



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

Band 42

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Arno Maria Gotting

Gestufte Streitbeilegungsklauseln



Wolfgang Metzner Verlag

Band 42

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Herausgegeben von
Prof. Dr. Ulla Gläßer, LL. M.
Dipl.-Psych. Kirsten Schroeter
Dr. Felix Wendenburg, M. B. A.

Arno Maria Gotting

Gestufte Streitbeilegungsklauseln



Wolfgang Metzner Verlag

Master-Studiengang Mediation
und Konfliktmanagement
Masterarbeit
Studiengang 2014/2015



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2022

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
ISBN 978-3-96117-128-6
ISSN 2365-4155

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

Inhalt

Vorwort 5

1. Einführung 6

2. Gegenstand der Untersuchung 10

3. Grundlagen 11

3.1. Die Begriffe Konflikt und Streitigkeit 11

3.2. Ursachen für Konflikte 12

3.3. Eskalation von Konflikten 14

3.4. Übersicht über die verschiedenen Konfliktbehandlungsverfahren 17

3.4.1. Staatliches Gerichtsverfahren und Schiedsgerichtsverfahren 17

3.4.2. Die Begriffe Alternative Dispute Resolution und Private Streitbeteiligung 19

3.4.3. Verfahrensziel: Konfliktvermeidung 20

3.4.4. Verfahrensziel: Konfliktbeendigung 22

3.4.4.1. Systematik 22

3.4.4.2. Die wichtigsten konsensorientierten Verfahren 25

3.4.4.2.1. Verhandlungen 25

3.4.4.2.2. Mediation 27

3.4.4.3. Die wichtigsten entscheidungsorientierten Verfahren 28

3.4.4.3.1. Schiedsgutachten 29

3.4.4.3.2. Dispute Boards 29

3.4.4.3.3. Early Neutral Evaluation 30

3.4.5. Hybride Verfahren 30

3.4.6. Systematik der Konfliktlösungsmethoden 30

3.5. Individualvereinbarung als Voraussetzung für die Durchführung eines Verfahrens der privaten Streitbeilegung 31

3.6. Zweck der Vereinbarung von Verfahren der privaten Streitbeilegung 32

3.7. Verschiedene private Streitbeilegungsverfahren und ihre Effizienz 33

4. Eskalationsklauseln 36

4.1. Definition und Merkmale von Eskalationsklauseln 36

4.2. Funktion von Eskalationsklauseln 38

4.2.1. Effizienzsteigerung durch Vereinbarung vorrangiger ADR-Verfahren 39

4.2.2. Steigerung der Effektivität des Filters durch Abstufung der Verfahren 39

4.2.2.1. Verbindung mehrerer ADR-Verfahren 40

4.2.2.2. Sinnvolle Abfolge der ADR-Verfahren 40

4.2.2.3. Gemeinsame Erarbeitung des Konfliktbehandlungssystems 41

4.2.2.4. Convening-Klausel 41

4.3. Inhalt und rechtliche Rahmenbedingungen von Eskalationsklauseln	43
4.3.1. Kerninhalte	43
4.3.2. Verhältnis der Streitbeilegungsklausel zum Hauptvertrag und der verschiedenen Abreden voneinander	46
4.3.3. Anwendbares Recht	47
4.4. Wirksamkeit gestufter Streitbeilegungsklauseln	48
4.4.1. Rechtsbindungswille	49
4.4.2. Bestimmtheit	50
4.4.2.1. Detaillierung der ADR-Vereinbarung	51
4.4.2.2. Detaillierung der Übergänge zwischen den Verfahren	52
4.4.3. AGB-Recht	53
4.5. Gestaltungsmöglichkeiten	55
4.5.1. Auswahl der Verfahren	55
4.5.1.1. Auswahlkriterien	55
4.5.1.2. Auswahlmethoden	58
4.5.2. Reihenfolge der Verfahren	59
4.5.3. Übergänge zwischen den einzelnen Eskalationsstufen	61
4.5.4. Sonstige Regelungen	61
5. Beispiele gestufter Streitbeilegungsklauseln	63
5.1. Institutionelle Klauseln	63
5.1.1. ICDR Canada Standard Step-Clause for Negotiation-Mediation-Arbitration	63
5.1.1.1. Reichweite, Auswahl und Abfolge der Konfliktbehandlungsverfahren	64
5.1.1.2. Bindungswirkung der einzelnen Stufen	64
5.1.1.3. Bestimmtheit und Gestaltung der Übergänge zwischen den Eskalationsstufen	65
5.1.1.4. Sonstige Inhalte	66
5.1.2. CEDR Methode Negotiation – Mediation – Arbitration or Litigation Clause	66
5.1.2.1. Reichweite, Auswahl und Abfolge der Konfliktbehandlungsverfahren	67
5.1.2.2. Bindungswirkung der einzelnen Stufen	67
5.1.2.3. Bestimmtheit und Gestaltung der Übergänge zwischen den Eskalationsstufen	68
5.1.2.4. Sonstige Inhalte	69
5.2. In der Literatur empfohlene Musterklauseln – Beck'sches Formularbuch	69
5.2.1. Reichweite, Auswahl und Abfolge der Konfliktbehandlungsverfahren	70
5.2.2. Bindungswirkung der einzelnen Stufen	71
5.2.3. Bestimmtheit und Gestaltung der Übergänge zwischen den Eskalationsstufen	71
5.2.4. Sonstige Inhalte	72
6. Ergänzende Überlegungen	73

