



DANIEL MARUGG

Arb-Med-Arb – eine erfolgversprechende Variante für Schiedsverfahren

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Mediation
 - A. Definition
 - B. Der Mediator
 - C. Das Mediationsverfahren
 - 1. Vorbereitungsphase
 - 2. Eröffnungsphase
 - 3. Sondierungsphase
 - 4. Verhandlungsphase
 - 5. Abschlussphase
- III. Arb-Med-Arb konkret
 - A. Voraussetzungen
 - B. Verfahrensabfolge
 - C. Keine Personalunion Schiedsrichter–Mediator
 - D. Verfahrensfortgang nach abgeschlossener Mediation
- IV. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist für 97 % der im Rahmen des regelmässig durchgeführten, einschlägigen International Arbitration Survey («Queen Mary Arbitration Survey»)¹ Befragten, die sog. «stakeholders of the international arbitration community» oder «users», nach wie vor die weltweit überwiegend bevorzugte Methode der Streitbeilegung, sei dies die Schiedsgerichtsbarkeit auf eigenständiger Basis (48 %) oder in Verbindung mit verschiedenen Formen der alternativen Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution, ADR; 49 %).²

DANIEL MARUGG, Fürsprecher, LL.M., FCI Arb, accredited Commercial Mediator CEDR, Mediator SAV, Zürich.

¹ Queen Mary University of London, White & Case LLP, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, 2018, Internet: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/> (Abruf 12.3.2020).

² Der International Dispute Resolution Survey: Currents of Change 2019 Preliminary Report der Singapore International Dispute Resolution Academy SIDRA der Singapore Management University («SIDRA Survey») gibt ebenfalls die internationale kommerzielle Schiedsgerichtsbarkeit als die meistbe-

nutzte Form der internationalen Streitbeilegung an, und zwar für den Zeitraum von 2016 bis 2018 laut 74 % der Befragten: Internet: https://sidra.smu.edu.sg/sites/sidra.smu.edu.sg/files/documents/SIDRA2019_IDR_Survey_Preliminary_Report.pdf (Abruf 12.3.2020).

Kommerzielle Schiedsverfahren, zumal internationale, können jedoch lange dauern und teuer werden. Die hauptsächlichen Kostentreiber sind dabei nicht die Honorare der Schiedsrichter (Einzelschiedsrichter oder Mitglieder eines Dreierschiedsgerichts), sondern die mit der Parteivertretung verbundenen Kosten,³ d.h. die Kosten der Parteianwälte, insbesondere wenn grössere Anwaltsteams aus international tätigen Grosskanzleien auftreten, die Aufwendungen der Inhouse-Counsel und der weiter mit der Streitsache, namentlich mit der Sachverhaltsaufarbeitung, beschäftigten Mitarbeiter der betroffenen Unternehmen. Aber auch die mit den Zeugenaussagen und der Erarbeitung der schriftlichen Witness Statements zusammenhängenden Kosten sowie diejenigen für die Experten jeglicher Art,⁴ seien diese von den Parteien oder vom Schiedsgericht ernannt, gehen ins

nutzte Form der internationalen Streitbeilegung an, und zwar für den Zeitraum von 2016 bis 2018 laut 74 % der Befragten: Internet: https://sidra.smu.edu.sg/sites/sidra.smu.edu.sg/files/documents/SIDRA2019_IDR_Survey_Preliminary_Report.pdf (Abruf 12.3.2020).

³ Das Verhältnis der Kosten der Schiedsrichter gegenüber den Kosten der Parteivertretung beträgt ungefähr 15–20 % zu 80–85 % (s. u.a. ICC, Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration, 2015, 3, Internet: <https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report/> [Abruf 12.3.2020]; ASA, Kosten von Schiedsverfahren in der Schweiz, 2017, Internet: <https://www.arbitration-ch.org/en/asa-reference-series/german/index.html> [Abruf 12.3.2020]).

⁴ Das immer gehäuftere, recht offensive Auftreten von Technical Experts aus allen denkbaren Bereichen, Damage Calculators oder Quantum Experts, Delay Experts etc. sowie auch Legal Experts an internationalen Schiedskonferenzen in den letzten Jahren bestätigt das Volumen dieses Marktes und gemäss eigener Erfahrung auch, dass Experten ein Schiedsverfahren i.d.R. nicht verkürzen, im Gegenteil. S. zum Thema auch u.a. SEBASTIANO NESSI, Expert Witness: Role and Independence, in: Christoph Müller/Sébastien Besson/Antonio Rigozzi (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration 2016, Zürich 2016, 71 ff.; MICHAEL E. SCHNEIDER, Technical experts in international arbitration, introductory comments

Geld. Hinzu kommen die Kosten von institutionell administrierten Schiedsverfahren.

Entsprechend wird auch immer wieder die Unzufriedenheit der Befragten wegen u.a. der Kosten sowie der zu langen Verfahrensdauer von Schiedsverfahren laut; der Queen Mary Arbitration Survey nennt diesbezüglich die Kosten an erster und «*lack of speed*» an dritter Stelle.⁵

Das alles ist den Schiedspraktikern und Unternehmensvertretern aus der täglichen Arbeit bestens vertraut.⁶ Ebenso bekannt sind die bereits seit einiger Zeit geführten Diskussionen und Bestrebungen zur mindestens teilweisen Eindämmung der Kosten und Verkürzung der Verfahren.⁷ Darauf soll vorliegend nicht weiter eingegangen werden. Immerhin hat ein erfolgreicher Abschluss der hier dargestellten Ergänzungsmöglichkeit eines Schiedsverfahrens in der Regel aber die nicht unerhebliche, elegante «Nebenwirkung», dass tatsächlich auch Kosten eingespart werden.

Hauptmotivation für die vorliegend diskutierte Verfahrensvariante ist jedoch die mögliche Verfahrens- resp. Streiterledigung im Interesse des Klienten innert nützlicher resp. kürzerer Frist, was auch ohnehin eine

Leitschnur für das Wirken des (Prozess-)Anwalts⁸ und dasjenige des Schiedsrichters⁹ darstellt.

Es gilt die Banalität, dass nicht jede wirtschaftliche Auseinandersetzung gleich angegangen werden kann. Gewisse Streitigkeiten müssen aufgrund bestimmter Voraussetzungen oder der Interessenlage in einem Schieds- oder einem staatlichen Gerichtsverfahren, als «*one-stop case*» oder präjudiziell, ausprozessiert werden, begleitet durch starke Anwaltsteams und u.a. den Auftritt von Experten, und diese Streitigkeiten verlangen nach einem vollstreckbaren Entscheid. Unbegleitete Verhandlungsversuche oder (i.d.R.) begleitete alternative Streitbeilegungsmethoden stellen diesfalls keine Optionen dar. Auch können kulturelle Gegebenheiten der Mediation und generell der ADR entgegenstehen und stattdessen einen robusten Prozess mit Sieger und Unterlegenem verlangen.¹⁰ Um diese Fälle geht es vorliegend nicht, aber potentiell um alle anderen.¹¹

Zu den Beweggründen, einen Prozess nicht unbedingt zu führen und eine gerichtliche oder aussergerichtliche Vergleichslösung zu suchen, gehören neben den Argumenten «Kosten und Effizienz» bekanntlich solche einer auch zukünftig möglichen, weiteren Zusammenarbeit der Parteien und generell der Wunsch, die auch psychologische Belastung eines Schieds- oder Gerichtsverfahrens zu vermeiden und die Opportunitätskosten zu reduzieren. Auch vermag ein schwächerer Fall u.U. die Verhandlungsbereitschaft einer Partei zu erhöhen.

