

Nr. 62

**Die Rolle des Schiedsrichters bei vergleichsweiser
Beilegung des Streites**

In: Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage (ASA) 1995,
Nr. 3

S. 568-589

**Die Rolle des Schiedsrichters bei vergleichsweiser
Beilegung des Streites***

A. Einleitende Bemerkungen

1. Allgemeines

In der Schiedsgerichtsbarkeit werden vermutlich mehr als die Hälfte der Prozesse durch Vergleich beendet; in jedem Verfahren ist daher die Frage gestellt, ob vergleichsweise Erledigung in Betracht fällt. Denn die zu erteilenden Antwort wird das Verhalten der Richter im Schiedsverfahren in der einen oder anderen Weise beeinflussen. Ein Vergleich darf so lange als möglich gelten, als er nicht durch zwingende Gründe ausgeschlossen wird; solche können etwa in "emotionaler Verfangenheit" der Parteien oder (bei grossen

* Einführungsreferat an der Tagung der ASA in Bern vom 8. September 1995.

Unternehmen und vorab bei Staatsbetrieben) im Fehlen von Entscheidbefugnis und Verantwortungsbereitschaft für einen Vergleichsschluss bei den zuständigen Instanzen liegen. Der Abschluss eines Vergleichs wird weiterhin auch erschwert, wenn dies seitens der Entscheidbefugten das Eingeständnis von Fehlern, begangen in der streitverursachenden Transaktion, impliziert.

Im Gegensatz zum Prozess ist das Verfahren der Vergleichsverhandlungen, des Vergleichsschliessens oder der auf einem Vergleich beruhenden Verfahrenserledigung rechtlich nicht geregelt; diesbezügliche Doktrin ist spärlich. Vorweg und allgemeinen kann nur die Forderung aufgestellt werden, dass die Schiedsrichter ihr Vorgehen konsequent auf die echten Bedürfnisse, die wohlverstandenen Interessen und die berechtigten Erwartungen der Parteien ausrichten. Dies gilt bereits in der Frage, ob das Gericht das Zustandekommen eines Vergleichs anregen und fördern soll oder nicht.

2. Zur "Phänomenologie" der Vergleiche

Ein Vergleich wird durch Vereinbarung der Parteien zustande gebracht. Nicht jede während des Verfahrens geschlossene Parteiabrede wird indessen von diesem Begriff erfasst, sondern nur jene, mit der die Streitsache materiellrechtlich geregelt wird. Nicht hierher gehören die sehr häufig vorkommenden prozessualen Abreden der Parteien (über die einzureichenden Rechtsschriften, Umfang und Modalitäten der Beweisabnahme usw.). Auch Abmachungen, mit denen Fakten "ausser Streit gestellt" werden, sind prozessualer Natur, mögen sie auch unmittelbar erkennbare rechtliche Folgen haben; Vergleich ist nur, was ohne richterlichen Spruch bereits für sich Recht macht.

"Vergleich" ist nicht begriffsnotwendig eingeschränkt auf die einvernehmliche Erledigung der gesamten Streitsache. Häufig genug wird mit einer Vereinbarung bloss ein Teil derselben erledigt; man spricht dann von "Teilvergleich", der aber in der rechtlichen Struktur sich nicht vom "Gesamtvergleich" unterscheidet und hier nicht besondere Betrachtung fordert. Bloss der Vollständigkeit halber sei

festgehalten das begriffliche Erfordernis des Vergleichs, dass nicht bloss die eine Partei auf (einige oder alle) Ansprüche verzichtet bzw. entsprechend jene der Gegenpartei anerkennt, sondern dass beide Teile i. S. eines Austauschverhältnisses gegenseitig Konzessionen machen, andernfalls begrifflich Forderungsverzicht bzw. Schuldanerkennung vorliegen würde. Auch diese sind, Zustimmung der Gegenseite vorausgesetzt, als privatrechtliche Verträge möglich, entfalten jedoch auch als einseitige Parteierklärungen nach prozessrechtlichen Regeln die Wirkungen der Klagereduktion bzw. Klageanerkennung.

Hier ist noch eine letzte Variante von Parteivereinbarungen zu vermerken, die im strengen Sinne keine Vergleiche darstellen, aber ähnliche Funktion wahrnehmen: Die einvernehmliche Veränderung der rechtlichen Entscheidungsgrundlagen des Schiedsverfahrens. Zu denken ist vorab an jene Fälle, in denen rechtlich nur eine Entscheidung i. S. eines "Alles oder Nichts" möglich ist (Verjährung eingetreten oder nicht o. dgl.; vgl. dazu auch die Hinweise unten lit. B Ziff. 2 in fine). Entgegen der Fiktion, dass das Privatrecht bei bekannten faktischen Verhältnissen eine klare Rechtsfolge vorzeichne, ist (wie der Privatrechtswissenschaftler ungerne, aber doch, zugestehen muss) Ambivalenz der rechtlichen Verhältnisse durchaus denkbar (nicht zu sprechen davon, dass erst recht die massgeblichen Fakten ungewiss sein können). Es sind die Fälle daher verhältnismässig häufig, in denen das Gericht, da für beide der "Schwarz- oder Weiss-Entscheidungen" gewichtige Gründe sprechen, am liebsten eine Mittellösung treffen würde, die indessen juristisch nicht begründet werden kann, während die Parteien, beide einen Totalverlust ihrer Ansprüche befürchtend, ihrerseits ebenfalls gerne eine Zwischenlösung sehen würden. Diesfalls bietet sich der Ausweg an, dass die Parteien, wenn sie nicht den Weg zu einer materiellen Einigung finden, wenigstens das Gericht ermächtigen, in dieser Frage nach "Recht und Billigkeit" zu entscheiden, um das von allen Teilen gewünschte Ergebnis zu ermöglichen.

