

Innovatives Recht

**Festschrift
für Ivo Schwander**

Herausgegeben von
Franco Lorandi und Daniel Staehelin



Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über «<http://dnb.ddb.de>» abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2011

ISBN 978-3-03751-396-5

www.dike.ch

Mediation in Wirtschaftsstreitigkeiten

VITO ROBERTO / ANNINA WIRTH

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	1027
II. Wesen der Mediation	1028
A. Ganzheitliche Problemlösung	1028
B. Fehlende Entscheidungskompetenz einer Drittperson	1029
C. Vertraulichkeit	1029
D. Freiwilligkeit	1030
III. Vor- und Nachteile der Mediation in Wirtschaftsstreitigkeiten	1030
A. Besonderheiten	1030
B. Vorteile	1031
C. Nachteile und Risiken	1034
D. In welchen Fällen empfiehlt sich eine Mediation?	1038
IV. Schlussbemerkungen	1039

I. Einleitung

Noch vor wenigen Jahren dürfte eine Mehrheit der Juristen mit dem Begriff Mediation ein im US-amerikanischen Rechtssystem entwickeltes, im besten Fall unschädliches, grundsätzlich aber die Auseinandersetzung verlängerndes Konfliktbeilegungsverfahren assoziiert haben. Umso bemerkenswerter ist es, dass der Bundesgesetzgeber dieses aussergerichtliche Verfahren in Art. 213 ZPO als Alternative zum traditionellen Schlichtungs- bzw. Sühneverfahren in der ZPO verankert hat. Es ist auch möglich, die Mediation erst während des Hauptprozesses zu initiieren.¹ Sie kann, muss aber nicht, in einem solchen Fall die in der Praxis weit verbreiteten und nun in Art. 124 Abs. 3 ZPO ausdrücklich vorgesehenen Einigungsversuche des Gerichts ersetzen.

Mediationsverfahren sind als alternativer Streitbeilegungsmechanismus in verschiedenen Bereichen anerkannt, so etwa bei Konflikten in der Familie oder in Verwal-

¹ Vgl. Art. 214 ZPO.

tungsverfahren.² Anders liegen die Dinge in Wirtschaftsstreitigkeiten. Hier konnte die Mediation gegenüber den traditionellen Mechanismen der Schlichtung, der Schiedsgerichtsbarkeit und der gerichtlichen Entscheidung erst in den letzten Jahren Beachtung finden.

Einer der Promotoren dieser Entwicklung ist der Jubilar, der sich schon vor Jahren für diesen Konfliktlösungsmechanismus zu interessieren begann. Vor einem Jahrzehnt initiierte er an der Universität St. Gallen den ersten Mediationslehrgang, in dessen Folge mittlerweile schon über 400 Teilnehmende in das Wesen und die Praxis der Mediation eingeführt wurden. Bemerkenswert ist dabei, dass in den Lehrgängen schon von Anfang an ein Fokus auf die Mediation in der Wirtschaft gelegt wurde.

Im vorliegenden Beitrag sollen die Charakteristika der Wirtschaftsmediation analysiert und aufgezeigt werden, dass die Mediation eine sinnvolle Alternative zu den traditionellen Konfliktledigungen darstellen kann.

II. Wesen der Mediation

A. Ganzheitliche Problemlösung

In Vergleichsverhandlungen vor Schlichtungsbehörden oder Gerichten werden hauptsächlich die rechtlichen Grundlagen und Prozessrisiken erörtert, welche dem Schlichter oder Richter als Grundlage für einen Vergleichsvorschlag dienen. Auf andere Aspekte des Rechtsstreits wird zumeist nicht eingegangen.

Indem bei der Mediation nicht alleine die rechtliche Beurteilung den Rahmen für die Lösungsfindung abgibt, sondern möglichst alle Interessen der Parteien und Hintergründe des Rechtsstreits einbezogen werden, lassen sich Lösungen begünstigen, die für beide Parteien Vorteile beinhalten («win-win»). Eine solche zukunftsgerichtete Lösung wird in der Mediation durch Selbstverantwortlichkeit der Parteien erreicht.³ Klassische Vergleiche pflegen dagegen meist lediglich zu Lösungen zu führen, mit denen beide Parteien in etwa «gleich unzufrieden» sind.

² Vgl. Art. 297 Abs. 2 ZPO, Art. 33b VwVG; weiterführend BSK-ZPO/STECK, Art. 297 Rz. 13 f., 16 ff.; THOMAS PFISTERER, Einigung, Mediation und Schlichtung – Einführung in Art. 33b VwVG, in: AJP 2010, S. 1540 ff.

³ STEFAN KRACHT, Rolle und Aufgabe des Mediators – Prinzipien der Mediation, in: Fritjof Haft/Katharina von Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Aufl. München 2009, S. 267 ff., 285 f.; ebenso KLAUS PETER BERGER, Private Dispute Resolution in International Business, Bd. II, 2. Aufl. Alphen aan den Rijn/The Netherlands 2009, Rz. 6–25 ff.