Die hier dargestellte Kombination von Schieds- und Mediationsverfahren ist die Ergänzung eines Schiedsverfahrens mit einem darin «eingebetteten» Mediationsverfahren, gemeinhin Arb-Med-Arb oder AMA genannt.¹² Bevor dieses Verfahren behandelt wird, sind jedoch die massgebenden Eckpunkte der Mediation festzuhalten, immer im Hinblick auf den hier im Fokus stehenden Konnex mit Schiedsverfahren.

to the materials from arbitration practice, ASA Bulletin 1993, 446 ff.

⁵ Queen Mary Arbitration Survey, chart 4. Der SIDRA Survey (FN 2) nennt namentlich auf der Ebene «Corporate» eine gewisse Unzufriedenheit mit den Kosten internationaler Schiedsverfahren, welche jedoch letztlich durch die Zufriedenheit mit der Vollstreckbarkeit und Endgültigkeit von Schiedssprüchen aufgewogen wird.

⁶ Als jüngstes Beispiel aus eigener Erfahrung dient ein Provisional Timetable eines internationalen Schiedsverfahrens, der wegen von den Parteianwälten aus Common-Law-Jurisdiktionen dezidiert gewünschter, diverser und teilweise parallel laufender Verfahrensschritte mittlerweile mehr als zehn Seiten umfasst, was zu pointierter Kritik eines an der entsprechenden Case Management Conference («CMC») ebenfalls anwesenden Direktors einer Verfahrenspartei führte.

⁷ Bspw. die zunehmende Ergänzung von institutionellen Schiedsregeln mit Bestimmungen für das beschleunigte Schiedsverfahren (Emergency Arbitration, Expedited Proceedings oder Fast Track Arbitration); generelle Bestrebungen zur Ökonomisierung von Schiedsverfahren – frühzeitige Festlegung der relevanten Prozessthemen, Verzicht auf den zweiten Schriftenwechsel und/oder auf Post-Hearing Briefs, Verzicht auf eine Schiedsverhandlung, auf Requests for Document Productions etc.; mitunter auch Einsetzung von Einzelschiedsrichtern anstelle eines Dreierschiedsgerichts, nicht nur bei geringeren Streitwerten. S. u.a. auch ICC, ICC Guide on Effective Management of Arbitration, 2017, Internet: <https://iccwbo.org/publication/effective-management-of-arbitration-a-guide-for-in-house-counsel-and-other-party-representatives/> (Abruf 12.3.2020), u.a. mit dem – bezeichnenden – ersten Kapitel: «Settlement Considerations». Der SIDRA Survey nennt hierzu auch das «opening up to online processes» und der Queen Mary Arbitration Survey generell den vermehrten Einsatz technischer Hilfsmittel.

⁸ Wiewohl für den Rechtsanwalt gesetzlich und nach moderner Auffassung «keine übergeordnete Pflicht» zur möglichst einvernehmlichen und beförderlichen Beilegung eines Rechtsstreits per se mehr besteht, hat er natürlich eine Streiterledigung zügig und/oder durch eine Vergleichslösung anzustreben, wenn der Klient dies wünscht (s. Art. 12 lit. a BGFA und KASPAR SCHILLER/HANS NATER, Die berufsethlichen Sorgfaltspflichten der Anwälte nach Art. 12 lit. a BGFA gehen nicht weiter als die auftragsrechtlichen, SJZ 2019, 42 ff., 49).

⁹ S. grundsätzlich u.a. Art. 22(1) ICC-Schiedsregeln; Art. 15(7) und (8) Schiedsordnung SCAI.

¹⁰ So mehrere Stimmen an einer kürzlich abgehaltenen Schiedsgerichtsbarkeitskonferenz im arabischen Raum.

¹¹ Die 49% «ADR-Fälle» gemäss FN 2 inbegriffen.

¹² Als Überbegriffe für diese und andere Kombinationen von Schieds- und Mediationsverfahren werden u.a. «Hybrid Dispute Resolution Mechanisms» oder «Multi-Tiered Dispute Resolution Systems» verwendet.

II. Mediation

A. Definition

Mediation ist ein freiwilliges, flexibles und vertraulich geführtes Verfahren, bei dem ein ausgebildeter neutraler Mediator die Parteien in strukturierten Verhandlungen aktiv dabei unterstützt, auf eine ausgehandelte Vereinbarung eines Streitfalls oder einer Auseinandersetzung hinzuarbeiten, wobei die Parteien die finale Kontrolle über die Entscheidung zur Beilegung und die Bedingungen der Lösung behalten.¹³ Eine Mediation kann wie ein Schiedsverfahren ad hoc oder institutionell administriert¹⁴ durchgeführt werden, so wie bei diesem je mit den bekannten Vor- und Nachteilen (s. u.a. FN 23).

Wiewohl diese Definition allgemein gilt, also beispielsweise auch für familienrechtliche oder betriebsinterne (Workplace-)Mediationen, geht es vorliegend – im Zusammenhang mit kommerziellen Schiedsverfahren – primär um die Wirtschaftsmediation, durchgeführt zum Zweck der Konfliktlösung einer in der Regel externen Auseinandersetzung zwischen Unternehmen oder anderen Exponenten des Wirtschaftslebens (auch Business-to-Business/B2B-Streitigkeiten genannt¹⁵). Erfahrungsgemäss sollen die Parteien an der Mediationsverhandlung durch hochrangige Repräsentanten (CEO, CFO, Geschäftsinhaber), mithin Entscheidungsträger mit Vergleichsabschlusskompetenz, vertreten sein, nach der hier vertretenen Ansicht selbstverständlich begleitet durch die Parteianwälte.

Zentrale Eckpunkte der Mediation sind zum einen die «Vertraulichkeit» – mit unterschiedlicher Ausgestaltung für den Mediator und die Parteien mit ihren Anwälten – und die «Freiwilligkeit» – Letztere verstanden in dem Sinn, dass eine entsprechende Klausel in einem Vertrag den Parteien das Führen eines Mediationsverfahrens zwar auferlegen kann, die Parteien die Mediation jedoch grundsätzlich jederzeit auch ergebnislos und

ohne nachteilige Folgen abbrechen können. Zum anderen nimmt der Mediator eine spezielle Rolle ein und erfüllt besondere Aufgaben. Darauf wird unten zuerst eingegangen, gefolgt von der Darstellung des normalen Ablaufs eines Mediationsverfahrens in der für den vorliegenden Text gebotenen Kürze.

B. Der Mediator

Der Mediator führt das Verfahren als neutraler «*facilitator*» (der englische Begriff umschreibt die Rolle und Aufgabe des Mediators besser als die nur unzulänglichen deutschen Übersetzungen wie Vermittler oder Moderator). Wie ein Schiedsrichter muss der Mediator hohen Anforderungen bezüglich seiner Unabhängigkeit und Integrität genügen.¹⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung soll der Mediator zudem unbedingt (1) eine zumindest grundsätzliche Expertise der zugrundeliegenden Streitsache besitzen sowie namentlich für das hier interessierende Arb-Med-Arb-Verfahren auch (2) über ausreichende Kenntnisse internationaler Schiedsverfahren verfügen,¹⁷ damit er die Diskussion mit den Parteien in materieller und formeller Hinsicht auf Augenhöhe effektiv und zielgerichtet führen kann und die notwendige Akzeptanz von den beteiligten Schiedspraktikern erfährt.

Der Mediator arbeitet aktiv und intensiv mit den Parteien und ihren Anwälten zusammen und schafft ihnen Raum, damit sie ihre Perspektive erweitern (man spricht hier von der Abkehr der blossen Konfrontation von Positionen hin zur Gegenüberstellung von Interessen), ihre Situation neu bewerten, ihre Risiken und Chancen neu einschätzen und verschiedene mögliche Wege zur Beilegung des Streits in Betracht ziehen können.