3. *Gegensätzlichkeit von Prozessverfahren und Vergleichsverhandlungen*

RUDOLF V. JHERING (1818-1892; auch IHERING geschrieben) war ein berühmter, einflussreicher und anregender Jurist; die von ihm in die Diskussion eingeführte Figur der "culpa in contrahendo" beschäftigt uns heute noch. Weltberühmt und auch in Laienkreisen bekannt wurde er jedoch allein durch seine Schrift "Der Kampf ums Recht" (1872), die er unter das Motto stellt: "Im Kampf sollst du dein Recht finden" und die so beginnt: "Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf" (wenig bekannt ist demgegenüber die zehn Jahre später erschienene Publikation über das Trinkgeld, in welcher der gleiche Gedanke in symmetrischer Umkehrung – Verwerflichkeit des Gebens ohne Pflicht – vorgetragen wird). Die von ihm vertretene Auffassung, dass jedermann moralisch verpflichtet sei, seine privatrechtlichen Ansprüche kompromisslos durchzusetzen und keine Leistungen ohne Leistungspflicht zu erbringen, ist von Grund auf verfehlt. Sie verkennt das Prinzip der "Selbstverwirklichung" des Privatrechts, das sich nicht durch Richterspruch, sondern aufgrund der Einsicht der Beteiligten realisiert, was häufig genug das Abgehen von Maximalpositionen voraussetzt. – Mit diesem Hinweis soll deutlich werden, dass einerseits strikte Rechtsdurchsetzung, die angesichts der bereits angedeuteten Möglichkeit der Ambivalenz der Rechtsverhältnisse häufig genug nicht ohne Richterspruch auskommt und für Vergleichsschluss keinen Raum lässt, und andererseits vergleichsweise Erledigung, die im subjektiven Verständnis der Parteien regelmässig ein Element des Anspruchsverzichts bzw. pflichtloser Leistungserbringung einschliesst, zwei völlig verschiedene Welten sind. Das bedeutet aber für das Schiedsverfahren, dass das Führen von Vergleichsgesprächen innerhalb eines Schiedsverfahrens eine Sache ist, die der regulären Verfahrensabwicklung mit dem Ziel richterlicher Entscheidungsfindung gänzlich entgegengesetzt ist.

Dieser einleitende Hinweis zur Untermauerung des Grundanliegens, dass die Vergleichsverhandlungen vom Prozessverfahren zu trennen sind, dies strikt und in jeder Hinsicht: Verfahrensmässig, aber auch im Selbstverständnis der Akteure, die

wissen und fühlen müssen, dass es eine grundverschiedene Sache ist, im Prozess oder aber in einem Vergleichsgespräch sich zu bewegen. Gleichzeitig ist aber mit dem Gesagten auch festgehalten, dass im engeren Sinn juristische Aussagen zum Phänomen Vergleich als einem "antijudiziellen" Institut nicht möglich sind, im folgenden daher auch keinerlei wissenschaftlich-juristische Aussagen, sondern allein praktische Überlegungen erwartet werden dürfen.

4. Motive zum Anstreben vergleichsweiser Erledigung

Bei allen Beteiligten wird das Streben nach Minimierung der Kosten im weitesten Sinn wegleitend sein: Ersparen von Arbeit, Schonung der Nerven, Vermeidung von Ausgaben.

Die *Parteien* werden durch die Prozessvorbereitung arbeitsmässig mehr belastet, als dem Gericht erkennbar ist; man will diesen Zeitaufwand vermeiden, um produktiv arbeiten zu können. Prozessieren hebt keineswegs das kommerzielle Ansehen eines Unternehmers, kann dagegen künftige Geschäfte in Frage stellen.

Beim *Gericht* kommt zum Zeitaspekt hinzu die Neigung, die eigene Sachentscheidung zu vermeiden und damit gleichzeitig die Sorge zu beseitigen, die eine oder gar beide Parteien in ihren Erwartungen zu enttäuschen: Richter lieben Vergleiche, weil diese eine "relative Zufriedenheit" beider Parteien garantieren, nehmen diese doch durch Vergleichsschluss die Verantwortung für das Prozessergebnis auf sich.

5. Die verschiedenen Verfahrensmodalitäten bei Vergleichsgesprächen

a) Gespräche ohne Beteiligung des Gerichts

Vor allem im englischsprachigen Raum werden Vergleichsgespräche als eine Angelegenheit allein der Parteien betrachtet; das Gericht bleibt ausgeschaltet und wird erst im Nachhinein

vom Ausgang unterrichtet. Diese Praxis ist zu sehen im Zusammenhang mit der Auffassung, dass die Beteiligung des Richters an Vergleichsgesprächen ihn in gleicher Sache als Richter disqualifiziere. Hier mag offen bleiben, ob diese Tradition noch voll aufrecht steht oder neuerdings ins Wanken gerät. Jedenfalls ist der genannte Sachverhalt immer auch auf dem Kontinent zu bedenken, sobald wenigstens eine der Parteien oder einer deren Vertreter aus dem englischen Sprachraum stammt, damit dessen unterschiedlichen Anschauungen durch Klarstellungen und allfällige explizite Verfahrensregelung gebührend Rechnung getragen werden kann.

b) Gespräche mit Beteiligung des Gerichts

Dieses Vorgehen ist die in der Schweiz (und wohl überhaupt in kontinentaler Tradition) die vorherrschende Form. Die heutigen Bemerkungen beschränken sich auf diese Variante.

Vorweg sei bemerkt, dass sich das folgende hauptsächlich an "grossen" (d. h. komplexen, lange dauernden, mit Aufwand betriebenen) Verfahren orientiert, bei denen am meisten Probleme auftauchen. Übertragung auf einfache Verhältnisse sollte keine Mühe bereiten. Sodann werden wir uns auch auf das äusserlich Fassbare beschränken und uns nicht auf die Feinheiten der Verhandlungspsychologie einlassen.