Am Ende des Mediationsverfahrens sollten beide respektive alle Parteien als Gewinner dastehen können, was die Basis für die Fortführung der Geschäftsbeziehungen legt. Eine solche Lösung ist namentlich in jenen Fällen von Bedeutung, in denen ein Kontakt der Parteien auch nach Beendigung des Verfahrens unvermeidlich ist oder die Parteien auch während bzw. nach dem Verfahren an der Weiterführung ihrer Beziehungen interessiert sind.⁴

B. Fehlende Entscheidungskompetenz einer Drittperson

Von der behördlichen Schlichtung und von den gerichtlichen Einigungsversuchen unterscheidet sich das Mediationsverfahren dadurch, dass die Parteien zum Mediator in einem privatrechtlichen, somit «horizontalen» Verhältnis stehen und das Mediationsverfahren durch Aufteilung in verschiedene Phasen stärker strukturiert ist.⁵

Das Mediationsverfahren ist auch klar von der Schiedsgerichtsbarkeit abzugrenzen. Der Hauptunterschied liegt darin, dass dem Mediator keine inhaltliche Entscheidungsbefugnis zukommt. Grundgedanke der Mediation ist, dass die Parteien Experten ihres Konflikts sind. Denn niemand kennt ihren Konflikt besser als sie selbst.⁶ Der Mediator nimmt lediglich eine moderierende Rolle ein.⁷ Er ist allparteilich und unterstützt alle Parteien in der Artikulation ihrer Interessen, damit auf dieser Basis eine einvernehmliche Lösung gefunden werden kann.⁸

C. Vertraulichkeit

Da die Parteien selbst eine Lösung erarbeiten sollten, müssen sie gegenseitig ihre Interessen offenlegen und den Hintergrund der oft festgefahrenen Positionen erläutern. Diese auf dem Harvard-Konzept basierende Idee kann nur verwirklicht werden, wenn sich die Teilnehmer darauf verlassen können, dass die Gegenpartei(en) die

⁴ ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 20 Rz. 44; ebenso KONRAD FISCHER, Wann ist Wirtschaftsmediation der bessere Weg?, in: SZW 2005, S. 80.

⁵ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7221, 7335; zu den Phasen der Mediation siehe DIANA MÜRNER, Gerichtsnahe Zivilmediation, Diss., Zürich, 2005, S. 10 ff. m.w.H.; JÜRG GIAN SCHÜTZ, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Bern 2009, S. 115 ff.

⁶ WILFRIED KERNTKE, Mediation als Organisationsentwicklung, 2. Aufl. Bern 2009, S. 15; KRACHT (Fn. 3), S. 269 ff.; MÜRNER (Fn. 5), S. 8.

⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 4), § 20 Rz. 44.

⁸ KERNTKE (Fn. 6), S. 24; ebenso SCHÜTZ (Fn. 5), S. 91.

offengelegten Informationen ausserhalb des Mediationsverfahrens nicht zu ihrem eigenen Vorteil verwenden werden.⁹

Die Vertraulichkeit der Mediation ist auch in der neuen schweizerischen Zivilprozessverordnung verankert.¹⁰ Im Falle einer Nichteinigung dürfen die Parteien die in der Mediation erlangten Informationen in einem nachfolgenden Prozess nicht verwenden.¹¹ Dieses Verwertungsverbot umfasst aber nur diejenigen Inhalte, die der/den Gegenpartei(en) vor dem Mediationsverfahren nicht bekannt waren und welche von der offenbarenden Partei als vertraulich qualifiziert wurden.¹² Eine Partei kann somit die Vorkenntnisse ihrer Gegenpartei im Hinblick auf ein späteres Gerichtsverfahren nicht dadurch unverwertbar machen, dass sie den entsprechenden Gegenstand in der Mediation thematisiert.

D. Freiwilligkeit

Die Mediation ist ein freiwilliges Verfahren. Keine Partei soll zur Teilnahme gezwungen werden. Die Parteien sind auch frei, ein Mediationsverfahren jederzeit abzubrechen, weshalb eine «Zwangsmediation» einen Widerspruch in sich selbst darstellt.¹³ Ein grosses Machtungleichgewicht zwischen den Konfliktparteien kann zu faktischer Unfreiwilligkeit führen, weshalb die Mediation in solchen Konstellationen nicht in allen Fällen die vorteilhafteste Vorgehensweise ist.¹⁴

III. Vor- und Nachteile der Mediation in Wirtschaftsstreitigkeiten

A. Besonderheiten

Wirtschaftliche Konflikte scheinen auf den ersten Blick nicht typische Streitigkeiten zu sein, welche mit einer Mediation beigelegt werden können. Gerade für Unternehmer und Führungspersönlichkeiten stellt ein Mediationsverfahren aber eine interessante Konfliktlösungsvariante dar, da damit deren «unternehmerisches Inno-

⁹ KRACHT (Fn. 3), S. 289.

¹⁰ Art. 216 Abs. 1 ZPO.

¹¹ Art. 216 Abs. 2 ZPO.

¹² BSK-ZPO/RUGGLE, Art. 216 Rz. 11.

¹³ SCHÜTZ (Fn. 5), S. 89; vgl. aber auch MÜRNER (Fn. 5), S. 9, wonach es umstritten sei, ob die Aufnahme der Mediationsverhandlung immer aus eigenem Antrieb der Parteien erfolgen müsse.