Der Fokus der Diskussion ist wenn immer möglich nicht bloss auf die Erledigung der Streitigkeit und damit auf die Vergangenheitsbewältigung zu richten, sondern zukunftsgerichtet zu legen. Soweit angezeigt und wenn von den Parteien gewünscht, können auch weitere zwischen ihnen strittige oder diskutierte Themen einbezogen werden, welche mit der vorliegenden Streitigkeit nicht unmittelbar in Zusammenhang stehen müssen. Der Mediator nutzt dafür erlernte Verhandlungstechniken und Strategien,¹⁸ und er setzt seine beruflichen Fähigkeiten und Erfahrungen ein, um die Parteien zu un-

¹³ Die von CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution, London) verfasste und über die Jahre überarbeitete Definition dient als Leitbild: «Mediation is a flexible process conducted confidentially in which a trained neutral mediator actively assists parties in working towards a negotiated agreement of a dispute or difference, with the parties in ultimate control of the decision to settle and the terms of resolution» (s. Internet: <https://www.cedr.com/commercial/whatismediation/> [Abruf 12.3.2020] sowie CEDR, *The CEDR Mediator Handbook*, 7. A., London 2019).

¹⁴ Von den zahlreichen Organisationen sind bspw. die Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI, <https://www.swissarbitration.org/Mediation>) sowie das CEDR zu nennen, daneben die International Chamber of Commerce (ICC, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/>), das Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb, <https://www.ci-arb.org>) und die Schweizer Kammer für Wirtschaftsmediation (SKWM, <https://skwm.ch>).

¹⁵ Selbstverständlich kann eine Wirtschaftsmediation aber auch Auseinandersetzungen unter Geschäftsinhabern oder in einem Verwaltungsrat und damit in dem Sinne interne Differenzen zum Thema haben, weiter auch erb- oder ehedüterrechtliche Auseinandersetzungen etc.

¹⁶ S. bspw. den CEDR Code of Conduct for Third Party Neutrals, 2018, Internet: <https://mk0cedrxdkly80r1e6.kinstacdn.com/app/uploads/2019/11/Code-of-Conduct-for-Third-Party-Neutrals.pdf> (Abruf 12.3.2020).

¹⁷ Ebenfalls ein wichtiges Kriterium bspw. für die Befragten des SIDRA Survey (FN 2).

¹⁸ Weitergehende, detaillierte Ausführungen zu den Anforderungen an die Kompetenzen und Fähigkeiten des Mediators finden sich u.a. bei DAVID RICHBELL, *How to Master Commercial Mediation*, London 2015, sowie CEDR (FN 13); s. auch DANIEL GIRSBERGER/JAMES T. PETER, *Aussergerichtliche Konfliktlösung*, Zürich/Basel/Genf 2019, sowie BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS, Einl. 12. Kap. IPRG N 326, in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.),

terstützen, effektiv zu verhandeln, alles im Hinblick auf eine mögliche Einigung zu für sie akzeptablen Bedingungen.¹⁹ Dabei ist es erfahrungsgemäss auch möglich, mit den Emotionen der Parteien zu arbeiten und diesen verstärkter als in «normalen» Vergleichsverhandlungen Rechnung zu tragen.

Der Mediator enthält sich in diesem Prozess strikte jeglichen eigenen, auch bloss vorläufigen Einschätzungen der Situation, nach der hier vertretenen Auffassung selbst dann, wenn er von den Parteien dazu angefragt wird. Zudem unterbreitet er keine Lösungsvorschläge, auch wenn er meint, eine für die Parteien gangbare Lösung zu erkennen,²⁰ und er macht ebenfalls keine Rechtsberatung.²¹ Der Mediator ist kein Richter und besitzt keine Entscheidungsgewalt. Die Parteien finden unter seiner strukturierten Verhandlungsführung und -leitung letztlich selbst eine Lösung oder eben nicht. Selbstverständlich übt der Mediator diesbezüglich auch keinerlei Druck aus.

C. Das Mediationsverfahren

Dieses ist wie ein Schiedsverfahren grundsätzlich von Parteiautonomie und Flexibilität geprägt sowie in diesem Sinne privat organisiert. Der Mediator legt den Ab-

lauf des Mediationsverfahrens bei Beginn gemeinsam mit den Parteien fest, mit Anpassungsmöglichkeiten im Verlauf des Verfahrens. Der Gestaltungsspielraum für ein Mediationsverfahren ist gross, erfahrungsgemäss ist jedoch eine Gliederung einer Wirtschaftsmediation in die folgenden fünf Phasen angezeit.²²

1. Vorbereitungsphase

Diese dient namentlich der Auswahl²³ des Mediators (oder der Co-Mediatoren²⁴), dem oft lediglich telefonischen (oder via E-Mail abgewickelten) Erstkontakt des Mediators mit den Parteien und ihren Anwälten. Sodann wird gemeinsam das Verfahren festgelegt, mit Abschluss und Unterzeichnung – jetzt oder in der darauffolgenden Phase – der Mediationsvereinbarung²⁵ (alles im Prinzip vergleichbar mit den i.d.R. allerdings je aufwendigeren Case Management Conferences/CMC resp. Organizational Hearings sowie Terms of Reference resp. Constituting Orders in ICC- oder SCAI-/Swiss-Rules-Schiedsverfahren), und es werden die für das Mediationsverfahren relevanten Dokumente ausgetauscht. Grundsätzlich sind dies lediglich kurze Zusammenfassungen der Standpunkte und Ansprüche der Parteien, mit – wenn überhaupt – wenigen Beilagen.

Die im «ersten Schiedsverfahrensteil» des Arb-Med-Arb-Verfahrens bereits eingereichten Rechtsschriften werden nicht in das Mediationsverfahren eingebracht. Im Gegensatz zu Schiedsverfahren mit in der Regel doppelem Schriftenwechsel mit zugehörigen Beilagen, zu welchen in gewissen v.a. «Common-Law-geprägten» Verfahren vor einer Schiedsverhandlung noch Pre-Hearing Briefs und ein Hearing Bundle zu den Verfahrensakten eingereicht werden, in welchem die Parteien ihre Positionen zumeist nochmals zusammenfassen und mit den wesentlichsten Beilagen unterlegen, wird ein Mediationsverfahren nicht mit Dokumenten «geflutet». Selbstredend werden in einer Mediation auch weder Witness Statements oder Expertisen eingereicht noch Zeugen oder Experten einvernommen.

Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS).

¹⁹ Richtig verstanden und durchgeführt ist namentlich die Wirtschaftsmediation selbstredend keine bloss unverbindliche Diskussion in esoterischer Wohlfühlatmosphäre, in der Art einer «fernöstlichen Klangschalen-Massage», sondern ein anforderungsreicher, zielgerichteter Prozess, der von einer erstaunlich hohen Erfolgsrate gezeichnet ist (bspw. das CEDR nennt auf seiner Website aktuell «over 80 % of cases referred to CEDR settle», Internet: <https://www.cedr.com/commercial/whatismediation/> [Abruf 12.3.2020]); gemäss dem achten CEDR Mediation Audit ergibt das präzisiert «an aggregate settlement rate of 89 % (2016: 86 %)», mit den Ergänzungen: «The proportion of cases that achieve settlement on the day of mediation has risen back to 74 % after the previous audit's drop to 67 %, and conversely, there has been a decrease in the proportion of cases that settle shortly after mediation, falling from 19 % to 15 %» (s. auch CEDR, The Eighth Mediation Audit, 2018, 6, Internet: <http://thepropertymediators.co.uk/trends/cedr-mediation-audit-2018/> [Abruf 12.3.2020]). Auch der Verfasser als in der Wolle gefärbter Prozessanwalt und Schiedsrichter begegnete der Mediation seinerzeit mit grösserer Zurückhaltung und mit Vorurteilen, die er jedoch unterdessen mit Bezug auf die richtig durchgeführte Wirtschaftsmediation mit Überzeugung abgelegt hat.

