzes durch die Verfahrensgerechtigkeit sichernde Abreden.

Heß/Sharma behaupten, dass in Mediation und Gerichtsverfahren dieselben Gerechtigkeitsstandards angesetzt werden müssten, da es in beiden Fällen darum gehe, ein „richtiges Ergebnis“ zu erzielen. Urteil und Vergleich stünden sich insoweit gleich.⁴² Durch die Verwendung des Begriffspaares „richtiges Ergebnis“ zeigen *Heß/Sharma* jedoch, dass sie den Unterschied zwischen Vergleich und Urteil verkennen. Anders als beim Urteil ist für die Qualität eines Vergleiches nicht entscheidend, ob er richtig oder falsch ist, sondern, ob er den Parteien nützt oder nicht. Für ein von den Parteien akzeptiertes und geschätztes Ergebnis – und allein darauf kommt es beim Vergleich an – müssen nicht alle Tatsachen und Rechtsfragen geklärt sein. Es geht nicht um Recht und „richtig“, sondern um Regelung.⁴³

Der Ansicht, dass die Mediationsvereinbarung im Kern prozessuale Abreden enthalte, ist daher nicht zuzustimmen.

c. Mediation als Verhandlung

Mediation ist moderierte Vergleichsverhandlung,⁴⁴ und Verhandlung ist ebenso wie der Vertrag Inbegriff privatautonomer Gestaltung,⁴⁵ für die am meisten Raum auf dem Gebiet des materiellen Privatrechts ist.

Kaum eine Gestaltung eines Rechtsverhältnisses auf privater Basis kommt ohne Verhandlung aus. Verträge werden verhandelt, bevor sie geschlossen werden. Die Verhandlung ist die Vor-

⁴⁰ Diesen Anspruch erhebt aber die Schiedsgerichtsbarkeit, so die Begründung zum Entwurf des Reformgesetzes zur Schiedsgerichtsbarkeit, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/5274, zu § 1030 ZPO.

⁴¹ Vgl. Berger, RIW 2001, 881, 883.

⁴² Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 17.

⁴³ 2. Kap. II 3 a, Die Mediation als Regelungswerk der Parteien.

⁴⁴ Vgl. Eidenmüller, Verhandlungsmanagement durch Mediation, in Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 1; Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 4; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 8; Gottwald, in Festschrift für Ishikawa, 137, 140.

⁴⁵ Nach Haft, in Festschrift Schütze, 255, 268, kann erst durch Verhandeln – mit oder ohne Hilfe der Mediation – das Prinzip der Privatautonomie vollendet werden.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

stufe des Regelungswerks. Hier werden die späteren Vertragsgegenstände eingeführt und erörtert. Der Vertrag bildet den Abschluss der Vertragsverhandlung. Verhandlung und Vertrag sind so eng verbunden – man denke nur an die vorvertragliche, „quasivertragliche“ Haftung aus § 241 Abs. 2 BGB –, dass es sachfremd wäre, beide rechtlich unterschiedlich zu qualifizieren. Die Vergleichsverhandlung, an deren Ende der materiellrechtliche Vergleichsvertrag steht, muss daher materiellrechtlich sein.

Wären (moderierte) Vergleichsverhandlungen prozessualer Natur, so gälte das allgemein für Vertragsverhandlungen, denn die Vergleichsverhandlung ist lediglich eine Form der Vertragsverhandlung:

Wesensmerkmal von Verhandlungen ist, dass unterschiedliche Interessen zu einem Ausgleich gebracht werden.⁴⁶ Wären die Interessen der Parteien von Anfang an gleich gerichtet, bedürfte es keiner Verhandlung. Während einer Verhandlung streiten Parteiinteressen miteinander, aber es ist ein konstruktiver Streit, denn am Ende des Streits der Interessen steht idealerweise ein streitbeilegender Vertrag. Auch beim Vergleich geht es um Streitbeseitigung, vgl. § 779 I BGB. Es besteht also kein wesentlicher Unterschied zwischen Vertragsverhandlung im allgemeinen und Vergleichsverhandlung. Beide unterscheiden sich lediglich dadurch, dass für letztere schon ein Rechtsverhältnis bestehen muss, während dieses im Laufe ersterer häufig erst geschaffen wird.⁴⁷

Es kommt aber auch vor, dass die Vertragsparteien einzelne Punkte eines bestehenden Rechtsverhältnisses, zu denen sie eigentlich eine Regelung treffen wollten oder sinnvollerweise hätten treffen sollen, im Ausgangsvertrag nicht (eindeutig) berücksichtigt haben, so dass diese nachverhandelt werden. Wann es dabei um das reine Aushandeln neuer Aspekte geht, es sich also noch um Vertragsverhandlungen im weiteren Sinne handelt, und wann es um das Ausräumen von Ungewissheiten über das bestehende Rechtsverhältnis geht, es sich also bereits um Vergleichsverhandlungen handelt, ist oft schwer abgrenzbar.

In wirtschaftsrechtlichen Verträgen enthaltene „offene Vertragsklauseln“, nach denen die Vertragspartner zusammenkommen müssen, um während der Vertragsdurchführung aufgetretene Veränderungen und Unklarheiten zu diskutieren, tragen die unterschiedlichsten Namen wie z. B. Neuverhandlungsklausel, Revisionsklausel, Dispute Resolution Klausel...⁴⁸ – es geht

⁴⁶ Vgl. Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18.

⁴⁷ Haft, in Festschrift Schütze, 255, 268, wundert sich daher zu Recht, dass der das Privatrecht beherrschende Grundsatz der Privatautonomie hauptsächlich mit der freien Vertragsgestaltung zur sogenannten „Konfliktvermeidung“ in Verbindung gebracht wird, weniger dagegen mit der Konfliktbewältigung selbst.

⁴⁸ Berger, RIW 2000, 1 ff.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

aber immer um private Verhandlung. Ganz gleich, ob der Auslöser für die Neuverhandlung eines Vertrages Ungewissheit der Parteien über die Auswirkungen veränderter äußerer Umstände auf den Vertragsgegenstand ist,⁴⁹ oder Ungewissheit über die Interpretation des Vertrages selbst,⁵⁰ es handelt sich stets um auf Konsens gerichtete⁵¹ Verhandlung. Die uneinheitliche Terminologie bei den offenen Vertragsklauseln zeigt, wie nah sich die verschiedenen Verhandlungstypen stehen.

Es ist mithin nicht gerechtfertigt, eine Trennlinie zwischen Vertragsverhandlungen im weiteren Sinne und Vergleichsverhandlungen (egal ob von einem Dritten moderiert oder nicht) zu ziehen. Wollte man Vergleichsverhandlungen als prozessrechtlich qualifizieren, so müsste man Vertragsverhandlungen allgemein als prozessual einordnen. Dann aber würde das Prozessrecht ausufern, und die Grenze zwischen Prozessrecht und Materiellem Recht würde verwischt.

4. Prozessrechtliche Wirkungen der Mediationsvereinbarung

a. Der dilatorische Klageverzicht

Regelmäßig wird in der Mediationsvereinbarung verabredet, von der (schieds-)gerichtlichen Geltendmachung der mediationsgegenständlichen Ansprüche abzusehen, bis das Mediationsverfahren durchgeführt ist.⁵² Gerichtliche Eilverfahren sollen dagegen stets möglich sein.⁵³ Wurde ein Gerichtsverfahren zum Zeitpunkt des Abschlusses der Mediationsvereinbarung noch nicht begonnen, bedeutet eine solche Vereinbarung einen vorübergehenden Klageverzicht.

aa. Sinn des Klageverzichts

Ist kein Klageverzicht vereinbart, könnte eine Partei die Mediationsvereinbarung unterlaufen, die Mediation nur „pro forma“ durchführen, aber vorrangig das Gerichtsverfahren betreiben. Spätestens mit dem Fällen des Urteils durch das Gericht wäre die Mediation gescheitert. Die obsiegende Partei würde auf der Vollziehung des Richterspruchs beharren und wäre zu keinem Kompromiss mehr bereit.

⁴⁹ Vgl. Berger, RIW 2000, 1, 2.

⁵⁰ Vgl. Berger, RIW 2000, 1, 3.

⁵¹ Vgl. Berger, RIW 2000, 1, 3.

⁵² Vgl. § 13 Mediationsverfahrensordnung der gwmk; Art. 16 UNCITRAL Conciliation Rules.

⁵³ Vgl. § 13 Mediationsverfahrensordnung der gwmk; Art. 16 UNCITRAL Conciliation Rules.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Würden die Parteien andererseits trotz Einleitung eines Gerichtsverfahrens vorrangig die Mediation betreiben, und käme das Mediationsverfahren vor dem Gerichtsverfahren zu einem Abschluss, könnte der Mediationsvergleich als Prozessvergleich wirken und somit das Ende des Gerichtsverfahrens herbeiführen.

Das Ende des einen Verfahrens bewirkte also das Ende des jeweils anderen Verfahrens.

Es ist denkbar, dass solche synchrone Verfahrensabläufe sogar von den Parteien in Erwägung gezogen werden, weil sie sich davon Zeitersparnis erhoffen und jedenfalls am Ende des „Doppelverfahrens“ eine Klärung der Rechtsverhältnisse haben. Anstatt erst eine Mediation mit ungewissem Ausgang durchzuführen, um bei deren Scheitern noch ein Gerichtsverfahren anzuhängen, führen sie direkt beide Verfahren zusammen durch.

Eine solche Parallelität der Verfahren erscheint aber grundsätzlich nicht sinnvoll,⁵⁴ weil hier zwei gegensätzliche Streitbeilegungskonzepte aufeinanderprallen. Das Beharren auf Ansprüchen und Rechtspositionen, das die Parteien mit der Mediation gerade zu überwinden versuchen, der „Kampf ums Recht“⁵⁵, wird im Gerichtsverfahren belohnt; der Gedanke an den Rechtspositionen übergeordnete Interessen, wie er in der Mediation gefordert wird,⁵⁶ hält vor Gericht nur auf. Die Mediation ist ergebnisoffen. Hier sollen Fragen gestellt und Standpunkte diskutiert werden. Das „Prozessieren“ ist dagegen ein Denken in Anträgen. Hier wird von den Parteien erwartet, dass sie Antworten parat haben und für deren Verwirklichung kämpfen.⁵⁷

Das gilt auch für das Schiedsverfahren. Zwar kann hier nach Billigkeit entschieden werden (vgl. § 1051 III ZPO), und die Schiedsrichter fühlen sich eher berufen, zwischen den Parteien, die sie ausgewählt haben, zu vermitteln.⁵⁸ Das Schiedsverfahren ist aber ebenfalls auf Entscheidung eines Rechtsstreits ausgelegt⁵⁹. Bereits der Begriff „*Schiedsverfahren*“ zeigt, dass dieses nicht unbedingt zu einem weiteren Miteinander⁶⁰ der Parteien, sondern auch zu einer Scheidung, einer Trennung führen kann.⁶¹

⁵⁴ a. A., allerdings ohne nähere Begründung, sind Böttcher/Laskawy, DB 2004, 1247, 1247.

⁵⁵ von Jhering, Der Kampf ums Recht.

⁵⁶ Vgl. Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18.

⁵⁷ Haft, in Festschrift Schütze, 255, 259.

⁵⁸ Vgl. Horvath, SchiedsVZ 2005, 292, 294.

⁵⁹ Berger, RIW 2001, 881, 883; Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 19; Dendorfer, DB 2003, 135, 136.

⁶⁰ In der Kooperation sieht Berger, RIW 2001, 881, 881, das besondere Potential des Schiedsverfahrens gegenüber dem ordentlichen Gerichtsverfahren, das mehr durch Konfrontation geprägt sei. Er muss aber zugeben, dass das Schiedsverfahren durch seine prozedurale Ausgestaltung heute mehr denn je Gerichtsverfahren ist, Berger, RIW 1994, 12, 15; Berger, RIW 2001, 881 ff.

⁶¹ Rüssel, JuS 2003, 380, 382.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Aus der Kollision der Verfahrenszielsetzungen ginge die Mediation im Regelfall als Verlierer hervor⁶²: Die Mediation verlangt den Parteien Überwindung ihrer feindseligen Haltung ab. Das Gerichtsverfahren belässt die Parteien in ihrem antagonistischen Verhältnis und kommt ihnen damit entgegen. Es will die nach Ausbruch des Konflikts i.d.R. vorhandene win/lose Denkstruktur nicht aufbrechen. Das Gerichtsverfahren ist für die Parteien also „bequemer“.

Die Parteien wollen möglicherweise mit den parallelen Verfahren schnell herausfinden, welches Verfahren besser zu ihrer Problemstellung passt. Durch die Parallelität der Verfahren werden sie es aber regelmäßig gerade nicht herausfinden.

Ein Mediationsverfahren, das simultan mit einem Schiedsverfahren durchgeführt wird, verspricht allenfalls dann Erfolg, wenn beide Verfahren miteinander verzahnt sind. So kann etwa ein von den Schiedsrichtern personenverschiedener Mediator an den Sitzungen des Schiedsgerichts teilnehmen und darauf mit den Parteien Mediationssitzungen abhalten, um den Streit auf der Basis der im Schiedsverfahren herausgearbeiteten Standpunkte und Rechtsprobleme zu beenden.⁶³

Der Vorteil dieser Methode gegenüber strikt isoliert abgehaltenen Verfahren liegt darin, dass sie es dem Mediator erleichtert, auf die Parteien einzugehen, sie zu verstehen und während des Schiedsgerichtsverfahrens entstandene Konfrontationen im Gespräch wieder abzubauen. Doch auch hier wird den Parteien ein „Wechselbad der Gefühle“ abverlangt. Vor dem Schiedsrichter sollen sie sich streiten und vor dem Mediator einander entgegenkommen.

Ein weiteres Argument, das gegen eine Parallelität der Verfahren spricht, ist der garantiert hohe Kostenaufwand, der damit verbunden ist.⁶⁴ Ein vergleichbarer Aufwand entstünde nur in dem „worst-case-scenario“, dass sich an die Mediation wegen deren Scheiterns noch ein Gerichtsverfahren anschließt. Da aber die Wahrscheinlichkeit eines konstruktiven Ausgangs der Mediation hoch ist,⁶⁵ bleibt es meist bei den Mediationskosten.

⁶² Vgl. Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 55; Prütting, Haftung, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 31 Rn. 9.

⁶³ Berger, RIW 2001, 881, 885; Horvath, SchiedsVZ 2005, 292, 296.

⁶⁴ Vgl. Berger, RIW 2001, 881, 885; Horvath, SchiedsVZ 2005, 292, 296.

⁶⁵ das ist bei 2/3 aller Verfahren in den USA der Fall, Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 1; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, II.1.a; nach Duve/Ponschab, ZKM 1999, 263, 266, liegt die Erfolgsquote von Mediationsverfahren weltweit bei bis zu 80%.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Schließlich favorisiert auch der ZPO-Gesetzgeber die Trennung von Mediations- und Gerichtsverfahren. Gem. § 251 S. 1 ZPO hat das Gericht das Ruhen des Verfahrens anzuordnen, wenn beide Parteien dies beantragen und anzunehmen ist, dass wegen Schwebens von Vergleichsverhandlungen oder aus sonstigen wichtigen Gründen diese Anordnung zweckmäßig ist. Der Gesetzgeber sieht also die Durchführung von Vergleichsverhandlungen als Regelfall begründeten Ruhens des Gerichtsverfahrens an.

In Literatur und Rechtsprechung wird daher auch von der stillschweigenden Vereinbarung eines dilatorischen Klageverzichts ausgegangen, wenn dieser nicht schon ausdrücklich in der Mediationsvereinbarung enthalten ist.⁶⁶

Wollen sich die Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses der Mediationsvereinbarung noch offen halten, ob sie im Konfliktfall wirklich eine Mediation durchführen, empfiehlt sich eine unverbindliche „good will“ Erklärung.⁶⁷ Mit dieser bloßen Absichtserklärung machen die Parteien für sich und die Gegenpartei deutlich, dass sie die Möglichkeit der Durchführung einer Mediation ernsthaft in Erwägung gezogen haben. Auf diese Erklärung kann bei Ausbruch des Konflikts zurückgekommen werden. Sie dient dann als Erinnerung und möglicher Wegweiser für die Konfliktlösung. Aber auch hier empfiehlt sich zur Vermeidung von Parallelverfahren die Aufnahme eines dilatorischen Klageverzichts in die Erklärung, der dann unter der Bedingung, dass es tatsächlich zu einer Mediation kommt, Verbindlichkeit erlangt.

bb. Zulässigkeit des Klageverzichts

Einen Klageverzicht kennt nicht nur die Mediation, sondern auch die Schiedsgerichtsbarkeit.⁶⁸ Im Fall der Schiedsgerichtsbarkeit wird den staatlichen Gerichten die Entscheidungsbefugnis endgültig genommen.

Durch die Mediationsvereinbarung entziehen die Parteien den Konflikt der staatlichen Rechtsprechung aber noch nicht endgültig, sondern beziehen nur vorläufig zur Vermeidung eines Prozesses einen Mediator ein.

Die Mediation stellt also ein Minus zur Schiedsgerichtsbarkeit dar, was den Ausschluss der staatlichen Rechtsprechung angeht. Die Schiedsvereinbarung begründet einen peremptorischen Klageverzicht, die Mediationsvereinbarung lediglich einen dilatorischen. Findet die

⁶⁶ BGH ZZZ 99 (1986), 90 ff.; Prütting, Richterliche Gestaltungsräume für alternative Streitbehandlung, Anwaltsblatt 2000, 273, 277; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III 2 a; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 22;

Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 55.

⁶⁷ Vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 56.

⁶⁸ 1. Kap. II 2 b gg, Pflicht zur Unterlassung der Anrufung staatlicher Gerichte.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Schiedsvereinbarung die Zustimmung des Gesetzgebers, dann muss die in ihren Auswirkungen mildere Mediationsvereinbarung erst recht rechtmäßig sein.⁶⁹ Mediation kann die Gerichte entlasten, und so wie es den Parteien freisteht, sich außergerichtlich (auch noch während eines anhängigen Gerichtsverfahrens) durch (Prozess-)Vergleich zu einigen, oder auf eine Entscheidung eines Konflikts ganz zu verzichten, muss ihnen auch der Ausschluss der Klagbarkeit für die Zeit des Mediationsverfahrens möglich sein.⁷⁰

Fraglich ist, ob der dilatorische Klageverzicht mit Verfahrensgarantien und Fairnessstandards, die im Mediationsverfahren einzuhalten wären, „erkauft“ werden muss.

Das Schiedsverfahren, das einen peremptorischen Klageverzicht vor ordentlichen Gerichten bedeutet, ist an verschiedene rechtsstaatliche Vorgaben gebunden.⁷¹ Dies zeigt, dass das Gesetz den Ausschluss des Rechtswegs zum staatlichen Gericht nicht ohne weiteres zulässt. Zu erwägen ist eine Übertragung der rechtsstaatlichen Anforderungen, denen das Schiedsverfahren unterliegt, auf die Mediation.⁷² Dafür müsste aber ein vergleichbarer Bedarf bei der Mediation bestehen.

Der Staat darf Schiedsgerichtsbarkeit nur dulden, wenn er sie rechtsstaatlich in die Pflicht nimmt. Schiedsgerichte sind daher wie staatliche Gerichte an fundamentale Grundsätze eines rechtsstaatlichen (Gerichts-)Verfahrens gebunden.⁷³ Im Schiedsverfahren wird endgültig gerichtet, auf Schiedsgerichte sind Art. 103 I GG und Art. 6 I EMRK anwendbar mit der Folge, dass sie rechtliches Gehör zu gewähren haben.⁷⁴ Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Schiedsrichter sorgen für ein faires Schiedsverfahren und sichern der Schiedsgerichtsbarkeit die Rechtsprechungsqualität.⁷⁵ Die Prozessgewähr unvoreingenommener Entscheidung ist unverzichtbar und Wesensmerkmal jeder rechtsstaatlichen Gerichtsbarkeit.⁷⁶ Da das Schiedsgericht anstelle des ordentlichen Gerichts entscheidet (vgl. § 1029 I ZPO i.V.m. § 1055 ZPO)

⁶⁹ Hacke, Der ADR-Vertrag, S. 121; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 9.

⁷⁰ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 9.

⁷¹ Vgl. § 1042 ZPO; § 1036 ZPO; § 1059 II Nr. 2 b)

⁷² für die Einhaltung rechtsstaatlicher Mindestverfahrensvoraussetzungen in Schlichtungsverfahren plädiert Prütting, ZZP 99 (1986), 93, 97.

⁷³ Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1042 Rn. 6.

⁷⁴ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1042 Rn. 1.

⁷⁵ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1036 Rn. 1.

⁷⁶ BVerfGE 3, 377, 381; BGHZ 54, 392, 398.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

und die Unparteilichkeit der oberste Grundsatz rechtsstaatlicher Rechtspflege ist, dürfen an Schiedsrichter keine geringeren Anforderungen als an Richter gestellt werden.⁷⁷

Mediation ist dagegen keine Rechtsprechung. Die Medianten sind Herren des Ergebnisses. Sind sie mit der Person des Mediators und dem Verfahrensverlauf zufrieden, schließen sie einen Mediationsvergleich; sind sie es nicht, kündigen sie die Mediationsvereinbarung gem. § 723 I BGB⁷⁸ und rufen ein ordentliches Zivilgericht oder Schiedsgericht an, das ihnen Verfahrensgarantien gewährt. Da den Parteien der Mediation der Gang vor die ordentlichen Gerichte also weiterhin offen steht, muss die Mediation nicht dem Anspruch gerecht werden, ein Äquivalent zur staatlichen Rechtsprechung zu sein⁷⁹ und sich auch nicht zwingend an Verfahrensgarantien orientieren.

Es wäre mit den Besonderheiten des Mediationsverfahrens auch gar nicht vereinbar, in der Mediation die Einhaltung derselben Standards wie im Gerichtsverfahren zu fordern. So ist wesentliches Element einer Mediation die Caucus-Sitzung, während der der Mediator sich vertraulich mit einer Partei allein unterhält. Müsste der Mediator dem (prozessualen) Anspruch auf Gleichbehandlung und rechtliches Gehör gerecht werden, hätte er die andere Partei über den Inhalt des Gesprächs in Kenntnis zu setzen.⁸⁰ Damit würde die „Caucus-Session“ jedoch ad absurdum geführt, geht es doch um die Offenlegung von Tatsachen, die im Beisein der anderen Partei nicht preisgegeben würden.⁸¹

Das Gerichtsverfahren legitimiert sich über die Produzierung *gerechter* Ergebnisse. Mediation setzt auf *Zufriedenheit* beider Parteien mit dem Mediationsvergleich,⁸² und die äußert sich grundsätzlich darin, dass es überhaupt zu einer Einigung kommt. Gerechtigkeit spielt nur insoweit eine Rolle, als die Parteien sie zu ihrer Zufriedenheit benötigen. Mediation ist Verhandlung, und hier sind rechtsstaatliche Verfahrensprinzipien irrelevant.

⁷⁷ Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl. 2005, § 1036 Rn. 2; eine Einschränkung ist nur bei dem Erfordernis der Neutralität der Parteischiedsrichter zu machen, 1. Kap. IV 2 e bb, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Schiedsrichter.

⁷⁸ 2. Kap. III 8 d, Kündigung der Mediationsvereinbarung.

⁷⁹ Als solches gilt aber die Schiedsgerichtsbarkeit, vgl. die Begründung zum Entwurf des Reformgesetzes zur Schiedsgerichtsbarkeit, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/5274, zu § 1030 ZPO; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1042 Rn. 1; Lachmann, SchiedsVZ 2003, 28, 28.

⁸⁰ Vgl. Berger, RIW 2001, 881, 883.

⁸¹ Berger, RIW 2001, 7, 16.

⁸² Walter, ZJP 103 (1990), 141, 143; Dendorfer, DB 2003, 135, 137; Eidenmüller, Verhandlungsmanagement durch Mediation, in Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 39; Gottwald, in Festschrift für Ishikawa, 137, 145.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Es ist auch nicht so, dass ein Mediant ohne die Gewähr rechtsstaatlicher Verfahrensstandards Gefahr läuft, von einer ihn unangemessen benachteiligenden Mediationsklausel überrumpelt zu werden. Die für eine wirksame Mediationsvereinbarung erforderliche Schriftform und das AGB Recht warnen und schützen vor übereilten Vertragsabschlüssen.⁸³

Es bleibt also festzuhalten, dass im Mediationsverfahren anders als im Schiedsverfahren keine prozessualen Verfahrensgarantien zu beachten sind.⁸⁴ Rechtliches Gehör, Gleichbehandlung der Parteien, Neutralität und Unabhängigkeit des Mediators sind im Mediationsverfahren nicht zwingend erforderlich.⁸⁵ Ein Verzicht auf Unabhängigkeit kann Sinn machen, wenn z. B. der Mediator für eine Partei arbeitet, diese Partei sich dadurch von seinem Sachverstand überzeugen konnte und die andere Partei auf die Integrität der Person vertraut.

cc. Beachtung des Klageverzichts durch das Gericht

Im Folgenden soll untersucht werden, wie sich der dilatorische Klageverzicht auf eine dennoch erhobene Klage auswirkt.

Nahezu Einigkeit besteht darin, dass der Klageverzicht vom Gericht auf Einrede des Beklagten zu beachten ist.⁸⁶ Dafür spricht neben der Regelung des § 282 III ZPO die parallele Ausgangslage in § 1032 I ZPO. Sowohl das Schiedsverfahren als auch die Mediation stellen Alternativen zur Beschreitung des ordentlichen Rechtswegs dar. Ist der dauerhafte Ausschluss der staatlichen Gerichte nur auf Einrede des Beklagten und nicht schon von Amts wegen zu beachten, muss dies für den bloß vorübergehenden Ausschluss a maiore ad minus erst recht gelten.

Streitig ist indes, wie das Gericht auf die erhobene Einrede hin mit der Klage zu verfahren hat.

⁸³ 2. Kap. III 3, Besondere Anforderungen an den Gesellschaftsvertrag der Mediationsvereinbarung.

⁸⁴ Berger, RIW 2001, 881, 883.

⁸⁵ Für die Verzichtbarkeit der Unparteilichkeit des Mediators: Haft, Verhandlung und Mediation, 2. Aufl. 2000, S. 249; vgl. zudem Nicklisch, in Festschrift für Bülow, 159, 176; dagegen verlangt Gottwald, in Festschrift für Ishikawa, 137, 151, strenge Neutralität und Unabhängigkeit des Mediators.

⁸⁶ Vgl. für eine Schlichtungsklausel BGH NJW 1999, 647, 648; BGH NJW 1984, 669 f.; BGH NJW 1977, 2263 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 93 Rn. 29; Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 12, 56; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 22; für Wirkung ipso iure Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 63. Aufl. 2005, Vor § 253 Rn. 19.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Teilweise wird der Standpunkt bezogen, die Klage sei vom Gericht analog § 1032 I ZPO als unzulässig abweisen.⁸⁷ Nach anderer Ansicht soll das Gericht das Ruhen des Verfahrens anordnen.⁸⁸ Risse ist unentschlossen.⁸⁹

Für eine Abweisung als unzulässig spricht wiederum die parallele Ausgangslage in § 1032 I ZPO, die sich durch den gewillkürten Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit auszeichnet. Konsequenz dieses Ausschlusses ist, dass eine dennoch erhobene Klage auf Einrede der anderen Partei als (derzeit) unzulässig angesehen wird.⁹⁰

Fraglich ist, ob diese Sichtweise dem besonderen Charakter der Mediationseinrede als nur ein vorübergehendes Prozesshindernis verursachender Einrede gerecht wird. Die Abweisung als unzulässig macht nach dem Scheitern der Mediation die Wiederholung der Klage erforderlich. Bei einer Anordnung des Ruhens des Verfahrens könnte die Klage später wieder aufgenommen werden, was prozessökonomischer wäre.⁹¹ Damit das Gericht das Ruhen des Verfahrens anordnen kann, ist gem. § 251 S. 1 ZPO allerdings ein darauf gerichteter Antrag beider Parteien nötig. Ein solcher Antrag kann nicht schon in der Mediationsvereinbarung gesehen werden, weil darin keinesfalls der Antrag auf Ruhen des *konkreten* Verfahrens liegt.⁹² Außerdem wirkte eine solche Auslegung konstruiert. Der Antrag müsste unter die Bedingung der Geltendmachung der Einrede gestellt sein.

Es ist aber zu erwägen, § 251 S. 1 ZPO analog anzuwenden und auf die Anträge der Parteien zu verzichten.⁹³ § 251 ZPO soll den Parteien ermöglichen, ein begonnenes und noch nicht beendetes Verfahren für angemessene Zeit zum Stillstand zu bringen, wenn dafür hinreichend gewichtige Gründe bestehen.⁹⁴ Durch eine Mediation besteht die Aussicht, den Rechtsstreit

⁸⁷ Vgl. für eine Schlichtungsklausel BGH NJW 1999, 647, 648; BGH ZZP 99 (1986), 90, 93; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.1; Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 56.

⁸⁸ Walter, ZZP 103 (1990), 141, 163 f.

⁸⁹ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 22.

⁹⁰ Vgl. § 1032 I ZPO; MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1032 Rn. 10.

⁹¹ § 251 ZPO dient der Prozessökonomie, MünchKommZPO/Feiber, 2. Aufl. 2000, § 251 Rn. 1; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl. 2005, § 251 Rn. 1.

⁹² Walter, ZZP 103 (1990), 141, 163.

⁹³ Vgl. Walter, ZZP 103 (1990), 141, 163.

⁹⁴ MünchKommZPO/Feiber, 2. Aufl. 2000, § 251 Rn. 1.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

außergerichtlich beizulegen. Die Fortsetzung des Prozesses würde die Mediation jedoch gefährden.⁹⁵ Die Mediation stellt somit einen gewichtigen Grund für das Aussetzen des Gerichtsverfahrens dar. Das Ruhen des § 251 ZPO wird aber niemals von Amts wegen angeordnet.⁹⁶ Die Initiative für das Ruhenlassen des Prozesses muss von den Parteien ausgehen. Verzichtet man in analoger Anwendung des § 251 ZPO auf die Parteianträge, so muss das Ruhen des Verfahrens also zumindest im gemeinsamen Interesse der Parteien liegen. Nur wenn man ein solches gemeinsames Interesse bejahen könnte, käme man über den fehlenden beiderseitigen Antrag zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Einrede hinweg.

Wird nach Erhebung der Mediationseinrede die Klage abgewiesen, bedarf es einer Anstrengung, wiederum zu Klagen. Es müsste erneut Klage erhoben werden. Die Parteien werden davon abgeschreckt, allzu leichtfertig zu klagen. Ist das Gerichtsverfahren dagegen nur vorübergehend zum Stillstand gebracht, bedarf es einer Anstrengung, das Verfahren zu beenden. Der Kläger rechnet in diesem Fall mit dem Prozess, nimmt die Mediation womöglich nicht so ernst, wodurch sie entwertet wird. Das bloße Ruhenlassen des Gerichtsverfahrens ist damit nicht so mediationsfreundlich wie die Abweisung der Klage. Es kann also nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien je ein gemeinsames Interesse an dem bloßen Ruhen eines Gerichtsverfahrens haben, wenn dieses Verfahren nach Abschluss der Mediationsvereinbarung eingeleitet wird. Von einer analogen Anwendung des § 251 ZPO ist daher Abstand zu nehmen.

Grundsätzlich ist eine Klage auf die Mediationseinrede einer Partei hin daher als derzeit unzulässig abzuweisen. Sollten die Parteien nach Erhebung der Einrede ein Ruhen des Verfahrens vorziehen, steht es ihnen frei, dies gem. § 251 ZPO zu beantragen.

Unabhängig von der Frage, ob das Gericht die Klage als unzulässig abweist oder das Ruhen des Verfahrens anordnet, wirkt sich die Vereinbarung des Klageverzichts jedenfalls auf dem Gebiet des Prozessrechts aus, indem sie den Gerichtsprozess vorübergehend ausschließt.⁹⁷ Sie ist mithin prozessvertraglicher Natur.⁹⁸

dd. Treuwidrige Berufung auf den Klageverzicht

⁹⁵ Vgl. 2. Kap. II 4 a aa, Sinn des Klageverzichts.

⁹⁶ MünchKommZPO/Feiber, 2. Aufl. 2000, § 251 Rn. 8.