B. Die Anregung von Vergleichsgesprächen

1. Gebotene Zurückhaltung des Gerichts bei der Veranlassung von Vergleichsgesprächen

Wie das Schiedsverfahren überhaupt auf die Bedürfnisse und Wünsche der Parteien auszurichten ist, sollte auch in der Frage der Vergleichsgespräche dem Erwartungshorizont der Parteien Rechnung getragen werden. Das bedeutet einerseits, dass das Gericht nach Kräften das Zustandekommen eines Vergleichs fördern soll, wenn mindestens

eine Partei diesen sucht; andererseits darf es nicht vorkommen, dass widerstrebende Parteien zu einem Vergleich gedrängt oder gar genötigt werden. Die in der deutschen ZPO (§ 279) statuierte, wohl aber auch in kantonalen Prozessordnungen ähnlich anzutreffende Regel, wonach Vergleichsbemühungen gewissermassen zur Richterpflicht gemacht werden (vgl. dazu auch RAESCHKE-KESSLER, gem. Literaturhinweis am Ende, p. 255 ff.) darf nicht auf das Schiedsverfahren übertragen werden (zumal diese Regel vorab veranlasst scheint durch das Bestreben der Entlastung der Gerichte und der Reduktion der Justizkosten; vgl. RAESCHKE-KESSLER, a. a. O., p. 256).

Zwar mag es durchaus vorkommen, dass die Parteien während noch schwebenden Vergleichsverhandlungen ein Schiedsverfahren einleiten und in diesem gewissermassen die Fortsetzung ihrer bisherigen Verhandlungen sehen, oder dass die Parteien zum vornherein die Erwartung formulieren, dass das Schiedsverfahren in einen Vergleich ausmünde. Wenn Unklarheit bezüglich der Erwartungen der Parteien besteht, ist es angezeigt, da dann am unverfänglichsten, gleich zu Beginn des Verfahrens darüber Klarheit zu schaffen. Demgegenüber muss aber an das Grundsätzliche erinnert werden, das genau entgegengesetzt sich darstellt: Die Parteien leiten das Schiedsverfahren ein, weil ihre eigenen Vergleichsbemühungen gescheitert sind. Damit wird zwangsläufig die Vermutung begründet, dass die Parteien keine (weiteren) Verhandlungen, sondern ein Urteil sehen wollen. Die Schiedsrichter ihrerseits haben durch Übernahme des Mandats den Parteien den von diesen im Regelfall gewünschten Erfolg (Urteilsfällung) zugesichert. Vergleichsgespräche laufen diesem "Gesetz, nach dem sämtliche Beteiligten angetreten" sind, zuwider, weshalb sie alle, wenn auch aus verschiedenen Gründen, zögern, veranlassen zu wollen, dass die "Opéra tragi-comique" des Schiedsverfahrens plötzlich nach einem gänzlich andersartigen Libretto weitergespielt werde.

Die *Parteien* haben Hemmungen, den Wunsch nach Vergleichsgesprächen zu äussern, weil dies als Zeichen ihrer Schwäche ausgelegt werden könnte. Ist dies so, erscheint es als sachgerecht, wenn es zu gegebener Zeit der Präsident der Schiedsgerichts ist, der als erster

(informell und in einer Verhandlungspause) das Stichwort "Vergleich" fallen lässt.

Auch das *Schiedsgericht* hat guten Grund, bezüglich der Anregung von Vergleichsgesprächen den Schein zu wahren und Zurückhaltung zu üben. Zu bedenken ist, dass der auf Vergleich drängende Schiedsrichter wenigstens dem formellen Anschein nach sich in der Situation desjenigen befindet, der sich aus einer einmal übernommenen Aufgabe hinausstellen will. Zur Wahrung der Selbstachtung des Schiedsgerichts wie im Interesse der Sache ist zu fordern, dass die Bereitschaft der Richter, das Verfahrens bis zum Abschluss durch Urteil zu fördern, niemals in Zweifel gerate. In allen Phasen der Vergleichsgespräche sollte sodann immer jedermann klar sein, dass es primär die Parteien sind, welche den Vergleichsschluss suchen und die aus ihm Nutzen ziehen.

2. Geeigneter Zeitpunkt der Initiierung von Vergleichsgesprächen

"Timing" ist wichtig, um das Stichwort Vergleich im "fruchtbaren Moment" fallen zu lassen. Im Regelfall (Ausnahmen wurden oben vorweg genannt) wollen die Parteien am Anfang des Verfahrens von Vergleichsgesprächen nichts hören, wie auch bei den Richtern meist noch keine grosse Neigung zur sofortigen Verfahrensbeendigung besteht. Kurz vor Erreichung der "Urteilsreife" des Verfahrens ist der durch Vergleich zu erreichende Vorteil zu bescheiden; das Richtige liegt irgendwo dazwischen.

Vor der ersten mündlichen Verhandlung wird wohl bloss selten die Anregung von Vergleichsgesprächen in Frage kommen; die Tradition der "Referentenaudienz" des Zürcher Handelsgerichts ist nicht auf das Schiedsverfahren zu übertragen. Es ist bewährter Rat, die Parteien schreiben zu lassen, solange sie Lust dazu verspüren; vorher wird jedenfalls die Vergleichsbereitschaft gemindert sein. Auch bei Anlass der ersten mündlichen Verhandlung wird man oft das Verfahren (z. B. durch Parteibefragung) ein Stück vorantreiben müssen. In komplexen Prozessen mit umfangreichem Zeugenbeweis müssen wohl

häufig auch die Einvernahmen ein Stück weit durchgeführt werden. Reelle Vergleichsaussichten bestehen dann, wenn die Beteiligten einen ersten Überblick über die Beweislage und damit über die Prozessaussichten gewonnen haben; vergleichsfördernd wirkt sodann, wenn die Parteien bereits etwas "Dampf abgelassen" haben und Prozessmüdigkeit aufzukommen beginnt.