¹⁴ KRACHT (Fn. 3), S. 284.

vationspotenzial, Kreativität und Phantasie» optimal zur Lösungsfindung eingesetzt werden können.¹⁵

Bei der Wirtschaftsmediation spielen Emotionen – etwa im Vergleich zur Familienmediation – eine untergeordnete Rolle.¹⁶ Zentral erscheinen hingegen die rechtliche Beurteilung des zugrunde liegenden Sachverhalts, die Erfolgsaussichten der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs, mögliche Schwierigkeiten bei der Durchsetzung und die aufzuwendenden Kosten.¹⁷ Da bei Konflikten zwischen Unternehmen regelmässig Anwälte die Positionen der Parteien vertreten, sollten diese in das Mediationsverfahren einbezogen werden. Dies bedingt freilich ein «Umdenken der Anwälte in Bezug auf die Prozesslogik».¹⁸ Anstelle der statischen Analyse des bestehenden Konflikts sollte eine zukunftsgerichtete Betrachtung treten. Wesentlich sind nicht bloss eingetretene Verluste oder sonstige Problembereiche, sondern auch künftige Erfolgschancen durch kreative Lösungen.

Neben einer etwaigen Teilnahme der Parteianwälte stellt sich die Frage, welche Personen als Vertreter der Unternehmungen am Mediationsverfahren teilnehmen sollen. Da Mediationen oftmals zu unvorhergesehenen Ergebnissen führen können, ist es wesentlich, dass die Vertreter über ausreichende Entscheidungskompetenz verfügen. Muss am Schluss des Verfahrens der ausgehandelte Vertrag einem nicht involvierten Entscheidungsträger vorgelegt werden, führt dies regelmässig zu Schwierigkeiten, da dieser lediglich das Ergebnis sieht und den Weg dahin nicht nachvollziehen kann.¹⁹

B. Vorteile

Eine Mediation kann gegenüber einem Gerichtsverfahren verschiedene Vorteile aufweisen, wobei zu beachten bleibt, dass nicht jeder hier genannte Vorteil in jedem spezifischen Fall zur Geltung kommt.

Bestehende Streitigkeiten zwischen Unternehmen werden regelmässig vertraulich behandelt, da Medienberichte über Konflikte zu Reputationsschäden führen kön-

¹⁵ JÖRG RISSE/CHRISTOF WAGNER, Mediation im Wirtschaftsrecht, in: Fritjof Haft/Katharina von Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Aufl. München 2009, S. 553 ff., S. 559.

¹⁶ RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 565.

¹⁷ RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 557; ebenso STEPHAN DEKKER, Wirtschaftsmediation – Kooperatives Konfliktmanagement als Erfolgskonzept, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott, Wirtschaftsrecht in Bewegung – Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, S. 564.

¹⁸ KERNTKE (Fn. 6), S. 100; vgl. zum Einbezug der Parteianwälte in das Mediationsverfahren auch DEKKER (Fn. 17), S. 568, 573 ff.

¹⁹ RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 569.

nen.²⁰ Eine gerichtliche Streitbeilegung führt aber zum Ende der Geheimhaltung. Im Vergleich zur Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens bietet die Mediation ebenso wie die Schiedsgerichtsbarkeit den Vorteil der Vertraulichkeit.²¹ Informationen über laufende Konflikte verbreiten sich rasch – das rechtskräftige Gerichtsurteil erfolgt erst Jahre später. Zu diesem Zeitpunkt hat sich die Öffentlichkeit des Konflikts regelmässig schon negativ auf die Reputation der Beteiligten ausgewirkt. Selbst für die Partei, die im Rechtsstreit obsiegt, besteht das Risiko einer nachhaltigen Rufschädigung.²² Die Mediation eignet sich deshalb, ebenso wie andere aussergerichtliche Konfliktbeilegungsverfahren, gerade für jene Unternehmen, deren Ruf ein besonders wertvolles Gut darstellt.²³ Allenfalls besteht auch ein Interesse daran, den im Mediationsverfahren erzielten Vergleich öffentlich zu machen – nun ohne Risiko für die Reputation, da das Ergebnis schon feststeht und eine Veröffentlichung nur mit Zustimmung der Parteien stattfindet. Die Bereitschaft der Parteien zu diesem Weg der Konfliktbeilegung kann positive Rückschlüsse auf andere Aspekte der Unternehmen bewirken.²⁴

Im wirtschaftlichen Kontext ist auch die Dauer eines Verfahrens zur Streitbeilegung ein zentrales Kriterium. Die Akteure haben meist ein Interesse daran, einen offenen Konflikt in absehbarer Frist beilegen zu können. Gerichtsverfahren erscheinen in diesem Zusammenhang unvorteilhaft. Jede Partei muss damit rechnen, dass ein Prozessgegner die Streitigkeit bis zur letzten Instanz weiterzieht.²⁵ Ein Mediationsverfahren kann dagegen bei erfolgreichem Verlauf in kurzer Zeit den Konflikt beenden.²⁶

Die Medianden einigen sich gemeinsam auf den Rhythmus der Sitzungen und deren Dauer und bestimmen damit selbst die Geschwindigkeit des Verfahrens. Zu beachten ist allerdings, dass eine Mediation auch scheitern kann und die aufgewendeten Mediationssitzungen dann zusätzlichen zeitlichen Aufwand zu einem nachfolgenden Verfahren darstellen.²⁷ Eine Partei kann dies im Extremfall sogar als strategischen Schachzug nutzen, um ein Verfahren zu verzögern.²⁸ Das Risiko des Scheiterns besteht demgegenüber bei der Schiedsgerichtsbarkeit nicht. Auch die Möglichkeit

²⁰ RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 566, meinen gar, jeder Konflikt führe «per se zu Negativschlagzeilen».