⁹⁷ Vgl. 1. Kap. II 3 a, Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

⁹⁸ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.1.; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 22.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Nach der Rechtsprechung ist die Einrede des dilatorischen Klageverzichts ausgeschlossen, wenn dieser erkennbar treuwidrig geltend gemacht wird, etwa, um eine „Karenzfrist gegenüber der Klage“ eingeräumt zu bekommen,⁹⁹ oder, nachdem die Mitwirkungspflicht im Verfahren schwer verletzt worden sei. In letzterem Fall sei nicht erforderlich, dass die andere Partei zunächst Klage auf Erfüllung der Mitwirkungspflicht erhebt; sie könne vielmehr unmittelbar den materiellen Anspruch einklagen.¹⁰⁰

Dieses Ergebnis kann aber auch dogmatisch auf andere Weise hergeleitet werden. Verhält sich die die Beklagtenposition inne habende Partei rechtsmissbräuchlich, indem sie die andere Partei während der Mediation hinhält, um dadurch Zeit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung im Prozess zu gewinnen, obstruiert sie die Mediation. Genauso liegt es bei schweren Verletzungen der Mitwirkungspflicht. In beiden Fällen besteht für die vertragstreue Partei ein Recht zur Kündigung der Mediationsvereinbarung.¹⁰¹ Mit der Erhebung der Klage drückt sie ihren Willen aus, die Mediation nicht mehr fortführen zu wollen, die Klageerhebung ist mithin eine konkludente Kündigung der Mediationsvereinbarung. Damit besteht aber auch der von den Parteien vereinbarte Klageverzicht nicht mehr. Mit der Klageerhebung ist die Einrede des Klageverzichts dauerhaft untergegangen, und so ist der Weg frei für die gerichtliche Geltendmachung des materiellen Anspruchs. Der sich treuwidrig verhaltenden Partei muss die Geltendmachung der Einrede also gar nicht erst mit besonderer Begründung versagt werden, weil es gar keine Einrede gibt, die sie geltend machen könnte.

ee. Gesetzliche Ausschlussfristen

Es ist bei Vereinbarung des dilatorischen Klageverzichts darauf zu achten, dass die Durchführung des Mediationsverfahrens die Einhaltung gesetzlicher Ausschlussfristen nicht faktisch unmöglich macht. Teilweise wird in einer derartigen Konstellation von einer Hemmung der Ausschlussfrist (analog § 203 BGB) ausgegangen.¹⁰² Eine solche pauschale Analogie ist jedoch problematisch. Gesetzliche Ausschlussfristen haben meist eine im öffentlichen Interesse

⁹⁹ Vgl. BGH NJW 1977, 2263, 2264.

¹⁰⁰ BGH NJW 1999, 647, 648; im Fall des § 1032 ZPO wird dem Beklagten ebenfalls unter bestimmten Umständen der Gebrauch der Einrede versagt und dem Kläger die Möglichkeit zugestanden, den materiellen Anspruch unmittelbar vor dem staatlichen Gericht einzuklagen, vgl. MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1032 Rn. 5.

¹⁰¹ Wenn sie nicht schon ein Recht zur ordentlichen Kündigung hat, hat sie jedenfalls ein Recht zur außerordentlichen Kündigung, 2. Kap. III 8 d bb.

¹⁰² Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 20.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

liegende Rechtsfriedensfunktion, über die die Parteien nicht disponieren können.¹⁰³ Für vertragliche Ausschlussfristen erkennt der BGH den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung an, wenn eine Partei sich auf eine während der Vergleichsverhandlungen abgelaufene Ausschlussfrist beruft. Für gesetzliche Ausschlussfristen verlangt der BGH jedoch eine Einzelfallbetrachtung.¹⁰⁴ Droht eine der seltenen nicht zur Parteidisposition stehenden gesetzlichen Ausschlussfristen relevant zu werden, können die Parteien dem Verfristungsrisko dadurch begegnen, dass sie die Klageerhebung zu dem einzigen Zweck zulassen, eine Ausschlussfrist zu unterbrechen. Das Gerichtsverfahren wird für die Dauer der Mediation dann nicht betrieben. Leider ist dieser Weg mit Gerichts- und Anwaltskosten verbunden, die bei einem Erfolg der Mediation umsonst aufgewendet wurden.¹⁰⁵

b. Das Aussetzen laufender Gerichtsverfahren

Ist zum Zeitpunkt des Abschlusses der Mediationsvereinbarung bereits Klage über einen Anspruch erhoben worden, der Gegenstand der Mediationsvereinbarung ist, wollen die Parteien jedoch ein mit der Mediation synchron laufendes Gerichtsverfahren vermeiden, sollten sie in die Mediationsvereinbarung den beiderseitigen Wunsch aufnehmen, das Gerichtsverfahren für die Dauer des Mediationsverfahrens zum Ruhen zu bringen. Die Parteien verpflichten sich damit, einen Antrag gem. § 251 S. 1 ZPO auf Ruhen des Prozesses zu stellen.¹⁰⁶ Das Gericht ordnet dann zwecks Vergleichsverhandlungen das Ruhen des Gerichtsverfahrens an, § 251 ZPO. Die Aussetzung eines Gerichtsverfahrens ist neben der Klageabweisung also eine weitere mögliche prozessrechtliche Wirkung der Mediationsvereinbarung.

c. Informationsverwertungsverbote für Gerichtsverfahren

Der größte denkbare Nachteil der Mediation ist die Kehrseite ihres wichtigsten strukturellen Vorzugs, nämlich der angestrebten offenen Kommunikation¹⁰⁷ zwischen den Parteien. Diese sollen ihre wirkliche Interessenlage darstellen. Unlautere Parteien könnten die Mediation aber strategisch zur Vorbereitung eines Zivilprozesses oder Schiedsverfahrens einsetzen, um sonst unzugängliche Informationen zu erhalten.¹⁰⁸ Muss eine Partei damit rechnen, dass vertrauliche Informationen, die geeignet sind, ihr zu schaden, dorthin gelangen, wo sie diese Wirkung ent-

¹⁰³ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 30.

¹⁰⁴ BGHZ 31, 77, 83.

¹⁰⁵ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 31.

¹⁰⁶ Vgl. Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.2.a. (Fn. 36).

¹⁰⁷ Vgl. Groth/v. Bubnoff, NJW 2001, 338, 338.

¹⁰⁸ Weigand, BB 1996, 2106, 2108; Risse, NJW 2000, 1614, 1620.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

halten können, nämlich in ein antagonistisches Verfahren, wird sie die Informationen zurückhalten und dafür das Scheitern der Mediation in Kauf nehmen. Es ist daher nach Möglichkeiten zu suchen, wie der Vertraulichkeit der Mediation¹⁰⁹ auch noch in einem späteren Prozess Beachtung verschafft werden kann.¹¹⁰

Mit dem Vertrag über Vortrags- und Beweismittelbeschränkungen als Teil der Mediationsvereinbarung wird positiv ein eventuell sich an die Mediation anschließendes Gerichtsverfahren gestaltet. Der Vertrag soll bewirken, dass von den Parteien geheimzuhaltende Informationen nicht über Parteivortrag oder Beweiserhebung Eingang in das Gerichtsverfahren finden. Wird der Vertrag vom Gericht beachtet, so hat dies zur Folge, dass der entsprechende Parteivortrag oder die entsprechenden Beweismittel nicht verwertet werden.¹¹¹ Er entfaltet also seine Wirkungen auf prozessuellem Gebiet. Es handelt sich somit um einen prozessrechtlichen Vertrag.¹¹²

aa. Zulässigkeit der Informationspräklusion

Soweit ein bestimmtes Tun oder Unterlassen im Belieben der Parteien steht, können hierzu Vereinbarungen getroffen werden. Soweit die Vornahme oder Unterlassung von Prozesshandlungen im Belieben der Parteien stehen, können sie dazu einen Prozessvertrag schließen.¹¹³ Dass manche Prozesshandlungen im Belieben der Parteien stehen, ergibt sich aus dem Dispositionsgrundsatz im Zivilprozess, auch Beibringungsgrundsatz genannt.¹¹⁴ Das Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln sowie die Beweisführung sind Prozesshandlungen.¹¹⁵ Die Parteien sind nicht gezwungen, die gegnerische Partei in bestimmter Weise argumentativ anzugreifen, oder sich gegen den gegnerischen Vortrag zu verteidigen. Auch ist die Entscheidung ihnen überlassen, ob sie einen Beweis antreten möchten oder nicht. Vorträge und Be-

¹⁰⁹ 2. Kap. III 2 c, Pflicht zur Vertraulichkeit.

¹¹⁰ Vgl. Prütting, Haftung, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 31 Rn. 11; Koch, Vertragsgestaltungen in der Mediation, in Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2004, § 11 Rn. 10.

¹¹¹ Wagner, NJW 2001, 1398, 1400.

¹¹² Wagner, NJW 2001, 1398, 1399; Wagner, Prozessverträge, S. 424 ff.; Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 12; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.1.

¹¹³ MünchKommZPO/Lüke, 2. Aufl. 2000, Einl. Rn. 285; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2005, Vor § 128 Rn. 220; Musielak, Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2005, Einl. Rn. 67; Zöllner/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, Vor § 128 Rn. 32.

¹¹⁴ Vgl. Musielak, Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2005, Einl. Rn. 35.

¹¹⁵ MünchKommZPO/Lüke, 2. Aufl. 2000, Einl. Rn. 265, 267, 268.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

weisführung unterliegen also der Parteidisposition,¹¹⁶ so dass es den Parteien grundsätzlich möglich ist, durch Prozessvertrag auf jene zu verzichten.¹¹⁷ Beschränkt wird die Gestaltungsfreiheit der Parteien jedoch durch gesetzliche Verbote, die prozessuale Wahrheitspflicht, die guten Sitten, Treu und Glauben sowie nicht disponible Interessen der Rechtspflege.¹¹⁸

Ein solcher Prozessvertrag bindet das Gericht dahingehend, dass es die präkludierten Informationen auch nicht von sich aus einholen darf.¹¹⁹ Die Dispositionsbefugnis der Parteien über die Gegenstände, die von ihnen im Prozess vorgetragen werden dürfen, würde nämlich ausgehebelt, wenn das Gericht diese Gegenstände ermitteln und bei seiner Entscheidung berücksichtigen würde. Die §§ 142, 144, 448, 273 II Nr. 1, 4 ZPO dienen allein der zügigen Erledigung des Rechtsstreits und sollen verhindern, dass das Gericht auf Beweisanträge der Parteien warten muss. Eine Beschränkung der Privatautonomie lässt sich den Vorschriften aber nicht entnehmen.¹²⁰ Der Richter *kann* von Amts wegen Beweis erheben. Er *muss* es aber nicht. Er hat Ermessen. Dieses Ermessen reduziert sich auf Null mit der Folge, dass von Amts wegen keine Beweise erhoben werden dürfen, wenn die Parteien die Beweiserhebung ersichtlich nicht wünschen.

bb. Umfang der geheimzuhaltenden Informationen

Zu klären ist, welche Informationen von den Parteien vertraulich zu behandeln sind und darum für ein sich an die Mediation anschließendes Gerichtsverfahren präkludiert sein sollen.

Manche meinen pauschal, der Inhalt des Mediationsverfahrens dürfe nicht Gegenstand eines späteren Gerichtsverfahrens sein.¹²¹ Eine solch weitreichende Geheimhaltungspflicht griffe allerdings zu weit. Mit dem umfassenden Geheimhaltungsgebot soll verhindert werden, dass die Mediation nicht dazu missbraucht wird, den anderen Medianten lediglich auszuhorchen, um mit den dadurch gewonnenen Informationen ein Gerichtsverfahren vorzubereiten.¹²² Es soll also dem Missbrauch durch den Informationsempfänger vorgebeugt werden. Durch das um-

¹¹⁶ Wagner, NJW 2001, 1398, 1399.

¹¹⁷ BGHZ 38, 254, 258; BGHZ 109, 19, 28 f.; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 64. Aufl. 2006, Einf. § 284 Rn. 33; MünchKommZPO/Prütting, 2. Aufl. 2000, § 286 Rn. 159; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 16. Aufl. 2004, § 115 I 3 (S. 793); Wagner, NJW 2001, 1398, 1399.

¹¹⁸ Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2005, Vor § 128 Rn. 303; Zöllner/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, Vor § 128 Rn. 32.

¹¹⁹ Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 34.

¹²⁰ Wagner, Prozeßverträge, S. 689; Zöllner/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 142 Rn. 1, § 144 Rn. 2, § 273 Rn. 3.

¹²¹ Groth/v. Bubnoff, NJW 2001, 338, 339.

¹²² Groth/v. Bubnoff, NJW 2001, 338, 339; Eckardt/Dendorfer, MDR 2001, 786, 787.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

fassende Geheimhaltungsgebot wird aber dafür dem Missbrauch durch den Informierenden Vorschub geleistet. Dieser könnte nämlich sämtliche ihn belastende Informationen in das Mediationsverfahren einbringen mit der Folge, dass diese gegen ihn im späteren Gerichtsverfahren nicht verwendet werden dürfen.¹²³

Ist die Mediationsmethode gescheitert, wollen die Parteien über das gerichtliche Erkenntnisverfahren zur Streitbeilegung gelangen. Das Gericht ist für seiner Urteilsfindung auf umfangreiche Tatsachenaufklärung angewiesen. Diese Aufklärung sollte durch Mediationsabsprachen nicht unnötig gestört werden, sonst finden die Parteien weder über die Mediation noch über den Prozess zu einer akzeptablen Lösung. Die Geheimhaltungspflicht muss daher begrenzt werden.

Eine Beschränkung des Geheimhaltungsgebots auf solche Informationen, an denen eine Partei ein berechtigtes und erkennbares Geheimhaltungsinteresse hat, wäre jedoch verfehlt,¹²⁴ weil „berechtigt“ und „erkennbar“ zwei unbestimmte, nicht praktikable Begriffe sind. Unklar bliebe, wann von berechtigtem und erkennbarem Interesse auszugehen ist. Eine Konkretisierung anhand von Fallgruppen wäre nötig.

Die Parteien möchten nicht, dass sie bei einem Scheitern der Mediation gegenüber ihrem Streitgegner schlechter positioniert sind, als sie es ohne die Mediation wären. Es dürfen daher die Tatsachen im Prozess nicht vorgebracht und verwertet werden, die den Gegenstand der Mediation betreffen und die für die vortragende oder vortragswillige Partei außerhalb des Mediationsverfahrens nicht zugänglich waren und sind.

Um dem mit dem regelmäßigen Ausschluss der Öffentlichkeit von den Mediationssitzungen dokumentierten Interesse an Diskretion gerecht zu werden, sind ferner jene Tatsachen für einen Prozess präkludiert, die das Mediationsverfahren als solches betreffen. Im Prozess darf es nicht darum gehen, wer die Mediation eingeleitet hat, wie sie verlaufen ist, welche Eingeständnisse und Vorschläge gemacht wurden.

Ausgenommen von der Geheimhaltungspflicht sind Tatsachen, für die eine öffentlich rechtliche Offenlegungspflicht besteht.

Eine solche Regelung schaffte den Ausgleich von dem Interesse der Parteien an der Wahrung ihrer Geheimnisse und ihrem Interesse an der nötigen Sachverhaltsaufklärung durch das Gericht.

¹²³ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.3.Einl. (S. 26).

¹²⁴ Für eine solche Beschränkung plädiert aber Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 6.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Fraglich ist, ob eine Ausnahme von der Geheimhaltungspflicht für Informationen angebracht ist, mit denen ein Mediant dem anderen Mediant während der Mediation dessen gesetzlichen oder vertraglichen Auskunftsanspruch erfüllt.

Außerhalb der Mediation gilt: Wird Auskunft erteilt, ist der Auskunftsanspruch verbraucht und kann nicht erneut geltend gemacht werden.¹²⁵ Bestand ein solcher Anspruch, kann der Anspruchsinhaber aber grundsätzlich frei entscheiden, wie er die gewonnenen Informationen verwendet.

Werden die entsprechenden Informationen während des Mediationsverfahrens gegeben, kann der Anspruch im darauffolgenden Gerichtsverfahren damit grundsätzlich nicht erneut geltend gemacht werden. Darüber hinaus kann aber die bereits erteilte Auskunft, wenn sie außerhalb des Mediationsverfahrens nicht zu erlangen ist, wegen der Vertraulichkeitsabrede grundsätzlich auch nicht vor Gericht verwertet werden.

Dieses Ergebnis wäre zwar eine typische Folge der Vertraulichkeitsabrede, kann aber in diesem Fall schwerlich gerechtfertigt werden. Die Auskunftserteilung in Erfüllung einer Auskunftspflicht ist kein von der Gegenpartei unverdientes Zugeständnis, das die Auskunft gebende Partei berechtigt, als Gegenleistung für ihre Mitteilbarkeit das Privileg der Vertraulichkeit zu beanspruchen. Die während der Mediation erteilte Auskunft hätte ohnehin erteilt werden müssen. Soweit der Auskunftsanspruch nicht an einen bestimmten Verwendungszweck gebunden ist, darf die andere Partei die Auskunft daher auch verwerten, wie sie möchte, also auch im Gerichtsverfahren. Es bieten sich zwei Wege an, ihr das zu ermöglichen. Entweder, es wird eine Ausnahme vom Vertraulichkeitsgrundsatz gemacht, so dass sie die in der Mediation erlangte Auskunft auch außerhalb der Mediation verwenden darf,¹²⁶ oder der Auskunftsanspruch erlischt mit der Informationserteilung nicht, sondern kann auch noch nach Abschluss der Mediation geltend gemacht werden.¹²⁷ Die zweite Alternative hat den Vorteil, dass die bereits gegebene Information nicht erst wiederbeschafft und bewiesen werden muss, sondern direkt von dem zur Auskunft Verpflichteten erlangt werden kann.

Wie gezeigt muss die Geheimhaltungspflicht Grenzen haben, bei der Festlegung dieser Grenzen ist aber viel Sensibilität und auch Zurückhaltung nötig. Die Grenzen sollten klar definiert werden. Ansonsten könnten die Parteien leicht das Vertrauen in den Schutz ihrer Geheimnisse verlieren, sie würden aus Verunsicherung wichtige Tatsachen zurückhalten, und es leidete der

¹²⁵ Vgl. § 362 I BGB; MünchKommBGB/Maurer, 4. Aufl. 2000, § 1580 Rn. 14; § 1605 II BGB.

¹²⁶ So Mähler/Mähler, ZKM 2001, 4, 6.

¹²⁷ So Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 29.

Selbstbestimmungsgrundsatz,¹²⁸ der den Parteien größtmöglichen Freiraum im Umgang mit sie betreffenden Informationen lässt.

cc. Beachtung durch das Gericht

Streitig ist, unter welcher Voraussetzung ein vertragliches Informationsverwertungsverbot vom Gericht zu beachten ist.

i. Prüfung von Amts wegen

Für vertragliche Dispositionen über prozessuale Befugnisse wird teilweise vertreten, sie unterlägen der Prüfung von Amts wegen.¹²⁹ Mit prozessualen Verpflichtungsverträgen wie dem hier in Rede stehenden Vertrag über Vortrags- und Beweismittelbeschränkung wird aber über Befugnisse disponiert, deren Ausübung die Prozessordnung den Parteien freistellt, weil Allgemeinwohlbelange nicht betroffen sind. Deshalb kann die tatsächliche Durchsetzung einer in Ausnutzung der prozessualen Vertragsfreiheit geschlossenen Vereinbarung nicht ihrerseits durch überindividuelle Interessen geboten sein. Soweit das Prozessrecht den Parteien die Freiheit einräumt, einen Prozessvertrag zu schließen, sind sie selbstverständlich auch dazu befugt, ihn wieder aufzuheben oder seine Geltendmachung einfach zu unterlassen, um auf diese Weise zum „Normalprozess“ der ZPO zurückzukehren.¹³⁰ Mangels öffentlichen Interesses an der Durchsetzung der vertraglichen Regelung lässt sich eine Prüfung von Amts wegen nicht begründen.¹³¹

ii. Prüfung auf Vortrag einer beliebigen Partei hin

Nach Ansicht von *Wagner*¹³² sollten prozessuale Verpflichtungsverträge vom Gericht genauso behandelt werden wie materiell-rechtliche Einwendungen. Ergibt sich danach aus dem Vortrag einer beliebigen Partei, dass dieser sich auf vertraglich präkludierte Informationen stützt, sind die betreffenden Informationen vom Gericht unberücksichtigt zu lassen. Stellt sich wäh-

¹²⁸ Vgl. Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 1.

¹²⁹ Vgl. Hellwig, Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages, S. 62; Neukirchner, Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs und seine Wirkung im Prozeß, S. 57 f.; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl. 1997, Vor § 253 Rn. 127; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl. 1994, § 514 Rn. 22; Habscheid, NJW 1965, 2369, 2372.

¹³⁰ BGHZ 24, 15, 19; BGH NJW 1984, 669; Wagner, Prozeßverträge, S. 246; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, S. 54 f.

¹³¹ Wagner, Prozeßverträge, S. 246.

¹³² Wagner, Prozeßverträge, S. 247.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

rend der Beweisaufnahme heraus, dass die beweispflichtige Partei von Beweismitteln Gebrauch macht, die die Parteien für den Prozess ausgeschlossen haben, findet eine Beweiswürdigung nicht statt, und das unabhängig davon, ob die durch den Beweismittelvertrag begünstigte Partei diesen geltend gemacht.

Die Prüfung und Beachtung des Vortrags- und Beweismittelvertrages auf den Vortrag einer beliebigen Partei des Zivilprozesses hin sichert die Umsetzung des Vertrages besser ab als ein Einredeerfordernis. Die Parteien haben sich mit dem Aufstellen von Informationsverwertungsverboten dazu verpflichtet, diese zu beachten.¹³³ Der Durchsetzung dieser Pflicht wäre es förderlich, wenn der diese Pflicht begründende Vertrag bereits auf den Vortrag einer beliebigen Partei hin berücksichtigt wird. Hat eine Partei den Inhalt des Vertrages zu Beginn der Gerichtsverhandlung vorgetragen, so wird die andere Partei von einem Vertragsverstoß abgeschreckt. Sie kann nicht mehr damit rechnen, dass eine Vertragsverletzung vom Gericht unbeachtet bleibt, wenn die Gegenpartei dazu schweigt.

Andererseits kann der erwünschte Abschreckungseffekt auch durch die Vereinbarung einer bei Pflichtverletzung drohenden Vertragsstrafe nebst evtl. Schadensersatzanspruch erzielt werden. Es ist auch nicht Aufgabe des Gerichts, sich um die Umsetzung eines zwischen den Parteien geschlossenen Prozessvertrages zu sorgen. Das müssen die Parteien selbst tun. Das Gericht kann ihnen nur dabei behilflich sein.

iii. Prüfung auf Einrede der begünstigten Partei

Zum Unterlassen bestimmter Handlungen verpflichtende Prozessverträge geben nach anderer Meinung dem jeweils Begünstigten lediglich eine Einrede.¹³⁴

Die Einrede ist das adäquate Mittel, um der Freiheit der Parteien, die sie beim Abschluss des Vertrages hatten, äquivalente Freiheit bei der Vertragsdurchführung gegenüberzustellen. Grund für die Zulässigkeit des prozessualen Verpflichtungsvertrages ist, dass die Parteien auf die Prozesshandlungen, zu deren Unterlassen sie sich verpflichten, ohne Vertrag auch einseitig hätten verzichten können. Die Parteien haben also grundsätzlich ein hohes Maß an Freiheit, was Vornahme oder Unterlassen dieser Prozesshandlungen angeht. Der beste Weg von Seiten des Gerichts, den Parteien auch nach Vertragsschluss noch das größtmögliche Maß dieser Freiheit zu erhalten, ist, ihnen ein Abweichen von diesem Vertrag so leicht wie möglich zu machen.

¹³³ Vgl. Wagner, NJW 2001, 1398, 1399.

¹³⁴ So MünchKommZPO/Lüke, 2. Aufl. 2000, Einl. Rn. 289, Vor § 253 Rn. 13; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2005, Vor § 128 Rn. 315; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, Vor § 128 Rn. 33.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Indem das Gericht Prozessverträge nur auf Einrede beachtet, sich also möglichst wenig mit den prozessvertraglichen Abreden der Parteien beschäftigt, wird es der im Zivilprozess vorherrschenden Dispositionsmaxime am besten gerecht. Das Erfordernis der Einrede macht dagegen keine Aussage über das interne Vertragsverhältnis der Parteien. Es trifft lediglich eine Aussage über das Verhältnis des prozessualen Verpflichtungsvertrages zum Prozess, die Einredemöglichkeit ist somit kein Widerspruch zur prozessualen *Pflicht*.

Prozessuale Verpflichtungsverträge sind mithin nur auf Einrede des Begünstigten vom Gericht zu beachten.

dd. Absicherung der Vertraulichkeit der Mediation durch Schiedsverfahren

Um das Öffentlichwerden vertraulicher Informationen während des Gerichtsverfahrens effektiv zu unterbinden, empfiehlt es sich für die Parteien, ein Schiedsverfahren statt eines staatlichen Zivilprozesses für den Fall des Scheiterns der Mediation durchzuführen.¹³⁵ Die Mediationsvereinbarung müsste dafür mit einer Schiedsvereinbarung kombiniert werden. So kann die Öffentlichkeit bis zur endgültigen Streitbeilegung ausgeschlossen werden.

Immerhin besteht die Gefahr, dass einer Partei während des Gerichtsverfahrens trotz des Informationsverwertungsverbots eine vertrauliche Information versehentlich entgleitet. Möglicherweise wird diese Information sogar bewusst preisgegeben und sogar eine Vertragsstrafe in Kauf genommen, um über die im staatlichen Zivilprozess zugelassene Presse die erwünschte Breitenwirkung zu erreichen.

Im nicht öffentlichen Schiedsverfahren würde die präkludierte Information nur von der Gegenpartei, den zur Verschwiegenheit verpflichteten Anwälten und vom Gericht zur Kenntnis genommen, das die Information nicht für die Urteilsfindung verwenden dürfte.

Wird im Anschluss an das Scheitern einer Mediation ein Schiedsverfahren durchgeführt, ist eine Partei auch eher bereit, sie betreffende, in der Mediation offengelegte Tatsachen, die dem Prozessverlauf förderlich sein könnten, auch im Prozess preiszugeben, weil sie das in einem Schiedsverfahren unbehelligt von der Öffentlichkeit tun kann. Es kommt wohl auch seltener zu einem Streit darüber, welche Tatsachen für das Gerichtsverfahren präkludiert sind und welche nicht.

ee. Praktische Auswirkungen des Informationsverwertungsverbots

Sind von der die jeweilige Partei treffenden Geheimhaltungspflicht diejenigen Informationen erfasst, die der Partei nur durch das Mediationsverfahren zugänglich sind, muss die Partei

¹³⁵ Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 12.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

nicht nur auf den Vortrag entsprechender Tatsachen verzichten, sondern auch Beweise anführen, die für sie außerhalb des Mediationsverfahrens zu erlangen sind.¹³⁶ Natürlich ist es auch denkbar, dass sie während der Mediation entstandene Beweismittel anführt. Das ist aber nur zulässig, wenn sie in der Lage ist zu beweisen, dass sie den Beweis auch anders hätte führen können. Dann ist es für sie aber i.d.R. leichter, statt dieses „Doppelbeweises“ direkt von dem extern liegenden Beweismittel Gebrauch zu machen.¹³⁷

i. Parteivortrag

Wird ein Parteivortrag von der Gegenpartei bestritten oder behauptet, der Parteivortrag stütze sich auf für die vortragende Partei ausschließlich in der Mediation zu erlangende Informationen, muss die vortragende Partei ihren Vortrag mit extern zu erlangenden Beweismitteln beweisen bzw. nachweisen, dass sie die Informationen auch auf externem Weg erlangen konnte/erlangt hat.¹³⁸ Gelingt ihr das nicht, und beruft sich die Gegenpartei auf die Vertraulichkeitsabrede, hat der Vortrag vom Gericht unberücksichtigt zu bleiben.¹³⁹

ii. Beweis durch Parteivernehmung

Die Parteien dürfen nicht zu in der Mediation offenbarten Tatsachen vernommen werden, es sei denn, der Beweispflichtige zeigt, dass er auch über außerhalb der Mediation zu erlangende Mittel Beweis führen könnte. In der Praxis besteht aber gar nicht die Notwendigkeit, dass das Gericht einen dennoch gestellten Beweisantrag zurückweist: Die Vernehmung des Gegners ist nicht möglich, wenn dieser es ablehnt, sich vernehmen zu lassen, §§ 445, 446 ZPO, und auch die Vernehmung der beweispflichtigen Partei darf nur durchgeführt werden, wenn die andere Partei damit einverstanden ist, § 447 ZPO. Die durch den Beweisantritt belastete Partei hat also die Möglichkeit, den Beweisantritt auch ohne Verweis auf die Vertraulichkeitsabrede zu verhindern.

iii. Augenscheinsbeweis

Augenscheinsobjekte, die dem Beweispflichtigen erst durch die Mediation zugänglich wurden, sei es, dass sie erst in der Mediation produziert wurden, sei es, dass sie während einer Mediationssitzung vorgeführt wurden, dürfen auf Verlangen des Gegners nicht als Beweismittel verwandt werden, wenn dem Beweispflichtigen kein anderer Beweis gelingt.

¹³⁶ Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 27.

¹³⁷ Vgl. Eckardt/Dendorfer, MDR 2001, 786, 791.

¹³⁸ Vgl. Eckardt/Dendorfer, MDR 2001, 786, 791.

¹³⁹ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.3.a.

iv. Urkundenbeweis

Unter Berufung auf die Vertraulichkeitsabrede kann die begünstigte Partei erreichen, dass Urkunden, die eigens für das Mediationsverfahren produziert wurden, oder die dem Beweispflichtigen nur über die Mediation zugänglich waren, wie z.B. Verhandlungsprotokolle, vom Gericht nicht beachtet werden, dass ein auf einen solchen Urkundenbeweis gerichteter Antrag als unzulässig zurückgewiesen wird.¹⁴⁰

v. Sachverständigenbeweis

Dürfen gewisse Tatsachen nicht in das Gerichtsverfahren eingebracht werden, ist selbstverständlich, dass zu den betreffenden Tatsachen auch kein Sachverständiger gehört werden darf. Seine Aussage zu der Tatsache müsste genauso unbeachtet bleiben wie die Tatsache selbst.

vi. Zeugenbeweis

Was den Zeugenbeweis angeht, so müssen solche Personen als Zeugen vernommen werden, deren Aussage sich nicht auf das Mediationsverfahren bezieht. Der Mediator in seiner Rolle als solcher ist damit überhaupt kein geeigneter Zeuge. Aber auch für die Mediation engagierte Sachverständige und sonstige Teilnehmer der Mediation dürfen nicht als Zeugen benannt werden.

vii. Das Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators als Spezialproblem

Umstritten ist, in welchen Fällen für den Mediator ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht. Zweifelhaft ist aber auch, ob ein Zeugnisverweigerungsrecht der richtige Weg ist, um zu verhindern, dass der Mediator als Zeuge aussagt.

Der Mediator ist häufig bereits qua Berufsrecht zur Verschwiegenheit verpflichtet.¹⁴¹ Jedenfalls kann er durch einen Vertrag mit den Parteien zur Verschwiegenheit verpflichtet werden.¹⁴² Damit diese Verschwiegenheitspflicht auch gerichtsfest ist, müsste sie jedoch mit einem korrespondierenden Zeugnisverweigerungsrecht verbunden sein (Kopplung von Pflicht

¹⁴⁰ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.3.a.

¹⁴¹ Vgl. die Beispiele bei Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 10 ff.

¹⁴² Vgl. Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 21, 24.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

und Recht). Fraglich ist, ob und, wenn ja, in welchen Fällen dem Mediator ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht.

Dort, wo das Berufsrecht zur Verschwiegenheit verpflichtet, besteht gem. § 383 I Nr. 6 ZPO ein korrespondierendes Zeugnisverweigerungsrecht für die Angehörigen dieser Berufe.¹⁴³ Aber auch Berufsangehörige, die über ihr Berufsrecht nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, können, wenn sie das Amt des Mediators übernehmen, in den Genuss eines Zeugnisverweigerungsrechts kommen, wenn ihnen kraft dieses Amtes Tatsachen anvertraut werden, die „durch ihre Natur“ der Geheimhaltung bedürfen, vgl. § 383 I Nr. 6 ZPO. Ein Geheimhaltungsgebot ergibt sich aus der Natur der offenbaren Tatsachen, soweit die Verkehrssitte und berechnete Erwartungen der Parteien von einer Vertrauensstellung und Geheimhaltungspflicht der von § 383 I Nr. 6 ZPO erfassten Personen ausgehen.¹⁴⁴ Die Beantwortung der Frage, ob einem Mediator ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, hängt also davon ab, inwieweit sich bereits eine Verkehrssitte entwickelt hat, nach der gewisse in die Mediation eingebrachte Tatsachen und Mediationsergebnisse durch den Mediator vertraulich zu behandeln sind. Da die Meinungen über den Umfang der geheimzuhaltenden Informationen differieren,¹⁴⁵ kann aber nicht die Rede davon sein, dass sich hier bereits eine einheitliche Verkehrssitte herausgebildet hat.

Der Begriff „Natur“ aus § 383 I Nr. 6 ZPO kann auch nicht durch vertragliche Vereinbarungen ausgefüllt werden,¹⁴⁶ weil sich die Verkehrssitte an allgemeingültigen Anschauungen orientiert. Eine solche Allgemeingültigkeit kann gerade nicht durch individuelle Vereinbarungen erzeugt werden.¹⁴⁷ Außerdem würde das gesetzliche Zeugnisverweigerungsrecht des § 383 I Nr. 6 ZPO sonst teilweise zu einem vertraglichen werden.

Die Zeugnispflicht ist ein zwischen Staat und dem Zeugen bestehendes öffentlichrechtliches Prozessrechtsverhältnis. In dieses können Mediant und Mediator nicht eingreifen, da sie nicht Beteiligte dieses Rechtsverhältnisses sind.¹⁴⁸ (Davon ist die Dispositionsbefugnis der Parteien zu unterscheiden, die ihnen freistellt, bestimmte Beweisanträge zu stellen.) Zeugnisverweigerungsrechte können daher nicht durch einen Vertrag zwischen Prozesspartei und potentiellem Zeugen geschaffen werden.