7. Fazit **75**

Literaturverzeichnis **76**

Abkürzungsverzeichnis **80**

Über den Autor **81**

meiner Familie

Vorwort

Die ursprünglich „*Grundlagen, Darstellung, Vergleich und Bewertung (gestufter) Streitbeilegungsklauseln*“ betitelte und zwischenzeitlich auf einen aktuellen Stand gebrachte Version dieser Arbeit lag im Wintersemester 2014/2015 der Juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) als Masterarbeit im Master-Studiengang Mediation und Konfliktmanagement vor.

Für die Möglichkeit der Teilnahme an diesem Studiengang bin ich sehr dankbar – er verbindet in bester Weise die praktische Mediationsausbildung mit einer umfassenden wissenschaftlichen Unterfütterung.

Dank hierfür gebührt insbesondere Frau Prof. Dr. Ulla Gläßer, Herrn Prof. Dr. Lars Kirchhoff, Frau Dipl.-Psych. Nicole Becker und Herrn Dr. Felix Wendenburg. Der Studiengang lebt aber nicht nur von der hervorragenden praktischen und wissenschaftlichen Konzeption, sondern auch und insbesondere vom Austausch mit Kommiliton*innen und Dozent*innen. Auch insofern hätte ich es nicht besser treffen können.

Den Anstoß zu diesem Studium und dem Pendeln zwischen Frankfurt und Frankfurt verdanke ich meinem Großvater, Herrn Apotheker Udo Gotting. Er blickte stets weit über den sprichwörtlichen Tellerrand hinaus.

Weiterer Dank richtet sich an die Herausgeber, insbesondere an Frau Prof. Dr. Ulla Gläßer, Frau Dipl.-Psych. Kirsten Schroeter und Herrn Dr. Felix Wendenburg, und an den Wolfgang Metzner Verlag für die Aufnahme dieser Arbeit in die Viadrina Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement.

Anna danke ich sehr für ihre große Geduld während meiner Studienzeit und ihre stets wertvollen Anregungen.

Von Herzen danke ich Charlotte, die mich in jeder Lebenslage unterstützt und die Aktualisierung dieser Arbeit mit ihren klugen Gedanken begleitet hat.

1. Einführung

Konflikte sind so alt wie die Menschheit und nahezu überall anzutreffen. Sie sind unvermeidbare Begleiterscheinung und zentrales Thema¹ menschlichen Zusammenlebens². Konflikte entstehen aufgrund unterschiedlicher Bedürfnisse und Wertvorstellungen³, durch die Verfolgung entgegengesetzter Interessen und/oder Positionen oder durch die Übertretung von Rechtsnormen. Sie können sich auf intra- und interpersonaler, gesellschaftlicher oder auf (zwischen-)staatlicher Ebene entwickeln⁴.

Auch das Wirtschaftsleben ist voller Konfliktfelder⁵ – Tendenz steigend⁶. Insbesondere Kunden- und Lieferantenbeziehungen bergen eine Vielzahl von Anknüpfungspunkten für gegensätzliche Interessen und Positionen. Das Austragen von Konflikten birgt das Risiko, dass die (Geschäfts-)Beziehung daran zerbricht⁷. Wie für die Makroebene gesellschaftlicher und zwischenstaatlicher Spannungen gilt allerdings auch für den Wirtschaftsbereich, dass Konflikte nicht zwingend nachteilig sind – oftmals sind sie sogar notwendig, um verkrustete Strukturen aufzubrechen und Wandel zu ermöglichen⁸. So bieten Konflikte auch Chancen auf „Klarheit,

¹ Breidenbach, Mediation, Seite VII.