²¹ RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 567.

²² MONIKA ROTH, Wirtschaftsmediation und Reputation, in: NZZ vom 24.05.2003, Nr. 119, S. 29.

²³ FISCHER (Fn. 4), S. 81 m.Bsp.

²⁴ KURT RINDLISBACHER, Die Wirtschaftsmediation, eine echte Alternative zu kostenintensiven und langwierigen Gerichtsverfahren, in: TREX 1/2003, S. 6–11, S. 11.

²⁵ DEKKER (Fn. 17), S. 557 ff., S. 575.

²⁶ KERNTKE (Fn. 6), S. 17.

²⁷ Der Zeitverlust bei nicht zustande gekommener Einigung kann aber allenfalls durch Gewinn an Klarheit über die wesentlichen Konfliktthemen ausgeglichen werden, vgl. MÜRNER (Fn. 5), S. 70 f. m.w.H.

²⁸ DEKKER (Fn. 17), S. 576.

des Weiterzugs der Schiedsgerichtsentscheidung an eine höhere Instanz ist eingeschränkt.²⁹ Im Hinblick auf die oftmals ausserordentlich langwierigen Schiedsverfahren dürften diese unter dem zeitlichen Aspekt meist gegenüber der Mediation nicht vorteilhafter sein.³⁰

Ein weiteres zu beachtendes Element sind die Kosten. Insbesondere in Fällen mit hohem Streitwert – was in Wirtschaftsstreitigkeiten die Regel ist – dürfte die Mediation die kostengünstigere Variante im Vergleich sowohl zum Gerichts- als auch zum Schiedsgerichtsverfahren darstellen. Während die Gerichtskosten mit der Höhe des Streitwerts steigen, bemessen sich die Kosten der Mediation nach der aufgewendeten Zeit. Ab welcher Streitwerthöhe ein Mediationsverfahren die kostengünstigere Variante darstellt, lässt sich nicht abschliessend beurteilen. RISSE/WAGNER gehen von einer Grenze von € 50'000.– aus, während DUVE/EIDENMÜLLER/HACKE schon ab € 5'000.– die Mediation als das kostengünstigere Verfahren einstufen.³¹ Umfangreiche Beweiserhebungen können das Gerichtsverfahren zusätzlich kostenintensiver machen.³²

Daneben sind auch die Transaktionskosten zu beachten, so insbesondere die Kosten für Mitarbeiter, welche sich mit der Streiterledigung beschäftigen müssen. Da in der Regel von einer kürzeren Verfahrensdauer im Verhältnis zum Gerichtsprozess ausgegangen werden kann, sind auch die indirekten Kosten tiefer einzuschätzen.³³ Diese Einschätzung wird kaum abgeschwächt durch die Tatsache, dass im Gegensatz zum Gerichtsverfahren die Entscheidungsträger persönlich am Mediationsverfahren teilnehmen sollten. Solange ein Schieds- oder Gerichtsverfahren nicht abgeschlossen ist, beschäftigt es – sofern es sich nicht um eine geringfügige Summe handelt – in regelmässigen Abständen das Management des Unternehmens.

Wiederum ist aber die Möglichkeit eines Scheiterns der Mediation zu beachten. Die Kosten der Mediation würden in diesem Fall zusätzlich zu den nachfolgenden Verfahrenskosten anfallen. Dieses Risiko besteht nicht, wenn unmittelbar der Weg des Schieds- oder staatlichen Gerichtsverfahrens eingeschlagen wird.

Bei Konflikten in der Wirtschaftswelt spielt die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts regelmässig eine zentrale Rolle (vgl. oben III.A.). Da die Rechtslage häufig kom-

²⁹ Vgl. ausführlich SCHÜTZ (Fn. 5), S. 275 ff.

³⁰ GIRSBERGER, S. 644, weist darauf hin, dass die Verfahrensdauer des Schiedsverfahrens in gewissen Konstellationen jene des staatlichen Verfahrens sogar übersteigen kann, vgl. DANIEL GIRSBERGER, Gesellschaftsrecht im Kontext zu anderen Rechtsgebieten – Eine optimale Form der Streiterledigung für KMU?, in: FS Forstmoser, Zürich 2003.

³¹ RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 568 sowie S. 562; CHRISTIAN DUVE/HORST EIDENMÜLLER/ANDREAS HACKE, Mediation in der Wirtschaft, Köln 2003, S. 280, wobei diese die Kosten der in das Mediationsverfahren integrierten Parteianwälte nicht explizit mit einberechnen.

³² MÜRNER (Fn. 5), S. 75 f.