An dieser Stelle ist die nicht selten vorkommende, typisierte Streitsituation zu vermerken, bei der die Parteien in einem ganz grundsätzlichen Punkt (der "Grundsatzentscheidung") entgegengesetzte Positionen vertreten, im übrigen aber, wenn diese Frage geklärt wäre, in den anschliessenden "Sekundärpunkten" jedoch sich (vielleicht) einigen könnten. An Beispielen sind vorab zwei Gruppen denkbar: Erstens kann die Grundsatzentscheidung die Frage aufbringen, nach welchen Regeln ein als solcher unbetrittener Anspruch zu berechnen sei (dies ist oft die Grundlage von Abrechnungsstreitigkeiten), oder aber zweitens die elementare Frage betreffen, ob zwischen den Parteien überhaupt ein Forderungsverhältnis besteht (so, wenn streitig ist, ob ein Vertrag zustande gekommen sei, ob die notwendigen Voraussetzungen der Entstehung eines bestimmten Vertragsanspruchs sämtliche erfüllt seien, ob der eingeklagte Anspruch der Verjährungseinrede unterliege usw.). In derartigen Fällen stehen die Beteiligten vor dem Problem, ob in die Verhandlungen bzw. die anzustrebende Vergleichslösung beide Ungewissheiten (jene über die Grundsatzentscheidung wie jene über die Sekundärpunkte) einzubeziehen, oder aber die Vergleichsbemühungen zum vornherein auf das Letztere zu beschränken seien. Gerade in derartigen Ausgangssituationen ist eine rasche Klarstellung der Vergleichsmöglichkeiten angezeigt, da erst diese eine sinnvolle Gestaltung des Schiedsverfahrens selber erlaubt: Ist erkennbar, dass die Parteien in der "Grundsatzentscheidung" nicht zu einem Vergleich werden gelangen können, andererseits Hoffnung auf Vergleich in den Sekundärpunkten berechtigt ist, wird es sich aufdrängen, das Verfahren vorerst auf den Grundsatzentscheid zu beschränken und möglichst rasch durch Urteil zu erledigen, um dann über die sich ergebenden Folgen den Vergleich zu suchen. Andererseits ist aber auch die entgegengesetzte Variante denkbar, in der gerade die grundlegende Ungewissheit über die Grundsatzentscheidung die Parteien vergleichsbereit stimmt, sodass sich

das umgekehrte Vorgehen, d. h. Beginn der Vergleichsgespräche über sämtliche Streitpunkte vor einem Sachentscheid des Schiedsgerichts, sich aufdrängt.

3. Vorverhandlungen über die Aufnahme von Vergleichsgesprächen

Naheliegender und angezeigt ist es, bei den Gesprächen darüber, ob überhaupt Vergleichsverhandlungen Sinn machen, die Thematik dieser Verhandlungen, d. h. der mögliche Gegenstand anzustrebender Vereinbarungen abzustecken. Auch wenn als Maximalziel meist ein Gesamtvergleich vorschwebt, ist es sinnvoll, auch allfällige Minusvarianten zu erwägen: Vergleichsweise Erledigung bloss einzelner Positionen der anhängigen Klagebegehren, oder, wenn selbst dies nicht erreichbar ist, wenigstens prozessuale Vereinfachungen des Prozesses, wie durch "ausser Streit Stellen" von Fakten, Einschränkung der Zahl der zu hörenden Zeugen o. dgl.

Auch die Rolle des Gerichts bei den Vergleichsverhandlungen ist vorzugsweise innerhalb dieser Vorgespräche zu definieren. In Frage kommt zweierlei: Vorerst einmal Beschränkung der Aktivität des Gerichts auf blosser Leitung der Gespräche, oder aber aktive Teilnahme an denselben. In der Regel werden die Parteien das letztere erwarten und darüber hinaus auch die Unterbreitung eines Vergleichsvorschlages und Beteiligung an dessen Diskussion wünschen.

C. Eröffnung der Vergleichsgespräche

1. Minimale Formalisierung der Eröffnung der Vergleichsgespräche

Sind diese Gespräche ihrerseits nicht rechtlich geregelt und daher keinen festen Regeln unterstellt, ergibt sich doch ein gewisser Zwang zum Formalen, um sie gegen das Schiedsverfahren abzugrenzen. Sobald die Schiedsrichter überhaupt in Vergleichsgespräche einbezogen

sein sollen, muss für klare Grenzziehung gesorgt werden. Vorab ist festzuhalten, dass Vergleichsgespräche eröffnet werden und damit das Schiedsverfahren selber suspendiert, d. h. vorübergehend geschlossen ist. Im übrigen ist es ratsam, im Protokoll festzuhalten:

- dass die Parteien das Schiedsgericht um die Einschaltung der Vergleichsepisode ersucht haben;
- dass im Falle des Scheiterns der Vergleichsbemühungen das Verfahren seinen Fortgang nehmen soll und die Schiedsrichter ihre Eignung als Richter durch Beteiligung an den Vergleichsgesprächen nicht verlieren;
- (falls zutreffend) dass die Parteien das Gericht um einen Vergleichsvorschlag ersuchen;
- (falls erforderlich) Umschreibung des Verhandlungszieles (vgl. dazu auch oben lit. A Zif. 2) und andeutungsweises Umschreiben des Vorgehens.

2. Bei diesem Anlass wünschbare Zusatzvereinbarungen betreffend den Fall des Scheiterns des Vergleichs

Bei Auftreten grundsätzlicher Vergleichsbereitschaft ist erfahrungsgemäss die Stimmung günstig, für den Fall eventuellen Scheiterns für die Fortsetzung verfahrensvereinfachende Abmachungen zu treffen, wie etwa:

- (Beispiel aus der Praxis) Vereinbarung, dass bei Scheitern des Vergleichs der Entscheid ohne weitere Beweisabnahme (in casu auch ohne weiteren Parteivortrag) aufgrund des derzeitigen Standes der Akten getroffen werden soll;
- (Vorschlag gem. WIPO-Mediation-Rules, Art. 13 / b III) Anordnung, dass das Gericht die ihm "richtiger" scheinende der im Rahmen der Vergleichsgespräche von den Parteien gemachten "letzten Offerten" zum Schiedsspruch zu erheben habe (dieses Modell hat wohl vorab die Wirkung, die Vergleichsverhandlungen selber aussichtsreicher zu machen; für den Urteilsfall sollte weiterhin vorgesehen werden

Verzicht auf Begründung des Schiedsspruchs, da die zu treffende Wahl nach rechtlichen Gesichtspunkten schwer zu begründen ist);

– die Vereinbarung, dass das Gericht nach "Recht und Billigkeit" (statt *stricto iure*) zu entscheiden habe (vgl. dazu die Hinweise oben lit. A Ziff. 2).