¹⁴³ Vgl. MünchKommZPO/Damrau, 2. Aufl. 2000, § 383 Rn. 31.

¹⁴⁴ MünchKommZPO/Damrau, 2. Aufl. 2000, § 383 Rn. 39; Stein/Jonas/Chr. Berger, ZPO, 21. Aufl. 1999, § 383 Rn. 85.

¹⁴⁵ 2. Kap. II 4 c bb, Umfang der geheimzuhaltenden Informationen.

¹⁴⁶ So aber Groth/v. Bubnoff, NJW 2001, 338, 340 f.

¹⁴⁷ Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 46.

¹⁴⁸ Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 46.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Die Frage, ob ein Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators besteht, ist also je nach Beruf des Mediators unterschiedlich zu beantworten. Schon allein dadurch tun sich Lücken im Geheimnisschutz auf. Hinzu kommt, dass die bloße Tatsache, dass den Mediator eine Verschwiegenheitspflicht trifft, die um ein Zeugnisverweigerungsrecht ergänzt ist, noch keine Gewähr dafür bietet, dass der Mediator die Verschwiegenheitspflicht erfüllt und von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.

Die Unwägbarkeiten, die sich durch den Geheimnisschutz über ein Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators ergeben, können durch das schlichte Informationsverwertungsverbot, das sich an die Parteien richtet, vermieden werden. Es schließt ein Beweisantragsverbot mit ein. Die Parteien verpflichten sich, den Mediator bezüglich des Mediationsverfahrens nicht als Zeugen im Prozess zu benennen, um so dem Mediator erst gar nicht die Gelegenheit zu geben, als Zeuge auszusagen.

Abschließend sollen die beiden Wege, die Zeugenvernehmung des Mediators auszuschließen, einander gegenübergestellt werden:

1. Vorschlag: Vertrag zwischen Parteien und Mediator, dass er nicht als Zeuge aussagt + Zeugnisverweigerungsrecht vor Gericht, falls Gericht oder eine der Parteien ihn als Zeugen benennt

→ vertragliche Zeugnisverweigerungspflicht und gesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht

→ richtet sich nur an den Mediator

Nachteil: Benennt eine Partei den Mediator als Zeugen, kann die Beweiserhebung nur verhindert werden, wenn der Mediator sich vertragsgemäß verhält. Eine Vertragsstrafe kann Druck auf ihn ausüben. Macht er aber von seinem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch und sagt aus, findet eine Beweiserhebung also statt, kann das Gericht seine Aussage auch verwerten.

Außerdem ist ein gesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators in vielen Fällen strittig und ein vertragliches Zeugnisverweigerungsrecht nicht möglich.

→ Beweiserhebung bzw. –verwertung ist ungewiss.

2. Vorschlag: Vertrag zwischen den Parteien über Beweismittelbeschränkung, in dem sie sich verpflichten, den Mediator nicht als Zeugen im Prozess zu benennen.

→ vertragliches Beweisantragsverbot

→ richtet sich an die Parteien *und* über die Einbringung in den Prozess auch an das Gericht

Vorteil: Auch wenn eine Vertragspartei gegen den Beweismittelvertrag verstößt, können Beweiserhebung und –verwertung noch von der Gegenpartei verhindert werden, indem sie den Beweismittelvertrag in das Gerichtsverfahren einbringt, so dass das Gericht dem Beweisantrag nicht stattgibt bzw. den erhobenen Beweis nicht verwertet.

Es können über die Abstraktheit des Beweismittelvertrages außer dem Mediator beliebig viele (am Mediationsverfahren beteiligte) Personen einbezogen werden, ohne dass mit jedem von ihnen ein gesonderter Vertrag geschlossen werden müsste.

→ Beweiserhebung bzw. –verwertung wird wirksam verhindert.

5. Standortbestimmung anhand des Verjährungsrechts

Im fünften Abschnitt des ersten Buches des BGB, der die Verjährung regelt, gilt § 203 der „Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen“; § 204 ist der „Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung“ gewidmet. Verhandlung und Gerichtsverfahren werden also nicht nur begrifflich, sondern auch räumlich durch die Regelung in zwei unterschiedlichen Paragraphen getrennt. Der Gesetzgeber macht damit deutlich, dass er einen klaren Wesensunterschied zwischen den beiden Formen der Streitbeilegung sieht. Verhandlung ist eben keine Rechtsverfolgung sondern Rechtsgestaltung, und dasselbe gilt für die Mediation als moderierte Verhandlung. Mediation ist ein aliud gegenüber dem Prozessrecht.

Zwar schreibt § 204 I Nr. 4 BGB vor, dass die Verjährung gehemmt wird durch die Veranlassung der Bekanntgabe des Güteantrags, der bei einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle oder, wenn die Parteien den Einigungsversuch einvernehmlich unternehmen, bei einer sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegung betreibt, eingereicht ist. Vom systematischen Standpunkt aus verwundert die Aufnahme des Güteverfahrens in den Katalog des § 204 BGB auf den ersten Blick, steht das Güteverfahren doch der Verhandlung näher als der Rechtsverfolgung. § 204 I Nr. 4 BGB ist aber vor dem Hintergrund des § 15 a EGZPO zu sehen. § 15 a EGZPO eröffnet den Ländern die Möglichkeit, gewisse Streitigkeiten obligatorischen Güteverfahren zu unterstellen. Der Einigungsversuch kann vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle unternommen werden (§ 15 a I 1 EGZPO) oder vor einer sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegung betreibt (§ 15 a III 1 EGZPO). Die identische Wortwahl zeigt, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 204 I Nr. 4 BGB genau den Fall des § 15 a EGZPO erfassen wollte.¹⁴⁹ § 15 a I EGZPO gibt der Landesgesetzgebung die Möglichkeit, die Erhebung einer Klage an die Be-

¹⁴⁹ Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 59.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

dingung der vorherigen Durchführung eines Güteverfahrens zu knüpfen. Der Bezug des § 204 I Nr. 4 BGB zur „Rechtsverfolgung“ wird also über § 15 a EGZPO hergestellt.

Wäre obligatorische Mediation i.S.d. § 15 a EGZPO denkbar und unter § 204 I Nr. 4 BGB subsumierbar, so wäre nicht § 203 BGB einschlägig, sondern § 204 BGB als *lex specialis*. Diese Unterscheidung ist wichtig für die Bemessung der Ablaufhemmung der Verjährung nach Ende des Mediationsverfahrens. Gem. § 204 II 1 BGB endet die Verjährungshemmung sechs Monate nach der Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. Gem. § 203 S. 1 BGB endet die Verjährungshemmung, sobald die Fortsetzung der Verhandlungen von einer Seite verweigert wird. (Allerdings ordnet § 203 S. 2 BGB an, dass die Verjährung in diesem Fall frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung eintritt.)

Mediation wird von den Prinzipien der Freiwilligkeit¹⁵⁰ und der Eigenverantwortlichkeit¹⁵¹ beherrscht. Die Teilnahme an den Mediationssitzungen geschieht freiwillig,¹⁵² die Einigung beruht auf dem freien Willen der Parteien. Das Mediationsergebnis wird von den Parteien akzeptiert, weil sie es selbst zu verantworten haben. Sie haben das Verfahren gewählt, und sie haben den Vergleich geschlossen. Freiwilligkeit und Eigenverantwortlichkeit in der Mediation wären unvollkommen, wäre der Eintritt in die Mediation fremdbestimmt. Bei der Mediation geht es darum, dass die Parteien sich mit dem Verfahren identifizieren können. Nur dann können sie sich mit der dort gefundenen Lösung identifizieren und sie als zufriedenstellend empfinden. Ein von außen oktroyiertes Verfahren wird eine Partei aber als notwendiges Übel, als Bevormundung und nicht als Chance ansehen. Die gerichtliche Durchsetzung eines dilatorischen Klageverzichts wird von einer Partei akzeptiert, weil die Durchführung der Mediation auf ihrem eigenen Entschluss beruht, sie Mediation also zumindest in der Vergangenheit einmal als sinnvoll angesehen hat. Es fällt ihr wesentlich schwerer, eine Mediation als sinnvoll anzusehen, die sie nie gewollt hat. Hat sie sich entschlossen zu klagen und wird statt dessen auf ein nie gewolltes Güteverfahren verwiesen, versucht sie dieses zu umgehen oder zumindest rasch „hinter sich zu bringen“, um dann doch klagen zu können.¹⁵³ Das zeigen die bishe-

¹⁵⁰ Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18; Rüssel, JuS 2003, 380, 383; Dendorfer, DB 2003, 135, 136; Böttcher/Laskawy, DB 2004, 1247, 1248.

¹⁵¹ Vgl. Gottwald, WM 1998, 1257, 1258; Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18; Dendorfer, DB 2003, 135, 136.

¹⁵² Trotz Mitwirkungspflicht erfolgt die Teilnahme an den Mediationssitzungen letztendlich freiwillig, weil nach Verfahrensbeginn die Mediationsvereinbarung jederzeit gekündigt werden kann, 2. Kap. III 8 d, Kündigung der Mediationsvereinbarung.

¹⁵³ Auch die EG Kommission hält es nicht für sinnvoll, eine Partei gegen ihren Willen zur Teilnahme an einer Mediation zu verpflichten, da der Erfolg von der Kooperationsbereitschaft der Beteiligten abhängt, Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196 endgültig, Rn. 64.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

rigen Erfahrungen mit § 15 a EGZPO.¹⁵⁴ Die Parteien leiteten vermehrt Mahnverfahren ein oder erschienen nicht zu den angesetzten Güteverhandlungen.¹⁵⁵ Die Erfolgsquote der absolvierten obligatorischen Schlichtungen liegt deutlich unter den Erfolgsergebnissen der freiwillig eingeleiteten Schlichtungen oder Mediationen.¹⁵⁶ Dies lässt den Schluss zu, dass obligatorische Güteverfahren ungeeignet sind, das Vertrauen der Streitparteien zu gewinnen. Vertrauen in das Verfahren ist für eine Mediation aber unverzichtbar.

Mediation kann und darf nicht obligatorisch sein. Dem Ansehen der Mediation würde nur geschadet, wollte man sie verordnen. Der Mediator ist darum keine „Gütestelle“ i.S.d. §§ 15 a EGZPO, 204 I Nr.4 BGB.

§ 203 BGB besagt, dass die Verjährung eines Anspruches während des Schwebens von Verhandlungen über diesen gehemmt ist; die Hemmung endet allerdings, wenn eine Verhandlungsseite die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Wie sich diese Verweigerung auszudrücken hat, lässt der Gesetzgeber offen. Die Verweigerung kann als Willenserklärung grundsätzlich ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Es besteht also gegebenenfalls ein gewisser Auslegungsspielraum. Wann genau das „Schweben der Verhandlungen“ beginnt, bleibt ebenfalls unklar.

Um für das konkrete Mediationsverfahren ein höheres Maß an Rechtssicherheit herzustellen, empfiehlt es sich, in die Mediationsvereinbarung eine präzise Regelung von Beginn und Ende der Hemmung der Verjährung aufzunehmen.¹⁵⁷ Sinnvoll ist eine Anknüpfung an bestimmte Eckpunkte des Verfahrens wie z.B. Einreichung des Antrags auf Durchführung einer Mediation und Kündigung der Mediationsvereinbarung. Sollte dadurch die gesetzliche Verjährung erleichtert oder erschwert werden, ist das unproblematisch. Gem. § 202 BGB kann die Verjährung parteiautonom grundsätzlich verändert werden.

Nicht vom Wortlaut des § 203 BGB ist der Fall erfasst, dass der Mediator das Verfahren für beendet erklärt. Dies zeigt, dass § 203 nur den Grundtypus der Verhandlung zwischen zwei Parteien im Blick hatte und nicht deren Modifikation als drittunterstützte Verhandlung. Auf die Mediationsverhandlung hat der geäußerte Wille des Mediators, das Verfahren zu beenden, aber dieselbe Wirkung wie die Verweigerung einer der Parteien, das Verfahren fortzuführen.¹⁵⁸ Ist die Verhandlung einmal beendet, besteht auch kein Bedürfnis, an der Hemmung der

¹⁵⁴ Zur Situation in Nordrhein-Westfalen: Lauer, NJW 2004, 1280, 1280 ff.

¹⁵⁵ Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Stellungnahme zu § 15a EGZPO, Stellungnahme-Nr. 32/2005, S. 4.

¹⁵⁶ Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Stellungnahme zu § 15a EGZPO, Stellungnahme-Nr. 32/2005, S. 3.

¹⁵⁷ Vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 29; für eine vertragliche Festlegung von Verhandlungsbeginn und –ende auch Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, 163, 167.

¹⁵⁸ Risse, Wirtschaftsmediation, § 6 Rn. 55.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Verjährung festzuhalten. Beendet der Mediator das Verfahren, endet die Hemmung der Verjährung also analog § 203 S. 1 BGB.

6. Fazit

Das Mediationsverfahren ist nach allem materiellrechtlicher Natur. Die Regelungen innerhalb einer Mediationsvereinbarung, die auf Durchführung und Gestaltung des Mediationsverfahrens gerichtet sind, sind mithin materiellrechtlicher Art. Darüber hinaus sind auch die Abreden, die die Aussetzung der Verjährung betreffen, materiellrechtliche.

Die Mediationsvereinbarung kann über einen dilatorischen Klageverzicht, über das Aussetzen laufender Gerichtsverfahren und über für nachfolgende Gerichtsverfahren geltende Informationsverwertungsverbote aber auch Wirkungen auf dem Gebiet des Prozessrechts erzeugen.

Haben die Parteien neben dem Mediationsverfahren also auch das Verhältnis der Mediation zum Prozessrecht (stillschweigend) geregelt, hat die Mediationsvereinbarung eine gemischte Rechtsnatur.

Der prozessuale Teil der Mediationsvereinbarung ist ohne den materiellrechtlichen bedeutungslos. Findet kein Mediationsverfahren statt, gibt es keinen Grund nicht zu prozessieren, werden keine Geheimnisse offengelegt, die nicht auch in einem Gerichtsverfahren verwertet werden dürfen.

Dagegen kann der materiellrechtliche Teil der Mediationsvereinbarung auch ohne den prozessrechtlichen, so es ihn überhaupt gibt, existieren. Es ist im Einzelfall zu ermitteln, ob nach dem Willen der Parteien die Mediationsvereinbarung auch bei Unwirksamkeit prozessualer Abreden fortbestehen soll. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass die Parteien die Durchführung der Mediation von der Abschirmung gegenüber Gerichtsverfahren abhängig gemacht haben, dass die Mediationsvereinbarung also gem. § 139 BGB erlischt.

Es lässt sich folgende Abstufung der Streitbeilegungsverfahren vornehmen:

Prozessrecht:

- Staatliches Gerichtsverfahren
- Schiedsverfahren

Materielles Recht:

- Mediation (als moderierte Vergleichsverhandlung)
- Einfache (Vergleichs-)Verhandlung

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Mit jedem Schritt nach unten auf dieser Verfahrensskala wächst der Einfluss der einzelnen Partei auf die Streitbeilegung.

III. Die Mediationsvereinbarung als Gesellschaftsvertrag

Nachdem festgestellt wurde, dass der verfahrensrechtliche Teil der Mediationsvereinbarung ein materiellrechtlicher ist, stellt sich nunmehr die Frage, ob dieser inhaltlich einem spezifischen Vertragstyp zugeordnet werden kann.

Nach der herrschenden Meinung begründet die Mediationsvereinbarung ein Dauerschuldverhältnis mit atypischem Inhalt.¹⁵⁹ Dies wird teilweise damit begründet, dass das Bürgerliche Gesetzbuch keinen eigenständigen Vertragstypus kenne, der sich mit Streitbeilegungsverfahren befasse.¹⁶⁰ Tatsächlich ist keines der Schuldverhältnisse im besonderen Teil des Schuldrechts des BGB ausschließlich auf Streitbeilegungsverfahren zugeschnitten.¹⁶¹ Das bedeutet aber noch nicht, dass die Mediationsvereinbarung nicht unter eines dieser Schuldverhältnisse subsumierbar ist. Die überaus abstrakte Ausgestaltung vieler Schuldverhältnisse, wie z. B. der Gesellschaft (§§ 705-740 BGB) oder der Gemeinschaft (§§ 741-758 BGB), eröffnet diesen einen sehr weiten Anwendungsbereich. Nichts desto trotz oder gerade wegen der Abstraktheit der betreffenden Schuldverhältnisse obliegt es den Parteien, ihr Mediationsverfahren zu gestalten. Das Gesetz macht insoweit keine detaillierten Vorgaben und es gibt wenig dispositives Recht, auf das die Parteien zurückgreifen können.

Der beiderseitige Wille der Medianten, mit Hilfe des Mediationsverfahrens einen zwischen ihnen bestehenden Konflikt zu bewältigen, zeigt eine gewisse Interessensübereinstimmung und Parallele zur Streitbeilegungsvereinbarung der Schiedsvereinbarung. Es liegt daher nahe zu prüfen, ob es sich bei der Mediationsvereinbarung um einen Gesellschaftsvertrag i.S.d. § 705 BGB handelt.

1. Der gemeinsame Zweck

Die BGB-Gesellschafter verfolgen einen gemeinsamen Zweck, § 705 BGB.

a. Der Mediationsvergleich als gemeinsamer Zweck

Hacke sieht den einzigen mit der Mediation von den Medianten gemeinsam verfolgten Zweck in der Durchführung des Verfahrens und dem Ausloten der gegenseitigen Positionen. Das gemeinsame Interesse der Parteien erschöpfe sich in der Erbringung von Förderungspflichten.

¹⁵⁹ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.1.; Prütting, Haftung, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 31 Rn. 5; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 5; Hacke, Der ADR-Vertrag, S. 63; Friedrich, Die Konsensvereinbarung im Zivilrecht, S. 126.

¹⁶⁰ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 5.

¹⁶¹ Der unter Titel 21 gefasste Vergleich regelt nicht das Streitbeilegungsverfahren an sich, sondern nur dessen Endpunkt.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Die durch die Mediationsvereinbarung geschaffenen Verfahrensförderungspflichten seien bereits selbst der Zweck der Mediationsvereinbarung und dienen keinem übergeordneten Zweck.¹⁶² Ein solcher ist aber für eine GbR i.S.d. § 705 BGB unverzichtbar.¹⁶³

Dabei räumt *Hacke* selbst ein, dass beiden Parteien an außergerichtlicher Konfliktlösung liege. Dieses Interesse sei jedoch nicht von den darauf abzielenden Förderungspflichten trennbar.¹⁶⁴ Das ist nicht zutreffend. Das gemeinsame Interesse der Parteien an der Mediation ist differenzierend zu betrachten: Es spaltet sich auf in Interesse an Beilegung des Streits und Interesse daran, diese Beilegung systematisch über die Mitwirkung in einem Verfahren zu erreichen. Erst aus dem Interesse an der Konfliktlösung folgt das Interesse an den Förderungspflichten. Die Medianten führen die Mediation nicht um ihrer selbst willen durch, sondern weil sie damit die Streitbeilegung erreichen wollen. Eine Sichtweise die die Verfahrensförderung als Selbstzweck ansieht, greift zu kurz und entspricht nicht der Realität.

Auch *Hutner* distanziert sich von der Annahme, Zweck der Mediation sei die bloße Verfahrensförderung.¹⁶⁵ Zweck sei vielmehr der „*Versuch* der Konfliktlösung im Wege der Mediation“. ¹⁶⁶ Aber auch dieser Ansatz greift zu kurz: Ziel ist nicht der *Versuch* der Streitbeilegung, sondern die Streitbeilegung selbst. Den Versuch stellt bereits das Verfahren dar, bzw. die Verfahrensförderung. Der Versuch setzt sich aus den Beiträgen der Parteien zusammen, ist nur der Weg, nicht aber das Ziel. Wird der Versuch der Konfliktlösung mit dem Ziel der Medianten gleichgesetzt, werden wiederum Prozessförderung und angestrebter Endpunkt des Verfahrens miteinander vermengt. *Hutner* widerspricht sich also letztendlich selbst und vertritt (wohl unbewusst) dieselbe These wie *Hacke*. Der Versuch der Konfliktlösung ist kein unter § 705 BGB subsumierbarer Zweck.¹⁶⁷

Hacke schließt aus dem Umstand, dass die Parteien sich nicht auf einen Vergleichsschluss verpflichteten, dass sie sich nicht auf diesen als gemeinsamen Zweck einigen würden.¹⁶⁸ Er verkennt, dass sich die Gesellschafter gem. § 705 BGB nicht zur Zweckerreichung verpflichten.

¹⁶² *Hacke*, Der ADR-Vertrag, S. 58.

¹⁶³ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 142; so auch *Friedrich*, Die Konsensvereinbarung im Zivilrecht, S. 125.

¹⁶⁴ *Hacke*, Der ADR-Vertrag, S. 58.

¹⁶⁵ *Hutner*, SchiedsVZ 2003, 226, 230.

¹⁶⁶ *Hutner*, SchiedsVZ 2003, 226, 230.

¹⁶⁷ Davon geht *Hutner*, SchiedsVZ 2003, 226, 230, aber aus.

¹⁶⁸ *Hacke*, Der ADR-Vertrag, S. 59.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

ten, sondern nur zu deren Förderung. Das schuldrechtliche Element des Gesellschaftsvertrages ist die Zweckförderung.¹⁶⁹ Über die Förderung wird der Zweck lediglich angestrebt.

Offenbar entnimmt *Hacke* dem Mediationskennzeichen der Ergebnisoffenheit des Verfahrens, dass die Parteien keinen Vergleichsschluss mit dem Verfahren anstreben.¹⁷⁰ Dazu ist zu sagen, dass der Ausgang des Mediationsverfahrens natürlich ungewiss ist. Es ist am Anfang noch nicht klar, ob die Parteien am Ende zu einer konkreten Lösung des Konflikts gelangen können oder wollen. Der Grund, warum sie eine Mediation durchführen, liegt aber in ihrem grundsätzlichen Willen, einen friedlichen Konfliktausgang zu erreichen,¹⁷¹ weil sie das Risiko eines Unterliegens im gerichtlichen Verfahren und die damit verbundenen Kosten scheuen, oder weil ihnen an einer guten Geschäftsbeziehung und Partnerschaft in der Zukunft liegt,¹⁷² es ihnen auf Interessenausgleich ankommt. Jener friedliche Konfliktausgang ist die Antriebsfeder für die Durchführung des Mediationsverfahrens. Bei jeder Sitzung haben die Parteien dieses Ziel vor Augen und begeben sich nicht in diese um ihrer selbst willen. Das Herausfinden der Eignung des Verfahrens ist Zwischenziel und möglicher Endpunkt des Verfahrens, aber nicht der Grund, warum die Parteien die Mediation gewählt haben. Diese soll sich nicht nur selbst bestätigen,¹⁷³ sondern die Parteien idealerweise auf dem Weg hin zu einer Streitbeilegung weiterbringen. Die Parteien streben eine Einigung an unter der Voraussetzung, dass sich das Verfahren als geeignet erweist, also eine Einigung auch rational erzielbar und vertretbar ist. Grundsätzlich ist eine Einigung nämlich aus den Gründen, die auch für die Mediation sprechen, wünschenswert.

Die Mediation dient der Streitbeilegung¹⁷⁴, nicht der Streitbeilegung um jeden Preis, aber doch einer von beiden Parteien vernünftigerweise tragbaren Streitbeilegung.¹⁷⁵ Das ist der gemeinsame Zweck, den die Mediationsparteien verfolgen, und, wenn in den USA 2/3 aller Mediationsverfahren mit einem Vergleich enden,¹⁷⁶ auch ein realistisches Ziel.

¹⁶⁹ MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 128.

¹⁷⁰ Hacke, Der ADR-Vertrag, S. 59.

¹⁷¹ Vgl. Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.1.Fn. 23, nach dem für eine Mediation der konstruktive Versuch typisch ist, eine gütliche Einigung zu erreichen.

¹⁷² Vgl. Haft, in Festschrift Schütze, 255, 263; Rüssel, JuS 2003, 380, 383; Neuenhahn, NJW 2004, 663, 664.

¹⁷³ So aber Hacke, Der ADR-Vertrag, S. 59.

¹⁷⁴ Breidenbach, Mediation, S. 114; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 3.

¹⁷⁵ Vgl. Eidenmüller, Verhandlungsmanagement durch Mediation, in Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 51.

¹⁷⁶ So Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 1; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, II.1.a; Nach Duve/Ponschab, ZKM 1999, 263, 266, liegt die Erfolgsquote von Mediationsverfahren welt-

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Auch ökonomische Gesichtspunkte sprechen für diese Sichtweise. Endet eine Mediation ohne Mediationsvergleich, müssen die Parteien also andere Wege der Streitbeseitigung beschreiten, ein Schiedsverfahren oder staatliches Gerichtsverfahren einleiten, haben sie das Entgelt für die Mediation vergebens aufgewendet und müssen evtl. (bei Unterliegen) zusätzlich noch Gerichtskosten tragen. Wirtschaftlich betrachtet ist es für die Parteien besser, keine Mediation einzugehen als eine Mediation ohne Vergleichsergebnis durchzuführen. Es ist daher durchaus nachvollziehbar, wenn das vorzeitige Enden der Mediation auch sprachlich negativ belegt wird und von „Scheitern“¹⁷⁷ oder „Fehlschlagen“¹⁷⁸ der Mediation die Rede ist.

Gemeinsamer Zweck, den die Parteien mit der Mediation verfolgen, ist schließlich auch, auf raschem Wege den Streit über ein Rechtsverhältnis auszuräumen. Eine Mediation währt i.d.R. deutlich kürzer als ein Gerichtsverfahren.¹⁷⁹ Dieser Zweck wird aber nur erreicht, wenn am Ende des Verfahrens der Streit auch wirklich ausgeräumt ist, also ein Mediationsvergleich geschlossen wurde. Auch der zeitliche Rationalisierungsgedanke spricht also dafür, als gemeinsamen Zweck der Verbindung der Medianten den Abschluss eines Mediationsvergleichs anzusehen.

b. Inhaltliche Anforderungen an den Mediationsvergleich

Ein gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßender Zweck kann nicht Gesellschaftszweck sein, weil dann der Gesellschaftsvertrag nichtig ist.¹⁸⁰ Damit der Mediationsvergleich gemeinsamer Zweck i.S.d. § 705 BGB sein kann, muss er also von der Rechtsordnung gebilligt sein.

Es kommt vor, dass der Gesetzgeber aus übergeordneten Erwägungen Konflikte der Parteidisposition entzieht und zwingend einem staatlichen Gericht zur Entscheidung zuweist. So entzieht § 1030 II ZPO Mietstreitigkeiten über Wohnraum der Schiedsgerichtsbarkeit generell. Grund dafür ist die Gefahr, dass der sozial schwache Mieter ohne die Fürsorge eines staatlichen Richters übervorteilt zu werden droht.¹⁸¹

weit bei bis zu 80%.

¹⁷⁷ Risse, NJW 2000, 1614, 1619; Dendorfer, DB 2003, 135, 138; sogar Hacke benutzt diesen Begriff, Hacke, Der ADR-Vertrag, S. 61.

¹⁷⁸ Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 13.

¹⁷⁹ Gottwald, in Festschrift für Ishikawa, 137, 142.

¹⁸⁰ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 705 Rn. 17.

¹⁸¹ Haas/Hauptmann, SchiedsVZ 2004, 175, 177.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

In Analogie zu § 1030 II ZPO solche Konflikte auch der Mediation generell zu entziehen, griffe allerdings zu weit. Mediation ist moderierte Verhandlung, und da eine Mietstreitigkeit durch einfache Verhandlung zwischen Vermieter und Mieter privat beigelegt werden kann, kann sie auch über Mediation und Mediationsvergleich beendet werden.

Anders verhält es sich mit der Ehescheidung. Eine Ehe kann gem. § 1564 S. 1 BGB nur durch gerichtliches Urteil geschieden werden. Die Ehescheidung kann also nicht Gegenstand eines (Mediations-)Vergleichs sein.¹⁸² Eine Mediationsvereinbarung, die den Zweck einer Ehescheidung durch Vergleich hat, ist nichtig.

Im Bereich des Verwaltungsrechts ist für Vergleichsabreden wegen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ebenfalls nur begrenzt Raum. Ein solcher besteht in dem Maße, in dem die §§ 54 ff. VwVfG die Einigung durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag erlauben.¹⁸³

Allerdings kommt es bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Vergleichs nicht nur auf den Gegenstand des Vergleichs an, sondern auch auf die Art und Weise, wie er ausgestaltet ist und zustande kam. So kann ein Vergleich wegen eines materiellen Ungleichgewichts¹⁸⁴ sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB sein.¹⁸⁵ Ist die Mediationsvereinbarung von vorneherein inhaltlich auf einen solchen Vergleich ausgerichtet, ist sie nichtig. I.d.R. besteht aber am Anfang der Mediation noch keine Vorstellung vom Inhalt des späteren Vergleichs, so dass die Sittenwidrigkeit des Vergleichs meist nicht ihren Ursprung in der Mediationsvereinbarung hat.

c. Unterscheidung von Individualzielen und gemeinsamen Zielen

Der Kontrast von individuellen Zielen der Parteien und gemeinsam verfolgtem Zweck fällt in der Mediation nicht so scharf aus wie im Schiedsverfahren.

Während im Schiedsverfahren die Parteien allein über den gemeinsamen Zweck der Streitbeilegung verbunden sind, das Verfahren aber ansonsten von Interessenantagonismen geprägt ist, ist bei der Mediation von Anfang an eine erhöhte Kongruenz der Interessen feststellbar, die sich bei fruchtbarem Verlauf des Verfahrens mehr und mehr verstärkt.

¹⁸² Palandt/Brudermüller, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1564 Rn. 1.

¹⁸³ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 12.

¹⁸⁴ Machtungleichgewicht unter den Verhandlungspartnern ist ein typisches Problem der konsensualen Streitbeilegung, vgl. Gottwald, WM 1998, 1257, 1258; Breidenbach, Mediation, S. 101 ff.

¹⁸⁵ Vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 11.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Im Schiedsverfahren hat jede Partei stets das eigene Interesse am Obsiegen im Verfahren vor Augen, also die Durchsetzung der eigenen als richtig angenommenen Rechtsposition auf Kosten der anderen Partei. Es wird zwar beiderseits ein Schiedsspruch angestrebt, bei dem Schiedsspruch handelt es sich jedoch um eine Entscheidung, die die Parteien in Gewinner und Verlierer teilt. Was den Inhalt des Schiedsspruchs angeht, klaffen die Wunschvorstellungen der Parteien daher weit auseinander.¹⁸⁶

Mit dem Eingehen einer Mediationsverhandlung signalisieren die Parteien von Anfang an, dass sie zu einem Kompromiss, wie auch immer er einmal aussehen wird, grundsätzlich bereit sind. Sie streben eine win/win Lösung an. Zwar wollen sie bei dem angestrebten Vergleich möglichst wenige Zugeständnisse an die andere Partei machen; die Medianten können sich eine Kluft zwischen Individualinteressen und Gemeinsamem Zweck aber nur sehr begrenzt leisten. Ist das Interesse an einer Realisierung der eigenen anfänglichen Rechtsposition zu dominant, ist ein Vergleich, der begrifflich ein Nachgeben verlangt, (vgl. § 779 BGB), nicht möglich. Die Bereitschaft, nicht auf der eigenen Position zu beharren, sondern diese zu verhandeln, auf die andere Partei zuzugehen, muss also vorhanden sein. Die Medianten wissen, dass sie nicht auf Kosten der anderen Partei zu einer einvernehmlichen Lösung gelangen können und deshalb ihre Bedürfnisse zugunsten ihres jeweiligen Gegenübers beschränken müssen.

Durch eine Mediation werden die Parteien nicht getrennt, sondern geeint. Darin besteht der besondere Wert der Mediation, der im Interesse beider Parteien liegt. Diese wollen über kollegialen Umgang miteinander und einvernehmlich erreichten Rechtsfrieden ihr Verhältnis untereinander erneuern, zu einer verbesserten Partnerschaft gelangen.

Es ist bei der Mediation mithin ein größerer Gleichlauf von Einzelinteressen und gemeinsamen Interessen der Parteien zu beobachten als im Fall der Schiedsgerichtsbarkeit.

2. Die Gesellschafterpflichten

§ 705 BGB bestimmt, dass sich die Gesellschafter zur Leistung vereinbarter Beiträge verpflichten, wobei die Beitragspflicht Ausdruck der allgemeinen Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks ist.¹⁸⁷ Was den Inhalt der Förderungspflichten angeht, so gibt es keine gesetzlichen Vorgaben, weder zwingende noch dispositive. Auf die Mediation übertragen be-

¹⁸⁶ 1. Kap. III 4 c, Der gemeinsame Zweck.

¹⁸⁷ Vgl. 1. Kap. III 4 d aa, Die Beitragspflicht.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

deutet dies, dass es den Parteien überlassen bleibt, für sich verbindlich zu erklären, in welcher Weise sie die Mediation fördern wollen. Dies kann explizit oder konkludent erfolgen. Haben die Parteien kein detailliertes Mediationsverfahren entworfen, sondern sich lediglich auf „Mediation“ geeinigt, sind die Wesensmerkmale der Mediation zu erforschen und zu prüfen, in wieweit sich hier ein Brauch, eine Verkehrssitte entwickelt hat, der die Parteien das Verfahren konkludent unterstellen, §§ 133, 157. Eine Auslegung der Parteivereinbarung nach Treu und Glauben darf dabei nie den Sinn und Zweck des Mediationsverfahrens außer Acht lassen. Auch daraus können Schlüsse auf den von den Parteien intendierten Ablauf des Verfahrens und mögliche Verfahrenspflichten gezogen werden, da das Verfahren darauf gerichtet sein muss, diesen Zweck zu erfüllen.