³³ RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 561 f.

plex und vielschichtig ist, ist eine abschliessende juristische Beurteilung durch die Parteien und deren Anwälte bezüglich Prozesschancen mit Unsicherheiten behaftet. Ein Mediationsverfahren kann hier die Chance bieten, eine für alle Parteien annehmbare Lösung zu erarbeiten. Die Parteien können damit das Risiko des vollständigen Unterliegens in einem Prozess umgehen.³⁴ Sie müssen die Kontrolle über das Ergebnis nicht aus der Hand geben.³⁵ Eng damit zusammen hängt die Tatsache, dass die Mediation die Chance bietet, alle involvierten Parteien in das Verfahren mit einzubeziehen. So kann eine umfassende Klärung des Konflikts erreicht werden.

C. Nachteile und Risiken

Schon die Einleitung einer Wirtschaftsmediation kann im Vergleich zu Mediationen im Sozialleben ungleich schwieriger sein. Besteht keine Mediationsklausel bzw. -abrede zwischen den Konfliktparteien, treten strategische Barrieren auf: Ein Unternehmen kann Bedenken haben, eine Mediation vorzuschlagen, da dies von der Gegenpartei als Signal der «Schwäche», als Zeichen für eine schlechte Prozessposition gewertet werden könnte.³⁶

Im Gegensatz zur Schlichtung oder der gerichtlichen Streitbeilegung ist es bei der Mediation sodann notwendig, dass die Vertreter der Parteien genügend weite Entscheidungsmacht haben, damit der Verhandlungsspielraum nicht eingeschränkt wird (vgl. oben III.A.).³⁷ Nimmt etwa nur der Leiter des Rechtsdienstes am Mediationsverfahren teil, dürfte es schwieriger sein, kreative Lösungen zu finden. Die Diskussion künftiger geschäftlicher Kooperationsmöglichkeiten und dergleichen mehr bedingt in der Regel den Einbezug von operativen Entscheidungsträgern. Gemäss dem Grundgedanken der Mediation sollten die Vertreter der Parteien möglichst weitumfassende Entscheidungsmacht besitzen, welche über den konkreten Streitgegenstand hinausreicht.³⁸

Wie vorstehend (vgl. oben III.B.) ausgeführt, ist die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens in Wirtschaftsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Schutz der Reputation positiv zu werten. Dies betrifft die Geheimhaltung von Informationen gegenüber der Öffentlichkeit.

³⁴ RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 564 f.

³⁵ FISCHER (Fn. 4), S. 79.

³⁶ DUVE/EIDENMÜLLER/HACKE (Fn. 31), S. 312.

³⁷ FISCHER (Fn. 4), S. 81.

³⁸ BERGER (Fn. 3), Rz. 6–34 ff. m.Bsp.

Problematisch kann dagegen die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen gegenüber der anderen Konfliktpartei sein.³⁹ Nach RISSE/WAGNER birgt bereits die Offenbarung der Parteiinteressen das Risiko, dass die Gegenpartei durch wirtschaftliche Dispositionen diese Kenntnisse ausnutzt.⁴⁰

Nun dürfte freilich die Darlegung der Interessen eher in Streitigkeiten im familiären oder nachbarschaftlichen Bereich problematisch sein, da dort der Gegenpartei oft verborgen bleibt, aus welchen Motiven jemand eine Position vertritt. Demgegenüber sind in Wirtschaftsstreitigkeiten die Interessen regelmässig ökonomischer Natur, was für die Gegenpartei klar erkennbar ist.

Dem Hauptziel der Gewinnmaximierung untergeordnete strategische und operationelle Überlegungen können demgegenüber vertraulicher Natur und deren Offenbarung für eine Unternehmung riskant sein. Die Problematik liegt hauptsächlich in der für ein Mediationsverfahren notwendigen Offenlegung aller Sachverhaltselemente. Im Vergleich zu anderen Bereichen wie Familien- oder Nachbarschaftsstreitigkeiten liegen hier die Tatsachen regelmässig nicht alle offen auf dem Tisch.⁴¹ Offenbart eine Partei vertrauliche Tatsachen, so geht sie damit immer auch ein Risiko ein, insbesondere wenn ihre offenzulegenden Sachverhaltselemente im Verhältnis zu jenen der anderen Partei(en) gewichtiger erscheinen.

Wohl bestehen Vertraulichkeitsgebot und Verwertungsverbot. Es stellen sich jedoch in verschiedener Hinsicht Probleme. Verwendet eine Partei in der Folge einer gescheiterten Mediation vertrauliche Informationen, muss der Richter die Eingabe mit den entsprechenden Informationen zurückweisen. Es obliegt aber der Partei, welche sich auf das Verwertungsverbot stützt, zu beweisen, dass eine Tatsache nicht verwertet werden darf.⁴² Dieser Nachweis dürfte für die beweisbelastete Partei regelmässig nicht einfach zu führen sein.

Sodann kann eine Partei auch mittelbare Nachteile aus der Offenbarung vertraulicher Tatsachen ziehen: Einerseits kann der Gegenpartei die Kenntnis des Sachverhalts helfen, konkrete Akteneditionsgesuche zu stellen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob es einer Partei verwehrt werden kann, ein Editions gesuch genau in Bezug auf diejenigen Akten zu stellen, die Thema der Mediationsgespräche waren und deren Inhalt von der Partei offengelegt wurde. Wird ihr dies verwehrt, so spricht dies gegen eine Teilnahme an einem Mediationsverfahren, da bei einem Scheitern des Verfahrens weniger Akten als ohne Mediationsverfahren zur Verfügung stehen. Würde die Aktenedition dagegen gewährt, kann die Mediation zur

³⁹ BERGER (Fn. 3), Rz. 12-1.