3. Erinnerung an die "Spielregeln" der Vergleichsverhandlungen

Je nach Umständen mag mehr oder weniger dringender Anlass bestehen, den Parteien in Erinnerung zu rufen, dass bei Erfolglosigkeit der Vergleichsgespräche diese ohne jede weitere Wirkung bleiben müssen und der Schiedsspruch dadurch nicht beeinflusst werden darf. Auch im Interesse der Gespräche selber muss ganz klar sein, dass keine der Parteien bei während der Vergleichsgespräche eingenommenen Standpunkten oder Zugaben behaftet werden darf; die Vergleichsgespräche müssen eine Episode darstellen, über die bei Fortgang des Verfahrens der Mantel des Vergessens gebreitet bleibt. Diese Zusammenhänge sind im übrigen einer der Gründe, weshalb strikte Trennung der Vergleichsgespräche vom eigentlichen Schiedsverfahren gewährleistet und im Bewusstsein der Beteiligten verankert sein muss.

D. Durchführung der Vergleichsgespräche

1. Teilnehmende Personen

Seitens des *Schiedsgerichts* ist Teilnahme aller Schiedsrichter die Regel; Beschränkung auf den Vorsitzenden wäre, falls den Parteien genehm, ohne weiteres denkbar.

Seitens der *Parteien* ist die Frage, wer diese an den Gesprächen vertritt, von entscheidender Bedeutung; das Gericht kann und soll hier allenfalls insistieren, d. h. seine Mitwirkung von entsprechenden Voraussetzungen abhängig machen (eine Kompetenz zu verpflichtender Ladung bestimmter Personen geht dem Schiedsgericht ab). Wichtig ist

vorab, dass in der internen Hierarchie der Parteien möglichst hochrangige, entscheidbefugte Personen teilnehmen bzw. solche, welche die Folgen des Vergleichsschlusses bzw. des Scheiterns der Vergleichsbemühungen zu tragen haben (Geschäftsinhaber, gegebenenfalls sogar involvierte Banken). Umgekehrt sollen Personen, die an der streitverursachenden Transaktion persönlich beteiligt waren, möglichst wenig Sagen haben (Emotionalität, Auf-dem-Spiel-Stehen eigener Verantwortlichkeit).

2. Vergleichsvorschlag des Gerichts

Die Auffassung, dass auch Vergleichsgespräche mit beidseitigen Erklärungen oder gar Plädoyers der Parteivertreter zu eröffnen seien und das Gericht erst spät aktiv werden solle (so insbesondere die Auffassung von *RAESCHKE-KESSLER*, a. a. O., p. 266 ff.), mag gelegentlich sachgerecht sein; als allgemeine Regel möchte ich sie keineswegs gelten lassen, dies wenigstens dann nicht, wenn, wie hier vorausgesetzt, die Parteistandpunkte bereits weitgehend vorgetragen wurden. Das sog. Rechtsgespräch ist in der Tat gelegentlich sehr hilfreich und ev. auch vergleichfördernd, sollte aber, wenn durchgeführt, nicht als Bestandteil der Vergleichsgespräche, sondern vielmehr des Schiedsverfahrens selber betrachtet werden (dies schon deshalb, weil u. U. in einem solchen Gespräch von den Parteien oder dem Gericht bindende Erklärungen abgegeben werden können).

Schon bekannte Standpunkte ein weiteres mal hören zu müssen ist nicht vereinbar mit dem Grundanliegen der Vergleichsgespräche, den Streit und die divergierenden Standpunkte wenigstens vorübergehend zu vergessen, die Gespräche auf eine andere, nicht-juristische Ebene zu heben mit dem Ziel, eine gemeinsame Basis zu suchen durch Schaffung beidseitigen Verständnisses für die Sicht und die Lage der Gegenpartei. Ist das Gericht, wie regelmässig, zur aktiven Beteiligung aufgefordert, bedeutet dies in aller Regel, dass das Gericht (vorab der Vorsitzende) die Gespräche einleitet, was meist Unterbreitung und Erläuterung des Vergleichsvorschlages gleich zu Beginn heisst.

Wenn das Gericht aufgefordert ist, einen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten, soll dieser innerhalb des Gerichts mit einlässlicher Beratung erarbeitet werden; den Parteien wäre auch mitzuteilen, wenn der Vorschlag nur auf Mehrheitsmeinung beruht.

Eine umstrittene und letztlich nicht mit einfachen Formeln zu beantwortende Frage geht dahin, ob der Vergleichsvorschlag strikt auf rechtlicher Beurteilung im derzeitigen Kenntnisstand beruhen muss oder auch ausserrechtliche Gesichtspunkte (d. h. solche, die im Urteilsfall ausser Betracht bleiben müssten) einbeziehen darf und soll. Der Schreibende vertritt hier, wenigstens dem Grundsatz nach, entschieden die letztere Auffassung. Die vielleicht als überflüssig empfundenen Hinweise auf JHERING und das Aufzeigen des letztlich ausserrechtlichen, ja "antijudiziellen" Charakters des sich Vergleichens hatte nicht zuletzt den Zweck, die Begründung für diese Auffassung vorzubereiten: Der Vergleich hat seine Rechtfertigung nicht im Recht, sondern in der Willensübereinstimmung der Parteien, und diese beruht primär keineswegs auf rechtlichen Rücksichten, vielmehr auf anderen Elementen: Offenkundig und vordergründig auf ökonomischen Überlegungen, hintergründig und uneingestandenermassen insbesondere auch auf emotionalen Motiven. Es ist für den Juristen angezeigt, sich Rechenschaft zu geben, dass im Vergleichsgespräch als einem ausserrechtlichen Vorgang die rechtliche Beurteilung der Streitsache keinen Selbstwert besitzt sondern herabsinkt zu einem Faktor der Berechnung einer an sich ausserrechtlichen, wenn auch vergleichsbestimmenden Grösse, nämlich der ökonomischen Bewertung des im Fall des Scheiterns eines Vergleichs bestehenden Prozessaussichten (eine Ziffer, die wiederum durch prozessual-externe Kostenfaktoren oder durch Gesichtspunkte wie jener der Vollstreckbarkeit zu korrigieren ist). Ist es zutreffend, dass der Vergleichsschluss der Parteien kaum je allein durch rechtliche Überlegungen bestimmt ist, macht die Regel wenig Sinn, dass der einen Vergleichsvorschlag unterbreitende Richter ausserrechtliche Gesichtspunkte nicht in seine Überlegungen einbeziehen dürfe. Die Forderung nach strikt rechtlicher Beurteilung ist nur gerade soweit gerechtfertigt, als sie die Darstellung der Prozessaussichten und -risiken betrifft. – Mit diesen Hinweisen ist das hier aufgeworfene Problem keineswegs gelöst, vielmehr höchstens die Rahmenbedingungen dessen

Behandlung angedeutet. Insbesondere bleibt die Frage offen, von welchem Grad an des Überhandnehmens ausserrechtlicher Elemente innerhalb der das Kräftespiel der Verhandlungen bestimmenden Faktoren das Gericht "auf Distanz gehen" muss in dem Sinne, dass es die Wirkung derartiger ausserrechtlicher Gesichtspunkte nicht argumentativ und mit seiner Autorität beeinflusst, sondern sich der Stellungnahme enthält.