Jede Pflicht, die in einer Mediation besteht, befindet sich in einem Spannungsverhältnis zu dem die Mediation beherrschenden Prinzip der Freiwilligkeit¹⁸⁸ und Eigenverantwortlichkeit¹⁸⁹. Freiwilligkeit bedeutet nicht nur Herrschaft der Parteien über den Eintritt in das Verfahren und über den Ausgang des Verfahrens (Einigung oder Abbruch). Charakteristisch für eine Mediation ist auch Freiheit während des Verfahrens, nämlich die grundsätzliche Entscheidungshoheit jeder Partei darüber, was sie vorbringt und wann sie es vorbringt.

Pflichten haben in der Mediation daher nur beschränkt eine Berechtigung und sind sehr sensibel zu handhaben. Andererseits erfordert die Funktionsfähigkeit der Mediation gewisse Verhaltensvorgaben, Pflichten, die die Mediation ordnen.¹⁹⁰ Schlagwortartig lässt sich der Anspruch an die Durchführung eines Mediationsverfahrens folgendermaßen auf den Punkt bringen: „Wenn, dann richtig.“ Haben die Parteien ihre Bereitschaft zur Durchführung einer Mediation erklärt und halten sie diese aufrecht, indem sie die Mediationsvereinbarung nicht kündigen oder einvernehmlich aufheben, müssen sie sich auch daran festhalten lassen, sich also auch engagieren. Ohne die Konstituierung von Pflichten wäre der Zweck der Mediation, einen Mediationsvergleich zu erzielen, nicht professionell erreichbar. Die Mediation würde zu einem diffusen Palaver¹⁹¹ entarten.

Darum schließen die Medianten (mit der Unterstützung des Mediators) i.d.R. eine Mediationsvereinbarung, die das Verfahren strukturiert, indem sie es in Verhandlungsphasen aufteilt

¹⁸⁸ Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18; Rüssel, JuS 2003, 380, 383; Dendorfer, DB 2003, 135, 136;

Böttcher/Laskawy, DB 2004, 1247, 1248.

¹⁸⁹ Vgl. Gottwald, WM 1998, 1257, 1258; Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18; Dendorfer, DB 2003, 135, 136.

¹⁹⁰ Vgl. (für das Konsensverfahren allgemein) Berger, RIW 2000, 1, 6.

¹⁹¹ Rolf A. Schütze bezeichnete in einem Vortrag anlässlich der Kölner Verhandlungstage 1997 die Mediation als „Rückbesinnung auf das Palaver afrikanischer Stämme“.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

und vorgibt, was die Parteien in jeder einzelnen Phase zu tun haben.¹⁹² Doch egal wie detailliert eine Mediationsvereinbarung ist, ein Grundgerüst an Pflichten findet sich in jeder Mediation wieder, sei es, dass es ausdrücklich vereinbart wurde, sei es, dass es konkludent zum Bestandteil der Mediation gemacht wurde.

a. Allgemeine Pflicht zur Verfahrensförderung

Mediation ist parteibeherrscht. Hier haben die Parteien die Möglichkeit, ihre Sichtweise des Konflikts zu präsentieren, den Streitfall frei zu analysieren, sie haben aber auch gleichzeitig die Pflicht dazu,¹⁹³ sonst würden sie nie zu einem Konsens gelangen.

Wer eine Mediation vereinbart, muss diese auch durchführen. Die Verpflichtung der Parteien zur Mitwirkung am Mediationsverfahren¹⁹⁴, zur Verfahrensförderung, ist somit Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben. Sie korrespondiert mit der den Parteien im Mediationsverfahren abverlangten Eigeninitiative, spätestens bei der Ausarbeitung einer Konfliktlösung.

Gegenstück zur Mitwirkungspflicht ist die Pflicht, das Verfahren nicht zu behindern,¹⁹⁵ sei es durch Fernbleiben von den Mediationssitzungen, Passivität während der Sitzungen,¹⁹⁶ polemisches Auftreten gegenüber dem Verhandlungspartner. Im Mediationsverfahren als Konsensverfahren gilt in noch stärkerem Maße als im antagonistischen Schiedsverfahren die Pflicht zur Unterlassung jedweder Übervorteilung und Schädigung der anderen Seite.¹⁹⁷

Die Ernsthaftigkeit des Willens, auf dem Weg der Mediation zu einer Beilegung des Streites zu kommen, findet ihren Ausdruck darin, zumindest an einer Mediationssitzung teilzunehmen. Es sollte daher von beiden Seiten vereinbart werden, mindestens an einer Mediationssitzung teilzunehmen.¹⁹⁸

Natürlich reicht die bloße Anwesenheit in der Sitzung nicht aus, um einen Einigungsprozess einzuleiten. Die Parteien verpflichten sich darum ferner, in der für einen fruchtbaren Verlauf des Verfahrens erforderlichen Weise aktiv mitzuwirken und den Versuch der Kooperation zu

¹⁹² Berger, *Private Dispute Resolution in International Business*, Vol. 2, Rn. 7-11.

¹⁹³ Risse, *Wirtschaftsmediation*, § 3 Rn. 6.

¹⁹⁴ Eidenmüller, *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, III.2; Prütting, *Haftung*, in *Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation*, § 31 Rn. 6.

¹⁹⁵ Vgl. 1. Kap. II 2 b bb, *Allgemeine Prozessförderungs- und Loyalitätspflicht*.

¹⁹⁶ Vgl. Blobel/Späth, *ZEuP* 2005, 784, 802.

¹⁹⁷ Vgl. Berger, *RIW* 2000, 1, 6.

¹⁹⁸ Vgl. Blobel/Späth, *ZEuP* 2005, 784, 800.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

unternehmen¹⁹⁹. Es ist Aufgabe des Mediators, die Parteien dazu anzuhalten, dieser Pflicht auch nachzukommen.

b. Pflicht zur Benennung des Mediators

Ist die Person des Mediators nicht bereits in der Mediationsvereinbarung festgelegt, stellt sich die Frage, auf welche Weise der Mediator ausgewählt werden soll und kann. Eine gesetzliche Regelung wie im Schiedsrecht, nach der ein dreiköpfiges Team der Grundsatz ist, so dass eine Einigung der Parteien auf einen Schiedsrichter gar nicht erforderlich ist, gibt es in der Mediation nicht und entspräche auch in den meisten Fällen nicht dem Willen der Parteien. Es soll i.d.R. nur einen einzelnen Mediator geben.²⁰⁰ Die Parteien müssen sich auf ihn einigen.

Für den Fall, dass ihnen keine Einigung gelingt, ist zu erwägen, dass dann analog § 1035 III 1 ZPO der Mediator durch ein Gericht bestellt wird.²⁰¹ Es ist aber zweifelhaft, dass über eine analoge Anwendung des Schiedsrechts ohne weiteres die Zuständigkeit der Gerichte erweitert werden kann. In der Mehrzahl der Fälle wird sich ein Richter nicht zur Benennung eines Mediators berufen fühlen.

Ein gangbarer Weg wäre, den Mediator durch einen anderen unabhängigen Dritten, etwa durch eine Mediationsinstitution wie die gwmk²⁰², benennen zu lassen. Dafür müssten die Parteien aber im Vorfeld eine Institution ausgewählt haben. Haben sie das nicht, ist die Mediation blockiert.

Es ist den Parteien daher zu empfehlen, dass sie sich bereits in der Mediationsvereinbarung auf den Mediator einigen. Wollen sie sich zum Zeitpunkt des Abschlusses der Mediationsvereinbarung noch nicht festlegen, sollten sie unbedingt ein Verfahren vereinbaren, das Gewähr für eine definitive Benennung des Mediators bietet. Jede Partei trifft die Pflicht, in einem solchen Verfahren mitzuwirken.

c. Pflicht zur Vertraulichkeit

Vertraulichkeit ist während und nach Beendigung der Mediation über die Mediation als solche und Gegenstände des Verfahrens zu wahren.²⁰³ Vertraulichkeit in der Mediation ist die

¹⁹⁹ Vgl. Berger, RIW 2000, 1, 6.

²⁰⁰ Vgl. nur § 3 Mediationsverfahrensordnung der gwmk; Art. 3 ICC-ADR-Regeln; Art. 3 UNCITRAL Conciliation Rules.

²⁰¹ So Blobel/Späth, ZEuP 2005, 784, 802.

²⁰² Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement e. V.

²⁰³ Prütting, Haftung, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 31 Rn. 6; Gottwald, in Festschrift für Ishikawa, 137, 145; Gottwald, WM 1998, 1257, 1261; Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18; Dendorfer, DB 2003, 135, 137;

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Basis für offenes Verhandeln²⁰⁴ und erleichtert auch ein späteres Miteinander der Parteien.²⁰⁵ Nur wenn die Parteien wissen, dass Geschäftsideen und Geschäftsgeheimnisse, die in der Mediation preisgegeben werden, Konkurrenten nicht erreichen, sind sie bereit, diese zu offenbaren. Vertraulichkeit schafft Vertrauen.

Es besteht daher für jede Partei die Pflicht, ihr nur durch die Mediation zugängliche Informationen oder Informationen, die das Mediationsverfahren als solches betreffen, nicht an die Öffentlichkeit weiterzugeben.²⁰⁶ Nach Beendigung der Mediation und folglich mit Beendigung der Mediationsvereinbarung handelt es sich um eine nachvertragliche Pflicht, um eine Schutzpflicht, die dazu dient, das Mediationsergebnis zu sichern.²⁰⁷ Die Geheimhaltungspflicht gehört zum materiellrechtlichen Teil der Mediationsvereinbarung.

Die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung von in der Mediation erlangten Informationen und das Mediationsverfahren betreffenden Tatsachen entsteht bezogen auf den Zivil- und Schiedsgerichtsprozess erst mit Klageerhebung, also nach einem Scheitern der Verhandlungen.²⁰⁸ Sie ist damit prozessual geprägt, bildet also den Inhalt des prozessualen Teils der Mediationsvereinbarung.

d. Sonstige Pflichten

Aus der allgemeinen Pflicht zur Verfahrensförderung lässt sich neben den bereits genannten Pflichten eine Pflicht zur Leistung des anteiligen Vorschusses auf das Mediatorenhonorar ableiten. Die Vorschussleistung ist Voraussetzung dafür, dass das Verfahren überhaupt stattfinden kann.²⁰⁹

Förderlich und notwendig für eine Mediation ist zudem die Preisgabe von Informationen, die dem Verhandlungspartner die eigene Situation vor Augen führen. Offenheit der Medianten und Informiertheit²¹⁰ ist die Basis für die Ausarbeitung einer den Belangen beider Verhandlungspartner gerecht werdenden Konfliktlösung. Umfassende Aufklärung gewährleistet, dass

Neuenhahn, NJW 2004, 663, 664.

²⁰⁴ Koch, Vertragsgestaltungen in der Mediation, in Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2004, § 11 Rn. 10.

²⁰⁵ Gottwald, in Festschrift für Ishikawa, 137, 145.

²⁰⁶ Vgl. Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 2.

²⁰⁷ Vgl. Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 24, 59.

²⁰⁸ 2. Kap. II 4 c, Informationsverwertungsverbote in Gerichtsverfahren.

²⁰⁹ Der Mediator hat nämlich wie der Schiedsrichter ein Zurückbehaltungsrecht, vgl. 1. Kap. II 2 b ff, Pflicht zur Vorschussleistung.

²¹⁰ Vgl. Dendorfer, DB 2003, 135, 137.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

eine in der Mediation erzielte Einigung Ausdruck der Selbstbestimmung der Parteien ist.²¹¹ Es besteht daher die abstrakte Pflicht zur Informierung der anderen Seite. Im eigenen Interesse sollten die Parteien wahrheitsgemäße Aussagen machen. Nur Ehrlichkeit und Aufrichtigkeit der Parteien können Vertrauen und wirklichen Rechtsfrieden schaffen.

Mit der Formulierung eines Mediationsvergleichs dokumentieren die Parteien, dass sie eine für beide Seiten tragbare Lösung des Konflikts gefunden haben. Ein Vergleich ist aber wertlos, wenn er nicht umgesetzt wird. Mit der Mediationsvereinbarung haben sich die Parteien daher bereits zur Umsetzung eines etwaigen Mediationsvergleichs verpflichtet. Da die Mediationsvereinbarung mit dem Mediationsvergleich endet,²¹² handelt es sich dabei um eine nachvertragliche Pflicht, die die Rücksicht auf berechnigte Interessen des Vertragspartners gebietet, vgl. § 241 II BGB.

e. Durchsetzung der Pflichten

Anders als im Schiedsverfahren, dem mit der Stellung des Schiedsrichters spezifische Sanktionsmechanismen immanent sind, fehlt es an solchen bei der Verletzung von Verfahrenspflichten in der Mediation. Der Mediator hat nicht wie der Schiedsrichter die Möglichkeit, unter Ausnutzung des Ermessens, das diesem bezüglich der Verfahrensgestaltung und des Schiedsspruchs zusteht, Druck auf die Parteien auszuüben und sie so zur Pflichterfüllung anzuhalten.²¹³ Dadurch, dass die Mediation nahezu jederzeit beendet werden kann und die Parteien zu keinem Vergleich gezwungen werden können, ist es dem Mediator unmöglich, Pflichtverletzungen der Parteien noch während des Verfahrens zu sanktionieren.

Die Parteien müssen daher auf Pflichtverletzungen selbst angemessen reagieren können.

Eine denkbare Möglichkeit, eine Partei zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten, ist die Erfüllungsklage.²¹⁴

Eine andere Sanktionsmöglichkeit liegt in der Geltendmachung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts des BGB. So kann die Verweigerung der Mitwirkung am Mediationsverfahren einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, § 281 BGB, oder auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB begründen.

²¹¹ Hager, Konflikt und Konsens, 2. Teil, 5. Kap., III 3 (S. 81).

²¹² 2. Kap. III 8 a, Beendigung der Mediationsvereinbarung wegen Zweckerreichung.

²¹³ Vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 24.

²¹⁴ Vgl. Blobel/Späth, ZEuP 2005, 784, 805; Tochtermann, ZZPInt 2006, 429, 472.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Probleme bereitet allerdings die Bezifferung des ersatzfähigen Schadens.²¹⁵

Da die Mediation nicht zwingend auf eine Lösung des Rechtsstreits hinausläuft, kann nicht behauptet werden, dass die Kosten des Gerichtsverfahrens, das auf die Verweigerung der Mitwirkung hin eingeleitet wurde, bei Mitwirkung des Medianten nicht entstanden wären.²¹⁶

Im Hinblick auf den durch die Verzögerung der Mitwirkung entstandenen Schaden kann der Anspruchsgegner einwenden, dass er das Mediationsverfahren, anstatt seine Mitwirkung zu verzögern, auch durch ausgiebigere Verhandlung in die Länge hätte ziehen können, so dass ebenfalls höhere Kosten entstanden wären.

Den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens kann der sich vertragswidrig Verhaltende auch geltend machen, wenn die vertragstreue Partei im Fall des § 280 III BGB gem. § 284 BGB anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung Ersatz der Aufwendungen verlangt, die sie im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat, wenn sie also z. B. Ersatz der Anwaltskosten verlangt, die ihr entstanden sind, weil sie mit der Mitwirkung der anderen Partei gerechnet hat. Diese kann vorbringen, dass durch eine pflichtgemäß geführte, dann aber abgebrochene Mediation mindestens genau so hohe, vergebliche Anwaltskosten entstanden wären wie durch die Pflichtverletzung.²¹⁷ Die Gefahr, vergebliche Aufwendungen zu machen, ist ein zentrales Kennzeichen ergebnisoffener Verfahren.

Eine weitere Sanktionsmöglichkeit liegt in der Vereinbarung einer Vertragsstrafe. Die Vertragsstrafe besteht unabhängig von der Entstehung eines ersatzfähigen Schadens und kann individuell gestaltet werden. So ist einerseits die Festlegung einer bestimmten Geldleistung für den Fall der Vertragsverletzung möglich.²¹⁸ Als eine besonders sachgerechte Gestaltung der Vertragsstrafe erscheint aber ihre Kopplung an das nach der Pflichtverletzung durchgeführte Gerichtsverfahren: So kann die Vertragsstrafe darin bestehen, dass der sich der Mediation verweigernden Partei ein Teil der Prozesskosten auferlegt wird, selbst wenn die Partei den Prozess gewinnt.²¹⁹ Zwar wären die Prozesskosten u. U. sowieso entstanden, angesichts einer Erfolgsquote von 60-70% bei Mediationsverfahren lässt sich aber durchaus ein Zusammenhang zwischen Verletzung der Mitwirkungspflicht und Gerichtsverfahren herstellen.²²⁰

²¹⁵ Vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 25; Blobel/Späth, ZEuP 2005, 784, 801.

²¹⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, Vorb v § 249 Rn. 105; Prütting, Haftung, in Haft/Schließen, Handbuch Mediation, § 31 Rn. 10.

²¹⁷ Vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 25.

²¹⁸ Palandt/Grüneberg, BGB, 65. Aufl. 2006, Vorbemerkungen zur Vertragsstrafe (§§ 339-343), Rn. 1.

²¹⁹ Vgl. Newmark, SchiedsVZ 2003, 23, 23.

²²⁰ Vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 26.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Die Vertragsstrafe erweist sich stets als geeignetes Sanktionsmittel, wenn eine Pflichtverletzung geahndet werden soll und die Feststellung eines Schadens Probleme bereitet. So liegt es auch bei Verletzungen der Vertraulichkeitspflicht. Zwar besteht die theoretische Möglichkeit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gem. §§ 280 I, III, 283 BGB. Auch hier fällt die Bezifferung eines Schadens jedoch schwer. Der wirklich durch weitergegebene vertrauliche Informationen entstandene Schaden ist kaum zu ermessen und schwer nachweisbar. Dieser Schadensbeweis wird dem Gläubiger im Fall der Vertragsstrafe erspart.²²¹

Die Vertragsstrafe ist ein absolutes Druckmittel²²², das der Höhe nach von vornherein feststeht. Ihre Berechenbarkeit ist geeignet, die Vertragsparteien von Vertragsverletzungen abzuschrecken und sie davon abzuhalten, auf eine geringe Schadenshöhe oder die mangelnde Nachweisbarkeit eines Schadens zu spekulieren. Der Hauptwert der Vertragsstrafe liegt daher nicht in der Vereinfachung der Sanktionierung einer begangenen Pflichtverletzung, sondern in der Verhinderung der Pflichtverletzung, der Prävention.

Die *Erhebung* einer Klage auf Erfüllung einer Vertragspflicht, der *Vollzug* einer Sanktion sind keine konstruktiven Mittel, um weitere Pflichtverletzungen in der Mediation zu verhindern. Vielmehr führen sie dazu, dass sich der Beklagte bzw. der Sanktionsbetroffene erst recht gegen die Mediation sträubt, sie nur noch lustlos betreibt oder gar kündigt.²²³ Die Abhängigkeit von der Kooperationsbereitschaft der Parteien ist eben die Schwäche der Mediation. Zu einer Erfüllungsklage wird es daher kaum kommen. Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches oder einer Vertragsstrafe werden i.d.R. bedeuten, dass die Mediation entweder bereits beendet ist oder demnächst beendet sein wird.

Die *Furcht* vor dem Vollzug einer Sanktion bewirkt aber meist, dass es gar nicht erst zur Pflichtverletzung kommt, und das ist die wünschenswerte Wirkung des Sanktionsmittels. Denn so wird die ordnungsgemäße Durchführung der Mediation begünstigt.²²⁴

Es stellt sich die Frage, ob die Produktivität der Mediation durch die bloße Existenz einer Vertragsstrafe gefährdet wird. Vorstellbar ist, dass durch sie eine Atmosphäre des Misstrauens geschaffen wird, die die Offenheit der Verhandlung hemmt. Durch die Vereinbarung der Vertragsstrafe unterstellen sich die Medianten immerhin gegenseitig, möglicherweise gegen die Mediationsvereinbarung verstoßen zu wollen.

²²¹ Vgl. Blobel/Späth, ZEuP 2005, 784, 801.

²²² Palandt/Grüneberg, BGB, 65. Aufl. 2006, Vorbemerkungen zur Vertragsstrafe (§§ 339-343), Rn. 1.

²²³ Vgl. Kraft, VersR 2000, 935, 937.

²²⁴ Vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 27.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Misstrauen ist aber nicht schädlich, wenn es lediglich als realistisch und nicht ungewöhnlich erkannten Gefahren Rechnung trägt. So natürlich wie es ist, dass nach dem Abschluss eines Vertrages eine Vertragspartei den Vertrag nicht erfüllt, so nachvollziehbar ist der Wunsch der anderen Partei, darauf angemessen zu reagieren. Ein gewisses Maß an Misstrauen ist ein Indiz für die realistische Einschätzung der Streitsituation und bietet mehr Gewähr für eine Lösung des Streits als weltfremder Optimismus.

Abgeschwächt wird die negative Wirkung des Misstrauens ferner dadurch, dass es auf Gegenseitigkeit beruht. Niemand muss sich durch die Vereinbarung der Vertragsstrafe angegriffen fühlen. Ihr wird ein theoretisches Szenarium zugrunde gelegt, das durch *jede* der Parteien aufgelöst werden kann.

Ist der Tatbestand der Vertragsstrafe erfüllt, trifft den vertragsuntreuen Medianten eine einseitige Leistungsverpflichtung gegenüber dem anderen Medianten. Die Geltendmachung der Vertragsstrafe führt zu einem Ungleichgewicht unter den Medianten und zum Rückfall in ein Denken in Rechtspositionen, das die Mediation obstruiert. Obstruiert wurde die Mediation jedoch bereits durch die ursprüngliche Pflichtverletzung.

Es bleibt also festzuhalten, dass die bloße Vereinbarung einer Vertragsstrafe keinerlei negative Auswirkungen auf das Mediationsverfahren hat, dass sie das Verfahren im Gegenteil fördert. Sollte der Vollzug der Vertragsstrafe wegen eingetretener Pflichtverletzung doch einmal nötig sein, so fügt sie dem Mediationsverfahren nicht mehr Schaden zu als ohnehin durch die Pflichtverletzung bereits besteht, verschafft dem Gläubiger aber zumindest Genugtuung.

Es ist daher den Parteien einer Mediation anzuraten, für den Fall der Verletzung einer Pflicht aus der Mediationsvereinbarung eine Vertragsstrafe zu vereinbaren. Durch die Antizipierung möglicher Vertragsverstöße werden diese erst gar nicht begangen.

3. Besondere Anforderungen an den Gesellschaftsvertrag der Mediationsvereinbarung

a. Schriftform

Bei Verträgen gilt der Grundsatz der Formfreiheit.²²⁵ Somit können alle Verträge, für die das Gesetz keine bestimmte Form vorschreibt, grundsätzlich mündlich geschlossen werden.

An den Abschluss des Gesellschaftsvertrags der GbR sind generell gesetzlich keine Formerfordernisse geknüpft.²²⁶ Es gibt aber auch Fälle, in denen der Gegenstand des Gesellschaftsvertrages die Beachtung einer besonderen Form erforderlich macht. So ist z.B. bei Gesellschaftsverträgen mit dem Inhalt der Verpflichtung zur Veräußerung oder zum Erwerb eines

²²⁵ Musielak, Grundkurs BGB, 9. Aufl. 2005, § 2 II b, Rn. 47.

²²⁶ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 705 Rn. 12.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Grundstückseigentums gem. § 311 b I 1 BGB notarielle Beurkundung des Vertrages nötig.²²⁷ Hier soll das Formerfordernis erreichen, dass Veräußerer und Erwerber vor dem Vertragsschluss fachkundig beraten werden, vor einem tiefgreifenden Wandel ihrer Vermögensverhältnisse gewarnt werden und die Verpflichtung dem Beweis zugänglich ist.²²⁸

Bei Gesellschaftsverträgen, die die Durchführung einer Mediation zum Inhalt haben, ist analog dem Schriftformerfordernis im Schiedsrecht aus § 1031 ZPO ebenfalls ein Formerfordernis zu erwägen.

Wie die Schiedsvereinbarung versperrt die Mediationsvereinbarung den Weg zu den staatlichen Gerichten. Doch nur die Schiedsvereinbarung schließt die ordentlichen Gerichte endgültig von der Streitentscheidung aus, während in der Mediation jede Partei diese abbrechen und die Gerichte anrufen kann.²²⁹ Diese geringere Bindungswirkung der Mediationsvereinbarung spricht gegen eine Vergleichbarkeit mit der Schiedsvereinbarung und für ein geringeres Bedürfnis nach Übereilungsschutz durch ein Formerfordernis.²³⁰

Andererseits besteht oftmals die Neigung, Verpflichtungen, deren Entstehung bei Vertragsschluss noch ungewiss ist, nicht genug ernst zu nehmen. Schiedsvereinbarung und Mediationsvereinbarung können ein Dauerschuldverhältnis mit beträchtlichen, noch nicht genau bezifferbaren Kosten entstehen lassen, sie müssen es aber nicht. Wird die Streitbeilegungsvereinbarung vor dem Ausbruch der Streitigkeit geschlossen, steht eine Streitigkeit erst einmal nicht an und wird – was alle hoffen – auch möglicherweise nie aufkommen.

Durch die Schriftform können die Parteien bei Vertragsschluss dazu angeregt werden, sich ernsthaft mit dem Verfahren der Mediation auseinanderzusetzen, insbesondere die Kosten, die jeder Mediant selber tragen muss, zu antizipieren. Scheitert die Mediation, müssen die Parteien zusätzlich zu den Mediationskosten noch die anschließenden Gerichts- und Anwaltsgebühren tragen. Dieses Worst-Case-Scenario gibt der Kostenfrage in der Mediation noch mehr Brisanz als im Schiedsverfahren.²³¹

Eine mündliche Vereinbarung ist schnell unüberlegt geschlossen. Vor der schriftlichen Fixierung einer Vereinbarung wird regelmäßig eher über Sinn und Konsequenzen reflektiert.

²²⁷ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 705 Rn. 12.

²²⁸ Musielak, Grundkurs BGB, 9. Aufl. 2005, § 2 II b, Rn. 48.

²²⁹ 2. Kap. III 8 d, Kündigung der Mediationsvereinbarung.

²³⁰ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 14.

²³¹ Vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 14.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Zwar besteht die Möglichkeit, sich leicht und bald nach Beginn der Mediation wieder davon zu trennen.²³² Wer mit dieser Haltung eine Mediation eingeht, gefährdet aber deren Produktivität. Das Recht der Kündigung besteht nicht, um unliebsamen, zu spät realisierten Kosten auszuweichen, sondern basiert auf materiellen, den inhaltlichen Fortgang der Mediation betreffenden Gründen.²³³ Die Kosten waren bereits bei Abschluss der Mediationsvereinbarung absehbar und wären mit Rücksicht auf die Interessen des Gegners unter Verzicht auf den Abschluss der Mediationsvereinbarung zu vermeiden gewesen. Ein bei erster Gelegenheit aus Kostengründen gekündigtes Mediationsverfahren bedeutet auf beiden Seiten fruchtlos investierte Zeit und vergebens aufgewendetes Geld. Das Rücksichtnahmegebot aus § 241 II BGB und das Gebot der Vertragstreue aus § 242 BGB verlangen, dass das vertraglich vereinbarte Verfahren durchgeführt wird, bis sich entweder aus dem Verfahren selbst ergibt, dass es für die betreffende Streitigkeit ungeeignet ist, oder bis das Verfahren erfolgreich abgeschlossen ist. Mit den dadurch entstehenden, voraussehbaren Kosten haben die Vertragsschließenden von Anfang an zu rechnen. Das Schriftformerfordernis trägt dazu bei, dass sie es auch wirklich tun.

Darüber hinaus stellt die Schriftform sicher, dass der Inhalt des Vertrages genau festgehalten und beweisbar ist.²³⁴ Die schriftliche Fixierung der Mediationsvereinbarung dient dem Beweis, dass eine Mediation überhaupt vereinbart wurde. Dadurch, dass das Mediationsverfahren im einzelnen festgehalten wird, dient sie den Parteien ferner als Gedächtnisstütze.

Die Gründe des Ausschlusses der ordentlichen Gerichtsbarkeit, der Gewahrung möglicher Kosten und der Beweiserleichterung sprechen also – mit jeweils unterschiedlicher Intensität – sowohl im Schiedsverfahren als auch in der Mediation für ein Schriftformerfordernis.²³⁵ Auch Mediationsvereinbarungen müssen daher in Analogie zu § 1031 ZPO schriftlich geschlossen werden. Formmängel werden analog § 1031 VI ZPO durch Einlassung auf das Mediationsverfahren geheilt.

²³² 2. Kap. III 8 d aa, Kündigung der Mediationsvereinbarung.

²³³ Darum sollte ein Kündigungsgrund angegeben werden müssen, vgl. 2. Kap. III 8 d aa ii, Kündigungsgrund.

²³⁴ Lörcher/Lörcher, SchiedsVZ 2005, 179, 185; allgemein Musielak, Grundkurs BGB, 9. Aufl. 2005, § 2 II b, Rn. 48.

²³⁵ So im Ergebnis auch Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 14; Wagner, BB 2001 (Beil. 2), 30, 31; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.1., lehnt eine Analogie mit Verweis auf die strukturellen Unterschiede von Schiedsverfahren und Mediation ab. Diese Differenzierung erscheint aber zu grob und berücksichtigt nicht die spezifischen Funktionen der Schriftform.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Der Verbraucher ist auch bei dem Abschluss der Mediationsvereinbarung besonders schutzwürdig. Aus Kostengründen verzichtet er möglicherweise darauf, für die Mediation einen Anwalt hinzuzuziehen, was das ohnehin bei Verbraucherstreitigkeiten regelmäßig bestehende Ungleichgewicht der Parteien²³⁶ noch verstärkt. Die Kosten einer Mediation halten den Verbraucher womöglich auch ganz davon ab, den Konflikt vor dem Mediator auszutragen. In Verbraucherstreitigkeiten geht es oftmals um relativ kleine Streitwerte, die die Durchführung eines Mediationsverfahrens mit der stundenweisen Vergütung des Mediators unverhältnismäßig teuer machen.²³⁷ Weil dem Gerichtsverfahren das Prozesshindernis der Mediation im Wege steht, erreicht der Verbraucher bei Verzicht auf die Mediation nicht einmal die Durchsetzung ihm eindeutig zustehender Ansprüche. Der Verbraucher muss also durchaus vor einer Mediation – bei allen ihren Vorteilen – gewarnt werden. Dies geschieht analog § 1031 V ZPO dadurch, dass Mediationsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten sein müssen.²³⁸

b. Vorgaben durch das AGB-Recht

aa. Anwendbarkeit des AGB-Rechts

Mediationsvereinbarungen können in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auftreten, können als AGB-Klausel Eingang in einen Vertrag finden.²³⁹ Problematisch ist die Anwendung des AGB Rechts. Gem. § 310 IV 1 BGB findet das AGB-Recht keine Anwendung „bei Verträgen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts“.

Die Gründe, aus denen sich eine analoge Anwendung des § 310 IV 1 BGB auf die Schiedsvereinbarung verbietet,²⁴⁰ sprechen in Bezug auf die Mediationsvereinbarung aber für eine teleologische Reduktion des § 310 IV 1 BGB.

Die Mediationsvereinbarung ist kein Gesellschaftsvertrag i.S.d. § 310 IV 1 BGB:

Sie ist als AGB-Klausel genauso vorstellbar wie als individualvertragliche Vereinbarung, birgt die Gefahr der Übervorteilung des Klauselverwendungsgegners genauso wie jede andere

²³⁶ Vgl. Gottwald, WM 1998, 1257, 1258; Breidenbach, Mediation, S. 101 ff.

²³⁷ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 15.

²³⁸ Vgl. für die Warnfunktion des § 1031 ZPO im Schiedsrecht BGHZ 69, 260, 263; Haas/Hauptmann, SchiedsVZ 2004, 175, 178; Lachmann/Lachmann, BB 2000, 1633, 1634.

²³⁹ Koch, Vertragsgestaltungen in der Mediation, in Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2004, § 11 Rn. 13.

²⁴⁰ 1. Kap. IV 2 a, Die Ausnahme des Gesellschaftsrechts vom Schutz des AGB-Rechts.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

AGB-Klausel, und diese Gefahr wird durch das die GbR beherrschende Recht nicht ausgeräumt.²⁴¹

Die Mediationsgesellschaft ist darüber hinaus als Innengesellschaft in erster Linie durch die schuldrechtliche Beziehung der Medianten geprägt, weist keine verbandsmäßige Organisation auf.²⁴²

Ursache für den Abschluss der Mediationsvereinbarung ist ein (antizipierter) Konflikt zwischen den Parteien der Vereinbarung. Zwar ist Ziel der Mediation die konsensuale Streitbeilegung, und dafür sind die Medianten auf offene Kooperation angewiesen. Jedoch sind dafür am Anfang bestehende Spannungen und Ressentiments zu überwinden. Auch ist in der Mediation ein strukturelles Gleichgewicht unter den Gesellschaftern nicht notwendigerweise vorhanden. Ohne die Auflagen des AGB Rechts mag ein Mediant versuchen, sich durch die Mediationsvereinbarung eine besonders vorteilhafte Position auf Kosten der anderen Partei zu schaffen, etwa, indem er – von der anderen Partei unbemerkt – in den AGB bestimmt, den Mediator allein auswählen zu dürfen oder sich allein das Recht einräumt, während der Mediationsitzungen von einem Anwalt begleitet zu werden. Der unerfahrene Mediant muss vor solchen Praktiken geschützt werden.