⁴⁰ RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 567.

⁴¹ BERGER (Fn. 3), Rz. 12-1, nennt als Beispiele für solche Geschäftsgeheimnisse u.a. Finanzkennzahlen oder Betriebsziele.

⁴² BSK-ZPO/RUGGLE, Art. 216 Rz. 13 f.

Verschlechterung der Prozessposition führen, da die Gegenpartei mit dem erlangten Wissen konkrete Editionsgesuche stellen kann.

Zudem stellt sich die Frage nach dem Anwendungsbereich des in Art. 216 ZPO vorgesehenen Verwertungsverbots. Wie einleitend dargestellt, kann eine Mediation auf Antrag aller Parteien anstelle des Schlichtungsverfahrens treten.⁴³ Im Entscheidungsverfahren kann das Gericht den Parteien jederzeit eine Mediation empfehlen und die Parteien können sie gemeinsam beantragen.⁴⁴ Da aufgrund der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts als einzige kantonale Instanz in Wirtschaftsstreitigkeiten regelmässig keine Schlichtung stattfindet⁴⁵, finden Wirtschaftsmediationen vor der Rechtshängigkeit des Verfahrens statt. Gemäss RUGGLE ist Art. 216 ZPO betreffend Vertraulichkeit und Verwertungsverbot nur auf jene Mediationsverfahren anwendbar, welche nach Art. 213 f. ZPO eingeleitet wurden.⁴⁶ Überzeugender ist es dagegen, Art. 216 ZPO auch auf Mediationsverfahren anzuwenden, welche vor Einleitung eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens durchgeführt werden.⁴⁷

Will man diese Probleme im Zusammenhang mit der – für eine erfolgsversprechende Mediation notwendigen – Offenlegung vermeiden, bietet sich als Ausweg die Durchführung von Einzelgesprächen an. Der Einsatz von solchen Einzelgesprächen ist jedoch umstritten.⁴⁸

Der Grundsatz, dass der Mediator keine Gespräche mit einzelnen Parteien führen sollte, mag in Streitigkeiten des Privat- und Soziallebens berechtigt sein, in der Wirtschaftsmediation ist er jedoch wenig sinnvoll. Oftmals ermöglicht erst der Einsatz von Einzelgesprächen eine erfolgreiche Mediation in einer wirtschaftlichen Auseinandersetzung.

Die Nachteile der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen und vertraulichen Akten bestehen nicht hinsichtlich des Mediators. Die Kenntnis dieser Unterlagen ermöglicht es dem Mediator, sich ein besseres Bild zu machen, ob und in welche Richtung konstruktive Lösungen möglich wären. Er kann in der Folge auf solche Lösungen

⁴³ Vgl. Art. 213 ZPO.

⁴⁴ Vgl. Art. 214 ZPO.

⁴⁵ Vgl. Art. 198 lit. f ZPO.

⁴⁶ BSK-ZPO/RUGGLE, Art. 216 Rz. 2.

⁴⁷ Ebenso PHILIPP S. GELZER, Die richterliche Genehmigung von in Mediationen erzielten Vereinbarungen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: AwR, 2009, S. 119; PETER LIATOWITSCH/CLAUDIA MARIA MORDASINI, Art. 216 Rz. 7, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010; CPC Comm/TREZZINI, Art. 216, S. 962.

⁴⁸ Vgl. RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 577 f.; BERGER (Fn. 3), Rz. 12-5 ff., erwähnt demgegenüber wichtige Aspekte, welche bei der Durchführung von Einzelgesprächen beachtet werden müssen wie bspw. Transparenz gegenüber den anderen Parteien.

hinarbeiten bzw. den Parteien bei der Suche nach möglichen Auswegen aus dem Konflikt besser behilflich sein.⁴⁹

Als Beispiel sei der regelmässig anzutreffende Sachverhalt angeführt, in welchem eine Partei ihre Verantwortlichkeit bzw. Einstandspflicht ablehnt, weil sie erhebliche finanzielle Nachteile befürchtet. Lässt sich der zu erwartende Umfang der finanziellen Folgen im Rahmen von Einzelgesprächen klären, dürfte es dem Mediator leichter fallen, die Parteien zu einer mediativen Lösung zu bewegen.

Ein zu weites Verständnis des Verwertungsverbots ist zudem als Risiko zu sehen, wenn damit gerechnet werden muss, dass eine Partei dieses missbräuchlich ausnützt: Durch Offenbarung prozessentscheidender Tatsachen und Beweismittel könnte eine Partei diese für einen nachfolgenden Prozess unverwertbar machen. Kann eine Partei jedoch nachweisen, dass sich die Gegenpartei nur zu diesem Zweck auf die Mediation eingelassen hat oder dass sie früher oder später ohnehin an die entsprechenden Kenntnisse gelangt wäre, gilt das Verwertungsverbot im entsprechenden Umfange nicht.⁵⁰

Befürworter der Konfliktbeilegung durch Mediation werben oft mit dem Schlagwort «win-win-Lösung». So attraktiv eine für beide Seiten vorteilhafte Lösung klingt, so kann eine solche «Vergrösserung des Kuchens» im Bereich der Wirtschaftsmediation doch nicht ohne weiteres erreicht werden: Oft wird um Geld gestritten. Dabei muss ein Kompromiss zwischen den divergierenden monetären Positionen gefunden werden. Eine win-win-Lösung ist daher bei einem schlichten Streit um eine Geldsumme ohne künftige Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Parteien im Regelfall nicht zu erreichen.