Wird ein Vergleichsvorschlag gemacht, muss er, um Wirkung zu tun, auch begründet werden. Hier darf der Obmann (Einzelschiedsrichter) unbesorgt tief Luft nehmen; in dieser Situation ist die Gefahr gering, mit zu viel Einzelheiten die Parteien zu langweilen.

Gelegentlich wird der Vergleichsvorschlag nicht, wie in der Regel, eine einzige Ziffer nennen, sondern bloss den Rahmen der Diskussion abstecken können, damit eine "Schere" eröffnend zwischen einem Minimal- und einem Maximalbetrag. Eine derartige Lösung ist allerdings nur bedingt hilfreich. Setzt sich, wie häufig, der eingeklagte Betrag aus einer Summe von einzelnen Positionen zusammen, ist es umgekehrt in diesem Fall durchaus angezeigt, zwar die derzeitige Beurteilung des Gerichts der einzelnen Positionen vorzutragen, im übrigen aber auf präzise Bezifferung derselben zu verzichten; dies schliesst nicht aus, dass der den Parteien unterbreitete Vorschlag des Schlussergebnisses eine die Einzelfaktoren gesamthaft gewichtende genau bezifferte Gesamtsumme enthält.

Die Begründung wird im übrigen, wie mit gutem Grund Herr Reiner betont hat, vorab auch darzustellen haben, in welchem Sinne das bisherige Verfahren den Streitgegenstand "eingeschränkt" (d. h. einzelne der Klagepositionen wie der Verteidigungspositionen als unhaltbar erwiesen) hat, sodass der im Ergebnis offenstehende und zu regelnde Bereich eingengt ist. In diesem Bereich wird zu erwägen sein, welche Wahrscheinlichkeit des Erfolges den verbleibenden Parteistandpunkten zukommt, dies vorab in Erwägung der noch ausstehenden Beweisabnahmen. Soweit die Aussichten nicht von Fakten, sondern deren rechtlicher Beurteilung abhängen, sind Andeutungen bezüglich

der derzeitigen Rechtsauffassungen des Gerichts im Referat gewiss nicht ganz zu vermeiden und auch erlaubt. Soweit diesbezüglich noch Parteivorträge möglich sind, muss allerdings deutlich zum Ausdruck gelangen, dass alle rechtlichen Äusserungen des Gerichts den Charakter des Vorläufigen haben und im weiteren Verfahren sich andere Auffassungen herausbilden können.

3. Vorübergehender Ausschluss von Beteiligten ?

An einigen Orten besteht noch der Brauch, dass das Gericht vorerst allein mit dem Kläger, anschliessend allein mit dem Beklagten diskutiert. Derartiges ist strikt abzulehnen. Immerhin auch hier keine Regel ohne Ausnahme: Wenn die Gespräche dabei angelangt sind, die eine der Parteien von der Haltlosigkeit der von ihr eingenommenen Positionen zu überzeugen, mag die Gegenpartei sehr wohl ein Interesse haben, dass das Gericht für eine kurze Weile dieses Geschäft in ihrer Abwesenheit, und damit ungehinderter, besorgt. – Andererseits mag es auch vorkommen, dass die Parteien, obwohl sie die Beteiligung des Gerichts an den Gesprächen wünschten, vorübergehend in dessen Abwesenheit diskutieren möchten (vor allem, wenn verfahrensexterne, nicht Prozessstoff bildende, dem Gericht nicht bekannte Umstände ins Gespräch kommen sollen), ein Wunsch, dem zu entsprechen (und soweit voraussehbar, durch entsprechende Einladung zuvorzukommen) ist.

Nur ganz ausnahmsweise wird man einmal auch bloss mit den Anwälten in Abwesenheit deren Parteien sprechen wollen und können, oder umgekehrt – noch seltener – nur mit den Parteien selber ohne deren Anwälte.

4. Bedeutung der Einschaltung von Gesprächspausen

Die Bedeutung, welche das Einschalten von Unterbrüchen der Gespräche haben kann, ist zu wenig bewusst. Die Parteien und deren Vertreter brauchen immer wieder Gelegenheit, sich intern zu beraten: Wenn Stocken der Gespräche eintritt, kann der Grund sehr wohl im dann herrschenden Mangel an interner Kommunikation liegen. Man wartet besser nicht mit Unterbrechung, bis die Parteien selber diese

fordern. – Kaum gesehen wird, dass das Einschalten von Unterbrüchen mit taktischer Absicht und bewusst eingesetzt werden kann, um die Parteien zu eindeutigen Positionsbezügen zu veranlassen: Bei Wiedereröffnung der Gespräche ist es gewissermassen selbstverständlich, dass jede Partei kurz ihren Standpunkt artikuliert.