Nach allem ist § 310 IV 1 BGB teleologisch zu reduzieren, so dass die allgemeinen Prinzipien des AGB-Rechts, die nicht ausschließlich auf Austauschverhältnisse zugeschnitten sind, den Inhalt der Mediationsvereinbarung mitbestimmen.

bb. Inhaltskontrolle

Es stellt sich die Frage, ob die die Mediation gestaltende Parteivereinbarung von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen enthält. Nur dann wären gem. § 307 III 1 BGB die Absätze 1 und 2 des § 307 BGB auf die Mediationsvereinbarung anwendbar.

Zweifel an der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 307 III 1 BGB bestehen deshalb, weil das Mediationsverfahren gesetzlich nicht geregelt ist. Die Anwendbarkeit der Absätze 1 und 2 des § 307 BGB auf Mediationsvereinbarungen kann aber damit gerechtfertigt werden, dass durch diese die Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag, die §§ 705 ff. BGB, teilweise abbedungen, teilweise ergänzt werden.²⁴³

²⁴¹ Die § 310 IV 1 BGB zugrunde gelegte Situation besteht hier mithin nicht, vgl. 1. Kap. IV 2 a, Die Ausnahme des Gesellschaftsrechts vom Schutz des AGB-Rechts.

²⁴² Dieser Gesichtspunkt war Ausgangspunkt für eine Ausnahme von § 310 IV 1 BGB durch den BGH, vgl. 1. Kap. IV 2 a, Die Ausnahme des Gesellschaftsrechts vom Schutz des AGB-Rechts.

²⁴³ Vgl. 2. Kap. III 4, 5, 6, 7.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Die prozessuale Vereinbarung des vorübergehenden Klageverzichts führt außerdem zu einer Einschränkung des Justizgewährungsanspruchs. Zwar ist zwischen dem Klageverzicht und den übrigen, das eigentliche Mediationsverfahren betreffenden Bestimmungen der Mediationsvereinbarung zu unterscheiden. Als abweichend von dem gesetzlichen Normalfall stellt sich aber nicht nur der Verzicht auf die Klage *an sich* dar, sondern auch die Ausfüllung des durch den Klageverzicht geschaffenen Konfliktbewältigungsvakuums durch ein privates Streitbeilegungsverfahren. Die vorübergehende Ersetzung des ordentlichen Gerichtsverfahrens durch ein Mediationsverfahren ist die Folge des Klageverzichts und stellt gleichsam die zweite Stufe der Gesetzesabweichung dar. Der Klageverzicht ist nur Mittel zum Zweck der Ermöglichung einer vorübergehend ausschließlichen Alternative zur staatlichen Rechtsprechung. Die eigentliche Abweichung vom gesetzlichen Regelfall liegt also in der Mediation als solcher begründet. Auf die Mediationsvereinbarungen, die einen Klageverzicht beinhalten, ist § 307 BGB daher vollständig anwendbar.

Ist kein Klageverzicht vereinbart, so wird die gesetzliche Klagemöglichkeit immerhin um das Recht zur Durchführung einer Mediation ergänzt. Auch in diesem Fall sind § 307 I und II BGB also zu beachten.

Die Generalklausel des § 307 BGB ordnet die Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Fall an, dass sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Die Prüfung einer Mediationsklausel am Maßstab des § 307 BGB fällt in soweit schwer, als dass es sich bei § 307 BGB um einen vagen Maßstab handelt. Grundsätzlich kann die Abweichung einer AGB-Klausel von wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung gem. § 307 II Nr. 1 BGB als Anzeichen für unangemessene Benachteiligung dienen. Für das Mediationsverfahren findet sich aber keine spezifische gesetzliche Verfahrensregel, von der abgewichen werden könnte. Die Orientierung an einer solchen Richtschnur entfällt also.

Für die Inhaltskontrolle ist zwischen dem materiellrechtlichen Kern der Mediationsvereinbarung und den prozessualen Nebenabreden zu unterscheiden. Auf die Vereinbarung des Klageverzichts, der Aussetzung laufender Gerichtsverfahren und die Vortrags- und Beweismittelbeschränkung als prozessuale Vertragsabsprachen ist das AGB-Recht nur analog anwendbar. Da

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

es zwingende mediationsspezifische Prinzipien wie die des § 1042 I ZPO nicht gibt, besteht allerdings Raum für eine solche Analogie.²⁴⁴

Durch den Klageverzicht wird der Verwendungsgegner etwa dann unangemessen benachteiligt, wenn bei Abschluss eines Kaufvertrages bereits feststeht, dass der Gegenstandswert möglicher Konflikte unterhalb der Minimalkosten eines Mediationsverfahrens liegen wird. Dann ist von Anfang an klar, dass sich im Streitfall eine Mediation für den Käufer als unrentabel darstellen wird, der Erhebung einer Klage steht aber der dilatorische Klageverzicht im Weg. Der betreffenden Mediationsklausel ist also die Absicht des Klauselverwenders zu entnehmen, den Vertragspartner von einer Anspruchsverfolgung abzuhalten.²⁴⁵

Vortrags- und Beweismittelbeschränkungen in AGB-Klauseln drohen dann der Inhaltskontrolle des § 307 BGB nicht standzuhalten, wenn sie nur für eine Mediationspartei gelten.²⁴⁶

Das Mediationsverfahren selbst wird dann als Werkzeug gegen den AGB-Verwendungsgegner missbraucht, wenn es von vorneherein elementaren Fairnessanforderungen nicht genügt.²⁴⁷ Das ist etwa dann der Fall, wenn der in den AGB vorgesehene Mediator eindeutig dem AGB-Verwender gegenüber positiv voreingenommen ist, oder wenn die verfahrensrechtlichen Befugnisse und Pflichten zwischen den Beteiligten ungleich zu Lasten des Klauselgegners verteilt sind. Räumt eine Partei sich in der Mediationsvereinbarung weitreichende Auskunftsverweigerungsrechte ein, kann das Ziel der konsensualen Streitbeilegung kaum noch erreicht werden, basiert die Mediation doch ganz wesentlich auf der Bereitschaft zum offenen Austausch von Informationen.²⁴⁸ Eine derartige Klausel hat zur Folge, dass die betreffende Partei ihrer Mitwirkungspflicht aus § 705 BGB nicht gerecht wird und die Gegenpartei einseitig ausgehört und damit unangemessen benachteiligt wird. Es liegt dann der Fall des § 307 II Nr. 2 BGB vor.

Eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I BGB liegt ferner vor, wenn zu Lasten des AGB-Verwendungsgegners gewisse Mindestanforderungen an den Mediationsvergleich ge-

²⁴⁴ Für die direkte Anwendbarkeit des AGB-Rechts: Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 55.

²⁴⁵ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 18.

²⁴⁶ Vgl. Wagner, NJW 2001, 1398, 1400.

²⁴⁷ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.2.a.bb; Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 21.

²⁴⁸ 2. Kap. III 2 d, Sonstige Pflichten der Medianten.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

stellt werden, wenn etwa im Fall eines Ratenlieferungsvertrages unbedingt sämtliche Raten erbracht werden müssen.

Ein von vorneherein absehbares strukturelles Verhandlungsungleichgewicht unter den Medianten kann ebenfalls den Vorwurf unangemessener Benachteiligung nach sich ziehen.²⁴⁹ Durch geschicktes Taktieren in der Mediationsverhandlung kann es dem versierten und erfahrenen Medianten gelingen, für sich ein wesentliches besseres Ergebnis zu erzielen als ihm ein richterliches Urteil beschert hätte. Es besteht mithin die Gefahr, dass ein nicht anwaltlich tretener, unerfahrener Verbraucher auf ein juristisch bestens beratenes Unternehmen trifft und durch den Mediationsvergleich um für ihn wichtige Rechtspositionen gebracht wird, ohne dafür eine äquivalente Gegenleistung zu erlangen. Zwar ist es ihm möglich, aus der Mediation vorzeitig auszusteigen, doch häufig ist er sich des versuchten Missbrauchs durch die Gegenseite gar nicht bewusst, die ihn mit einer für ihn unvorteilhaften Lösung bedrängt. Auch können dann Kostenerwägungen ihn vor dem Abbruch der Mediation zurückschrecken lassen.

cc. Ausschluss überraschender Klauseln

Bei gegenüber Verbrauchern verwendeten AGB-Mediationsklauseln stellt sich die Frage, ob sie sich für den Verbraucher als so ungewöhnlich darstellen, dass dieser nicht mit ihnen zu rechnen braucht, ob es sich bei Mediationsklauseln also dann um überraschende Klauseln i.S.d. § 305 c BGB handelt, die nicht Vertragsbestandteil werden.

Überraschend i.S.d. § 305 c BGB ist eine Mediationsklausel, wenn sie objektiv ungewöhnlich ist und den Verbraucher subjektiv überrumpelt.²⁵⁰ In Deutschland sind Mediationsvereinbarungen im Wirtschaftsverkehr noch nicht so etabliert, dass ein Verbraucher beim Abschluss eines Vertrages unbedingt mit ihnen rechnet.²⁵¹ Die Einstufung einer durchschnittlichen AGB-Mediationsklausel als überraschend i.S.d. § 305 c BGB würde allerdings bedeuten, dass auch ausgewogene Mediationsklauseln, die im konkreten Fall eine Mediation mit hohen Erfolgchancen erwarten lassen, dem Risiko der Nichteinbeziehung in den Vertrag ausgesetzt werden.²⁵²

Einer so schwer in die Vertragsfreiheit eingreifenden Rechtsfolge, wie sie § 305 c anordnet, will *Risse* dadurch begegnen, dass er als weiteres ungeschriebenes Merkmal des § 305 c ver-

²⁴⁹ Vgl. Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.2.a.bb.

²⁵⁰ Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 305 c Rn. 3, 4; Prütting/Wegen/Weinreich/Berger, BGB, § 305 c Rn. 4.

²⁵¹ Vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 17.

²⁵² Diese Gefahr sehen Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 21; so auch Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 17.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

langt, die in Rede stehende Klausel müsse das Risiko irgendeiner Benachteiligung des Verwendungsgegners in sich bergen.²⁵³ Er stützt sich dabei auf die Rechtsprechung, die (erst) dann eine Klausel als überraschend i.S.d. § 305 c BGB ansieht, wenn dieser ein „Überrumpelungs- und Übertölpelungseffekt“ innewohnt.²⁵⁴ Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Rechtsprechung § 305 c BGB damit eine gewisse Wertung zu unterstellen scheint.

Der Ansatz von *Risse* lässt jedoch außer Acht, dass durch § 305 c BGB bloß die Entschlussfreiheit des Verwendungsgegners geschützt werden soll.²⁵⁵ Ihm soll nicht vorgeschrieben werden, was „gut“ und was „schlecht“ für ihn ist. Musste er mit einer Klausel nicht rechnen, soll sie auch nicht gelten. Es kommt also nicht auf einen Nachteil an.²⁵⁶

Außerdem führt die Beachtung des § 1031 ZPO, der für die Mediationsvereinbarung analog gilt,²⁵⁷ dazu, dass in vielen Fällen § 305 c BGB gar nicht einschlägig ist, ihm dadurch seine Brisanz also genommen wird. Die normative Voraussetzung des § 305 c BGB, dass der andere Teil mit der Klausel „nicht zu rechnen braucht“, ist nicht erfüllt, wenn diesem ausreichend Möglichkeit gegeben wird, die Klausel zur Kenntnis zu nehmen.²⁵⁸ Die ausdifferenzierten Formerfordernisse des § 1031 ZPO stellen in jeweils angemessener Weise sicher, dass sich der sorgfältige Klauselverwendungsgegner der Verfahrensklausel bewusst wird.²⁵⁹ Ein Vertrag, der sich nach den Vorgaben des § 1031 ZPO richtet, läuft darum weniger Gefahr, ein Überraschungsmoment i.S.d. § 305 c BGB zu enthalten.

Vor dem Hintergrund, dass § 1031 ZPO eine ähnliche Zielrichtung wie § 305 c BGB hat – auch er schützt vor Überraschungen –, stellt sich dann aber die Frage, ob für eine analoge Anwendung des § 1031 ZPO neben § 305 c BGB überhaupt noch Raum ist.

²⁵³ *Risse*, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 17.

²⁵⁴ BGHZ 84, 109, 112 ff.; BGH NJW 1990, 576, 577; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, AGB Gesetz, 9. Aufl. 2001, will in § 3 Rn. 12 „klar“ zwischen ungewöhnlichen und unbilligen AGB unterscheiden, räumt aber in § 3 Rn. 2 ein, dass die Einbeziehung überraschender Klauseln „zu Lasten“ des Verwendungsgegners gehen müsse.

²⁵⁵ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 305 c Rn. 2; MünchKommBGB/Basedow, AGBG, 4. Aufl. 2001, § 3 Rn. 1.

²⁵⁶ § 305 c und § 307 BGB haben unterschiedliche Anwendungsbereiche: BGH NJW 1996, 1470, 1472 f.; MünchKommBGB/Basedow, AGBG, 4. Aufl. 2001, § 3 Rn. 4.

²⁵⁷ 2. Kap. III 3 a, Schriftform.

²⁵⁸ BGHZ 101, 29, 33; BGH NJW 1985, 850, 851; BGH NJW 1995, 2637, 2638; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 305 c Rn. 4; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, AGBG, 9. Aufl. 2001, § 3 Rn. 13; MünchKommBGB/Basedow, AGBG, 4. Aufl. 2001, § 3 Rn. 6.

²⁵⁹ Vgl. 1. Kap. IV 2 g, Die Verhinderung überraschender Klauseln im AGB-Recht und im Schiedsrecht.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Die Frage ist zu bejahen. § 1031 ZPO bietet ein Plus an Schutz gegenüber § 305 c BGB. § 1031 ZPO gilt auch außerhalb des Anwendungsbereichs des AGB-Rechts und ist über Abs. 5 besonders verbraucherfreundlich. § 1031 ZPO verhindert, dass es überhaupt zu einem Fall des § 305 c BGB kommt, indem er präventiven Schutz bietet.²⁶⁰ Sind die Formerfordernisse erfüllt, ist der Vertragspartner also hinreichend auf die Verfahrensvereinbarung hingewiesen, kann eine normale, ausgewogene Mediation stattfinden und muss nicht mehr an der Tatsache ihrer bloßen Vereinbarung scheitern. § 1031 ZPO ist daher mediationsfreundlicher als § 305 c BGB. Er erhält die Mediationsklausel aufrecht und erfüllt durch das Formerfordernis über die Warnfunktion hinaus noch die Beweisfunktion.

§ 1031 ZPO bietet mithin einen spezifisch mediationsgerechten Schutz vor einer überraschenden Form der Streitbeilegung. Das Schiedsrecht ist als erste private Streitbeilegungsform zur Erhöhung seiner Akzeptanz den Weg des Formerfordernisses gegangen, und die Mediation als weitere Form der privaten Streitbeilegung sollte diesem Vorbild folgen.

Weist das in einer AGB-Klausel festgeschriebene Mediationsverfahren jedoch im Detail ungewöhnliche Bestimmungen auf, ist ein Anwendungsbereich für § 305 c BGB eröffnet. Ausreichenden Schutz vor Überrumpelung durch Mediationsverfahrensregeln im einzelnen kann § 1031 ZPO nämlich nicht leisten.²⁶¹

4. Sorgfaltsmaßstab

In der Mediation gilt der allgemeine Haftungsmaßstab des § 276 BGB. Jeder Mediant hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt walten zu lassen, § 276 II BGB.

Eine Haftungsprivilegierung i.S.d. § 708 BGB liegt nicht im Interesse der Parteien.²⁶² Es ist im Regelfall nicht davon auszugehen, dass die Medianten sich „so nehmen wollen, wie sie einmal sind“²⁶³. Die Mediationsgesellschaft gründet genauso wenig wie die Schiedsverfahrensgesellschaft auf gegenseitigem persönlichen Vertrauen²⁶⁴. Ein vertrauensvoller Umgang der Medianten miteinander ist zwar eine Maxime der Mediation. Dieses Vertrauen muss aber nach dem Aufbrechen des Konflikts von den Parteien erst wiedergewonnen bzw. neu aufgebaut werden. Vertrauen entsteht regelmäßig durch rücksichtsvollen, pflichtbewussten Um-

²⁶⁰ Vgl. 1. Kap. IV 2 g, Die Verhinderung überraschender Klauseln im AGB-Recht und im Schiedsrecht.

²⁶¹ § 1031 ZPO will diesen Schutz auch gar nicht leisten. § 1031 ZPO gilt nur für den absolut notwendigen Inhalt einer Streitbeilegungsvereinbarung, vgl. MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1031 Rn. 5.

²⁶² So auch Hutner, SchiedsVZ 2003, 226, 231.

²⁶³ Vgl. Protokolle, Mugdan II, S. 985; vgl. auch Ballerstedt, JuS 1963, 253, 258.

²⁶⁴ Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 708 Rn. 36

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

gang miteinander. Die Verletzung von Pflichten aus der Mediationsvereinbarung gefährdet die möglicherweise während der Mediation bereits erreichte Besserung des Parteienverhältnisses gleich wieder, schürt den Argwohn und das Misstrauen, die gerade überwunden werden sollen, wieder neu. Zur Schaffung eines Anreizes für Selbstdisziplin und zur Abschreckung vor Nachlässigkeit ist den Medianten anzuraten, Vertragsverletzungen nicht ohne weiteres in Kauf zu nehmen. Ein strenges Haftungsregiment ist eine Voraussetzung für fruchtbare Mediation.

5. Geschäftsführung

In der Mediation sind wie beim Schiedsverfahren auf Seiten jeder Partei eigene Tätigkeits- und Verantwortlichkeitsbereiche auszumachen. Die jeweilige Geschäftsführungsbefugnis richtet sich danach, vgl. § 710 S. 1 BGB.

Zwar ist das Mediationsverfahren ein konsensuales Verfahren, was auf den ersten Blick für ein System gemeinschaftlicher Geschäftsführung spricht.²⁶⁵

Eine solche Sichtweise verkennt jedoch die Verfahrensrealität in der Mediation. Die Parteien setzen sich den Großteil des Verfahrens über mit ihren häufig unterschiedlichen Wunschvorstellungen auseinander. Der Konsens, sollte es ihn überhaupt geben, nimmt erst am Ende der Mediation zu.

Darüber hinaus ist jede Partei für ihr Vorbringen nur selbst verantwortlich und der anderen Partei darüber keine Rechenschaft schuldig. Es besteht keine Gesamtverantwortung für den Verfahrensverlauf.

Eine gemeinschaftliche Geschäftsführung in dem Sinne, dass vor einem Verhandlungsbeitrag erst die Zustimmung der Gegenseite eingeholt werden muss, wäre dem Fluss der Verhandlung auch nur hinderlich. Die „Caucus Session“²⁶⁶ ist das Paradebeispiel für Einzelgeschäftsführung.

Natürlich gibt es auch Handlungen im Mediationsverfahren, die von den Medianten gemeinsam vorgenommen werden, wie die schriftliche Fixierung vorläufiger Mediationsergebnisse. Hierbei handelt es sich dann um gemeinschaftliche Geschäftsführung.

Gem. § 712 II BGB kann jeder Gesellschafter die Geschäftsführung kündigen, zumindest, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. § 712 II BGB ist eine der wenigen zwingenden Vorschrif-

²⁶⁵ Von gemeinschaftlicher Geschäftsführung geht Hutner, SchiedsVZ 2003, 226, 231, aus.

²⁶⁶ Das Einzelgespräch mit dem Mediator, Berger, Private Dispute Resolution in International Business, Vol. 2, Rn. 12-3.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

ten des Rechts der GbR.²⁶⁷ Da die eine Mediationspartei die Tätigkeit der anderen Partei nicht übernehmen kann, wenn sie nicht mit sich selbst medieren will, fällt in der Mediation wie im Schiedsverfahren die Kündigung der Geschäftsführung mit der Kündigung des Gesellschaftsvertrages zusammen. Möchte ein Mediant nicht mehr weiterverhandeln – und diesen Willen kann er jederzeit äußern – drückt er damit gleichzeitig aus, dass er die Mediation aufgeben möchte. Es endet dann die Mediationsgesellschaft.

Die Anwälte spielen in der Mediation eine andere Rolle als im ordentlichen Gerichtsverfahren und im Schiedsverfahren.²⁶⁸ Sie sollen ihre Mandanten zwar auch beraten aber nicht vertreten, nicht an ihrer Stelle auftreten. Sie sollen während der Mediation immer den rechtlichen Hintergrund des Streits im Blick behalten und ihren Mandanten vor Übervorteilung durch die andere Seite schützen. Das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit eines jeden Medianten²⁶⁹ und der informelle Rahmen der Mediation sprechen aber dafür, dass sie nicht im Namen ihres Mandanten gegenüber der anderen Seite Position beziehen, sondern den Mandanten selbst entscheiden und handeln lassen sollten.

Die Mediation ist keine Plattform für anwaltliche Schlagabtausch. Die Parteien stehen hier ganz im Vordergrund. Sie müssen am Ende den Mediationsvergleich schließen und mit ihm zufrieden sein können. Das gelingt am besten, wenn sie die Mediation von Anfang an bestimmt haben.

Es ist daher im Regelfall davon auszugehen, dass die Tätigkeit eines jeden Medianten, zumindest, was den Auftritt im Mediationsverfahren betrifft, nicht i.S.d. § 664 I 1 BGB i.V.m. § 713 BGB auf einen Dritten übertragbar ist.

§ 670 i.V.m. § 713 BGB ist auf die Mediationsgesellschaft gänzlich unanwendbar. Jeder Mediant hat die Aufwendungen, die er im Hinblick auf die Mediation getätigt hat, selbst zu tragen. In der Mediation gibt es keinen Gewinner oder Verlierer. Entweder es kommt zu einem Vergleich, dann gewinnen beide (win/win situation)²⁷⁰, oder die Parteien erkennen, dass es keine ausreichende Interessensübereinstimmung gibt, dann haben die Parteien auch beide eine Erkenntnis gewonnen, oder die Mediation wird ergebnislos abgebrochen, dann verlieren beide Parteien.

²⁶⁷ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 705 Rn. 2.

²⁶⁸ Vgl. Berger, Private Dispute Resolution in International Business, Vol. 2, Rn. 6-45; Risse, Wirtschaftsmediation, § 12 Rn. 16.

²⁶⁹ Vgl. Gottwald, WM 1998, 1257, 1258; Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18; Dendorfer, DB 2003, 135, 136.

²⁷⁰ Vgl. Berger, Private Dispute Resolution in International Business, Vol. 2, Rn. 15-1; Risse, Wirtschaftsmediation, § 2 Rn. 2.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Es gibt keinen Grund, einer Partei allein die Verfahrenskosten aufzubürden. Müsste eine Partei, die die Mediation verlässt und damit die Mediation beendet, „zur Strafe“ die Kosten der Gegenpartei tragen, würde das Druck auf die Parteien ausüben, in der Mediation zu bleiben. Es ist aber wünschenswert, dass jede Partei frei von solchen Zwängen entscheidet, ob sie die Mediation noch fortsetzen möchte.

6. Informationsrecht

Das offene Verhandeln ist ein Wesensmerkmal der Mediation. Die Parteien sind angehalten, Tatsachen, die dem Erzielen einer vernünftigen Einigung in irgendeiner Weise dienlich sein könnten, vorzubringen. Der Mediator kann seinerseits die Parteien dazu anregen, sich über gewisse Tatsachen zu erklären, um den Informationsfluss in Gang zu setzen und in Gang zu halten. Ohne das gegenseitige Offenlegen von die persönlichen Verhältnisse betreffenden Tatsachen, die dann in die Diskussion aufgenommen werden können, ist einer Verhandlung die Grundlage entzogen, ist ein „Verstehen“ der anderen Seite nicht möglich. Aus dem Erfordernis der Funktionsfähigkeit der Mediation folgt somit eine gewisse Informationspflicht.²⁷¹

Man kann jedoch allenfalls von einer abstrakten Informationspflicht sprechen. Die Mediation wird von dem zentralen Prinzip der Freiwilligkeit²⁷² beherrscht. Die Entscheidung darüber, welche Informationen im Detail eine Partei preisgibt, ist dieser Partei selbst anheimgestellt. Der Mediator kann zur Informationspreisgabe anregen, diese im Gegensatz zum Schiedsrichter aber nicht einfordern. Das entspräche nicht seiner rein unterstützenden Rolle.

Der abstrakten Informationspflicht eines jeden Medianten steht ein korrespondierendes abstraktes Informationsrecht des anderen Medianten gegenüber. Problematisch auch daran ist, dass es zu keiner konkreten Information in Bezug zu setzen ist und daher in erster Linie Signalwirkung hat. Ein Minimum an Informationen kann jedoch verlangt werden. Gibt eine Partei darum überhaupt keine Informationen preis, stellt das eine Pflichtverletzung dar, die vertragsrechtliche Sanktionen wie Schadensersatz²⁷³, Vertragsstrafe²⁷⁴, oder Kündigung aus wichtigem Grund²⁷⁵ nach sich ziehen kann.

Ein (konkretes) Informationsrecht besteht bezüglich von den Parteien einvernehmlich zur Offenlegung bestimmten Tatsachen. Während der Mediation von beiden Seiten gemeinsam er-

²⁷¹ Vgl. Dendorfer, DB 2003, 135, 137.

²⁷² Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18; Rüssel, JuS 2003, 380, 383; Dendorfer, DB 2003, 135, 136;

Böttcher/Laskawy, DB 2004, 1247, 1248.

²⁷³ 2. Kap. III 2 e, Durchsetzung der Gesellschafterpflichten.

²⁷⁴ 2. Kap. III 2 e, Durchsetzung der Gesellschafterpflichten.

²⁷⁵ 2. Kap. III 8 d bb, Außerordentliche Kündigung.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

stellte Dokumente – wie gemeinsame Erklärungen, Zeitpläne, schriftlich fixierte Zwischenergebnisse – können grundsätzlich immer wieder eingesehen werden. Sofern solche Unterlagen nach dem Willen der Parteien nicht nur zum einmaligen Gebrauch bestimmt waren, zählen sie zu den „Papieren der Gesellschaft“ i.S.d. § 716 I BGB.

Darüber hinaus bleibt der informationssuchende Mediant auf die Möglichkeit verwiesen, durch persönliche Teilnahme an der Mediation und Gespräche mit seinem Verhandlungspartner sich ein Bild von diesem und der Legitimität von dessen Interessen zu machen, und ihn aufzufordern, sich zu erklären. Er hat aber keinen Anspruch auf irgendeine konkrete Information, die dessen Sphäre entstammt.

7. Innengesellschaft

Zentrales Merkmal einer Innengesellschaft ist, dass sie nicht am Rechtsverkehr teilnimmt, sondern auf das Innenverhältnis der Gesellschafter beschränkt ist. Damit einher gehen regelmäßig das Fehlen von Gesellschaftsvermögen und einer verbandsmäßigen Organisation.²⁷⁶ Die Innengesellschaft ist damit ein Minus im Verhältnis zur Außengesellschaft.

Die Mediationsgesellschaft weist die Grundmerkmale einer GbR auf. Ebenso wenig wie bei der Schiedsverfahrensgesellschaft besteht in der Mediation dagegen Anlass, den Medianten den Willen zu unterstellen, über die Erfüllung der organisatorischen Mindestanforderungen hinaus, die an eine GbR gestellt werden, auch einen Außenauftritt der Gesellschaft zu erreichen. Die Rechtsbeziehung zum Mediator und evtl. auch zur Mediationsorganisation kann durch die einzelnen Medianten jeweils mit Wirkung nur für sich hergestellt werden.

Zwar stehen sich die Medianten durch ihre grundsätzliche Bereitschaft zum Konsens von vornherein näher als die Parteien eines Schiedsverfahrens, das auf Scheiden der Parteien durch den Schiedsspruch ausgerichtet ist. Auch die Mediationsgesellschaft ist aber durch den zwischen den Parteien schwelenden Konflikt bestimmt, der jederzeit zum Abbruch der Mediationsverhandlungen und damit zur Beendigung der Mediationsgesellschaft führen kann.

Ein gemeinsames Auftreten nach außen ist daher weder nötig noch den Umständen angemessen.

Ginge man davon aus, dass die Mediationsgesellschaft als solche den Mediatorvertrag schließt, wäre auch ein Gesellschaftsvermögen zu erwarten, mit dem die Gesellschaft den Mediator, dessen Dienste sie in Anspruch nimmt, entlohnen kann. Die Errichtung eines den Me-

²⁷⁶ 1. Kap. III 4 g bb, Innengesellschaft.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

dianten gemeinsamen Vermögens im Sinne eines Gesellschaftsvermögens ist in der Mediation aber genauso wenig üblich wie im Schiedsverfahren.²⁷⁷

Es spricht mithin alles dafür, dass es sich bei der Mediationsgesellschaft um eine Innengesellschaft handelt.²⁷⁸

8. Beendigung des Gesellschaftsvertrags

a. Beendigung der Mediationsvereinbarung wegen Zweckerreichung

Wird der mit der Mediation verfolgte Zweck, zu einer interessengerechten Streitbeilegung zu gelangen, erreicht, hat sich die Mediationsvereinbarung gem. § 726 1. Alt. BGB erledigt. Die Mediationsvereinbarung endet.²⁷⁹

b. Beendigung der Mediationsvereinbarung wegen Unmöglichwerdens der Zweckerreichung

Ein naheliegendes Beispiel dafür, dass die Mediationsgesellschaft ihren Zweck nicht mehr erreichen kann und darum gem. § 726 2. Alt. endet, ist, dass äußere Umstände das Ende des Verfahrens erzwingen.²⁸⁰

Anders als das Schiedsverfahren, in dem am Ende begriffsnotwendig eine Streitbeilegung erfolgen *muss*, kann ein Mediationsverfahren trotz ordnungsgemäßen Verlaufs durchaus ergebnislos enden. Je früher die Erfolglosigkeit des Verfahrens antizipiert werden und dieses daraufhin beendet werden kann, desto weniger Kosten und Zeit vergeuden die Parteien durch die Mediation.

Wann eine erfolgreiche, interessengerechte Streitbeilegung unmöglich wird, kann jedoch objektiv schwerlich beurteilt werden.²⁸¹ Für die Beurteilung der Erfolgsaussichten des Verfahrens kommt es maßgeblich auf die Einschätzung der Parteien an. Sie sind die Herren des Verfahrens.²⁸² Ihnen obliegt daher auch die Entscheidung, wann sie es aufgeben möchten. Es

²⁷⁷ Vgl. Hacke, Der ADR-Vertrag, S. 56.

²⁷⁸ So auch Hutner, SchiedsVZ 2003, 226, 231.

²⁷⁹ im Ergebnis so auch Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 24.

²⁸⁰ Vgl. 1. Kap. III 5 a bb ii, Beendigung wegen praktischer Undurchführbarkeit.

²⁸¹ Für § 726 Alt. 2 BGB müsste die Erreichung des Gesellschaftszwecks aber ganz offenbar unmöglich geworden sein, vgl. Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 726 Rn. 2; Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl. 1985, § 726 Rn. 2.

²⁸² Dendorfer, DB 2003, 135, 136; Neuenhahn, NJW 2004, 663, 664.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

kann nicht per se beendet sein, wenn mehrere Sitzungen ohne Verhandlungsfortschritt geendet haben. Der negative Verfahrensverlauf kann zwar als Indikator für das Scheitern des Verfahrens angesehen werden, gescheitert ist das Verfahren aber erst, wenn eine oder beide Parteien das Verfahren nicht mehr fortführen wollen. Dieser Wille muss zur Verfahrensbeendigung klar nach außen treten, um für Gegenpartei und Mediator Rechtssicherheit zu schaffen. Er muss also in einer Erklärung formuliert werden, die Parteien sind in soweit auf ihre Kündigungsmöglichkeit²⁸³ zu verweisen.

c. Einvernehmliche Lösung von der Mediationsvereinbarung

Die Parteien haben die Möglichkeit, vor und während des Mediationsverfahrens die Mediationsvereinbarung durch Vertrag aufzuheben und dadurch von der Mediation Abstand zu nehmen. Ein Bedarf für die zweiseitige Lösung von der Mediationsvereinbarung besteht aber nur in den Fällen, in denen sich nicht schon jede Partei einseitig durch Kündigung lösen kann. Da die Parteien während des Mediationsverfahrens praktisch jederzeit kündigen können,²⁸⁴ wird der Aufhebungsvertrag i.d.R. nur bis zum Ablauf der ersten Mediationsverhandlung relevant.²⁸⁵

Ein solcher Aufhebungsvertrag kann – wie jeder Vertrag – explizit oder konkludent geschlossen werden. Haben die Parteien einen dilatorischen Klageverzicht vereinbart, und erhebt eine Partei entgegen dieser Abrede im Konfliktfall direkt Klage, ist darin einerseits ein Angebot zur Aufhebung des Klageverzichts zu sehen. Mit der Vereinbarung des Klageverzichts haben die Parteien aber auch zum Ausdruck gebracht, dass sie einen Gerichtsprozess als Hindernis für die Mediation ansehen, dass der Klageverzicht also Voraussetzung für die Mediation ist. Klagt vor diesem Hintergrund eine Partei, distanziert sie sich also andererseits auch von der Mediation. Indem der Beklagte seinerseits den Gerichtsprozess betreibt und damit auf die Erhebung der prozesshindernden Einrede verzichtet, nimmt er konkludent das Angebot zur Aufhebung des Klageverzichts und damit der gesamten Mediationsvereinbarung an.