Dieser Grenzen der «win-win-Lösungen» sollten sich die Parteien bewusst sein, wenn sie sich auf eine Wirtschaftsmediation einlassen. Überhöhte Erwartungen dürften die Mediationsverhandlungen erschweren und zu einem vorzeitigen Abbruch des Verfahrens führen.

Auch wenn sich keine zusätzlichen Mehrwerte schaffen lassen, kann eine Mediation ein sinnvolles Verfahren sein. Dies gilt gerade auch für den Fall einer Kompromiss-suche im Rahmen von Schlichtungsverhandlungen. Verschiedene Techniken wie namentlich die im Harvard-Konzept entwickelte Entkoppelung der Verhandlung um

⁴⁹ BERGER (Fn. 3), Rz. 12-1 ff.; GERHARD ALTMANN/HEINRICH FIEBIGER/ROLF MÜLLER, *Mediation – Konfliktmanagement für moderne Unternehmen*, 2. Aufl. Weinheim/Basel 2001, S. 77 ff.; DUVE/EIDENMÜLLER/HACKE (Fn. 31), S. 167 f.

⁵⁰ ISAAK MEIER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht – eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Schulthess 2010, S. 596 f.

den Aufteilungsmaßstab von der eigentlichen Aufteilung können die Streitbeilegung erleichtern.⁵¹

Schliesslich kann es in bestimmten Fällen notwendig sein, dass die Lösung eines Konfliktes als Präzedenzlösung für weitere gleichartige Auseinandersetzungen gebraucht werden kann. Hier kommt das Mediationsverfahren an seine Grenzen. Präzedenzwirkung kann ein mediativ erlangter Vergleich nicht für sich beanspruchen.⁵²

D. In welchen Fällen empfiehlt sich eine Mediation?

Die für die Streitbeilegung durch Mediation charakteristische Zukunftsausrichtung kann auch im wirtschaftlichen Kontext interessant erscheinen. Nicht nur Familienmitglieder oder Nachbarn, auch Unternehmen sind oft darauf angewiesen, dass sie in Zukunft auf einer Vertrauensbasis zusammenarbeiten können. Während bei Gerichtsentscheidungen meist eine Partei als Gewinner und die andere als Verlierer hervorgeht, bietet die Mediation die Chance, den Streit auf eine die Beziehungen erhaltende Weise beizulegen.⁵³ Allenfalls vermag die Mediation sogar eine bereits gestörte Parteibeziehung wiederherzustellen.⁵⁴ Während der weitere Vorteil der Mediation, die Vertraulichkeit der Konfliktbeilegung, auch bei der Schlichtung oder Schiedsgerichtsbarkeit gegeben ist, ist die Mediation in Bezug auf die Zukunftsausrichtung den anderen Konfliktlösungsmechanismen überlegen.

Eine Mediation bietet sich in Wirtschaftsstreitigkeiten vor allem in Konstellationen an, in denen die Parteien nicht in einer einmaligen Geschäftsbeziehung stehen. Bestehende Dauerschuldverhältnisse sowie künftig notwendige oder wünschbare Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien können durch (schieds-)gerichtliche Entscheidungen belastet bzw. erschwert werden. Dies gilt selbst für Drittparteien, sofern diese mit einer der Konfliktparteien konzernmässig verflochten sind. Um eine bestehende oder künftige Zusammenarbeit mit einem anderen Unternehmen des Konzerns nicht zu belasten, kann auch bei einmaliger Geschäftsbeziehung zwischen den Konfliktparteien ein mediativer Lösungsweg sachgerecht sein. Gerade kleinere Unternehmen können es oft nicht riskieren, Vertrauensbeziehungen mit marktmächtigen Partnern wegen eines Konflikts aufs Spiel zu setzen.⁵⁵

Ist das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig gestört oder muss mit der Möglichkeit des Missbrauchs der Mediation als Verzögerungstaktik gerech-

⁵¹ RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 576.

⁵² DUVE/EIDENMÜLLER/HACKE (Fn. 31), S. 291.

⁵³ DEKKER (Fn. 17), S. 558 f. m.Bsp.

⁵⁴ FISCHER (Fn. 4), S. 80; RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 565.