²⁰ Dieser Zurückhaltung ist als Prozessanwalt und Schiedspraktiker erfahrungsgemäss nicht immer einfach nachzukommen, sie ist jedoch unabdingbar, wenn man die anspruchsvolle Position eines Mediators ausfüllt.

²¹ Damit liegt der Unterschied der Mediation zu verschiedenen anderen Konfliktlösungsprozessen und den bekannten «normalen» aussergerichtlichen sowie gerichtlichen Vergleichsverhandlungen auf der Hand. Insbesondere sind die grundsätzlich selbstverständlich sinnvollen Vergleichsverhandlungen an den Referentenaudienzen des Handelsgerichts des Kantons Zürich keine Mediationen, auch wenn manchmal so bezeichnet.

²² S. u.a. wiederum CEDR (FN 13); RICHBELL (FN 18).

²³ Wie bei institutionell administrierten Schiedsverfahren kann ein Vorteil eines institutionell administrierten Mediationsverfahrens mit geregeltm Verfahrensablauf der festgelegte Mechanismus für die Benennung eines Mediators sein, auch für den Fall, dass sich die Parteien nicht gemeinsam auf einen Mediator einigen können (s. z.B. Art. 4 ff. oder 19(2) Schweizerische Mediationsordnung SCAI, gültig ab 1. Juli 2019 [«Mediationsordnung SCAI»]).

²⁴ V.a. bei komplexeren Streitigkeiten kann die Beauftragung von zwei eingespielten Co-Mediatoren erfahrungsgemäss sehr sinnvoll sein. U.a. die CEDR-Ausbildung legt denn auch besonderen Wert auf die Übungsanlage der Co-Mediation.

²⁵ Bsp. des Model Mediation Agreement von CEDR (CEDR, Model Mediation Agreement, 2020, Internet: <https://www.cedr.com/commercial/resources/modelcontractclauses/>, unter «Model agreement templates» [Abruf 12.3.2020]).

2. Eröffnungsphase

Für diese und die nachfolgenden Phasen treffen sich die Parteien und der Mediator physisch, wofür im Ganzen grundsätzlich ein bis höchstens zwei Verhandlungstage eingeplant werden. Zu den Verfahrenserläuterungen des Mediators zu Beginn gehören die Hinweise auf den Ablauf und seine Rolle (s. oben B.) sowie auf die Vertraulichkeit – *«was im Rahmen dieser Mediation besprochen wird, kann ohne Zustimmung der Gegenseite insbesondere nicht in das allfällig anschliessend fortzusetzende Schiedsverfahren eingebracht werden»*²⁶ (zur speziellen Vertraulichkeitsverpflichtung des Mediators s. II.C.3. und III.C. unten) – und die Freiwilligkeit des Verfahrens – *«ein Abbruch ist jederzeit möglich, sollte jedoch in Anbetracht der Tatsachen, dass man eine Mediationsvereinbarung abgeschlossen hat und nun entsprechend vor Ort ist, auch nicht leichthin erklärt werden»*. Die Erläuterungen des Mediators können auch Hinweise an die Parteienanwälte beinhalten – namentlich wenn diese mit Mediationsverfahren weniger vertraut sind –, ihre Rolle im Vergleich zu Schieds- oder Gerichtsverfahren zurückhaltender auszuüben (wenn möglich *«konstruktiver statt konfrontativ»*²⁷).

Nach den anschliessenden kurzen Eröffnungsvoten der Parteien resp. üblicherweise ihrer Anwälte zur jeweiligen Sachverhaltsdarstellung mit gegebenenfalls den je angerufenen rechtlichen Folgen (keine Parteivorträge) obliegt es dem Mediator, die Diskussion anhand der zu erfassenden, den Parteien jeweils wichtigen Punkten in Gang zu bringen und v.a. zu Beginn durchaus auch *«laufen»* zu lassen. Die Diskussionen werden in dieser Phase grundsätzlich im Plenum geführt.

3. Sondierungsphase²⁸

Die Sammlung, Identifizierung und soweit notwendig Klärung der Parteipositionen, welche wie bereits erwähnt auch zu Parteiinteressen erweitert werden können, macht die Diskussion nun in der Regel fokussierter. Eine weitere Technik ist jetzt auch die Abhaltung von je separaten, vertraulichen Besprechungen des Mediators mit den Parteien (sog. Private oder Caucus Sessions). Dabei versucht der Mediator, die Parteipositionen und -interessen noch genauer zu verstehen, und er stimmt mit der jeweiligen Partei auch genau ab, was (wenn überhaupt) er aus diesen vertraulichen Besprechungen wann gegenüber der anderen Partei erwähnen darf, entweder im Rahmen einer mehrmaligen Shuttle-Diskussion oder wiederum im Plenum.

Mit Bezug auf die dem Mediator in Einzelsitzungen von einer Partei anvertrauten vertraulichen Informatio-

nen gilt das eherne Prinzip, dass der Mediator nur das an die andere Partei weiterleiten darf, wofür ihn die erste Partei ausdrücklich ermächtigt hat.

4. Verhandlungsphase

Indem die Verhandlungen nun in der Regel konkreter werden, zeigen sich zumeist auch die Differenzen zwischen den Parteipositionen und -interessen deutlicher, was es dem Mediator erlaubt, mit den Parteien gezielt daran zu arbeiten, wiederum entweder einzeln oder im Plenum, im Hinblick auf eine nun zumindest in den Grundzügen skizzierbare Lösung. Verschiedene Techniken wie das Aufstellen hypothetischer Szenarien zur Erprobung von Alternativen oder die vorläufige Isolierung bestimmter Punkte, aber auch deren Testen und/oder ein Realitätscheck oder die *«Spiegelung»* bestimmter Vorschläge im Sinne einer Risikoeinschätzung, können dazu beitragen, Verhandlungsstillstände zu überwinden. Ebenfalls kann sich auf Wunsch der Parteien wie erwähnt anbieten, die betreffende Streitigkeit mit allfälligen weiteren Diskussionspunkten zwischen ihnen *«anzureichern»*, um allenfalls die Lösung im Rahmen eines Gesamtpakets zu erreichen.

5. Abschlussphase

Gelingt es den Parteien mit dem Mediator, so weit voranzukommen, wird nun versucht, die Verhandlungsergebnisse zu konkretisieren und eine Vereinbarung zu formulieren. Dazu gehört auch die Prüfung auf die Praktikabilität der getroffenen Lösung(en) und auf die Vollständigkeit betreffend alle zwischen den Parteien relevanten Themen sowie natürlich auf alle Punkte, welche gemäss der Expertise der Schiedspraktiker konkret in die Vergleichsvereinbarung gehören. Oftmals erfordert die Ausarbeitung der detaillierten schriftlichen Vereinbarung auch separate Nacharbeit durch die Parteienanwälte. Diesfalls wird der Mediator die Parteien am Termin zumindest zur Unterzeichnung einer konkreten Absichtserklärung oder eines *«Memorandum of Understanding»* (MOU²⁹) anhalten.

Mit Bezug auf die Nacharbeit der Parteienanwälte wird der Mediator in der Regel versuchen, über den Verlauf und die Fortschritte informiert zu bleiben und insoweit die Kontrolle zu behalten, damit der fast abgeschlossene Verhandlungsprozess auch zum Erfolg geführt werden kann. Gelingt hingegen keine – auch keine teilweise – Verhandlungslösung, kann der Mediator falls gewünscht versuchen, die Dynamik für allfällige spätere Verhandlungsversuche durch entsprechende Nachfolgekkontakte aufrechtzuerhalten. Oder der Mediator und die Parteien stellen zusammen schlicht das Scheitern der Mediation fest, und die Angelegenheit ist diesbezüglich erledigt.

²⁶ S. u.a. Art. 13(1) Mediationsordnung SCAI; Art. 9 ICC-Mediations-Regeln, gültig ab 1. Januar 2014 (*«ICC-Mediations-Regeln»*).