Fraglich ist, ob bereits das nachdrückliche Formulieren einer Forderung ein Aufhebungsangebot bzgl. der Mediationsvereinbarung sein kann.

Symptomatisch für einen Rechtsstreit ist es, dass die daran Beteiligten verschiedene Rechtspositionen vertreten. Eine Seite stellt eine Forderung, die die andere Seite bestreitet. Beharrt

²⁸³ 2. Kap. III 8 d aa, Ordentliche Kündigung der Mediationsvereinbarung.

²⁸⁴ 2. Kap. III 8 d, Kündigung der Mediationsvereinbarung.

²⁸⁵ Es ist den Parteien anzuraten, eine Kündigungssperre bis zum Ablauf der ersten Mediationssitzung zu vereinbaren, 2. Kap. III 8 d aa i, Kündigungssperre.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

der Anspruchsteller hartnäckig auf seinem Anspruch und untermauert seine Rechtsansicht mit rechtlicher Argumentation, stellt sich die Frage, ob er damit konkludent mangelnde Kompromissbereitschaft und den Willen ausdrückt, den aus seiner Sicht ihm eindeutig zustehenden Anspruch auch gerichtlich durchzusetzen, er also von der ursprünglich vereinbarten Mediation Abstand nehmen möchte.

Eine solche Auslegung wäre verfehlt. Der potentielle Kläger wünscht möglicherweise gar nicht die Lösung von der Mediationsvereinbarung.

Häufig besteht am Anfang einer Mediation Kompromisslosigkeit, die dann aber über das Verstehen der Belange der anderen Seite und das Aufdecken paralleler Interesse nach und nach abgebaut wird.²⁸⁶ Das ist gerade die Stärke und Leistung der Mediation. Dass in der Mediation am Anfang noch mehr oder minder gefestigte Rechtspositionen aufeinander prallen, ist normal und nötig, um Klarheit über die Ausgangslage zu schaffen.²⁸⁷ Einer Partei mag an der Mediation gelegen sein, weil sie bewusst den konsensualen Ausgleich (etwa für den Aufrechterhalt von Geschäftsbeziehungen)²⁸⁸ sucht oder andere Vorteile der Mediation, wie die Zeiterparnis, für sich nutzen will.²⁸⁹ Sie beharrt aber zunächst auf ihrem Anspruch, weil sie sich damit bei der anderen Partei Respekt verschaffen will.

Mediation ist auch kein Verfahren zum Schutz der im Verfahren potentiell unterliegenden Partei. Ein solches Verständnis von Mediation würde deren Anspruch, eine gleichwertige Alternative zum gerichtlichen Verfahren zu sein,²⁹⁰ nicht gerecht. Es ist kein Eingeständnis von Schwäche, wenn eine Partei mediiert will (obwohl dies oftmals so aufgefasst wird)²⁹¹. Der Weg in die Mediation ist kein Fluchtweg. Motiv für die Durchführung der Mediation sollte nicht Unsicherheit und Argumentationsnot sein, denn sicheres Auftreten und gute Argumentation sind in der Mediation wie vor Gericht für einen fruchtbaren Ausgang des Verfahrens unverzichtbar.²⁹² Motiv sollte vielmehr die Überzeugung von der Eignung der Mediation für die Konfliktbewältigung im konkreten Fall sein.

Wenn sich also ein potentieller Kläger nicht auf ein Gerichtsverfahren einlässt, bedeutet das nicht, dass er nicht ernsthaft die von ihm bezogene Rechtsposition als berechtigt ansieht. Es bedeutet kein widersprüchliches Verhalten, von der eigenen Rechtsposition überzeugt zu sein

²⁸⁶ Risse, NJW 2000, 1614, 1615 f.

²⁸⁷ Risse, NJW 2000, 1614, 1615 f.

²⁸⁸ Gottwald, in Festschrift für Ishikawa, 137, 144; Neuenhahn, NJW 2004, 663, 664.

²⁸⁹ Vgl. für die Vorteile der Mediation Risse, NJW 2000, 1614, 1618 ff.; Eidenmüller, Verhandlungsmanagement durch Mediation, in Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 42 ff.

²⁹⁰ Darauf weist die Bezeichnung der Mediation als „Alternative Dispute Resolution“ hin.

²⁹¹ Vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 56.

²⁹² Vgl. Walter, ZJP 103 (1990), 141, 143.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

und eine Mediation eingehen zu wollen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Partei, nur weil sie eine ihr vermeintlicherweise zustehende Forderung stellt, diese Forderung auch klageweise durchsetzen will und sich nur durch die Mediationsvereinbarung an der klageweisen Geltendmachung des Anspruchs gehindert sieht. Im nachdrücklichen Formulieren einer Forderung kann daher kein konkludentes Aufhebungsangebot gesehen werden.

d. Kündigung der Mediationsvereinbarung

aa. Ordentliche Kündigung

Sollte eine Partei der Auffassung sein, dass die Mediation gescheitert ist, oder aus anderen Gründen die Fortführung der Mediation ablehnen, besteht für sie vorbehaltlich besonderer Parteivorgaben eine Kündigungsmöglichkeit gem. § 723 I 1 BGB.

Grundsätzlich können sich die Parteien durch eine Kündigung gem. § 723 I 1 BGB jederzeit von der Mediationsvereinbarung lösen. Da eine Mediation begrifflich keine Streitbeilegung erfordert, ist eine Zeitdauer i.S.d. § 723 I 1 BGB grundsätzlich nicht bestimmt. In Ermangelung vertraglich vereinbarter Kündigungsfristen und sonstiger vertraglicher Vorgaben muss die jederzeitige Kündigung daher möglich sein. Es kann den Parteien nicht zugemutet werden und entspricht auch nicht dem Wesen des Mediationsverfahrens, die Parteien für unbestimmte Zeit ohne feste Aussicht auf ein Ende des Verfahrens an der Mediationsvereinbarung festzuhalten. Außerdem entspricht ein großzügiges Kündigungsrecht der das Mediationsverfahren kennzeichnenden Freiwilligkeit²⁹³ der Verfahrensdurchführung.

i. Kündigungssperre

Die Freiwilligkeit der Verfahrensdurchführung kann aber der Verfahrenseffektivität entgegenstehen.

Ein allzu liberales Kündigungsrecht kann die Parteien dazu verleiten, ihre Bereitschaft, sich auf eine Mediation einzulassen, vorzeitig zurückzunehmen. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn die Mediationsvereinbarung bereits als Klausel in den Hauptvertrag integriert wurde. Im Zeitpunkt der Einigung auf die Mediationsklausel war das Verhältnis der Parteien noch durch Harmonie und Konsens bestimmt. Man wollte dieses gute Verhältnis „hinüberretten“ in die etwaige Konfliktbeseitigung. Ist der Konflikt aber erst einmal entstanden, verfallen die Parteien rasch in ein Denken in Rechtspositionen. Von einer Seite wird häufig dann doch das Gerichtsverfahren der Mediation vorgezogen. Hinzu kommt, dass sich viele Parteien in

²⁹³ Duve, BB 1998 (Beilage 9), 15, 18; Rüssel, JuS 2003, 380, 383; Dendorfer, DB 2003, 135, 136;

Böttcher/Laskawy, DB 2004, 1247, 1248.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

der Konfliktsituation lieber auf ein ihnen bekanntes Streitbeilegungsverfahren verlassen. Mit der unbekannteren, ergebnisoffenen Mediation betreten viele Neuland. Bei unbeschränkter, jederzeitiger Kündigungsmöglichkeit könnte die eine oder andere Partei dazu neigen, die Mediationsvereinbarung überstürzt zu kündigen, ohne der Mediation – so wie es ihr eigentlicher, ursprünglicher Wille war – überhaupt eine Profilierungsgelegenheit zu geben.

Es ist den Parteien daher zu raten, den dispositiven²⁹⁴ § 723 I 1 BGB teilweise abzubedingen und erst nach einer ersten Sitzung mit dem Mediator eine Kündigung zuzulassen.²⁹⁵

Der erste Widerstand einer Partei, ihr erstes Ressentiment gegen ein Mediationsverfahren, wird durch eine solche Regelung gebrochen. Jene muss sich zumindest für eine Sitzung auf die Mediation einlassen. Im Laufe dieser Sitzung kann es dem Mediator aber bereits gelingen, die Partei im direkten Gespräch von der Sinnhaftigkeit der Mediation zu überzeugen, so dass sie von dem Gebrauch ihres Kündigungsrechts im weiteren Verlauf der Mediation u. U. ganz absieht. So bleibt die Mediation vor unreflektiertem Abbruch bewahrt.

Die Möglichkeit des Mediators, eine mediationsunwillige Partei in der ersten Sitzung von der Mediation zu überzeugen, sollte aber nicht überschätzt werden. Wird der Druck, eine Mediation einzugehen, durch einen außenstehenden Dritten wie den Staat erzeugt, wird dieser Druck vom Medianten als Bevormundung und (zu Recht) als bedeutende Beschneidung seiner Privatautonomie begriffen. Während es für ihn einsichtig ist, an einem von ihm selbst gefassten Mediationsentschluss wegen des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ und wegen der dem Vertragspartner geschuldeten Loyalität festgehalten zu werden, liegt es ihm fern, sich bereitwillig staatlicher Fremdbestimmung zu beugen²⁹⁶ und eine Mediation aus dem Grund durchzuführen, die Gerichte zu entlasten. Ein von außen in die Mediation Gezwungener wird schon aus Trotz selten ein offenes Ohr für den Mediator haben.

ii. Kündigungsgrund

Die Kündigung befindet sich in einem Spannungsfeld. Auf der einen Seite kann sie die Lösung von fruchtloser Belastung bedeuten, auf der anderen Seite aber auch schlichte, unbegründete Mitwirkungsverweigerung. Während die Beendigung des Verfahrens bei mangeln-

²⁹⁴ Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 723 Rn. 1.

²⁹⁵ Eine solche Vereinbarung ist durchaus üblich, vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 33; Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.1; Blobel/Späth, ZEuP 2005, 784, 800.

²⁹⁶ Eine solche Fremdbestimmung liegt im Fall des § 15 a EGZPO vor.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

der Aussicht auf Konsens wünschenswert ist, ist die unmotivierte Kündigung ihrem inneren Tatbestand nach deckungsgleich mit der Verletzung der Mitwirkungspflicht.²⁹⁷

Die Parteien sollten die Voraussetzungen für eine Kündigung daher genau definieren. Es ist ratsam, Begründungen für eine Kündigung zu verlangen. Dadurch wird der Willkür vorgebeugt und der Gegenpartei die Möglichkeit gegeben, ein Scheitern der Verhandlungen durch entsprechendes Verhalten noch abwenden zu können, um die erfolgreiche Beendigung des Verfahrens doch noch zu ermöglichen. Die Kündigung wird so zur ultima ratio. Andererseits sollten die Parteien keine allzu hohen Anforderungen an den Inhalt der Kündigungsbegründung stellen. Es sollte kein zu hoher Druck auf die Parteien ausgeübt werden. Wenn sich eine Partei – aus welchem Grund auch immer – entschieden unwohl mit der Mediation fühlt, sollte sie die Mediation verlassen dürfen. Ansonsten gleitet das Mediationsverfahren in die Unproduktivität ab.

bb. Außerordentliche Kündigung

Die Verpflichtung einer Partei zum Festhalten an einem Vertrag wird stets durch die Zumutbarkeit der übernommenen Verpflichtung begrenzt (vgl. §§ 275 III, 314 I BGB). Sollten die Parteien durch ihre Kündigungsregelung keine vertragliche Grundlage für die jederzeitige Loslösung von der Mediationsvereinbarung bei Unzumutbarkeit der (weiteren) Durchführung geschaffen haben, greift der unabdingbare²⁹⁸ § 723 I 2 BGB ein, und die betroffene Partei hat ein Recht zur außerordentlichen Kündigung.²⁹⁹

So muss sich keine Partei an der Mediationsvereinbarung festhalten lassen, wenn die andere Partei das Mediationsverfahren obstruiert. Die Mediation ist noch viel mehr als das Schiedsverfahren auf vertrauensvolles Zusammenwirken der Parteien angewiesen,³⁰⁰ da sie auf Einigung abzielt. Darum sind die Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung nicht allzu hoch anzusetzen.³⁰¹ Eine Mediation kann schon bei geringer Obstruktion des Verfahrens scheitern. Das gegenseitige Vertrauen kann etwa bereits durch offen bekundete Zweifel an der Redlichkeit der anderen Partei derart erschüttert sein, dass mit einem

²⁹⁷ Vgl. Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 23: Sie halten die Annahme eines jederzeitigen Kündigungsrechts aber grundsätzlich für verfehlt, ohne jedoch eine gesetzliche Einordnung vorzunehmen.

²⁹⁸ Vgl. § 723 III BGB.

²⁹⁹ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, III.1., geht ebenfalls von einem Kündigungsrecht „aus wichtigem Grund“ aus, leitet es aber nicht dogmatisch her.

³⁰⁰ Vgl. Gottwald, in Festschrift für Ishikawa, 137, 144.

³⁰¹ Vgl. Walter, ZJP 103 (1990), 141, 162.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

produktiven Verlauf des Mediationsverfahrens nicht mehr zu rechnen ist, das Verfahren also sinnvollerweise beendet wird.

Ein außerordentliches Kündigungsrecht ist zudem für den Fall zu bejahen, dass eine Partei entgegen einer im voraus getroffenen Kostentragungsregelung ihren Kostenanteil für das Mediationsverfahren nicht vorschießt. Die andere Partei kann stattdessen die Vorfinanzierung übernehmen, muss das aber nicht tun, sondern kann sich lösen.³⁰²

Gerät eine Partei in Vermögensverfall und ist sie zur Vorfinanzierung des Mediationsverfahrens verpflichtet, so kann sie – falls die Gegenseite die Vorfinanzierung nicht übernimmt – ihrerseits die Mediationsvereinbarung kündigen und staatlichen, mit Prozesskostenhilfe verbundenen Rechtsschutz in Anspruch nehmen.³⁰³

Ist die Gegenseite zur Vorfinanzierung des Mediationsverfahrens bereit, aber nicht gewillt, auch die Kosten für die Beratung durch einen Anwalt zu tragen, ist fraglich, ob die verarmte Partei sich auf ein Verfahren ohne Anwalt einlassen muss, oder ob sie ein Recht zur außerordentlichen Kündigung hat.

Zwar geht es in der Mediation nicht um die Durchsetzung von vermeintlichen Ansprüchen, eine seriöse Mediation findet aber stets „im Schatten des Rechts“ statt.³⁰⁴ Das Eingehen auf Vorschläge der Gegenpartei fällt umso leichter, wenn sich eine Partei schnell und informell bei ihrem anwesenden Berater über die möglichen Risiken und Folgewirkungen, aber auch über die Berechtigung des Gegenvorschlags rückversichern kann.³⁰⁵ Anwaltliche Beratung trägt dazu bei, dass Parteiinteressen wirklich aufgedeckt und gewahrt werden und hilft dadurch zu verhindern, dass die Mediation ein für eine Partei langfristig unbefriedigendes Ergebnis zeitigt. Anwaltliche Beratung verhindert die offensichtlich ungerechtfertigte Benachteiligung einer Partei. Sie ist geeignet, ein Kräfteungleichgewicht der Parteien zu kompensieren, so dass diese auf „Augenhöhe“ verhandeln können und sich der rechtlichen Konsequenzen ihrer Entscheidungen bewusst sind.

Könnte sich nur eine Partei einen Anwalt leisten, würde die Ausgeglichenheit umgekehrt. Eine Partei erhielte (erst recht) ein Übergewicht gegenüber der anderen Partei, was bei dieser

³⁰² Vgl. 1. Kap. III 5 e bb ii, Verletzung der Pflicht zur Vorschussleistung.

³⁰³ Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 24; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 41.

³⁰⁴ So lautet der Titel des Beitrags von Wesel in „Die Zeit“ v. 26.2.1998, S. 51.

³⁰⁵ Gottwald, Festschrift für Ishikawa, 137, 150.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

Argwohn und Skepsis hervorrufen würde. Eine solche Situation wäre eine überaus schlechte Basis für die auf Verständigung und Konstruktivität angewiesene Mediation.

Ist anwaltliche Vertretung in der Mediation nicht von vorneherein vertraglich ausgeschlossen, muss die Vorfinanzierung des Verfahrens daher die Zahlung der Anwaltskosten beinhalten; das gilt erst recht, wenn die Gegenpartei ausdrücklich für sich das Recht auf einen Anwalt beansprucht. Ansonsten ist die Mediation für die verarmte Partei unzumutbar, so dass ihr ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht.

cc. Anforderungen an die Kündigungserklärung

Die Beendigung der Mediation hat Auswirkungen auf die Verjährung der materiellen Ansprüche. „Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert“, bestimmt § 203 S. 1 BGB. Die Verweigerung drückt den Beendigungswillen des Verweigernden aus, entspricht also einer Kündigung der Mediationsvereinbarung. Aus § 202 BGB ergibt sich, dass die Parteien die Verjährung vertraglich regeln können. So können die Parteien mit der Vereinbarung der Notwendigkeit eines Kündigungsgrundes erhöhte Anforderungen an die „Verweigerung“ i.S.d. § 203 S. 1 BGB stellen, die Verjährung also erschweren (vgl. § 202 II BGB).

Um Klarheit darüber zu schaffen, wie lange die durch die Mediation ausgelöste Verjährungshemmung anhält, ist erforderlich, an die Eindeutigkeit einer die Mediationsvereinbarung betreffenden Kündigungserklärung vertraglich hohe Anforderungen zu stellen.

Von der Tatsache, dass eine Partei die Mitarbeit in der Mediation einstellt, könnte auf einen entsprechenden Willen geschlossen werden, die Mediation zu beenden, was die Verjährung gem. § 203 S. 1 BGB erneut in Gang setzen würde. Die faktische Einstellung der Mitarbeit ist aber zunächst eine Verletzung der Pflicht zur beständigen Mitwirkung in der Mediation und sollte auch (nur) als solche und nicht etwa als konkludente Kündigung bzw. Verweigerung angesehen werden.³⁰⁶ Ansonsten könnte eine Partei sich womöglich durch bloße Passivität von der anderen Partei unbemerkt das Ende der Verjährungshemmung erschleichen. Einer Verletzung der Pflicht, das Mediationsverfahren nicht treuwidrig zur Vorteilserlangung auszunützen,³⁰⁷ würde damit Vorschub geleistet. Mit der Verletzung der Mitwirkungspflicht wäre

³⁰⁶ Der BGH verlangt für die Verweigerung der Verhandlungsfortsetzung i.S.d. § 203 S. 1 BGB ein klares und eindeutiges Verhalten, BGH NJW 1998, 2819, 2820; BGH NJW-RR 2005, 1044, 1047; so auch Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 203 Rn. 4.

³⁰⁷ Vgl. Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 59.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

ein rechtlicher Vorteil zu erlangen. Ein solches Verhalten wäre rechtsmissbräuchlich³⁰⁸ und ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB.

Über die vertragliche Festlegung, dass nur eine ausdrücklich als „Kündigung“ bezeichnete Erklärung als Kündigung und Verweigerung i.S.d. § 203 S. 1 BGB gilt, können Pflichtverletzung und Kündigung eindeutig unterschieden werden und Unklarheiten über das Ende der Verjährungshemmung im Einzelfall verhindert werden.

e. Sonstige Beendigungsgründe

Neben den bereits erörterten Auflösungstatbeständen des besonderen Schuldrechts gibt es auch noch solche des allgemeinen Teils des BGB und des allgemeinen Schuldrechts, deren Erfüllung ebenfalls zur Beendigung der Mediationsvereinbarung führt.

So kann die Mediationsvereinbarung angefochten werden, bis sie in Vollzug gesetzt wird. Darüber hinaus ist die Kündigung der Mediationsvereinbarung wegen Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 III 2 BGB möglich.³⁰⁹

Wie im Fall der Schiedsklausel führt auch im Fall der Mediationsklausel die Unwirksamkeit des Hauptvertrages nicht zur Unwirksamkeit der Streitbeilegungsvereinbarung. Hier wie dort ist es gerade Sinn und Zweck der Vereinbarung, den Parteien eine verfahrensmäßige Handhabung zur Bewältigung der notleidenden Vertragsbeziehung zu eröffnen. § 139 ist daher im Verhältnis von Hauptvertrag und Mediationsklausel nicht anzuwenden.³¹⁰

9. Fazit: Die Mediationsgesellschaft als atypische GbR

Die Mediationsvereinbarung erfüllt die konstitutiven Merkmale des Gründungsvertrages einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Zwei oder mehr Personen verbinden sich zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts. Die Mediationsvereinbarung ist damit ein Gesellschaftsvertrag i.S.d. § 705 BGB.³¹¹

Verschiedene Vorschriften des GbR-Rechts sind durch die Parteien der Mediationsvereinbarung regelmäßig abbedungen, so der Grundsatz der gemeinschaftlichen Geschäftsführung, die Vertretungsregeln, die *diligentia quam in suis*³¹², die Auflösung der Gesellschaft im Todesfall

³⁰⁸ Risse, Wirtschaftsmediation, § 3 Rn. 29.

³⁰⁹ Vgl. 1. Kap. IV 1, Beendigungstatbestände des allgemeinen Zivilrechts.

³¹⁰ Vgl. zur Schiedsvereinbarung BGHZ 69, 260, 263 f.; Heß/Sharma, Rechtsgrundlagen der Mediation, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 22; Wagner, Prozeßverträge, S. 326 ff.

³¹¹ Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 705 Rn. 1.

³¹² wobei hier auch eine teleologische Reduktion naheläge, vgl. 1. Kap. III 4 e, Der Sorgfaltsmaßstab.

2. Kapitel: Rechtsnatur und Wirkungen der Mediationsvereinbarung

und bei Insolvenz.³¹³ § 310 IV 1 BGB erfährt in Bezug auf die Mediationsgesellschaft eine teleologische Reduktion.

Die Mediationsgesellschaft weicht also häufig von dem BGB-Gesellschaftstypus, den der Gesetzgeber vor Augen hatte, ab. Eine solche Entfaltungsfreiheit wurde den BGB-Gesellschaften aber über die Vielzahl dispositiver Normen bewusst zugestanden. Es handelt sich bei der Mediationsgesellschaft um eine atypische GbR.

³¹³ Wie die Schiedsverfahrensgesellschaft wird auch die Mediationsgesellschaft mit den Erben bzw. dem Insolvenzverwalter fortgesetzt. Tod und Insolvenz eines Gesellschafters sind keine Hinderungsgründe für die Erfüllung der Verfahrensvereinbarung.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

Das Schiedsverfahren ist im zehnten Buch der ZPO, systematisch losgelöst von den vorangehenden Büchern,¹ spezialgesetzlich geregelt.

Es stellt sich die Frage, ob die Schaffung eines speziellen Mediationsgesetzes sinnvoll ist. Ein solches Gesetz könnte die Anwendung des Schuldrechts des BGB auf die Mediationsvereinbarung (teilweise) verdrängen. In einem solchen Gesetz könnten Regelungen über einen Klageverzicht, die Präklusion von Informationen in einem Gerichtsverfahren, Vertraulichkeit, die Hemmung des Ablaufs von Fristen sowie Eckpunkte eines Musterverfahrens enthalten sein.

I. Der Vorschlag für eine Richtlinie der EU zur Mediation (2004) und das UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002)

Privaten Formen der Streitbeilegung und damit auch der Mediation wird von der EU seit 1999 erhöhte Aufmerksamkeit geschenkt. Ausgangspunkt dafür war der am 1. Mai 1999 in Kraft getretene Vertrag von Amsterdam über die Europäische Union, wonach die EU als ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (vgl. Art. 2 EUV) zu erhalten und weiterzuentwickeln ist.²

Nach Art. 65 lit c EG-Vertrag sind zudem Hindernisse für eine reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren zu beseitigen.

Das Grünbuch der Kommission vom 19. April 2002 stellte den aktuellen Status der Mitgliedstaaten im Bereich der privaten Streitbeilegung (mit Ausnahme der Schiedsgerichtsbarkeit) dar und hatte eine breite Anhörung³ von Mitgliedsstaaten und Interessensvertretungen zur Folge. Als Ergebnis beschloss die Kommission neben einem Verhaltenskodex (European Code of Conduct for Mediators) einen Richtlinienvorschlag (Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen). Der Mediationsrichtlinienvorschlag wurde – nach Zirkulation eines Entwurfes – am 22. Oktober 2004 von der Kommission vorgelegt.⁴

Die Vereinten Nationen haben sich bereits 1980 des Sachkomplexes der Mediation angenommen und die UNCITRAL Conciliation Rules veröffentlicht. Diese Regeln können die Konfliktparteien zum Bestandteil ihrer Mediationsvereinbarung machen, um das Mediationsver-

¹ MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. 2001, § 1025 Rn. 9.

² Pitkowitz, SchiedsVZ 2005, 81, 81.

³ Am 21. Februar 2003 fand eine öffentliche Anhörung in Brüssel statt.

⁴ Pitkowitz, SchiedsVZ 2005, 81, 81.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

fahren zu gestalten. Mit dem UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation⁵ haben die UN am 19. November 2002 ein Modellgesetz vorgestellt, das sich an die nationalen Gesetzgeber wendet und als Vorbild für künftige Mediationsgesetze dienen kann. Seine hohe Bedeutung beruht auf dem internationalen Konsens, der es hervorgebracht hat.⁶

Die Texte des Richtlinienvorschlags und des UNCITRAL Modellgesetzes sollen im Folgenden darauf untersucht werden, ob sie sich als Leitbilder für ein deutsches Mediationsgesetz eignen.

1. Definition des Regelungsgegenstandes

Unerlässlich für eine gesetzliche Regelung ist die genaue Festlegung des Regelungsgegenstandes. Einem Mediationsgesetz ist mithin eine Definition von Mediation voranzustellen.

Eine solche erfolgt in Art. 2 des Richtlinienvorschlags⁷. Danach bezeichnet Mediation „alle Verfahren unabhängig von ihrer Bezeichnung, in denen zwei oder mehrere Streitparteien von einer dritten Partei unterstützt werden, damit sie eine Vereinbarung über die Streitschlichtung erzielen.“ Diese Definition ist aus mehreren Gründen missglückt.

Zunächst ist die Wahl der Termini widersprüchlich. Es soll „Mediation“ geregelt sein, den Parteien soll es aber um „Streitschlichtung“ gehen.⁸ Mediation ist aber nicht deckungsgleich mit Schlichtung. Während Schlichtung notwendigerweise einen Lösungsvorschlag des Schlichters mitumfasst, kann Mediation auch darauf verzichten.⁹ Dass sich der Richtlinienentwurf eigentlich dieser „weiten“ Definition von Mediation anschließt, zeigt die offene Formulierung „unterstützt werden“. Unterstützung schließt alle Formen der Vermittlung ein. Die Richtlinie sollte daher das Wort „Streitschlichtung“ vermeiden.

⁵ Im Folgenden ModG genannt.

⁶ Vgl. Binder, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, 2. Aufl. 2005, 10-007.

⁷ Im Folgenden RI-V genannt.

⁸ Der Begriff „Streitschlichtung“ wird auch in anderen Artikeln verwandt. Er ist in Verbindung mit „Mediation“ wohl als Synonym für außergerichtliche Streitbeilegung zu verstehen.

⁹ 2. Kap. II 3 a, Die Mediation als Regelungswerk der Parteien.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

Missglückt ist auch die Beschreibung des Mediators.¹⁰ Anstatt den Mediator als dritte Person oder schlicht als Dritten zu bezeichnen, wird er als „dritte Partei“ charakterisiert. Diese Wortwahl suggeriert, dass er neben den Streitparteien ebenfalls Mediationspartei ist, mit ihnen also auf gleicher Stufe steht und den gleichen Einfluss auf das Verfahren hat wie sie.

Der Finalsatz „damit sie eine Vereinbarung über die Streitschlichtung erzielen“ ist zweideutig. Unter „Vereinbarung über die Streitschlichtung“ kann einerseits die Mediationsvereinbarung verstanden werden, andererseits, und das ist hier wohl gemeint, der Mediationsvergleich. Der Mediator soll ja in erster Linie *während* des Verfahrens tätig werden und nicht davor.

Das UNCITRAL Model Law vermeidet es, den Begriff „Mediation“ zum Ausgangspunkt für seine Regelungen zu machen und benutzt den neutraleren Begriff „Conciliation“. Conciliation bedeutet „bringing people (who are disagreeing) into agreement“.¹¹ Auf welche Weise der Konsens unter den Parteien herbeigeführt werden soll, wird offengelassen. Der vermittelnde Dritte mag eine eher aktive oder eher passive Rolle einnehmen. Conciliation ist mithin ein Sammelbegriff, der Mediation und Schlichtung gleichermaßen erfasst. Es wird klargestellt, dass der Dritte nicht entscheidungsbefugt ist, und dass eine Einigung nicht zwingend das Ergebnis eines Verfahrens i.S.d. Modellgesetzes sein muss (Art.1 III). Es geht um den Versuch einer gütlichen Einigung der Parteien. Das Verfahren, in dem der Dritte unterstützend mitwirkt, ist also ergebnisoffen.

Die Definition von Conciliation des Modellgesetzes ist klarer und präziser als die vergleichbare von Mediation des Richtlinienvorschlags. Es ergeben sich aus ersterer eindeutig die Merkmale der Herrschaft der Parteien, der rein unterstützenden Rolle des Dritten und der Ergebnisoffenheit des Verfahrens.

2. Zwang in die Mediation

Art. 3 I RI-V bestimmt, dass ein Zivilgericht gegebenenfalls die Parteien „auffordern“ kann, eine Mediation durchzuführen. Diese Möglichkeit des Gerichts besteht in Deutschland bereits gem. § 278 V 2 ZPO. Die Gerichtskompetenz, eine außergerichtliche Streitbeilegung vorzuschlagen, hat ihren Platz richtigerweise in der ZPO und nicht in einem separaten Mediationsgesetz. Es fällt allerdings auf, dass § 278 V 2 ZPO von „Streitschlichtung“ spricht. § 278 ZPO dient aber allgemein der „gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits“, vgl. § 278 I ZPO. Es sollte

¹⁰ Dieser Ansicht ist auch die Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag, Stellungnahme Nr. 31/2005, S. 5.

¹¹ Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English, 4. Aufl. 1989.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

daher besser von „außergerichtlicher Streitbeilegung“, die auch sämtliche Formen der Mediation erfasst, gesprochen werden.

Der Begriff „auffordern“ lässt mehr Spielraum für Interpretation als „vorschlagen“. Wie der RI-V in Art. 3 I ausführt, soll das Gericht von den Parteien verlangen können, eine Informationsveranstaltung über die Anwendung der Mediation zu besuchen. Das Gericht hätte dadurch die Möglichkeit, die Parteien in die Mediation zu drängen. „Auffordern“ kann unverbindliches Vorschlagen sein, aber auch bindendes Gebot, sich in eine Mediation zu begeben.¹²

Zwang in der Mediation ist problematisch. Zwang in die Mediation, in welcher Form auch immer, ist schädlich. Das zeigen jüngste Erfahrungen mit § 15 a EGZPO. Die Erfolgsquote bei den absolvierten staatlich verordneten Schlichtungen liegt deutlich unter den Erfolgsergebnissen der freiwillig durchgeführten Schlichtungen und Mediationen.¹³ Wenn die Medianten von einem außenstehenden Dritten zur Mediation verpflichtet werden, erzeugt das Argwohn und das Gefühl, staatlichen Rechtsschutz „verweigert“ zu bekommen. Es bewirkt, dass die Parteien die Mediation ablehnen,¹⁴ bevor sie sich überhaupt mit ihr auseinandergesetzt haben, und eine solche Haltung ist in einem Verfahren, das ganz auf die Mitarbeit und Kooperation der Parteien angewiesen ist, fatal.

3. Qualitätskontrolle

Nach Art. 4 RI-V soll die Entwicklung von freiwilligen Verhaltenskodices für Mediatoren und die Mediatorenausbildung gefördert werden. Eine solche Förderung ist sicherlich sinnvoll, um Mediation attraktiver zu machen und das Vertrauen der Parteien in die Mediation zu stärken. In einem Mediationsgesetz haben eine Pflicht zur Mediatorenausbildung und erst recht eine Obligation zur Einhaltung gewisser Verhaltensstandards (vgl. Art. 4 I RI-V) jedoch keinen Platz.