⁵⁵ GIRSBERGER (Fn. 30), S. 645.

net werden, können Mischformen der Mediation mit anderen Konfliktbeilegungsmechanismen in Betracht kommen. Als Beispiele seien die Med-Arb oder Medaloo⁵⁶ erwähnt, welche Elemente der Mediation mit jenen der Schiedsgerichtsbarkeit kombinieren. Charakteristisch für diese hybriden Konfliktbeilegungsverfahren ist, dass ein Schiedsgericht einen verbindlichen Entscheid fällen kann, sofern sich die Parteien nicht zu einigen vermögen.⁵⁷ Damit fallen die der Mediation inhärenten Risiken des vergeblichen Zeit- und Kostenaufwandes bei einem Scheitern des Verfahrens weg. Überdies können erzielte Teileinigungen allenfalls beibehalten werden.⁵⁸ Auch in Bezug auf die hybriden Verfahren gibt es verschiedene Vor- und Nachteile, welche es im konkreten Streitfall abzuwägen gilt.⁵⁹

Nicht weiter eingegangen wird auf Einsatzmöglichkeiten der Mediation in unternehmensinternen Konflikten – sei es zwischen einzelnen Personen, zwischen verschiedenen Abteilungen oder zwischen Konzerngesellschaften. Gerade in diesem Bereich dürften jedoch die Vorteile der Mediation gegenüber einem Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren deutlich überwiegen.⁶⁰ Einzelne Unternehmen haben aus diesem Grund begonnen, in solchen «internen» Vertragsbeziehungen die Klausel vorzusehen, wonach bei Konflikten zunächst eine Mediation anzustreben sei.⁶¹

IV. Schlussbemerkungen

Obwohl Konflikte zwischen Unternehmen regelmässig anders geartet sind als die «klassischen» Mediationsgebiete wie etwa die Familienmediation, kann die Mediation auch in diesem Bereich beachtenswerte Vorteile aufweisen. Die Verwendung

⁵⁶ Medaloo dient als Abkürzung für ein Mediationsverfahren kombiniert mit einer Last Offer Arbitration, vgl. dazu bspw. die Ausführungen in RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 584.

⁵⁷ SCHÜTZ (Fn. 5), S. 49, 358; für mögliche Probleme des Med-Arb-Verfahrens vgl. S. 337 ff.

⁵⁸ ARTHUR TROSSEN, Integrierte Mediation, in: Fritjof Haft/Katharina von Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Aufl. München 2009, S. 987 ff., 995.

⁵⁹ Vgl. hierzu weiterführend BERGER (Fn. 3), Rz. 15-11 ff.; RISSE/WAGNER (Fn. 15), S. 584; spezifisch bezüglich Med-Arb vgl. SCHÜTZ (Fn. 5), S. 337 ff.

⁶⁰ Weiterführend zu Mediation bei unternehmensinternen Konflikten: ALTMANN/FIEBIGER/MÜLLER (Fn. 49), S. 44 ff.; DUVE/EIDENMÜLLER/HACKE (Fn. 31), S. 321 ff.; REINER PONSCHAB/REINATE DENDORFER, Konfliktmanagement im Unternehmen, in: Fritjof Haft/Katharina von Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Aufl. München 2009, S. 589 ff.; KERNTKE (Fn. 6), S. 107 ff. zeigt verschiedene Möglichkeiten der Verankerung von Mediationsverfahren in Unternehmen auf.

⁶¹ Vgl. dazu insb. DUVE/EIDENMÜLLER/HACKE (Fn. 31), S. 322 ff.: Vor einer Mediation sehen unternehmensinterne Konfliktlösungsprogramme regelmässig strukturierte Gespräche vor. Einzelne Programme, wie z.B. das Halliburton Dispute Resolution Program, schliessen den staatlichen Rechtsweg für ihre Angestellten komplett aus. Zur Aufnahme standardisierter Klauseln in die Verträge vgl. auch PONSCHAB/DENDORFER (Fn. 60), S. 610 f.

der Mediation als Alternative zu den herkömmlichen Konfliktbeilegungsverfahren dürfte in Zukunft namentlich bei Wirtschaftsstreitigkeiten weiter zunehmen. Der Jubilar hat dies frühzeitig erkannt und durch die Förderung entsprechender Ausbildungslehrgänge den Boden für diese Entwicklung massgeblich mitgeprägt.

Hinzuweisen ist auf folgende Besonderheit: Während in den traditionellen Gebieten der Mediation die Möglichkeit einer «win-win-Lösung» im Vordergrund steht, dürften in der Wirtschaftsmediation andere Aspekte bedeutsamer sein. Zu denken ist an die Vertraulichkeit des Verfahrens, die leichter abschätzbare Dauer sowie die Wiederherstellung einer Vertrauensbasis für bestehende oder zukünftige Geschäftsbeziehungen, namentlich auch im Verhältnis zu Unternehmen, die mit einer der Konfliktparteien konzernmässig verbunden sind.

Es bestehen indessen auch gewisse Nachteile und verschiedene Risiken. Insbesondere besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der für eine erfolgreiche Mediation notwendigen Offenlegung von Informationen und der Gefahr, dass diese Kenntnisse der Konfliktpartei in einem nachfolgenden (schieds-)gerichtlichen Verfahren dienlich sein können. In Wirtschaftsmediationen drängt es sich daher mehr als in anderen Bereichen auf, von der Möglichkeit der Einzelgespräche zwischen dem Mediator und den einzelnen Konfliktparteien Gebrauch zu machen. Die Risiken der – bei Scheitern der Mediation – höheren Kosten und des Zeitverlusts lassen sich durch hybride Verfahren mit mediativen Elementen vermeiden.