²⁷ S. im Weiteren BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS (FN 18), Einl. 12. Kap. IPRG N 323 et seq.

²⁸ Der englische Begriff *«Exploration Phase»* ist prägnanter.

²⁹ Als *«Minimallösung»* empfiehlt sich allenfalls die Unterzeichnung der auf einem Flipchart festgehaltenen, geregelten Punkte durch die Parteien.

III. Arb-Med-Arb konkret

A. Voraussetzungen

Das Arb-Med-Arb-Verfahren geschieht entweder zufolge einer entsprechenden Vertragsklausel,³⁰ oder es wird von den Parteien, z.B. an einer CMC auf Vorschlag einer Partei oder namentlich auch des Schiedsgerichts, beschlossen, entsprechend vorzugehen.³¹ Die vorliegend angenommene «Übungsanlage» des Arb-Med-Arb-Verfahrens ist wie erwähnt diejenige, dass ein Schiedsverfahren eingeleitet worden ist³² und der/die Schiedsrichter bestimmt ist/sind, das Schiedsgericht mithin konstituiert ist, bevor eine Mediation in Angriff genommen wird, und dass das Schiedsverfahren während deren Dauer sistiert wird.³³

³⁰ Beispiel für eine reine Schiedsklausel, kombiniert mit einer Mediationsklausel (Formulierung durch die Spezialisten im Einzelfall natürlich ausdrücklich vorbehalten): «Alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag, einschliesslich dessen Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung, sind durch ein Schiedsverfahren [gemäss Schiedsordnung einer Institution oder ad hoc] zu entscheiden. Das Schiedsgericht soll aus [...] Mitglieder(n) bestehen [Bestimmungsrecht der Mitschiedsrichter durch die Parteien, des Vorsitzenden durch die Mitschiedsrichter]. Der Sitz des Schiedsverfahrens ist [...]. Die Sprache des Schiedsverfahrens ist [...]. Nach Beginn des Schiedsverfahrens [nach Austausch von Einleitungsanzeige und Antwort/nach Austausch von Klage und Klageantwort und/oder Widerklage] und Konstituierung des Schiedsgerichts wird ein Mediationsverfahren [gemäss Mediationsordnung einer Institution oder ad hoc] mit einem Mediator [oder zwei Co-Mediatoren] durchgeführt [Bestimmungsrecht]. Der Sitz der Mediation ist [...]. Die Sprache der Mediation ist [...]. Das Schiedsverfahren wird während der Mediation sistiert. Jede im Laufe der Mediation erzielte Einigung wird an das Schiedsgericht weitergeleitet und kann zu den vereinbarten Bedingungen zu einem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut führen. Falls die Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche nicht innerhalb von [...] Tagen nach der Bestätigung oder Ernennung des Mediators/der Mediatoren vollständig durch das Mediationsverfahren gelöst werden können, ist das Schiedsverfahren fortzuführen» (s. u.a. Art. 18 Mediationsordnung SCAI sowie im Weiteren die «Singapore Arb-Med-Arb Clause» des Singapore International Arbitration/Mediation Centre – «SIAC-SIMC», Internet: <https://www.siac.org.sg/model-clauses/the-singapore-arb-med-arb-clause> [Abruf 12.3.2020]).

³¹ Bsp. Art. 15(8) Schieds- i.V.m. Art. 19 Mediationsordnung SCAI; weiter Internet: <https://www.swissarbitration.org/Mediation-3/Mediationsklauseln>, unter «3.2 Vorschlag einer Mediationsvereinbarung in Fällen, in denen bereits ein Problem oder ein Streitfall zwischen den Parteien entstanden ist» (Abruf 12.3.2020).

³² Womit nach schweizerischem Recht u.a. gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR die Verjährung direkt unterbrochen wird.

³³ Mit der nach schweizerischem Recht ab dem 1. Januar 2020 bestehenden Möglichkeit, gemäss Art. 134 Abs. 1 Ziff. 8 OR den Stillstand der Verjährung zu vereinbaren: «Die Verjährung beginnt nicht und steht still, falls sie begonnen hat: [...] während der Dauer von Vergleichsgesprächen, eines Mediationsverfahrens oder anderer Verfahren zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, sofern die Parteien dies schriftlich vereinbaren.»

B. Verfahrensabfolge

Von den verschiedenen Auffassungen, wann konkret eine Mediation resp. ein Mediationsfenster in ein Schiedsverfahren eingebaut oder – falls keine entsprechende Arb-Med-Arb-Klausel besteht – in Betracht gezogen werden soll, wird gemäss Erfahrung diejenige vertreten, dass die Mediation entweder (1) vorzugsweise nach dem Austausch von Einleitungsanzeige und -antwort (Request for Arbitration und Answer to the Request for Arbitration) oder (2) spätestens nach dem Austausch von Klage- und Klageantwort durchgeführt werden sollte.

Geschieht dies später als (2), ist das Schiedsverfahren gegebenenfalls schon zu weit fortgeschritten, und es sind bereits zu viele Kosten aufgelaufen, womit den Parteien und ihren Anwälten u.U. schwieriger zu vermitteln ist, jetzt noch zusätzliches Geld und Zeit in eine Mediation zu investieren. Wird eine Mediation vor (1) durchgeführt, liegt u.U. eine andere, vorliegend nicht diskutierte Verfahrensabfolge im Sinne einer separaten, von einem Schiedsverfahren unabhängigen Mediation vor,³⁴ oder es handelt sich etwa um ein Med-Arb-Verfahren (s. auch sogleich II.C.).

Für die Durchführung der Mediation an sich kann namentlich auf die oben stehenden Ausführungen unter II.C. verwiesen werden.

Damit die Mediation nicht zu einer ungebührlichen Verfahrensverlängerung führt, empfiehlt es sich, die Zeitdauer für das Mediationsfenster des Arb-Med-Arb-Verfahrens vorab entsprechend festzulegen.³⁵

C. Keine Personalunion Schiedsrichter-Mediator

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es für ein Arb-Med-Arb-Verfahren unabdingbar, dass der Mediator kein Schiedsrichter/Mitglied des Schiedsgerichts war oder ist. Die Funktionen von Mediator und Schiedsrichter sind konsequent voneinander zu trennen.

³⁴ Dies könnte, soweit dies mit Bezug auf eine in einer Mediation erzielte Vereinbarung überhaupt je zum Thema wird, im internationalen Verhältnis Vollstreckungsprobleme verursachen: Die nach dem Vorbild des Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche («New York Convention») abgeschlossene sog. Singapore Convention on Mediation (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018, Internet: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements [Abruf 12.3.2020]) wurde bislang erst von wenigen Staaten unterzeichnet und ratifiziert; sie ist deshalb dafür ein noch unzulängliches Hilfsmittel. Art. 16(5), 17(2) und (3) Mediationsordnung SCAI räumen für von der SCAI institutionell administrierte Mediationsverfahren immerhin die Möglichkeiten ein, das Stattfinden eines solchen Verfahrens und/oder einen so abgeschlossenen Vergleich und/oder dessen Echtheit durch das Sekretariat bescheinigen oder beglaubigen zu lassen.

³⁵ S. FN 30.

Auch die weiter existierenden kombinierten Verfahrensvarianten wie (1) Med-Arb – in der Ausgestaltung, dass der Mediator nach erfolglos durchgeführter Mediation zum Schiedsrichter wird³⁶ –, (2) Med-Arb-Opt-Out – falls die von einem Schiedsrichter durchgeführte Mediation keinen Erfolg zeitigt, können die Parteien verlangen, dass der entsprechende Schiedsrichter/Mediator ersetzt wird – oder (3) Co-Med-Arb – der oder die Schiedsrichter und der Mediator bestreiten die CMC oder die erste Schiedsverhandlung zusammen, worauf gegebenenfalls der Mediator das Verfahren allein weiterführt etc. – werden aus diesen Überlegungen abgelehnt, weil sich die beiden Funktionen «Schiedsrichter–Mediator» überschneiden oder zumindest vermischen und namentlich mit Bezug auf die Variante Med-Arb auch ein Anfechtbarkeitsgrund eines späteren Schiedsentscheids wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs gesetzt werden könnte.³⁷ Ist bei der Variante Med-Arb-Opt-Out der Schiedsrichter/Mediator zu ersetzen, fallen zudem Zusatzkosten an.