² Schoen, Konfliktmanagementsysteme, Seite 17.

³ Ropers, Friedensentwicklung, Krisenprävention und Konfliktbearbeitung, Seite 11.

⁴ Webseite der Bundeszentrale für politische Bildung: <http://www.bpb.de/internationales/weltweit/innerstaatliche-konflikte/54499/konfliktdefinition>, Zeitpunkt des Abrufs 09.12.2021, 19:07 Uhr.

⁵ Hagel und Steinbrecher stellen in diesem Zusammenhang fest: „Geschäfts- und Vertragsbeziehungen unterscheiden sich nur unwesentlich von zwischenmenschlichen Beziehungen: Sie sind konfliktträchtig.“ Hagel/Steinbrecher, Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Seite 24.

⁶ Risse bemerkt dazu: „Der technische Fortschritt kompliziert die Welt zunehmend und was kompliziert ist, führt schnell zum Streit. Vor hundert Jahren gab es weder Autounfälle noch Konflikte um Biopatente. Immer mehr Menschen und Unternehmen kämpfen heute um Märkte und Ressourcen, was schon rein mathematisch zu einer Zunahme potentieller Konfliktpartner führt. Die Globalisierung der Weltwirtschaft lässt die Interessen von Unternehmen aufeinander stoßen, die noch vor wenigen Jahrzehnten allein aufgrund räumlicher Entfernung „garantiert konfliktfrei“ lebten.“ Risse, Wirtschaftsmediation, Seite 1. Auch Stubbe schreibt der Globalisierung eine bedeutende Rolle bei der Zunahme von Konflikten zu: „Der globale Wettbewerb hat die Margen schwinden lassen; das macht Verhandlungslösungen schwieriger. Aufträge werden vor allem von kleineren Unternehmen in der Hoffnung hereingenommen, „irgendwie“ werde man schon in die Gewinnzone kommen, etwa durch Nachträge oder Mehrforderungen. Umgekehrt begreifen manche Auftraggeber die Schlussrate von (meist) 10 % als eine Art versteckten Rabatt, den zu zahlen sie nicht vorhaben. Wird so gedacht, ist der Konflikt vorprogrammiert.“ Stubbe, Konfliktmanagement, Seite 322.

⁷ Hagel/Steinbrecher, Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Seite 24.

⁸ Ropers, Friedensentwicklung, Krisenprävention und Konfliktbearbeitung, Seite 11.

*Prozessoptimierung und Verbesserung der Geschäftsbeziehung*⁹. Entscheidend ist jedoch die rechtzeitige und „richtige“ Behandlung des jeweiligen Konflikts¹⁰.

Dem modernen Konfliktmanagement liegt der von *Sander* und *Goldberg* formulierte Leitgedanke des „*Fitting the Forum to the Fuss*“¹¹ zugrunde, das Ideal der maßgeschneiderten Konfliktbehandlungsmethode.

Dies beruht auf der Einsicht, dass es nicht für alle Konflikte das eine immer gleich gut geeignete Konfliktbehandlungsverfahren gibt¹². Die Vielschichtigkeit von Konflikten und ihrer Eskalationsgrade hat vielmehr eine Fülle unterschiedlicher Konfliktbehandlungsmethoden hervorgebracht. Für jeden Konflikt gibt es damit das passende Beilegungsverfahren¹³. Auf den Wirtschaftsbereich bezogen, reicht das Spektrum dabei von klassischen bilateralen Verhandlungen bis hin zum (staatlichen) Gerichtsverfahren¹⁴. Dazwischen finden sich zahlreiche vertragliche Verfahren der „*Alternative Dispute Resolution*“, die von den Parteien weitgehend frei gestaltet werden können, sich gleichzeitig jedoch durch unterschiedliche Herangehensweisen und Lösungsansätze unterscheiden – abhängig vom jeweiligen Fall ist mal das eine und mal das andere Verfahren aussichtsreicher.