E. Rechtsnatur und Inhaltsbereich des zu schliessenden Vergleichs

1. Vergleich als privatrechtlicher Vertrag der Parteien

Jeder Vergleich in technischem Sinn stellt einen Vertrag der Parteien dar, welcher primär den Regeln des Vertragsrechts unterliegt; dessen allfällige Einbringung in das Prozessverfahren mit entsprechenden prozessualen Folgen ist nur Sekundärphänomen. Die Vertragsnatur hat insbesondere folgende Konsequenzen:

– Formfreiheit. Mangels dahingehender gesetzlicher Sonderregeln bestehen keine Formvorschriften; insbesondere kann der Vergleich auch bloss mündlich geschlossen werden (anders deutsche ZPO § 1044 a und 1044 b, jeweils Abs. 1, sofern der Vergleich Grundlage eines vollstreckbaren Urteils sein soll). Wenn, wie regelmässig, ein Dokument errichtet wird, brauchen die Parteien nicht zu unterschreiben. Unterzeichnung seitens der kontrahierenden Parteien unterbleibt regelmässig, wenn der Text zum Bestandteil des Protokolls des Schiedsverfahrens erhoben wird.

– Der Vergleich unterliegt der Willensmängel-Anfechtung (nach den Regeln des im Verfahren anzuwendenden materiellen Rechts? oder nach jenen des Sitzes des Schiedsverfahrens? Jedenfalls wäre Rechtswahl möglich!). – Ob (falls Anfechtung nach Abschluss des Schiedsverfahrens erfolgt) prozessuale Vorkehren notwendig sind, hängt von der Art der Prozesserledigung ab (vgl. dazu unten lit. F Ziff. 3 und 4).

2. Die in den Vergleich aufzunehmenden Punkte

– An erster Stelle steht der Vergleichsinhalt i. e. S., d. h. die Umschreibung, welche Leistungen geschuldet, aber auch, welche erlassen wurden. Bei Fokussierung des Vergleichs auf die erhobene Klage ist dies einfach. Zu beachten ist indessen, dass auch "übergreifende" Vergleiche möglich sind, die zwischen den Parteien ausserhalb des Prozesses noch anstehende Probleme bereinigen wollen. Diesfalls ist Klarstellung erforderlich, welche weiteren denkbaren Ansprüche als erledigt oder weiterbestehend anzusehen sind.

– Zu einem *lege artis* redigierten Vergleichstext gehört immer auch, sobald hierüber Zweifel möglich sind, die Bestimmung der im Falle nicht richtiger Erfüllung des Vergleichs eintretenden Rechtsfolgen. Eine in diesem Zusammenhang gelegentlich vorkommende, typisierte Klausel geht dahin, dass bei nicht richtiger/rechtzeitiger Erfüllung des Vergleichs dieser dahinfalle. Zu beachten ist, dass es durchaus vorkommt, dass das Gesagte die Meinung der Parteien auch dann ist, wenn eine explizite entsprechende Klausel im Vergleichstext fehlt. Aufgabe des Gerichtes ist es, zur Vermeidung von Auslegungsproblemen für Klarheit zu sorgen, d. h. in möglichen Zweifelsfällen die eine oder andere der beiden denkbaren Lösungen explizit festzuschreiben. Wird die Variante "Dahinfallen" gewählt, bewirkt dies, dass bei Nichterfüllung des Vergleichs die ursprüngliche Vertragslage wiederhergestellt wird und die der verkürzten Partei zustehenden Ansprüche nicht aus der Nichterfüllung des Vergleichs, sondern jener des Primärvertrages abzuleiten sind.

– Regelung der Tragens der Verfahrenskosten und der Ausrichtung (oder Nichtausrichtung) von Parteientschädigungen.

– Typus des von den Parteien gewünschten Erledigungs-Entscheids des Schiedsgerichts (dazu gleich folgend lit. F) und weitere diesen betreffende Bestimmungen (betr. Zustellung, Hinterlegung, Übersetzung usw.).

- Rechtswahl betreffend den Vergleich ? (vgl. vorstehend Ziff. 1)

F. Verfahrenserledigung nach Abschluss eines Vergleichs

1. Übersicht über die verfügbaren Modalitäten der Verfahrenserledigung

Haben die Parteien einen prozesserledigenden Vergleich geschlossen, ist zu überlegen, was das Schiedsgericht vorkehren soll, um das Schiedsverfahren abzuschliessen. Drei Varianten bieten sich an:

- Gar nichts unternehmen (Ziff. 2);
- Erlass eines prozessualen Erledigungsentscheids (Ziff. 3);
- Erlass eines Sachurteils. (Ziff. 4).

Der Unterschied der Wirkungen der beiden Entscheidungs-Typen liegt im Punkt der Vollstreckbarkeit und der Handhabung der Willensmängel; dazu unten Ziff. 3 und 4.

Die UNCITRAL-Rules (Art. 34 Ziff. 1) erwähnt als Möglichkeit beide Varianten der richterlichen Erledigung i. S. von unten Ziff. 3 und 4, während die Internationale Handelskammer (dispositiv) nur auf die Variante gem. Ziff. 4 hinweist (Art. 17).

Mit aller Deutlichkeit ist hier festzuhalten, dass die Wahl der Modalität des Abschlusses des Verfahrens allein bei den Parteien liegt und korrekterweise die Regelung dieses Punktes im Vergleich erfolgt. Sollte dies aus irgend einem Grund unterblieben sein, hat das Gericht in Auslegung des Vergleichs zu ermitteln, welches der diesbezügliche (unausgesprochen gebliebene) Wille der Parteien war. Im Zweifel ist seitens der Parteien die Absicht der Erlangung eines vollstreckbaren Sachurteils zu vermuten und daher entsprechend zu verfahren. Dies ist aber bei erkennbar entgegengesetztem Willen der einen Partei nicht zulässig, da das nicht auf eigene Rechtsfindung, sondern auf einen Vergleich sich stützende Schiedsgericht ein zu einer Leistung verurteilendes (vollstreckbares) Sachurteil nur erlassen kann, wenn es durch den Vergleich hiezu ermächtigt wird.

2. *Nichts unternehmen*

Diese Variante wird vielleicht überraschen, ist aber häufig Realität. Dies trifft jedenfalls häufig dann zu, wenn die Vergleichsverhandlungen ohne Beteiligung des Gerichts gelaufen sind, das Schiedsgericht nur nachträglich von der Tatsache des Vergleichsschlusses (oft ohne Bekanntgabe dessen Inhalts!) unterrichtet wird. Aber auch bei Vergleich unter Beteiligung des Gerichts mag Untätigkeit angezeigt sein; immer wieder kommt es vor, dass bei Vergleichsgesprächen sich die Dinge überstürzen, die Parteien plötzlich völlig einig sind und, vielleicht ohne auf formelle Ausformulierung des Vergleichs überhaupt einzugehen, das Verfahren als beendet betrachten und erklären, das Schiedsgericht habe "gar nichts mehr zu tun". Stilgerecht und im Schiedsverfahren (anders als im ordentlichen Verfahren) zulässig ist es dann, gegenüber den Parteien nichts zu unternehmen, was diese sich verbeten haben.