Ebenso abzulehnen ist nach erfolgloser Mediation in einem Arb-Med-Arb-Verfahren ein über die Meldung des Mediators, dass das Verfahren nun wieder in den Händen des Schiedsgerichts liegt, hinausgehender inhaltlicher Austausch zwischen Mediator und Schiedsgericht über den Verlauf der Mediation.³⁸ In diesem Zusammenhang ist auch auf das institutionell grundsätzlich anerkannte Verweigerungsrecht des Mediators hinzuweisen, in einem späteren Schiedsverfahren als Zeuge über den Inhalt der Mediation aussagen zu müssen.³⁹

Jeder Anschein der Überschneidung und/oder Vermischung der beiden Funktionen ist zu vermeiden, namentlich wegen der für den Mediator geltenden Anforderungen an seine Neutralität sowie an die Vertraulichkeit und der sich daraus ergebenden Folgen oder potentiellen Gefahren bei nicht klarer Trennung der beiden Funktionen sowie insbesondere auch wegen der Akzeptanz bei den Parteien und ihren Anwälten/Schiedspraktikern und der Vermittelbarkeit der Arb-Med-Arb-Verfahren an dieselben.

Nach dem hier vertretenen Verständnis ist diese postulierte, dezidierte Zurückhaltung auch nicht der mitunter zu erlebenden «*Due Process Paranoia*»⁴⁰ von

Schiedsrichtern in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zuzuordnen, sondern sie hat eben die dargelegten formellen und praktischen Gründe.

Zentral ist zudem Folgendes: Ein Schiedsrichter kann nicht einfach den Hut wechseln und Mediator werden und dann wieder Schiedsrichter sein, oder umgekehrt, und dabei seine unbedingte Neutralität bewahren und den sehr hohen Anforderungen an die spezifische Vertraulichkeit des Mediators gerecht werden. Auch der beste Praktiker wäre nicht davor gefeit, sich an die ihm als Mediator in einem Mediationsverfahren unter dem Titel der Vertraulichkeit anvertrauten Informationen (es kann sich wie erwähnt durchaus auch um solche handeln, welche einem Mediator von einer Partei in einer Caucus Session unter dem Siegel der Vertraulichkeit offenbart worden sind, von deren Pflicht sie ihn explizit nie entbindet) oder gar an die dort ihm zur Kenntnis gebrachten «Schwachpunkte» der Parteien zu erinnern und solches in seine Überlegungen einzubeziehen, wenn er nach einem gescheiterten Mediationsverfahren und nach einem anschliessend konfrontativen Schiedsverfahren wieder als Schiedsrichter an seinem Pult an der Urteilsberatung sitzt. Und selbst wenn er diesen «Spagat» tatsächlich zu machen im Stande wäre, ist eine solche gemischte Funktion mit dieser inhärenten und ja offensichtlichen Problematik den Parteien und ihren Anwälten aus der «Schiedsszene» nur schwerlich vermittelbar.

Oder wie will man eine Partei und ihre Anwälte in einem Mediationsverfahren davon überzeugen, dass sie unter dem Vertraulichkeitsschutz vollkommen offen sein sollen und das, was sie jetzt dem Mediator bspw. in einem vertraulichen Einzelgespräch einer Caucus Session anvertrauen resp. anvertrauen sollen, von diesem dann später aus seinem Gedächtnis verbannt wird resp. werden kann, wenn es zu keiner Einigung kommt und das Schiedsverfahren mit ihm als Schiedsrichter seinen Fortgang nimmt?⁴¹ Die für eine Mediation unabdingbare Vertrauensbasis erodiert diesfalls oder kann gar nicht erst richtig aufgebaut werden. Agieren die Parteien in der Mediation jedoch nicht mit der entsprechenden Offenheit und behalten wichtige Informationen für sich, fehlt u.U. das entscheidende «Puzzleteil», mit welchem der Mediator arbeiten und mit den Parteien eine Lösung erreichen könnte, womit das Mediationsverfahren letztlich Sinn und Zweck verlieren kann.

³⁶ Mitunter auch «Med-Arbiter» genannt; s. dazu bspw. BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS (FN 18), Einl. 12. Kap. IPRG N 331.

³⁷ V.a., wenn der Mediator vertrauliche Einzelsitzungen durchgeführt hat. GLM. auch JAMES T. PETER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, Vorbemerkungen zu Art. 213–218 ZPO N 73.

³⁸ Institutionell so geregelt bspw. in Art. 13(1) Mediationsordnung SCAI.

³⁹ S. u.a. Art. 10(4) ICC-Mediations-Regeln; Art. 13(5) Mediationsordnung SCAI.

⁴⁰ Der Queen Mary Arbitration Survey 2015 definierte dies mit «a perceived reluctance by [arbitral] tribunals to act decisively in certain situations for fear of the award being challenged on

the basis of a party not having had the chance to present its case fully»; s. dazu u.a. MICHAEL POLKINGHORNE/BENJAMIN AINSLEY GILL, *Due Process Paranoia: Need We Be Cruel to Be Kind*, *Journal of International Arbitration* 2017, 935 ff.

⁴¹ Es kann zur Anschaulichkeit auch nochmals auf die Referentenaudienz mit Vergleichsgesprächen vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich hingewiesen werden – jeder, der bspw. einmal eine solche Verhandlung mit Anwälten oder Juristen aus dem Common-Law-Rechtsraum bestritten hat, weiss um die Schwierigkeiten, diesen Anwälten und ihren Parteien diese Besonderheit zu erklären und sie davon zu überzeugen, an einer solchen Verhandlung teilzunehmen.

Damit gilt aus den dargelegten Gründen weiter, dass Parteien nach der hier vertretenen Auffassung ausdrücklich davon abgeraten wird, eine Parteivereinbarung selbst oder institutionell z.B. gemäss den Ausnahmeregelungen von Art. 13(3) Mediationsordnung SCAI oder Art. 10(3) ICC-Mediations-Regeln abzuschliessen, wonach bspw. ein Mediator nach erfolglosem Mediationsverfahren zum Schiedsrichter in demselben Streitfall, hier im Rahmen eines Arb-Med-Arb-Verfahrens, wird.

Dieselbe Empfehlung gilt mit Bezug auf die entsprechende «Singapurer Regelung»: Das SIAC und das SIMC manifestieren für dort administrierte Schieds- und Mediationsverfahren mit der separaten Verwaltung des «Schiedsverfahrensteils» durch das SIAC und des «Mediationsteils» durch das SIMC zwar die Trennung der Verfahren, und es wird u.a. auch explizit festgehalten, dass Schiedsrichter und Mediator eines von diesen Institutionen administrierten Arb-Med-Arb-Verfahrens «*will generally be different persons*». Trotzdem gestatten diese Institutionen jedoch auch eine anderslautende Vereinbarung der Parteien,⁴² womit man wieder bei derselben Thematik landet.