Die Qualifikation zum Mediator kann nicht (nur) durch Ausbildung erlangt werden. In der Mediation kommt es hauptsächlich auf „soft skills“ an, die nicht immer erworben werden können. Dazu zählen Sensibilität für bestehende Spannungen zwischen den Parteien, die Fähigkeit, sich in die Lage eines jeden Medianten zu versetzen und Zugang zu ihm zu bekommen, analytische Fähigkeiten beim Herausarbeiten der Interessen der Parteien sowie Kreativität bei der Ermittlung etwaiger Lösungen.¹⁵ Entscheidend ist die Persönlichkeit des Mediators

¹² Vgl. Pitkowitz, SchiedsVZ 2005, 81, 84.

¹³ Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Stellungnahme zu § 15a EGZPO, Stellungnahme-Nr. 32/2005, S. 3.

¹⁴ so auch die Bedenken der Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Stellungnahme zu § 15a EGZPO, Stellungnahme-Nr. 32/2005, S. 3.

¹⁵ Vgl. Berger, Private Dispute Resolution in International Business, Vol. 2, Rn. 6-50, 6-51.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

und der Umstand, dass die Parteien dem Mediator vertrauen. Beides kann gesetzlich nicht angeordnet werden. Ein Verhaltenskodex kann nur den Hinweis geben, welche Eigenschaften ein Mediator nach dem gesellschaftlichen Konsens haben müsste; was für die Parteien im Einzelfall wichtig ist, müssen sie aber selbst entscheiden. Es gibt auch keine fachlichen Kenntnisse, die für eine Mediation unabdingbar sind. Die Lösung des Konfliktes verbleibt bis zum Ende der Mediation in den Händen der Parteien, falsche Beratung kann also nicht zu untragbarer Fremdbestimmung führen.

Im Übrigen können sich die Parteien bei der Wahl ihres Mediators an dessen Erfolgsquote orientieren. Vorausgesetzt, dass sich Konflikte in dem Bereich, in dem er tätig ist, für Mediation eignen, kann von der Zahl der Einigungen, zu deren Erzielung er beigetragen hat, auf seine Qualifikation geschlossen werden. Ob ein „erfolgreicher“ Mediator eine Ausbildung zum Mediator absolviert hat, spielt keine Rolle. Die Qualität der Mediation kann der Markt besser sichern als der Gesetzgeber.¹⁶

4. Vollstreckbarkeit von Mediationsvergleichen

Art. 5 RI-V möchte die Vollstreckbarkeit von Mediationsvergleichen fördern. Im Gegensatz zu den Schiedssprüchen, die ipso iure Urteilskraft haben, sollen staatliche Institutionen Mediationsvergleiche aber zunächst für vollstreckbar erklären, sie durch „Bestätigung“ einem Urteil gleichsetzen. Art. 5 RI-V bringt im Vergleich zum deutschen Rechts nichts Neues.¹⁷ Die Vollstreckbarkeitsbestätigung einer außergerichtlichen Vereinbarung ist in Deutschland bereits nach geltendem Recht im Rahmen eines Anwaltsvergleichs, einer notariellen Urkunde, eines Vergleichs vor einer Gütestelle oder im Rahmen eines Schiedsvergleiches möglich.

Auch Art. 14 ModG ordnet die Vollstreckbarkeit von Mediationsvergleichen an, überlässt es aber dem jeweiligen das Modellgesetz umsetzenden Staat, das Vollstreckungsregime zu wählen, das ihm geeignet erscheint.

5. Dilatorischer Klageverzicht und Aussetzung laufender Prozesse

In Art. 13 ModG findet sich die Bestimmung, dass ein ausdrücklich von den Parteien vereinbarter dilatorischer Klageverzicht vom (Schieds-)Gericht zu beachten ist, es sei denn, es handelt sich um die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes. Damit ist ein Schritt in die richtige Richtung getan. Abschirmung der Mediation gegenüber Gerichtsverfahren bedeutet nämlich neben einem Informationsverwertungsverbot auch den Verzicht auf Klageerhebung, bis die

¹⁶ so auch Eidenmüller, SchiedsVZ 2005, 124, 126.

¹⁷ Vgl. Pitkowitz, SchiedsVZ 2005, 81, 85.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

Mediation durchgeführt ist. Dieser Klageverzicht sollte aber nicht ausdrücklich vereinbart werden müssen, sondern bereits durch dispositives Gesetzesrecht vorgesehen sein. Es wäre auch gesetzlich klarzustellen, dass die Gerichte ihn auf Einrede zu beachten haben.

Ebenso sollte ein Mediationsgesetz die dispositive Regelung enthalten, dass das Gericht das Ruhen des Prozesses anordnet, wenn zum Zeitpunkt des Abschlusses der Mediationsvereinbarung wegen eines mediationsgegenständlichen Anspruchs bereits Klage erhoben ist.

6. Informationsverwertungsverbot für Zivilgerichtsverfahren

In Art. 6 RI-V finden sich Zeugnisverweigerungspflichten für Mediatoren und „Personen, die in die Abwicklung von Mediationsdiensten eingebunden sind“, also Personen, die für Mediationsinstitutionen arbeiten.

Begrüßenswert ist, dass die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens gegenüber nachfolgenden Zivilgerichtsverfahren abgesichert werden soll und nicht nur ein Zeugnisverweigerungsrecht sondern eine Zeugnisverweigerungspflicht bzw. ein Vernehmungsverbot vorgeschlagen wird.

Bedauerlich ist, dass sich (wie in Art. 10 I ModG) einer kasuistischen Methode bedient wurde, um zu zeigen, auf welche Tatsachen sich die Zeugnisverweigerungspflicht bezieht. Eine Aufzählung birgt stets die Gefahr, Lücken zu erzeugen. Es wäre eleganter gewesen, jene Tatsachen in einer abstrakteren Formulierung zusammenzufassen. So ist für eine Absicherung der Vertraulichkeit der Mediation im Gerichtsverfahren erforderlich, dass eine Person all die Tatsachen geheim hält, die ohne die Mediation nicht entstanden wären (das umfasst Beginn und Verlauf der Mediation selbst), und die Tatsachen, die ihr nur durch die Mediation zugänglich wurden (dabei geht es um Geheimnisse einer Partei, die über Schriftsätze oder mündlichen Vortrag, über Augenschein, Urkunden, Zeugen, Sachverständige oder sonstige dritte Personen Eingang in die Mediation fanden).

Die Ausnahmen des Art. 6 III RI-V sind gerechtfertigt. Sie orientieren sich an Art. 10 III ModG und sehen die Möglichkeit der Preisgabe vertraulicher Informationen dann vor, wenn Durchführung oder Vollstreckung eines Mediationsvergleichs (Die Wortwahl „Vereinbarung über die Streitschlichtung“ ist missglückt, vgl. oben zu Art. 2 RI-V) diese notwendig machen; des weiteren dann, wenn das öffentliche Interesse eine Offenlegung verlangt. Dass Informationen nicht mehr geheim sind, wenn Mediator und Parteien dem zustimmen, ist selbstverständlich.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

Das Interesse der Parteien an Vertraulichkeit verlangt aber nicht nur nach Zeugnisverweigerungspflichten für Mediatoren und Mediationsinstitutionen, sondern auch nach weiteren Beweismittelbeschränkungen und Beschränkungen, was die Sachvorträge der Parteien im Gerichtsverfahren betrifft.¹⁸ Es muss verhindert werden, dass präkludierte Tatsachen, über welchen Weg auch immer, in ein Gerichtsverfahren gelangen und dort verwertet werden.

Der Adressatenkreis des Informationsverwertungsverbots von Artikel 10 UNCITRAL Gesetz ist dementsprechend weiter: Art. 10 I ModG richtet sich auch an die Parteien des Mediationsverfahrens selbst, sowie an dritte Personen (z.B. Zeugen oder Sachverständige), die an einem Mediationsverfahren teilnehmen.

Darüber hinaus erstreckt sich das UNCITRAL Informationsverwertungsverbot auch auf andere Verfahren als ordentliche Gerichtsverfahren, insbesondere auch auf Schiedsverfahren (Art. 10 I ModG).

Der Richtlinienentwurf bietet mithin nur unvollständigen Schutz.

Es muss in einer Gesetzesnorm über das Verbot von Informationsverwertung immer geregelt werden, welche Tatsachen vertraulich sind und deshalb nicht vorgebracht und nicht verwertet werden dürfen, an wen dieses Verbot zu richten ist (ausreichend aber auch nötig als Adressaten sind das Gericht und die Parteien – ohne sie werden bezüglich präkludierter Tatsachen keine Zeugen benannt, sonstige Beweise erhoben oder Aussagen gemacht), und vor welchem Spruchkörper das Verbot gilt (Zivilgericht und Schiedsgericht).

7. Vertraulichkeit

Das ModG widmet Art. 9 der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens im allgemeinen. Es ist in der Tat ratsam, die Tatsachen, die für ein Gerichtsverfahren präkludiert sind, ergänzt um den Mediationsvergleich, auch in sonstigen Situationen außerhalb der Mediation vor ihrem Bekanntwerden zu schützen. Das Gerichtsverfahren ist nur ein Bereich von vielen, gegenüber denen die Mediation im Interesse offener Verhandlung abgeschirmt werden muss. Die Pflicht zur generellen vertraulichen Behandlung sensibler Informationen ist für eine funktionsfähige Mediation unabdingbar und sollte daher in ein Mediationsgesetz aufgenommen werden.

8. Aussetzung der Verjährungsfristen und sonstiger Fristen

Art. 7 RI-V hat die Aussetzung von Verjährungsfristen zur Überschrift und zum Inhalt. Es geht aber nicht nur um die Hemmung des Ablaufs von materiellrechtlichen Verjährungsfris-

¹⁸ 2. Kap. II 4 c, Informationsverwertungsverbote in Gerichtsverfahren.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

ten, sondern von materiell- und prozessrechtlichen Fristen allgemein. Den Parteien soll durch die Mediation kein Nachteil bei der (gerichtlichen) Wahrnehmung ihrer Rechte entstehen.

Verjährungs- und sonstige Fristen in Bezug auf den Anspruch, der Gegenstand der Mediation ist, sollen gem. Art. 7 RI-V nach Eintritt des Streitfalls zu dem Zeitpunkt ausgesetzt werden, zu dem (a) die Parteien die Anwendung der Mediation vereinbaren, (b) ein Gericht die Anwendung der Mediation anordnet, oder (c) die Pflicht zur Anwendung der Mediation nach dem innerstaatlichen Recht eines Mitgliedstaats entsteht. Die Fälle (b) und (c) erübrigen sich für ein Mediationsgesetz, das nicht auf von außen kommenden Zwang in die Mediation setzt.¹⁹ Fall (a) setzt offenbar voraus, dass die Parteien die Mediationsvereinbarung erst nach Aufkommen des Konflikts abschließen. Unberücksichtigt bleibt mithin die Variante, dass die Parteien sich bereits vor Entstehung des Konfliktes auf Mediation einigen. Außerdem bleibt unklar, wann von einem „Eintritt des Streitfalls“ auszugehen ist.

Die Fristen sollen ab dem Zeitpunkt weiterlaufen, zu dem die Mediation ohne Vergleich endet. Maßgeblich soll das Datum sein, zu dem eine oder beide Parteien oder der Mediator erklärt bzw. erklären, dass die Mediation beendet ist, oder sie sie bzw. er die Mediation tatsächlich aufgegeben hat bzw. haben. Dass die Aussetzung der Fristen mit dem Scheitern der Verhandlungen enden soll, ist einsichtig. Dass sich das Scheitern der Verhandlungen danach bestimmt, wann eine Partei, die Parteien gemeinsam oder der Mediator die Mediation ohne Vergleich für beendet erklärt hat bzw. haben, ist eine gelungene Regelung. Das Ende der Mediation mit der tatsächlichen Aufgabe dieser gleichzusetzen, erwiese sich jedoch als gesetzgeberischer Fehlgriff. Die Formulierung „tatsächlich aufgegeben hat“ sollte in ein Mediationsgesetz nicht übernommen werden, denn sie ist Einfallstor für Missbrauch. Dasselbe Problem schafft die Formulierung „die Fortsetzung der Mediation verweigert“ in § 203 S. 1 BGB. Ein Mediant könnte den anderen Medianten und den Mediator durch die Einnahme einer passiven Verhandlungsweise im Unklaren darüber lassen, ob er die Mediation bereits aufgegeben hat oder noch verhandeln will, ob die Fristen also schon wieder weiterlaufen oder nicht. Es wäre ihm zudem möglich, durch eine Pflichtverletzung, nämlich die Verletzung der Mitwirkungspflicht, einseitig eine ihm günstige Rechtsfolge herbeizuführen.²⁰

Begrüßenswert an Art. 7 RI-V ist, dass der Versuch unternommen wird, den Zeitraum der Hemmung der Verjährung und sonstiger Fristen während einer Mediation präzise zu bestimmen. Wenn das auch nur unzureichend gelingt, so stellt Art. 7 RI-V doch einen Fortschritt gegenüber dem allzu ungenauen § 203 BGB dar. § 203 BGB verlangt nach Konkretisierung. Es

¹⁹ Vgl. 3. Kap. I 2, Zwang in die Mediation.

²⁰ Vgl. 2. Kap. III 8 d cc, Anforderungen an die Kündigungserklärung.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

muss für den Gesetzesanwender erkennbar sein, was „Schweben“²¹ von Verhandlungen bedeutet.

Es empfiehlt sich für den Mediationsfall folgende Fristenregelung :

Der Ablauf materiellrechtlicher und prozessualer Fristen in Bezug auf einen Anspruch wird unter zwei Voraussetzungen gehemmt: Erstens muss es zu einem Konflikt der Parteien über den Anspruch kommen. Unter Konflikt ist zu verstehen, dass zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheit über Bestehen, Umfang und/oder Durchsetzbarkeit des Anspruchs existiert. Zweitens muss eine Mediationsvereinbarung zur Beilegung dieses Konfliktes geschlossen oder, wenn eine Mediationsvereinbarung bereits besteht, von einer Partei gegenüber der anderen ein Antrag auf Durchführung der Mediationsvereinbarung gestellt werden.

Die Hemmung des Fristenablaufs endet, wenn eine Partei, die Parteien gemeinsam oder der Mediator die Mediation ohne Einigung ausdrücklich für beendet erklärt bzw. erklären.

9. Das Mediationsverfahren

Der EU-Richtlinienvorschlag enthält sich der Regelung des Mediationsverfahrens selbst. Das tut das UNCITRAL Modellgesetz nicht. Es wurde dafür kritisiert. Den Vätern des Modellgesetzes wurde vorgeworfen, sie hätten den Unterschied zwischen einer Verfahrensordnung und einem Modellgesetz verkannt.²²

Eine Verfahrensordnung ist auf Ausgestaltung des Mediationsverfahrens bedacht. Sie wird der Mediation von den Parteien zugrunde gelegt und soll ihnen die Erarbeitung von geeigneten Verfahrensregeln erleichtern. Es gilt das Prinzip: Viele und schlechte Regeln schaden nicht. Erscheinen die Regeln den Parteien zu umfangreich und von minderer Qualität, brauchen sie sie nicht zu beachten. Sie vereinbaren einfach andere oder unterstellen das Verfahren ganz dem Ermessen des Mediators. Jedenfalls müssen sie die Regeln nicht einmal abbedingen.

Ein Modellgesetz bezieht seine Legitimation nicht von den Konfliktparteien, sondern vom Gesetzgeber. Dadurch, dass es, auch ohne von den Parteien gebilligt zu sein, Geltung beansprucht, begrenzt es deren Privatautonomie. Es sollte sich daher auf notwendige Bestimmun-

²¹ Der Begriff „Schweben“ ist problematisch, vgl. Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, 163, 165.

²² Vgl. Binder, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, 2. Aufl. 2005, 10-007.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

gen beschränken. Es gilt das Prinzip: So viel Gesetz wie nötig, so wenig wie möglich.²³ Ein Mediationsgesetz dient dazu, die Mediation zu fördern und zu schützen und sie in ein bestehendes Rechtssystem einzugliedern. Es darf nicht zu Bevormundung der Parteien und Beschränkung ihrer Freiheit führen, wenn es dafür keinen zwingenden Grund gibt. Für das Mediationsverfahren sind gesetzliche Regelungen, die Einfluss auf den Ablauf der Mediation nehmen und Verfahrensgarantien aufstellen, entbehrlich²⁴ und daher abzulehnen.²⁵

Das UNCITRAL Modellgesetz regelt in Art. 4 den Beginn des Mediationsverfahrens und Einzelheiten im Zusammenhang mit dem Zustandekommen der Mediationsvereinbarung, in Art. 11 dann die Beendigung des Verfahrens. Solche Regelungen sollten aber durch die Parteien im Einzelfall getroffen werden, zumal sie hier ohnehin bereits auf dispositives allgemeines Vertragsrecht zurückgreifen können.

Dass die Parteien versuchen sollen, sich auf die Person des Mediators zu einigen und sich dabei der Hilfe Dritter bedienen können (Art. 5 II, III ModG), versteht sich von selbst.

Ob der Mediator berechtigt ist, Einigungsvorschläge zu machen, sollten die Parteien genauso wie die Frage, ob Caucus-Sitzungen durchgeführt werden, von Fall zu Fall (nach Beratung mit dem Mediator) bewusst entscheiden. Art. 6 IV und Art. 7 ModG sehen Lösungsvorschläge durch den Dritten und Caucus-Sitzungen jedoch grundsätzlich vor.

In Art. 5 IV und V werden Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators zu Verfahrensprinzipien erhoben. Sie sind für ein die Parteien zufriedenstellendes Mediationsergebnis aber nicht erforderlich.²⁶

Um faire Behandlung der Parteien muss der Mediator sich gar zwingend bemühen: Art. 6 III ist über den Verweis in Art. 3 als *ius cogens* ausgestaltet. Was faire Behandlung genau ist, und ab wann von „Bemühung“ um Fairness gesprochen werden kann, bleibt zwar im Dunkeln.²⁷ Auf die Konstituierung von Verfahrensgarantien mochten die Väter des Modellgesetzes aber offenbar nicht ganz verzichten.²⁸

²³ Vgl. Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Stellungnahme zum Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Februar 2003), S. 5.

²⁴ Die Parteien bedürfen in der Mediation nicht des Schutzes, der im Gerichtsverfahren angebracht ist, 2. Kap. II 4 a bb, Zulässigkeit des Klageverzichts.

²⁵ In der Begründung zum RI-V heißt es unter 1.1.1., dass bewusst auf Vorschriften über das Mediationsverfahren verzichtet wurde, da Rechtsvorschriften „nicht die beste Lösung darstellen würden“.

²⁶ Vgl. 2. Kap. II 4 a bb, Zulässigkeit des Klageverzichts.

²⁷ Auch Eidenmüller, SchiedsVZ 2005, 124, 126, hält „fair treatment“ für zu verschwommen.

²⁸ Eidenmüller, SchiedsVZ 2005, 124, 126, spricht sich für Verfahrensgarantien aus.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

Es bleibt festzuhalten, dass das UNCITRAL Modellgesetz an vielen Stellen über das wünschenswerte Höchstmaß an Regulierung hinausgeht. Es ist darum zu Recht kritisiert worden.

II. Regelungsbedarf und Regelungsgrenzen

Mediation hat in Deutschland noch nicht denselben Stellenwert wie in den USA, wo sie schon seit vielen Jahren sehr populär ist. Die Beliebtheit der Mediation in den USA hat aber nicht zuletzt die dortige staatliche Gerichtsbarkeit verursacht. Die Mediation bietet die willkommene Möglichkeit, die spezifisch amerikanischen Mängel der Gerichtsverfahren zu umgehen und dennoch zu einer Streitbeilegung zu gelangen. Zu jenen Mängeln zählen die Unwägbarkeiten, die mit Geschworenengerichten auch in Zivilsachen verbunden sind, die Möglichkeit der Gerichte, hohe Geldstrafen zu verhängen, sowie die fehlende Kostenerstattungspflicht der unterlegenen Partei.²⁹ Durch die „pretrial discovery“, eine Art Beweisverfahren vor der eigentlichen Verhandlung, wird das Zivilprozessverfahren zudem extrem zeitaufwendig und teuer, so dass sich die fehlende Kostenerstattungspflicht doppelt auswirkt.³⁰ Solche Probleme wirft der deutsche Zivilgerichtsprozess nicht auf.

In England ist das Zivilprozessrecht gegen Ende des vergangenen Jahrhunderts einer grundlegenden Reform unterzogen worden. Deren Kernstück sind die 1999 in Kraft getretenen Civil Procedure Rules (CPR).³¹ Die CPR verpflichten die Gerichte im Hinblick auf das „overriding objective“, nämlich „to deal with cases justly“ (CPR Rule 1.1.(1)), zu einer aktiven Prozessleitung („active case-management“).³² Dazu gehört, die Parteien in geeigneten Fällen zu dem Gebrauch von konsensualen Streitbeilegungsmethoden zu ermutigen und ihnen die Möglichkeit zu geben, sich dieser Methoden zu bedienen (CPR Rule 1.4 (2) (e)). Der Förderung solcher konsensualer Verfahren dient andererseits das Instrument der Kostenverteilung. Nach CPR Rule 44.5 (3) (a) (ii) soll das Gericht bei der in sein Ermessen gestellten Kostenentscheidung auch berücksichtigen, welche Anstrengungen die Parteien unternommen bzw. versäumt haben, um ihren Streit gütlich beizulegen.

Die Reform des Zivilprozessrechts hat in England eine Streitverlagerung von Gerichten und Schiedsgerichten hin zu Mediation und anderen Verfahren konsensualer Streitbeilegung bewirkt.³³ Das Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) berichtet von einem Anstieg durch Mediation erledigter Fälle um 141 % unmittelbar nach Inkrafttreten der CPR.³⁴

²⁹ Haft, in Festschrift Schütze, 255, 262.

³⁰ Gottwald, WM 1998, 1257, 1260.

³¹ Blobel/Späth, ZEuP 2005, 784, 787.

³² Die Ausgestaltung und das Vorantreiben des Prozessverlaufs war in England bisher hauptsächlich Sache der Prozessvertreter der Parteien, vgl. Dreytmüller, ZVglRWiss 101 (2002), 471 ff.

³³ Blobel/Späth, ZEuP 2005, 784, 789.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

Trotz der scheinbaren Erfolge, die konsensuale Streitbeilegungsverfahren in England feiern, ist doch sehr zweifelhaft, ob der „englische Weg“ auch in Deutschland eingeschlagen werden sollte. Das Druckmittel der Kostenverteilung durch die Gerichte wird in der Regel den Ausschlag dafür gegeben haben, sich in eine Mediation zu begeben. Man verhandelte, um den Gerichten seine Bemühung um gütliche Streitbeilegung zu dokumentieren. Das neue Zivilprozessrecht hat sicherlich die Aufmerksamkeit auf Verfahren konsensualer Streitbeilegung gelenkt, durch den aufgebauten Druck aber nicht unbedingt die Überzeugungskraft dieser Verfahren erhöht.

1. Regelung des Mediationsverfahrens

Ein deutsches Mediationsgesetz, das sich der Regelung des Mediationsverfahrens annähme, wäre geeignet, die Mediation mehr ins Bewusstsein der Menschen zu rufen und ihnen mehr Rechtssicherheit bei der Einlassung auf ein Mediationsverfahren zu geben. Mediation würde dann nicht mehr als eine unbestimmbare, unberechenbare Größe im Schatten der antagonistischen Streitbeilegungsverfahren wahrgenommen, sondern als klar definiertes Konfliktbewältigungswerkzeug.

Auf der anderen Seite ist davor zu warnen, Gesetze dort zu schaffen, wo sie nicht wirklich erforderlich sind. Die gesetzliche Normierung einer gesellschaftlich relevanten Materie birgt stets die Versuchung in sich, einen Bereich des zwischenmenschlichen Lebens erschöpfend erfassen und kontrollieren zu wollen. Es besteht aber die Gefahr, dadurch die Dynamik eines Bereichs, der noch in der Entwicklung begriffen ist, lahmzulegen. So hat Mediation die unterschiedlichsten Erscheinungstypen und Techniken hervorgebracht³⁵ und es kommen immer mehr dazu.³⁶ Um diese Entwicklung, die auf die unterschiedlichen Konfliktformen und Parteibedürfnisse, die es gibt, einzelfallgetreu zu reagieren versucht, nicht zu hemmen, müsste ein Mediationsgesetz, das die Binnenstruktur der Mediation regelt, sehr abstrakt gehalten sein.

³⁴ Greger, JZ 2002, 1020, 1022, berichtet von einem Rückgang der vor englischen Gerichten anhängigen Verfahren um rund 25 % zwischen 1998 und 2001. Grund für die verstärkte Hinwendung zur Mediation ist auch, dass diese nun gerichtlich angeordnet werden kann, wenn eine oder beide Parteien zunächst nicht willens sind, einen Einigungsversuch zu unternehmen, Shirayama et al v. Danovo (2003) England and Wales High Court (EWHC) 3006 (Chancery Division (Ch.)).

³⁵ So wird unterschieden zwischen Mediation im Familienrecht, im Erbrecht, im Arbeitsrecht, im (privaten) Baurecht, im Wirtschaftsrecht etc.; für einen Überblick s. Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 6. Kapitel (§§ 34 ff.).

³⁶ Vgl. Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Stellungnahme zum Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Februar 2003), S. 4.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

Eine abstrakte und dadurch sachgerechte rechtliche Erfassung der das Mediationsverfahren beherrschenden Mediationsvereinbarung liegt mit den §§ 705 ff. BGB, dem allgemeinen Schuldrecht, insbesondere den AGB-Vorschriften, sowie den Regeln des allgemeinen Teils des BGB jedoch bereits vor. Allerdings empfiehlt sich die Normierung eines an § 1031 ZPO angelehnten speziellen Schriftformerfordernisses für Mediationsvereinbarungen, damit eine Mediation nicht unreflektiert eingegangen wird, um dann alsbald wieder gekündigt zu werden.³⁷ Was die Verfahrensausgestaltung im einzelnen betrifft, ist den Mediationsparteien mit den Musterverfahrensordnungen der Mediationsinstitutionen eine gute und ausreichende Orientierung an die Hand gegeben. Die Parteien haben die Möglichkeit, ihr Mediationsverfahren so zu gestalten wie sie möchten, bleiben als Laien in diesem Bereich aber auch nicht ohne professionellen Rat. Das gilt insbesondere für die Aufteilung des Mediationsverfahrens in bestimmte Phasen mit entsprechenden Mitwirkungspflichten der Parteien. Die Gewähr von Verfahrensgarantien ist im Mediationsverfahren anders als im Schiedsverfahren nicht erforderlich,³⁸ so dass auch aus diesem Grund eine spezialgesetzliche Regelung des Mediationsverfahrens entbehrlich ist. Sie würde die Kreativität der Konfliktparteien bei der Ausarbeitung geeigneter Konfliktlösungstechniken nur lähmen.

2. Regelung des Außenverhältnisses der Mediation

Was das „Außenverhältnis“ der Mediation betrifft, so sollte der Gesetzgeber dagegen aktiv werden. Zum einen gilt es, das Verjährungsrecht zu konkretisieren, um dadurch bestehende begriffliche Ungenauigkeiten zu beseitigen. Es ist also das Verhältnis der Mediation zum materiellen Recht, das die während der Mediation in Rede stehenden Ansprüche beherrscht, zu klären. Es ist aber auch sinnvoll, in einem Mediationsgesetz die Hemmung des Ablaufs prozessualer Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Ansprüchen vorzusehen, sowie in ein solches Gesetz dispositive Normierungen eines auf Einrede zu beachtenden Klageverzichts und einer Informationspräklusion aufzunehmen, also das Verhältnis der Mediation zum (Schieds-)gerichtsverfahren zu regeln. Solche Regelungen würden gewährleisten, dass die Mediation weder durch Parallelprozesse, noch durch sich potentiell anschließende Prozesse gestört wird. Die Abschirmung der Mediation gegenüber der Öffentlichkeit könnte durch eine allgemeine Vertraulichkeitsbestimmung erreicht werden.

Erst eine gesetzgeberische Maßnahme, die die Mediation in das sie umgebende Rechtssystem eingliedert und gegenüber störenden Einflüssen von außen abschirmt, schafft den Nährboden

³⁷ 2. Kap. III 3 a, Schriftform.

³⁸ 2. Kap. II 4 a bb, Zulässigkeit des Klageverzichts.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

für wirklich offene, unbefangene und damit erfolgversprechende Verhandlung – und das, ohne dabei die Entwicklung neuer Verfahrenstechniken zu behindern.

Zwar kann an die Stelle eines solchen Mediationsgesetzes auch eine inhaltsgleiche Parteivereinbarung treten. Ohne Gesetz hängt der Erfolg der Mediation aber entscheidend davon ab, dass die Medianten auch tatsächlich eine solche Vereinbarung treffen und dass sie sie richtig treffen. Mit dieser Regelungsbürde sind Medianten zur Zeit belastet. Und es besteht die Gefahr, dass die Medianten die Notwendigkeit einer vertraglichen Regelung übersehen oder verkennen. So können und sollten die Medianten gem. § 202 BGB die Verjährung regeln. Das Problem der Unschärfe des § 203 BGB³⁹ wird von ihnen i.d.R. aber gar nicht erkannt. Dass es die Möglichkeit gibt, Informationsverwertungsverbote für Gerichtsverfahren festzulegen, ist vielen Medianten nicht geläufig. Schwierig ist es auch, ein Informationsverwertungsverbot so zu formulieren, dass es weder zu kurz noch zu weit greift.⁴⁰ Ein gutes Mediationsgesetz würde den Parteien hier helfen.

Gesetzliche Regelungen sind auch in Punkten empfehlenswert, die nach dieser Arbeit regelmäßig bereits Gegenstand stillschweigender parteilicher Vereinbarung sind. In dieser Arbeit wird vertreten, dass die Medianten sich mit der Vereinbarung einer Mediation nach deren Sinn und Zweck konkludent zu Vertraulichkeit⁴¹ und Klageverzicht⁴² verpflichten. Gerichte könnten die Frage, in wieweit konkludent vereinbarte Pflichten bestehen, im Einzelfall aber anders beurteilen. Auch die Frage, was vertraulich zu behandeln ist und wie auf die Geltendmachung des Klageverzichts mit einer anhängigen Klage zu verfahren ist,⁴³ kann von den Gerichten unterschiedlich beantwortet werden. Der Gesetzgeber sollte hier die Rechtslage klären, eine sinnvolle Richtung vorgeben.

Effektiver Schutz der Mediation vor störenden Einflüssen kann somit am besten und einfachsten durch den Gesetzgeber realisiert werden. Ein Mediationsgesetz diene der Rechtssicherheit, der Rechtsklarheit und nähme den Parteien eine unnötige Regelungsbürde ab. Gleichzeitig sollte es aber auch keinen unnötigen Zwang ausüben. Seine Bestimmungen sollten dispositiver Natur sein, so dass sich die Parteien seines Schutzes auch nach Belieben – aber bewusst – begeben können.

³⁹ 2. Kap. II 5, Standortbestimmung anhand des Verjährungsrechts; 3. Kap. I 8, Aussetzung der Verjährungsfristen und sonstiger Fristen.

⁴⁰ 2. Kap. II 4 c bb, Umfang der geheimzuhaltenden Informationen.

⁴¹ 2. Kap. III 2 c, Pflicht zur Vertraulichkeit.

⁴² 2. Kap. II 4 a aa, Sinn des Klageverzichts.

⁴³ 2. Kap. II 4 a cc, Beachtung des Klageverzichts durch das Gericht.

III. Formulierungsvorschläge für ein deutsches Mediationsgesetz

Im Folgenden sollen Formulierungsvorschläge für ein deutsches Mediationsgesetz gemacht werden.

1. Definition

Ein deutsches Mediationsgesetz sollte zunächst eine Definition der Mediation enthalten.

Mediation zeichnet sich aus durch die Merkmale: Herrschaft der Parteien, unterstützende Rolle eines Dritten, Ergebnisoffenheit des Verfahrens. Die Definition könnte demnach lauten:

→ „Mediation ist ein Verfahren, mit dem die Parteien eines Konflikts, unterstützt durch einen Dritten, versuchen, zur vertraglichen Beilegung des Konflikts zu gelangen.“

2. Dilatorischer Klageverzicht und Aussetzung laufender Prozesse

Es ist nicht sinnvoll, ordentliche Zivilgerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren und Mediation bzgl. desselben Streitgegenstandes parallel und isoliert voneinander durchzuführen. Es prallen dann nämlich zwei gegensätzliche Streitbeilegungskonzepte aufeinander; auf der einen Seite die Auseinandersetzung ums Recht, auf der anderen Seite der Versuch des Ausgleichs der Interessen.

Für ein Mediationsgesetz empfiehlt sich daher die dispositive Regelung eines auf Einrede zu beachtenden vorübergehenden Klageverzichts und eines Aussetzens laufender Gerichtsverfahren.

Die Regelung könnte sich an § 1032 I ZPO orientieren und folgenden Inhalt haben:

→ „Wird vor Gericht Klage in einer Angelegenheit erhoben, die Gegenstand einer Mediationsvereinbarung ist, so hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen, sofern der Beklagte dies vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache rügt, es sei denn, das Gericht stellt fest, dass die Mediationsvereinbarung nichtig oder unwirksam⁴⁴ ist.