Den Parteien steht damit ein reichhaltig bestückter „Werkzeugkoffer“ der Konfliktbehandlungsmethoden zur Verfügung. Wer die Wahl hat, hat allerdings bekanntermaßen auch die Qual; und die Wahl des passenden Konfliktbehandlungsmechanismus sowie dessen aktive Zuordnung zu einem Konflikt fällt besonders schwer¹⁵. (Potentielle) Konfliktparteien müssen sich nicht nur für bestimmte für ihren Konflikt „passende“ Verfahren entscheiden, sondern sie müssen auch überlegen, wann¹⁶

⁹ *Hagel/Steinbrecher*, Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Seite 26.

¹⁰ *Hagel/Steinbrecher*, Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Seite 26.

¹¹ *Sander/Goldberg*, 10 *Negotiation Journal*, Januar 1994, Seiten 49 ff.

¹² *Troja/Stubbe*, Konfliktmanagementsysteme, Seite 125; *Stubbe*, Konfliktmanagement, Seite 324.

¹³ *Hagel/Steinbrecher*, Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Seite 29; *Troja/Stubbe*, Konfliktmanagementsysteme, Seite 125; *Stubbe*, Konfliktmanagement, Seite 324.

¹⁴ *Eidenmüller* stellt dazu fest: „Traditionellerweise werden Wirtschaftskonflikte entweder durch direkte Verhandlungen der Beteiligten oder – wenn diese scheitern – durch ein Gerichts- bzw. Schiedsgerichtsverfahren beigelegt.“ *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Seite V; siehe auch *Arntz*, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 801.

¹⁵ *Steinbrecher* beobachtet in diesem Zusammenhang: „In der Praxis hat sich weniger die Beibehaltung von Verfahrensoptionen, als vielmehr eine gemeinsame Auswahl des geeigneten Konfliktbearbeitungsverfahrens als problematisch erwiesen.“ *Steinbrecher*, Systemdesign, Seite 235.

¹⁶ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 1.

sie diese Entscheidung treffen wollen. Was ist besser, eine Verfahrenswahl erst zum Zeitpunkt des Auftretens eines konkreten Konflikts oder bereits im Vorfeld?

Ist ein bestimmter Konflikt in der Welt, kann die *nachträgliche* Vereinbarung einer Konfliktbehandlungsmethode den Eigenheiten des konkreten Konflikts Rechnung tragen¹⁷. Gleichzeitig stellen *Slaikau* und *Hasson* zurecht fest: „*Parties in disagreement with one another [...] will typically also disagree over which ADR process to use*“¹⁸.

Parteien, die *bereits im Vorfeld* eines etwaigen Konflikts eine Methode zu dessen Bewältigung wählen wollen, können sich dagegen viel leichter auf einen bestimmten Konfliktbehandlungsmechanismus einigen – nur auf welchen? Zukunftsprognosen haben den Nachteil, dass sie unsicher sind; eine treffsichere Entscheidung für das ein oder andere Verfahren ist *ex ante* nur schwerlich möglich; jedenfalls ist das Risiko, ein Verfahren zu wählen, das letztlich für den später auftretenden Konflikt ungeeignet ist, groß.

Um die Vorteile einer Vereinbarung der im Falle eines Falles anzuwendenden Konfliktbehandlungsmethode „im Guten“ zu nutzen und gleichzeitig das Risiko zu minimieren, im Ernstfall an ein ggf. ungeeignetes Verfahren gebunden zu sein, werden zunehmend komplexe *Konfliktbehandlungssysteme* vereinbart, in denen verschiedene Konfliktlösungsstrategien miteinander verbunden werden¹⁹.

Im wirtschaftlichen Bereich werden zu diesem Zweck immer öfter *gestufte Streitbeilegungsklauseln* (auch *Eskalationsklauseln*²⁰ genannt) vereinbart. Durch solche Klauseln wird der Konflikt in ein abgestuftes Lösungsverfahren geleitet²¹, nach dem im Konfliktfall (und bei Erfolglosigkeit der jeweils „vorgeschalteten“ Streitbeilegungsmethode) verschiedene Konfliktbehandlungsverfahren nacheinander durch-

¹⁷ Ist der jeweilige Konflikt bekannt, kann beispielsweise mit einem systemgestützten Auswahlverfahren anhand der Charakteristika des jeweiligen Konflikts und der konkreten Interessen der Parteien eine objektivierte Auswahl des geeigneten Konfliktbehandlungsverfahrens erfolgen. Vgl. dazu bspw. die von *Hagel* und *Steinbrecher* vorgestellte „*Dispute Resolution Recommendation Matrix*“, ein systematisches Tool zur Auswahl des passenden Konfliktbeilegungsverfahrens, das bei Bombardier Transportation eingesetzt wird. *Hagel/Steinbrecher*, Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Seite 30.