Die Practice Guideline 7 der Guidelines for Arbitrators on the use of ADR procedures des CI Arb hat die Probleme bei einer Doppelrolle Schiedsrichter/Mediator erkannt. Sie hebt in Ziff. 5.2 die praktisch nachvollziehbare Zurückhaltung von Parteien hervor, gegenüber einem Mediator, der später wieder zu ihrem Schiedsrichter werden kann, Informationen entsprechend offenzulegen. Ziff. 5.3 hält unter Verweisung auf Section 33 des Arbitration Act 1996 des Vereinigten Königreichs⁴³ mit Bezug auf Caucus Sessions sodann ausdrücklich fest, dass «*the mandatory nature of Section 33 precludes a mediator who has conducted private caucusing with one or both of the parties from acting subsequently as an arbitrator in the same case*».⁴⁴ So richtig diese Regelung ist, so folgt daraus jedoch konsequenterweise auch, dass ein in der gleichen Streitigkeit tätiger Schiedsrichter überhaupt nicht noch zusätzlich als Mediator amten soll, wäre er doch ansonsten mit dieser Einschränkung, diesfalls keine vertraulichen Einzelsitzungen durchführen zu dürfen, eines seiner wichtigsten «Mediationswerkzeuge» beraubt.

Regelungen wie bspw. diejenige in den neuen Mediation-Arbitration Rules des Istanbul Arbitration Centre («ISTAC»), wonach Mediatoren, die nach gescheiterter Mediation in einem nachfolgenden Schiedsverfahren

über dieselbe Streitsache als Schiedsrichter amten, u.a. keine Meinungen und Angebote der Parteien, welche diese im Mediationsverfahren geäussert haben, als Beweismittel verwenden dürfen, versuchen, das Problem zwar formell zu lösen. An der praktischen Problematik, dass sich der Mediator an ihm von den Parteien anvertraute vertrauliche Informationen in seiner Urteilsberatung wieder als Schiedsrichter «erinnern» wird, vermögen diese Regelungen der ISTAC nach der vorliegend vertretenen Auffassung jedoch auch nichts zu ändern.⁴⁵

Der Lösungsansatz der Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (sog. «Prague Rules»⁴⁶) birgt neben dem unauflösbaren Dilemma der Doppelrolle Schiedsrichter/Mediator sogar noch grösseres Konflikt- oder Störpotential: Art. 9.2 der Prague Rules sieht bei vorgängiger schriftlicher Zustimmung der Parteien vor, dass jedes Mitglied des Schiedsgerichts auch als Mediator tätig sein kann, um den Parteien bei der gütlichen Beilegung des Falles zu assistieren. Führt diese Mediation innert eines vereinbarten Zeitfensters zu keinem Erfolg, kann dieser Mediator mit schriftlicher Zustimmung aller Parteien fortan wieder als Schiedsrichter amten (Art. 9.3.a Prague Rules). Erhält er diese Zustimmung jedoch nicht, muss er sein Schiedsrichtermandat in Übereinstimmung mit den geltenden Schiedsregeln niederlegen (Art. 9.3.b Prague Rules). Diese Regelung bietet einer bösgläubigen Partei eines Schiedsverfahrens die offensichtliche Möglichkeit, das Verfahren erheblich zu verzögern, indem sie sich auf eine Mediation einlässt, diese alsdann scheitern lässt und dann den Mediator als Schiedsrichter «abschiesst», mit der Konsequenz, dass das Schiedsgericht neu zusammengesetzt werden muss, mit entsprechenden Kosten- und Zeitfolgen. Aber auch redliche Schiedsparteien können nach einer erfolglosen Mediation den Ersatz des die Mediation durchführenden Schiedsrichters verlangen, im Sinne der oben dargestellten Variante Med-Arb-Opt-Out, was ebenfalls kostet und das Verfahren verzögert. Von dieser Regelungsvariante der Prague Rules wird deshalb so oder anders klar abgeraten.

Sind Schiedsrichter und Mediator nicht dieselben Personen, hat man all diese Probleme nicht. Die konsequente Haltung und auch Selbstbescheidung der betroffenen Praktiker, in zusammenhängenden Schieds- und Mediationsverfahren keine Doppelfunktionen zu übernehmen, wird auf lange Sicht gesehen zur Akzeptanz der Mediation im Schiedsumfeld und namentlich der Verfahrensvariante Arb-Med-Arb beitragen (s. im Weiteren die Schlussbemerkungen in IV.).

⁴² Internet: <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/> (Abruf 12.3.2020); s. weiter das SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol, das fünfzehn Bestimmungen für von diesen beiden Institutionen administrierte Arb-Med-Arb-Verfahren enthält: Internet: <http://simc.com.sg/v2/wp-content/uploads/2019/03/SIAC-SIMC-AMA-Protocol.pdf> (Abruf 12.3.2020).

⁴³ Internet: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/33> (Abruf 12.3.2020).

⁴⁴ Internet: <https://www.ciarb.org/media/4214/2011-adr-procedures-in-arbitration.pdf> (Abruf 12.3.2020).

⁴⁵ S. Art. 5(1) i.V.m. Art. 6(1a und 5) ISTAC Mediation-Arbitration Rules (Internet: <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2020/01/ISTAC-Med-Arb-Rules-ENG.pdf> [Abruf 12.3.2020]).

⁴⁶ Internet: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf> (Abruf 12.3.2020).

D. Verfahrensfortgang nach abgeschlossener Mediation

Die nach einer erfolgreichen Mediation unterzeichnete Vergleichs- oder Mediationsschlussvereinbarung kann bspw. gemäss Art. 34(1) Schiedsordnung SCAI bei entsprechendem Parteiantrag und mit Zustimmung des Schiedsgerichts in Form eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut zu Protokoll genommen werden. Ein solcher Schiedsspruch bedarf keiner Begründung. Die ICC-Schiedsregeln sehen diesfalls auf Antrag der Parteien und mit Zustimmung des Schiedsgerichts in Art. 33 den Schiedsspruch aufgrund Einvernehmens der Parteien (Award by Consent) vor.⁴⁷

Mögliche Einschränkungen können hinsichtlich der Umwandlung einer Mediationsschlussvereinbarung in einen Schiedsspruch bestehen, wenn die Parteien in der Mediation nicht nur die dem Arb-Med-Arb-Verfahren zugrundeliegende Streitigkeit gelöst, sondern in die Vereinbarung noch weitere zwischen ihnen strittige Punkte aufgenommen haben. Die Schiedsgerichte sind im Rahmen eines Schiedsverfahrens verpflichtet, einen Schiedsspruch in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht, das für die Streitigkeit gilt, und im Rahmen der Befugnisse zu erlassen, die dem Gericht durch die Vereinbarung der Parteien nach dem anwendbaren Schiedsgerichtsgesetz eingeräumt werden. Es ist daher im Einzelfall denkbar und zu prüfen, dass resp. ob die Parteien in der Mediationsschlussvereinbarung auch nicht schiedsfähige Inhalte⁴⁸ vereinbaren, die nicht in einen Schiedsspruch aufgenommen werden können.⁴⁹ Eine Möglichkeit, diesem Risiko zu begegnen, besteht darin, dass sich die Parteien darauf einigen, diese Aspekte nicht in den Schiedsspruch aufzunehmen, sondern in separater vertraglicher Form zu regeln.⁵⁰ Ein über Expertise in der Schiedsgerichtsbarkeit verfügender Mediator wird die Parteien entsprechend beraten können.

Ist die Mediation nicht erfolgreich, wird das während der Mediation sistierte Schiedsverfahren wieder aufgenommen.