Nebenbei sei in diesem Zusammenhang festgehalten, dass bei *Teilvergleichen* es durchaus üblich ist, auf eine prozessuale Erledigung *vorläufig* zu verzichten, d. h. diese dem Endentscheid vorzubehalten. Es ist dies das analoge Vorgehen, das vorherrscht, wenn das Gericht einen Vorentscheid (z. B. über die Zuständigkeit, sc. das Bestehen einer Schiedsklausel), einen Zwischenentscheid (über Vorfragen wie die oben lit. B Ziff. 2 genannten "Grundsatzentscheidungen", z. B. eine Verjährungseinrede) oder ein Teilurteil (mit dem über einen von mehreren Klagebegehren endgültig entschieden wird) erlässt: Es wird die Entscheidung am Protokoll festgehalten und in der einen oder anderen Weise den Parteien mitgeteilt, während die formelle (schriftliche, i. d. Regel begründete, den Fristenlauf für Rechtsmittel auslösende) Mitteilung des Entscheids erst im Endurteil erfolgt.

3. *Prozessualer Erledigungsentscheid*

Im Rahmen dieser Lösung wird ein prozessualer Erledigungsbeschluss (bzw. eine Verfügung des Einzelschiedsrichters) erlassen, dessen Dispositiv im Kerngehalt lautet: "Das Verfahren wird als durch Vergleich erledigt geschlossen".

Zwei Möglichkeiten bieten sich bezüglich der Behandlung des Vergleichstextes an; dieser kann, muss aber nicht, in den Motiven des Entscheids wiedergegeben werden (bejahendenfalls wird es dann im Dispositiv wohl auch heissen: "Vom Vergleich der Parteien wird Vormerk genommen ..."). Ein Unterschied hinsichtlich der prozessualen Wirkungen ist nicht zu erkennen: In beiden Fällen ist der Entscheid nicht vollstreckbar; eine Willensmängel-Anfechtung entfaltet Wirkung nach vertragsrechtlichen Grundsätzen durch ausserprozessuale Erklärung, während es einer Anfechtung des Erledigungsentscheides es nicht bedarf.

4. Erledigung durch Sachurteil

Bei dieser Lösung erlässt das Schiedsgericht einen Schiedsspruch, der sich von einem sonstigen Urteil nur gerade darin unterscheidet, dass die Sachentscheidung nicht auf eigener Rechtsfindung des Gerichts, sondern auf der Vereinbarung der Parteien beruht. Der gesamte materielle Inhalt des Vergleichs (sc. die durch diesen konstituierten Pflichten und Anspruchsverzichte) muss im Dispositiv wenn nicht im Wortlaut, so doch im Gehalt genau übernommen werden und wird damit zum Kern des schiedsgerichtlichen Entscheids. Wiedergabe des Vergleichstextes in den Motiven als der materiellen Grundlage des getroffenen Sachentscheids ist nicht zu entbehren. – Eine Variante könnte darin bestehen, dass die Parteien vergleichsweise bereits den Text des Erledigungsurteils formuliert haben; für die Vollstreckbarkeit sind diesfalls allerdings nicht konstitutiv die Unterschriften der sich vergleichenden Parteien, sondern jene der Schiedsrichter, die zum Ausdruck bringen, den von den Parteien vereinbarten Text zu ihrem Urteil erheben zu wollen.

Das Unterscheidungskriterium zwischen der hier besprochenen Urteilsvariante und dem blossen Prozessentscheid i. S. von oben. Ziff. 3 liegt im Gehalt des Dispositivs (das entweder pflichtbegründende Bestimmungen enthält oder aber nicht); ohne Bedeutung ist die Bezeichnung im Kopf des Erlasses. Insbesondere wird ein Sachurteil

nicht dadurch ausgeschlossen, dass dieses "Beschluss" oder "Verfügung" genannt wird (so die Praxis etwa vor den ordentlichen Gerichten in Zürich; vgl. ZR 66/105). – Zu bemerken ist im übrigen, dass eine Zwischenlösung zwischen prozessualen Abschreiben und Sachentscheid vorkommt und dann vorliegt, wenn der Erledigungsentscheid zwar in der Streitsache selbst im Dispositiv nichts anordnet, wohl aber bezüglich der Frage der Kostentragung oder Prozessentschädigung eine zu Leistungen verpflichtende Bestimmung aufnimmt, die ihrerseits der Vollstreckbarkeit teilhaft ist.

Ist es die Absicht der Parteien, dass das Schiedsgericht das Verfahren durch vollstreckbares Urteil erledigt, sollte dies sicherheitshalber im Vergleichstext explizit festgehalten werden. Andernfalls besteht die Möglichkeit, dass die verpflichtete Partei das erlassene Urteil mit der Begründung anfecht, der Vergleich der Parteien habe das Gericht wohl zu einem prozessualen Erledigungsentscheid, nicht aber zum Erlass eines vollstreckbaren Sachurteils ermächtigt.

Als Urteil kann der Entscheid nach den üblichen Regeln vollstreckt werden. Im Falle einer Willensmängel-Anfechtung wird durch diese die Wirksamkeit des Schiedsspruchs noch nicht betroffen; erst ein Rechtsmittel (d. h. nach Ablauf der Fristen für sonstige Rechtsmittel die Revision) kann das Urteil aus der Welt schaffen (vgl. auch SJZ 1988 p. 218 nr. 36; ZR 66/105).^{**}

^{**} Literaturhinweise:

RAESCHKE-KESSLER, HILMAR: Der Vergleich im Schiedsverfahren, in Festschrift für O. Glossner, Heidelberg, 1994.

SCHULTZ, HANS: Der gerichtliche Vergleich. Diss. Bern 1939.