Ist zum Zeitpunkt des Abschlusses der Mediationsvereinbarung wegen eines mediationsgegenständlichen Anspruchs bereits Klage erhoben, so ordnet das Gericht das Ruhen des Prozesses an.“

3. Informationsverwertungsverbot für Gerichtsverfahren

⁴⁴ Unwirksamkeit schließt Undurchführbarkeit ein, denn Undurchführbarkeit der Mediationsvereinbarung führt zu deren Erlöschen gem. § 726 2. Alt. BGB.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

Ein Mediationsgesetz sollte verhindern, dass eine Partei die andere Partei während der Mediation aushorcht, um die auf diese Weise erlangten Informationen zur Vorbereitung eines Zivilgerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens zu missbrauchen.

Außerdem sollte es dem Interesse der Parteien an diskreter Behandlung des Verfahrensverlaufs gerecht werden. Die entsprechende Regelung könnte lauten:

→ „Einer Mediationspartei nur durch das Mediationsverfahren zugängliche Tatsachen darf diese weder über Parteivortrag noch Beweisantritt in ein ordentliches Zivilgerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren einbringen;

ebenso darf eine Mediationspartei Tatsachen, die den Ablauf des Mediationsverfahrens als solches betreffen, nicht einbringen;

dennoch eingebrachte Tatsachen sind vom Gericht auf Einrede unbeachtet zu lassen. Das Gericht darf die Preisgabe der Tatsachen auch nicht anordnen.

Von diesem Informationsverwertungsverbot ausgenommen sind jene Tatsachen, mit denen ein Mediant dem anderen dessen gesetzlichen oder vertraglichen Auskunftsanspruch erfüllt.

Ausgenommen sind ferner jene Tatsachen, deren Offenlegung im öffentlichen Interesse steht.

Ausgenommen sind schließlich jene Tatsachen, deren Offenlegung für die Durchsetzung der Mediationsvereinbarung oder für die Durchführung oder Vollstreckung eines Mediationsvergleichs erforderlich ist.“

4. Vertraulichkeit

Ein Mediationsgesetz sollte die Normierung einer allgemeinen Pflicht zur Vertraulichkeit beinhalten. Diese Pflicht diene der generellen Abschirmung der Mediation gegenüber Dritten im Interesse offener Verhandlung. Sie könnte so aussehen:

→ „Einer Person nur durch ein Mediationsverfahren zugängliche Tatsachen hat diese vertraulich zu behandeln. Ebenso sind Tatsachen, die den Ablauf des Mediationsverfahrens als solches und den Mediationsvergleich betreffen, vertraulich zu behandeln. Es darf niemand über diese Tatsachen in Kenntnis gesetzt werden, es sei denn, es liegt eine der Ausnahmen vom Informationsverwertungsverbot für Gerichtsverfahren (siehe vorstehende Ziffer) vor.“

5. Aussetzung materiellrechtlicher und prozessrechtlicher Fristen

In einem Mediationsgesetz sollte die Aussetzung materiellrechtlicher und prozessrechtlicher Fristen in Bezug auf den mediationsgegenständlichen Anspruch vorgesehen sein. Denn den Parteien soll durch die Mediation kein Nachteil bei der Durchsetzung ihrer Rechte dadurch entstehen, dass während der Mediation ein Anspruch verjährt oder eine Klagefrist verstreicht.

3. Kapitel: Brauchen wir ein deutsches Mediationsgesetz?

Die Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen ist zwar bereits in § 203 BGB normiert, sie ist dort allerdings sehr unbestimmt formuliert.

Für ein Mediationsgesetz bietet sich daher folgende Regelung an:

→ „Streiten Gläubiger und Schuldner über Bestehen oder Durchsetzbarkeit eines Anspruchs, und schließen sie eine Mediationsvereinbarung zur Beilegung dieses Streits, oder stellt, wenn eine solche Mediationsvereinbarung bereits besteht, der eine gegenüber dem anderen einen Antrag auf Durchführung der Mediationsvereinbarung, so werden dadurch materiellrechtliche und prozessuale Fristen in Bezug auf den Anspruch ausgesetzt.

Die Fristen laufen weiter, wenn eine Partei, die Parteien gemeinsam oder der Mediator die Mediation ohne Einigung ausdrücklich für beendet erklärt bzw. erklären.“

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Schiedsvereinbarung ist ein prozessrechtlicher Vertrag.
2. Die Auflösung der Schiedsvereinbarung bestimmt sich nach zivilrechtlichen Normen, insbesondere nach den Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die auf die Schiedsvereinbarung analoge Anwendung finden.
3. Schiedsvereinbarungen können Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 305 ff. BGB sein. Dies rechtfertigt die Übertragung zentraler Schutzgedanken des AGB-Rechts auf die Schiedsvereinbarung.
4. Die Mediationsvereinbarung hat regelmäßig eine gemischte Rechtsnatur. Die Bestimmungen innerhalb der Mediationsvereinbarung, die das Verfahren der Mediation als solches betreffen sind materiellrechtlicher Natur. Die Bestimmungen, die das Verhältnis der Mediation zum Gerichtsverfahren regeln, sind prozessrechtlicher Natur.
5. Die Mediationsvereinbarung beinhaltet den Gründungsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts.
6. Ein deutsches Mediationsgesetz sollte das Mediationsverfahren unberührt lassen und sich auf die Regelung des Außenverhältnisses der Mediation konzentrieren. So besteht Bedarf für eine gesetzliche Anordnung der Aussetzung materiellrechtlicher und prozessrechtlicher Fristen in Bezug auf den mediationsgegenständlichen Anspruch. Darüber hinaus sollte ein dilatorischer Klageverzicht, ein Informationsverwertungsverbot für nachfolgende Gerichtsverfahren sowie die Pflicht zur generellen vertraulichen Behandlung sensibler Informationen gesetzlich vorgesehen sein.

Schlussbetrachtung

Mit Schiedsvereinbarung und Mediationsvereinbarung wurden zwei strukturell gegensätzliche Konfliktbewältigungsansätze untersucht. Rechtserkenntnis steht Interessenausgleich gegenüber. Im einen Fall wird die Grundlage dafür gelegt, einen Rechtsstreit auszufechten, im anderen soll das Ausfechten des Rechtsstreits verhindert werden.

Schiedsverfahren und Mediationsverfahren haben jedoch gemeinsam, dass sie sich beide an demselben Ziel, nämlich an der Beilegung eines Konflikts, an der Schaffung von Rechtsfrieden ausrichten und Wege zur Erreichung dieses Ziels aufzeigen.

Die Vereinbarung von Verfahren privater Streitbeilegung erfordert stets die Zustimmung beider Parteien, und diese Zustimmung wirkt regelmäßig noch über den Schlusspunkt des jeweiligen Verfahrens hinaus: Die Parteien sind eher bereit, das Ergebnis eines Verfahrens privater Streitbeilegung zu akzeptieren und gegebenenfalls umzusetzen als die Entscheidung eines staatlichen Gerichts.¹ Sie haben das Verfahren selbst gewählt, dürfen und müssen die Verantwortung für das Ergebnis daher selbst übernehmen.

Die Rolle des „weisen Mannes“, der einen Konflikt „unter Brüdern“ nach eigenem Ermessen einer Lösung zuführt,² hat der Mediator vom Schiedsrichter übernommen. Raum für das Mediationsverfahren neben dem Schiedsverfahren entstand erst in dem Moment, als sich der Gesetzgeber des Schiedsverfahrens annahm und die Entscheidung nach Rechtsnormen zum Grundmodell der Schiedsgerichtsbarkeit machte.

Schiedsrichter und Schiedsparteien finden sich heute in einem Netz gesetzlicher Vorschriften gleichermaßen gefangen wie geborgen. Auf der einen Seite schränken die Vorschriften ein, sie sind auf der anderen Seite aber auch geboten, um den Anspruch der Schiedsgerichtsbarkeit, ein Äquivalent zur staatlichen Rechtsprechung zu sein,³ zu untermauern.

Diesen Anspruch erhebt das Mediationsverfahren nicht. Es begreift sich als aliud gegenüber der Rechtsprechung, weshalb es unter geringerem Rechtfertigungsdruck steht. Das Geheimnis seiner Anziehung liegt in seiner Freiheit; Freiheit, die ihm vom Gesetzgeber gewährt wird und Freiheit, die es den am Verfahren Beteiligten lässt. Es sollte frei bleiben.

¹ Vgl. Berger, Private Dispute Resolution in International Business, Vol. 2, Rn. 15-1, 29-5; der Zwangsvollstreckung von Schiedsspruch und Mediationsvergleich bedarf es darum seltener als der Vollstreckung des Urteils eines staatlichen Zivilgerichts.

² So noch das Konzept, das der Apostel Paulus von der Schiedsgerichtsbarkeit entwarf, Paulus, Erster Korintherbrief, 6, 1- 11.

³ So die Begründung zum Entwurf des Reformgesetzes zur Schiedsgerichtsbarkeit, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/5274, zu § 1030 ZPO.

Literaturverzeichnis

- Aden, Menno
Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit,
Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC –
DIS – Wiener Regeln – UNCITRAL – LCIA
2. Aufl. 2003
München
- Ballerstedt, Kurt
Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der
Personengesellschaften
in JuS 1963
S. 253 ff.
- Bamberger, Heinz Georg/
Roth, Herbert
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
-Band 2, §§ 611-1296
München 2003
- Baumbach, Adolf/
Lauterbach, Wolfgang
Kommentar zur Zivilprozessordnung
64. Aufl. 2006
München
- Baumgärtel, Gottfried
Neue Tendenzen der Prozesshandlungslehre
in ZJP 87 (1974)
S. 121 ff.
- Baumgärtel, Gottfried
Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zi-
vilprozeß
2. Aufl. 1972
Köln
- Beater, Axel
Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB
in AcP 197 (1997)
S. 505 ff.
- Berger, Klaus Peter
Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit:
Verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im
Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis
Berlin 1992
- Berger, Klaus Peter
Das neue Schiedsverfahrensrecht in der Praxis – Analyse
und aktuelle Entwicklungen

- in RIW 2001
S. 7 ff.
- Berger, Klaus Peter Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht
in DZWir 1998
S. 45 ff.
- Berger, Klaus Peter Integration mediativer Elemente in das Schiedsverfahren
in RIW 2001
S. 881 ff.
- Berger, Klaus Peter Neuverhandlungs-, Revisions- und Sprechklauseln im in-
ternationalen Wirtschaftsvertragsrecht
in RIW 2000
S. 1 ff.
- Berger, Klaus Peter Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der interna-
tionalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit
in RIW 1994
S. 12 ff.
- Berger, Klaus Peter Private Dispute Resolution in International Business
- Negotiation, Mediation, Arbitration
Volume I: Case Study and Interactive DVD-ROM
Volume II: Handbook
Den Haag 2006
- Binder, Peter International Commercial Arbitration and Conciliation in
UNCITRAL Model Law Jurisdictions
2. Aufl. 2005
London
- Blaurock, Uwe Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen
Baden-Baden 1981
- Blobel, Felix/
Späth, Patrick Streitbeilegungsvereinbarungen im Schatten des europäi-
schen Gemeinschaftsrechts
in ZEuP 2005
S. 784 ff.
- Blomeyer, Karl Betrachtungen zur Schiedsgerichtsbarkeit

- in Festgabe für Leo Rosenberg
München 1949
S. 51 ff.
- Böhmer, Martin Die Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
in JZ 1994
S. 982 ff.
- Böttcher, Bianca/
Laskawy, Dirk Helge Mediationsklauseln in Verträgen und Geschäftsbedingungen: Anregungen und Formulierungsvorschläge
in DB 2004
S. 1247 ff.
- Breetzke, Ernst Der Schiedsrichter ohne Vorschuß
in DB 1971
S. 2050 ff.
- Breidenbach, Stephan Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt
Köln 1995
- Brown, Henry J./
Marriott, Arthur L. ADR Principles and Practice
2. Aufl. 1999
London
- Bydlinski, Franz Grundzüge der juristischen Methodenlehre
Wien 2005
- Dendorfer, Renate Wirtschaftsmediation: Die Abkehr von der Streithansel-Kultur
in DB 2003
S. 135 ff.
- Dreymüller, Dagmar Die Reform des englischen Zivilprozessrechts – Eine Abkehr von fundamentalen Grundsätzen des englischen Zivilprozessrechts unter Annäherung an den deutschen Zivilprozeß?
in ZVglRWiss 101 (2002)
S. 471 ff.

- Düringer, Adalbert/
Hachenburg, Max
Kommentar zum Handelsgesetzbuch
-Band 2/2, §§ 105-177, 335-342
3. Aufl. 1932
Mannheim/Berlin/Leipzig
- Duve, Christian
Was ist eigentlich Alternative Dispute Resolution (ADR)?
– Überblick über die außergerichtliche Streitbeilegung in
den USA
in BB 1998 (Beilage 9)
S. 15 ff.
- Duve, Christian
Mediation und Vergleich im Prozeß
Köln 1999
- Duve, Christian/
Ponschab, Reiner
Wann empfehlen sich Mediation, Schlichtung oder
Schiedsverfahren in wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten
in ZKM 1999
S. 263 ff.
- Duve, Christian/
Keller, Moritz
Privatisierung der Justiz – bleibt die Rechtsfortbildung auf
der Strecke? – Ein Beitrag zur Auflösung des Spannungs-
verhältnisses von Privatautonomie und Rechtsfortbildung
in der Schiedsgerichtsbarkeit
in SchiedsVZ 2005
S. 169 ff.
- Eckardt, Bernd/
Dendorfer, Renate
Der Mediator zwischen Vertraulichkeit und Zeugnispflicht
– Schutz durch Prozessvertrag
in MDR 2001
S. 786 ff.
- Eidenmüller, Horst
Verhandlungsmanagement durch Mediation
in Henssler, Martin/Koch, Ludwig (Hrsg.), Mediation in
der Anwaltspraxis
2. Aufl. 2004
Bonn
S. 49 ff.
- Eidenmüller, Horst
Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation
Köln 2001
- Eidenmüller, Horst
Die Auswirkung der Einleitung eines ADR-Verfahrens auf

- die Verjährung
in SchiedsVZ 2003
S. 163 ff.
- Eidenmüller, Horst Establishing a Legal Framework for Mediation in Europe:
The Proposal for an EC Mediation Directive
in SchiedsVZ 2005
S. 124 ff.
- Eisenhardt, Ulrich Gesellschaftsrecht
11. Aufl. 2003
München
- Erman, Walter/
Westermann, Harm Peter (Hrsg.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- Band 1, § 1-811
11. Aufl. 2004
Münster/Köln
- Fikentscher, Wolfgang Zu Begriff und Funktion des „gemeinsamen Zwecks“ im
Gesellschafts- und Kartellrecht
in Festschrift für Harry Westermann
Karlsruhe 1974
S. 87 ff.
- Flöther, Lucas F. Schiedsverfahren und Schiedsabrede unter den Bedingun-
gen der Insolvenz
DZWIR 2001
S. 89 ff.
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
- Band 1/1, Die Personengesellschaft
Berlin 1977
- Friedrich, Fabian M. Die Konsensvereinbarung im Zivilrecht
Baden-Baden 2003
- Gildeggen, Rainer Internationale Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarun-
gen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor deutschen
Gerichten
Frankfurt a. M./Bern/New York 1991

- Glossner, Ottoarndt/
Bredow, Jens/
Bühler, Michael
- Das Schiedsgericht in der Praxis
3. Aufl. 1990
Heidelberg
- Goldberg, Stephen B./
Sander, Frank E. A./
Rogers, Nancy H./
Cole, Sarah Rudolph
- Dispute Resolution
4. Aufl. 2003
New York
- Gottwald, Peter
- Mediation und gerichtlicher Vergleich: Unterschiede und
Gemeinsamkeiten
in Festschrift für Akira Ishikawa
Berlin/New York 2001
S. 137 ff.
- Gottwald, Walther
- Modelle der freiwilligen Streitschlichtung unter besonderer
Berücksichtigung der Mediation
in WM 1998
S. 1257 ff.
- Greger, Reinhard
- Justizreform – und nun?
in JZ 2002
S. 1020 ff.
- Groth, Klaus-Martin/
Bubnoff, Daniela von
- Gibt es „gerichts feste“ Vertraulichkeit bei der Mediation?
in NJW 2001
S. 338 ff.
- Grunewald, Barbara
- Die in § 23 AGBG vorgesehene Bereichsausnahme für Ge-
sellschaftsrecht
in Festschrift für Johannes Semler
Berlin/New York 1993
S. 179 ff.
- Grunewald, Barbara
- Gesellschaftsrecht
6. Aufl. 2005
Tübingen
- Grunewald, Barbara
- Rechtswidrigkeit und Verschulden bei der Haftung von
Aktionären und Personengeschaftern
in Festschrift für Bruno Kropff
Düsseldorf 1997

S. 89 ff.

Haas, Ulrich/
Hauptmann, Markus

Schiedsvereinbarungen in „Ungleichgewichtslagen“ – am
Beispiel des Sports
in SchiedsVZ 2004
S. 175 ff.

Habscheid, Walther J.

Der Rechtsmittelverzicht im Zivilprozeß
in NJW 1965
S. 2369 ff.

Habscheid, Walther J.

Die Kündigung des Schiedsvertrages aus wichtigem Grund
in KTS 1980
S. 285 ff.

Habscheid, Walther J.

Die Rechtsnatur des Schiedsvertrags und ihre Auswirkun-
gen
in KTS 1955
S. 33 ff.

Habscheid, Walther J.

Der Rechtsmittelverzicht im Zivilprozeß
in NJW 1965
S. 2369 ff.

Hacke, Andreas

Der ADR-Vertrag
Heidelberg 2001

Haft, Fritjof

Verhandlung und Mediation
2. Aufl. 2000
München

Haft, Fritjof

Mediation – Palaver oder neue Streitkultur?
in Festschrift für Rolf A. Schütze
München 1999
S. 255 ff.

Hager, Günter

Konflikt und Konsens
Tübingen 2001

Hanefeld, Inka/

Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

- Wittinghofer, Mathias A. in SchiedsVZ 2005
S. 217 ff.
- Hartmann, Christoph Sicherung der Vertraulichkeit
in Haft, Fritjof/Gräfin von Schlieffen, Katharina (Hrsg.),
Handbuch Mediation
München 2002
S. 712 ff.
- Hausmann, Rainer Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands-
und Schiedsvereinbarungen?
in Festschrift für Werner Lorenz
Tübingen 1991
S. 359 ff.
- Heid, Peter Die Inhaltskontrolle des Vertrages der Publikumspersonen-
gesellschaft nach AGB-Grundsätzen
in DB 1985 (Beil. 4)
S. 1 ff.
- Heidbrink, Alfried/
Gräfin von der Groeben, Marie-
Christine Insolvenz und Schiedsverfahren
in ZIP 2006
S. 265 ff.
- Heidelberger Kommentar Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung
4. Aufl. 2006
Heidelberg
- Hellwig, Hans-Jürgen Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages
Bonn 1968
- Henckel, Wolfram Prozessrecht und materielles Recht
Göttingen 1970
- Henn, Günter Schiedsverfahrensrecht
3. Aufl. 2000
Heidelberg
- Heß, Burkhard/
Sharma, Daniel Rechtsgrundlagen der Mediation
in Haft, Fritjof/Gräfin von Schlieffen, Katharina (Hrsg.),
Handbuch Mediation

- München 2002
S. 675 ff.
- Hirsch, Günter Schiedsgerichte – ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte?
in SchiedsVZ 2003
S. 49 ff.
- Horvath, Günther J. Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation – Ein glückliches Paar?
in SchiedsVZ 2005
S. 292 ff.
- Hueck, Alfred Der Treuegedanke im modernen Privatrecht
München 1947
- Hueck, Götz/
Windbichler, Christine Gesellschaftsrecht
20. Aufl. 2003
- Hüffer, Uwe Organpflichten und Haftung in der Publikums-Personengesellschaft
in ZGR 1981
S. 348 ff.
- Hutner, Armin Die Mediationsvereinbarung – Regelungsgegenstände und vertragsrechtliche Qualifizierung
in SchiedsVZ 2003
S. 226 ff.
- Jauernig, Othmar Zivilprozessrecht
28. Aufl. 2003
München
- Jhering, Rudolf von Der Kampf ums Recht
Wien 1872
- Joussen, Jacob Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten
München 2005

- Kisch, Wilhelm
Einige Bemerkungen zum Wesen des Schiedsvertrages
in ZZP 51 (1926)
S. 321 ff.
- Kissel, Otto R./
Schick, Gerd
Methoden der Beilegung kollektiver Interessensstreitigkeiten
in RdA 1991
S. 321 ff.
- Koch, Ludwig
Vertragsgestaltungen in der Mediation
in Henssler, Martin/Koch, Ludwig (Hrsg.), Mediation in
der Anwaltspraxis
2. Aufl. 2004
Bonn
S. 323 ff.
- Kraft, Alfons/
Kreutz, Peter
Gesellschaftsrecht
11. Auf. 2000
Neuwied
- Kraft, Holger
Mediation im Bereich des Wirtschaftsrechts – Ablauf, Ge-
staltung und Anwendungsbereich der Wirtschaftsmediation
in VersR 2000
S. 935 ff.
- Kröll, Stefan
Die Entwicklung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit in
den Jahren 2003 und 2004
in NJW 2005
S. 194 ff.
- Kübler, Bruno M./
Prütting, Hanns
Kommentar zur Insolvenzordnung
- Band 2, §§ 129-147
Stand: März 2006
Köln
- Lachmann, Jens-Peter
Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis
2. Aufl. 2002
Köln
- Lachmann, Jens-Peter
Klappen für die Schiedsvereinbarung
in SchiedsVZ 2003
S. 28 ff.

- Lachmann, Jens-Peter/
Lachmann, Andreas Schiedsvereinbarungen im Praxistest
in BB 2000
S. 1633 ff.
- Lange, Klaus Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom
privatrechtlichen Vertrag
in NVwZ 1983
S. 313 ff.
- Lauer, Jürgen Erfahrungen mit der außergerichtlichen Streitbeilegung in
Ausführung des § 15 a EGZPO
in NJW 2004
S. 1280 ff.
- Lent, Friedrich Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien
im Zivilprozeß
in ZZP 67 (1954)
S. 344 ff.
- Lionnet, Klaus/
Lionnet, Annette Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsge-
richtsbarkeit
3. Aufl. 2005
Stuttgart
- Lörcher, Gino/
Lörcher, Torsten Organisation eines Ad-hoc-Schiedsverfahrens
in SchiedsVZ 2005
S. 179 ff.
- Lorenz, Werner Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch
in AcP 157 (1958/1959)
S. 265 ff.
- Lüke, Gerhard Buchbesprechung von:
Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit,
2. Aufl., München und Berlin 1960
in AcP 162 (1963)
S. 534 ff.
- Lutter, Marcus Theorie der Mitgliedschaft
- Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporati-
onsrechts
in AcP 180 (1980)

S. 84 ff.

Mähler, HansGeorg/
Mähler, Gisela

Missbrauch von in der Mediation erlangten Informationen
in ZKM 2001
S. 4 ff.

Maier, Hans J.

Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit
Herne 1979

Meyer, Hans/
Borgs-Maciejewski, Hermann

Verwaltungsverfahrensgesetz
2. Aufl. 1982
Frankfurt a. M.

Müller-Graff, Peter-Christian

Haftungsrecht und Gesellschaftsrecht: Der Maßstab der
„diligentia quam in suis“ für Geschäftsführer in Personen-
gesellschaften
in AcP 191 (1991)
S. 475 ff.

Münchener Handbuch des Gesell-- Band 1, BGB Gesellschaft, offene Handelsgesellschaft,
schaftsrechts Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV
2. Aufl. 2004
München

Münchener Kommentar

Kommentar zur Zivilprozessordnung
- Band 1, §§ 1-354
2. Aufl. 2000
München
- Band 2, §§ 355-802
2. Aufl. 2000
München
- Band 3, §§ 803-1066, EGZPO, GVG, EGGVG, IZPR
2. Aufl. 2001
München

Münchener Kommentar

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- Band 1, §§ 1-240, AGB-Gesetz
4. Aufl. 2001
München
- Band 2 a, §§ 241-432
4. Aufl. 2003
München
- Band 5, §§ 705-853

	<p>4. Aufl. 2004 München - Band 7, §§ 1297-1588, VAHRG, VAÜG, HausratsV 4. Aufl. 2000 München</p>
Münchener Kommentar	<p>Kommentar zur Insolvenzordnung - Band 1, §§ 1-102 München 2001 - Band 2, §§ 103-269 München 2002</p>
Musielak, Hans-Joachim	<p>Grundkurs BGB 9. Aufl. 2005 München</p>
Musielak, Hans-Joachim	<p>Grundkurs ZPO 7. Aufl. 2004 München</p>
Musielak, Hans-Joachim	<p>Kommentar zur Zivilprozessordnung 4. Aufl. 2005 München</p>
Nagel, Heinrich	<p>Anmerkungen zu einigen hanseatischen Schiedsklauseln in Festschrift für Karl Heinz Schwab München 1990 S. 367 ff.</p>
Nelle, Andreas/ Hacke, Andreas	<p>Die Mediationsvereinbarung in ZKM 2002 S. 257 ff.</p>
Neuenhahn, Hans-Uwe	<p>Mediation – ein effizientes Konfliktlösungsinstrument auch in Deutschland in NJW 2004 S. 663 ff.</p>
Neukirchner, Simon	<p>Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit eines privat- rechtlichen Anspruchs und seine Wirkung im Prozeß Erlangen 1941</p>

- Newmark, Christopher Agree to mediate ... or face the consequences – A review of the English court's approach to mediation
SchiedsVZ 2003
S. 23 ff.
- Nicklisch, Fritz Gutachter-, Schieds- und Schlichtungsstellen – rechtliche Einordnung und erforderliche Verfahrensgarantien in Festschrift für Arthur Bülow
Köln/Berlin/Bonn/München 1981
S. 159 ff.
- Nicklisch, Fritz Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit bei internationalen Bauverträgen
in RIW 1991
S. 89 ff.
- Oldenstam, Robin/
Pachelbel, Johann von Confidentiality and Arbitration – a few reflections and practical notes
in SchiedsVZ 2006
S. 31 ff.
- Palandt, Otto Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
65. Aufl. 2006
München
- Pfaff, Dieter Zum Problem der Veröffentlichung von Schiedssprüchen der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit in Festschrift für Friedrich A. Freiherr von der Heydte
Berlin 1977
S. 1127 ff.
- Pitkowitz, Nikolaus Die neuen Mediationsregeln der EU – Ist Österreich noch Wegbereiter?
in SchiedsVZ 2005
S. 81 ff.
- Prütting, Hanns Anmerkung zum BGH Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82 – OLG Oldenburg, LG Oldenburg
in ZJP 99 (1986)
S. 93 ff.
- Prütting, Hanns Haftung

- in Haft, Fritjof/Gräfin von Schlieffen, Katharina (Hrsg.),
Handbuch Mediation
München 2002
S. 824 ff.
- Prütting, Hanns
Richterliche Gestaltungsräume für alternative Streitbeile-
gung
in AnwBl. 2000
S. 273 ff.
- Prütting, Hanns/
Wegen, Gerhard/
Weinreich, Gerd
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Neuwied 2006
- Raeschke-Kessler, Hilmar/
Berger, Klaus Peter
Recht und Praxis des Schiedsverfahrens
3. Aufl. 1999
Köln
- Redfern, Alan/
Hunter, Martin
Law and Practice of International Commercial Arbitration
4. Aufl. 2004
London
- Risse, Jörg
Wirtschaftsmediation
in NJW 2000
S. 1614 ff.
- Risse, Jörg
Wirtschaftsmediation
München 2003
- Rosenberg, Leo/
Schwab, Karl Heinz/
Gottwald, Peter
Zivilprozessrecht
16. Aufl. 2004
München
- Rüssel, Ulrike
Schlichtungs-, Schieds- und andere Verfahren außerge-
richtlicher Streitbeilegung – Versuch einer begrifflichen
Klarstellung
in JuS 2003
S. 380 ff.
- Salzwedel, Jürgen
Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen
Vertrages

Berlin 1958

Schiedermair, Gerhard

Buchbesprechung von:
Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit,
2. Auflage, München und Berlin 1960
in ZZP 74 (1961)
S. 142 ff.

Schiedermair, Gerhard

Vereinbarungen im Zivilprozeß
Bonn 1935

Schlosser, Peter

Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß
Tübingen 1968

Schlosser, Peter

Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit
2. Aufl. 1989
Tübingen

Schmidt, Karsten

Gesellschaftsrecht
4. Aufl. 2002
Köln

Schmidt, Karsten

Das Vollstreckungs- und Insolvenzrecht der stillen Gesellschaft
in KTS 1977
S. 1 ff.

Schneider, Uwe H.

Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen
in ZGR 1978
S. 1 ff.

Schulze-Osterloh, Joachim

Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften,
Berlin 1973

Schütze, Rolf A.

Schiedsgericht und Schiedsverfahren
3. Aufl. 1999
München

Schütze, Rolf A./

Handbuch des Schiedsverfahrens

- Tscherning, Dieter/
Wais, Walter 2. Aufl. 1990
Berlin/New York
- Schwab, Karl Heinz/
Walter, Gerhard Schiedsgerichtsbarkeit
7. Aufl. 2005
München
- Sinzheimer, Hugo Grundzüge des Arbeitsrechts
2. Aufl. 1927
Jena
- Soergel, Hans Theodor (Begr.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
11. Aufl. 1985
Stuttgart
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- §§ 652-740
12. Aufl. 1991
Berlin
- §§ 705-740
13. Aufl. 2003
Berlin
- Stein, Friedrich/
Jonas, Martin Kommentar zur Zivilprozessordnung
- Band 3, §§ 128-252
22. Aufl. 2005
Tübingen
- Band 3, §§ 253-299a
21. Aufl. 1997
Tübingen
- Band 4/2, §§ 348-510 b
21. Aufl. 1999
Tübingen
- Band 5/1, §§ 511-591
21. Aufl. 1994
Tübingen
- Band 9, §§ 916-1068, EGZPO
22. Aufl. 2002
Tübingen
- Stoffels, Markus AGB-Recht
München 2003

- Thomas, Heinz/
Putzo, Hans
Kommentar zur Zivilprozessordnung
27. Aufl. 2005
München
- Thümmel, Roderich C.
Die Schiedsvereinbarung zwischen Formzwang und favor
validitatis – Anmerkungen zu § 1031 ZPO
in Festschrift für Rolf A. Schütze
München 1999
S. 935 ff.
- Timm, Wolfram
Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
und ihre Haftungsverfassung
in NJW 1995
S. 3209 ff.
- Tochtermann, Peter
Verhandlungsverträge
in ZZPInt 2006
S. 429 ff.
- Ulmer, Peter/
Brandner, Hans E./
Hensen, Horst-Diether
Kommentar zum AGB-Gesetz
9. Aufl. 2001
Köln
- Wagner, Gerhard
Prozeßverträge
Tübingen 1998
- Wagner, Gerhard
Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren
durch Vertrag
in NJW 2001
S. 1398 ff.
- Wagner, Volkmar
Mediationsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen
in BB 2001 (Beil. 2)
S. 30 ff.
- Walter, Gerhard
Dogmatik der unterschiedlichen Verfahren zur Streitbeile-
gung
in ZZP 103 (1990)
S. 141 ff.
- Watzlawick, Paul
Münchhausens Zopf oder Psychotherapie und „Wirklich-

- keit“
2. Aufl. 1994
München/Zürich
- Weigand, Frank-Bernd Alternative Streiterledigung,
in BB 1996
S. 2106 ff.
- Wernicke, Konrad Der Konkurs des Gesellschafters einer vermögenslosen
BGB-Gesellschaft
in WM 1981
S. 862 ff.
- Westermann, Harm Peter Möglichkeiten und Grenzen dogmatischer Erfassung des
Rechts der Personengesellschaften
in ZHR 144 (1980)
S. 232 ff.
- Westphalen, Friedrich Graf von Richterliche Inhaltskontrolle von Standardklauseln bei ei-
ner Publikums-KG und der Prospekthaftung
in DB 1983
S. 2745 ff.
- Wieczorek, Bernhard/
Schütze, Rolf A. Kommentar zur Zivilprozessordnung
3. Aufl. 1994
Berlin
- Wiedemann, Herbert Gesellschaftsrecht, Band 1
München 1980
- Wieland, Karl Handelsrecht, Band 1
München 1921
- Winter, Martin Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht
München 1988
- Wolf, Manfred/
Horn, Norbert/
Lindacher, Walter F. Kommentar zum AGB-Gesetz
4. Aufl. 1999
München

Zöllner, Richard

Kommentar zur Zivilprozessordnung
25. Aufl. 2005
Köln

Zöllner, Wolfgang

Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei
den privatrechtlichen Personenverbänden
München 1963

Lebenslauf von Philipp Heinrich Stürmer

Am 24.05.1979 wurde ich in Essen-Stadtwald geboren. Nach dem Abitur 1998 studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Passau, Cáceres (Spanien) und Bonn. An der Universität Passau absolvierte ich die fachspezifische Fremdsprachenausbildung in Englisch. Nach dem ersten juristischen Staatsexamen im Sommer 2004 begann ich zu promovieren. Während der Fertigung der Dissertation arbeitete ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter am von Prof. Dr. Berger, LL.M., geleiteten Institut für Bankrecht und Internationales Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln. Seit Oktober 2006 bin ich Rechtsreferendar am Landgericht Bonn.