IV. Schlussbemerkungen

Die Mediation soll und wird die kommerzielle Schiedsgerichtsbarkeit als die bevorzugte Form der internationalen Streiterledigung selbstverständlich nicht konkur-

renzieren oder gar verdrängen. Sie kann diese jedoch sinnvoll ergänzen, namentlich in der hier dargelegten Variante des Arb-Med-Arb-Verfahrens, und damit verschiedenen Punkten der Unzufriedenheit der «users» der Schiedsgerichtsbarkeit, d.h. v.a. der Parteien und ihrer Exponenten, begegnen. Entsprechende Erhebungen zeigen, dass aktuelle Mediationen Streitigkeiten aus einem breiten Spektrum umfassen, mit teilweise durchaus hohen Streitwerten.⁵¹ Die Zeit- und Kostenersparnis liegt bei einem erfolgreichen Abschluss einer Mediation und damit des Schiedsverfahrens auf der Hand.⁵² Umgekehrt ist der Zusatzaufwand an Zeit und Kosten für eine ein- bis zweitägige Mediation mit der entsprechenden, überblickbaren Vorbereitungszeit relativ gering und insbesondere bei komplexen Schiedsverfahren mit hohem Streitwert selbst dann verkräftbar, wenn die Mediation keinen Erfolg zeitigen sollte.⁵³ Auch das «Verzögerungspotential» für eine (bösgläubige) Partei, welche sich nur auf eine Mediation einlässt, um das Verfahren zu verschleppen (weil sie bspw. aufgrund einer bestehenden Arb-Med-Arb-Klausel dazu verpflichtet ist), ist – wenn das Ganze wie erläutert richtig «aufgegleist» wird – doch relativ beschränkt, zumal empfohlen wird, das Mediationsfenster zeitlich zu limitieren.

Die Nachfrage auf der Nutzerseite für Kombinationen von Schiedsverfahren mit Mediationen im Sinne von Arb-Med-Arb-Verfahren in Fällen, in welchen die Streitigkeit nicht ausprozessiert werden soll, ist gegeben und wird weiter zunehmen, wie dies aus direkten Gesprächen mit Unternehmern und Inhouse-Counsel oder an Fachveranstaltungen⁵⁴ immer wieder deutlich wird.⁵⁵ Diesen Tatsachen sollte man sich als – insbesondere auch schweizerischer – Schiedspraktiker und Prozessrechtlicher nicht verschliessen, ebenso nicht, dass namentlich im angelsächsischen bzw. Common-Law-Rechtsraum die Durchführung von Mediationsfenstern in Schiedsverfahren bereits etablierter ist.⁵⁶

⁴⁷ Mit entsprechender Anerkennungs- und Vollstreckungsmöglichkeit in den Vertragsstaaten der New York Convention.

⁴⁸ S. Art. 177 Abs. 1 IPRG mit Bezug auf die internationale und Art. 354 ZPO mit Bezug auf die nationale Schiedsgerichtsbarkeit; BERNHARD BERGER/Franz KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. A., Bern 2015, N 210 et seqq.

⁴⁹ MATTHIAS WIGET, *Der Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut im Schweizerischen Schiedsgerichtsrecht*, ZZZ 2010, 247 ff., 249.

⁵⁰ S. auch JANET C. CHECKLEY/NADJA M. ALEXANDER, *Arb-Med-Arb in cross-border disputes*, *Financier Worldwide* 2018, 1 ff.

⁵¹ Bspw. die ICC Dispute Resolution 2018 Statistics, 17, nennen als häufigste Fälle Bau- und Ingenieurstreitigkeiten, vor solchen im Zusammenhang mit Energie und Telekommunikation, mit Streitwerten zwischen USD 250'000 und 860 Mio. USD (Internet: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-arbitration-figures-reveal-new-record-cases-awards-2018/> [Abruf 12.3.2020]).

⁵² Diese Aussage gilt auch für den Fall, dass eine Co-Mediation mit zwei Mediatoren durchgeführt wird.

⁵³ Die ICC Dispute Resolution 2018 Statistics (FN 51) beziffern die Kosten der bei der ICC registrierten Mediationsverfahren (inkl. Administrationskosten) auf durchschnittlich USD 18'500.

⁵⁴ «Mediation is banging on our door» (Aussage einer schwedischen Schiedsrichterin an einer kürzlich abgehaltenen Schiedsgerichtsbarkeitskonferenz in Skandinavien).

⁵⁵ S. auch die geäußerten Präferenzen in beiden Surveys für Kombinationen von Schiedsverfahren mit ADR oder «hybrid processes» (FN 2).

⁵⁶ S. u.a. BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS (FN 18), Einl. 12. Kap. IPRG N 329 et seqq., sowie insbesondere die SIAC-SMIC Initiative (FN 30 a.E. und FN 42).

Aus diesen Gründen ist es angezeigt, die Wirtschaftsmediation als eine Variante⁵⁷ der Streiterledigung hierzulande entsprechend weiter bekannt zu machen,⁵⁸ die bei den Schiedspraktikern allenfalls noch bestehenden Zweifel an Praktikabilität und Erfolgsaussichten der Mediation, im Besonderen im Rahmen der kombinierten Variante des Arb-Med-Arb-Verfahrens, durch gründliche Aufklärung auszuräumen versuchen und für die spezifische Ausbildung⁵⁹ zu sorgen.

⁵⁷ Mit Bezug auf eine andere Alternative für Schiedsverfahren kann auch auf das Projekt eines Zurich International Commercial Court hingewiesen werden (s. Vernehmlassung der Arbeitsgruppe «Zurich International Commercial Court» des Zürcher Anwaltsverbands in der laufenden Revision der ZPO zur Schaffung der entsprechenden bundesgesetzgeberischen Voraussetzungen, unterstützt vom Ordre des avocats de Genève, der seinerseits die Schaffung eines spezialisierten Gerichts in Genf anstrebt); andere Jurisdiktionen kennen solche ähnliche spezialisierte Gerichte in unterschiedlicher Ausgestaltung, z.B. die Niederlande: «Netherlands Commercial Court», Deutschland: «Kammer für internationale Handels-sachen am Landgericht Frankfurt», oder Singapur: «Singapore International Commercial Court».

⁵⁸ S. bspw. jüngst die beiden Veranstaltungen der SCAI/SKWM vom 1. Oktober 2019 sowie der ZAV Fachgruppen Schiedsgerichtsbarkeit und ADR/Mediation und der ASA Lokalgruppe Zürich vom 12. November 2019.

⁵⁹ Die Swiss Arbitration Academy (Internet: <https://www.cas-arbitration.org> [Abruf 12.3.2020]) bietet bspw. im Rahmen ihrer zertifizierten Lehrgänge, darunter eines CAS-Lehrgangs,

Allfälliger Skepsis gegenüber der eigenständigen oder *Stand-alone*-Mediation an sich, namentlich wegen angeblich mangelnder Effizienz, oder weil eine Mediationsabschlussvereinbarung einer eigenständigen Mediation am Ende international allenfalls (noch) nicht vollstreckt werden könnte,⁶⁰ kann ebenfalls unter Verweisung auf die dargelegten Vorteile eines richtig strukturierten Arb-Med-Arb-Verfahrens begegnet werden.

So oder anders gilt, dass nicht nur ein internationaler Wettbewerb zwischen Schiedsplätzen⁶¹ besteht, sondern auch ein solcher zwischen den Jurisdiktionen an sich, wie das international für viele juristische Dienstleistungen ohnehin der Fall ist. Diesem Wettbewerb muss man sich auch mit dem Angebot von verschiedenen Varianten und Alternativen zur Lösung von Streitigkeiten aktiv stellen. Die Schweiz als qualitativ erstklassige Jurisdiktion verfügt dafür über alle notwendigen Voraussetzungen. Mit dem vermehrten Angebot der Variante Arb-Med-Arb kann der reputable Schiedsplatz Schweiz auf Dauer nur profitieren, und das entsprechende Potential sollte nach Auffassung des Verfassers nicht einfach anderen Schiedsplätzen überlassen werden.

auch ein Modul an, welches das Arb-Med-Arb-Verfahren behandelt.

⁶⁰ S. FN 34.

⁶¹ S. bspw. auch die 2018 im Vergleich zu 2015 offenbar leicht rückläufigen Fallzahlen von Schiedsverfahren der SCAI: Internet: <https://www.swissarbitration.org/Zahlen-und-Fakten> (Abruf 12.3.2020).