¹⁸ *Slaikau/Hasson*, Controlling the Costs of Conflict, Seite 60.

¹⁹ *Berger* in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 20; *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 1.

²⁰ *Berger* in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 19; *Risse* in: *Hoffmann-Becking/Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, XII. 11.; *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 2; *Arntz*, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 801.

²¹ *Risse* in: *Hoffmann-Becking/Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, XII. 11.

zuföhren sind: „Durch die Staffe­lung verschiedener Verfahren soll sichergestellt werden, dass für jeden Konflikt ein geeignetes Verfahren zur Verfügung steht“²².

Die Vereinbarung und Ausgestaltung solcher mehrstufiger Streitbeilegungsklauseln ist für die Parteien herausfordernd. Ihnen stellt sich eine Vielzahl von Fragen, die insbesondere die Folgen der Verknüpfung mehrerer – vom Ansatz her verschiedener – Konfliktbehandlungsmethoden zu einem Streiterledigungssystem betreffen²³.

²² Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 1.

²³ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 2.

2. Gegenstand der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit untersucht die Funktionsweise von im Wirtschaftssektor verwendeten gestuften Streitbeilegungsklauseln und zeigt Bedingungen und Kriterien zur Planung und Gestaltung von Konfliktmanagement mittels gestufter Streitbeilegungsklauseln auf.

Dazu werden zunächst Grundbegriffe der Streitbehandlungslehre und die wichtigsten zur Verfügung stehenden Methoden für die Konfliktbehandlung dargestellt. Die Kenntnis dieser Grundlagen und Methoden ist für die Ermittlung eines etwaigen Bedarfs und für die Ausgestaltung alternativer Streitbeilegungssysteme unerlässlich.

Im Anschluss daran werden Notwendigkeit und Zweck der vertraglichen Vereinbarung von Streitbeilegungsmechanismen dargelegt. Darauf aufbauend folgt ein detaillierter Blick auf die Funktionsweise und die Gestaltungsmöglichkeiten gestufter Streitbeilegungsklauseln in Verträgen, ergänzt durch Beschreibung und vergleichende Bewertung verschiedener in der Praxis vorkommender Eskalationsklauseln. Abschließend werden kurz eigene Erwägungen zur sinnvollen Erweiterung der untersuchten Eskalationsklauseln angestellt.

3. Grundlagen

Zunächst soll ein Blick auf die wichtigen Grundlagen und Begriffe der Konflikt- und Streitbehandlungslehre²⁴ geworfen werden. Deren Erkenntnisse liefern Kriterien für die Entwicklung und Auswahl geeigneter Konfliktbehandlungsmechanismen. So hat die Sicht auf einen Konflikt Auswirkungen auf dessen Konfliktbehandlung. Hat sich im Einzelfall einmal eine bestimmte Sicht auf den Konflikt durchgesetzt, so ist damit zumeist die Weiche für die weitere Herangehensweise und die Form der Konfliktbehandlung gestellt²⁵.

3.1. Die Begriffe Konflikt und Streitigkeit

Auch wenn sie oftmals synonym verwendet werden, sind die Begriffe (*sozialer*) *Konflikt* und *Streit* (bzw. *Streitigkeit*) voneinander abzugrenzen²⁶.

Nach *Glasl*, der verschiedene Konfliktdefinitionen synthetisiert²⁷ hat, entsteht ein Konflikt, sobald ein Mensch im sozialen Miteinander subjektiv eine Beeinträchtigung durch Unvereinbarkeiten im Hinblick auf Gefühle, Erwartungen und/oder Vorstellungen wahrnimmt²⁸. Ein Konflikt kann also bereits dann bestehen, wenn die jeweils andere Seite von dessen Existenz noch gar keine Kenntnis hat.

Konflikte sind fließende Prozesse, deren Entwicklung mit der genannten subjektiven Wahrnehmung durch zumindest eine Partei beginnt und sich dann durch Eskalation über verschiedene Stufen weiterentwickelt²⁹.

Der Streit (bzw. die Streitigkeit) wird zumeist als eine Stufe dieser Entwicklung des Konflikts verstanden³⁰. Die Abgrenzung, wann noch von einem Konflikt bzw. schon von einem Streit gesprochen werden kann, ist im Einzelfall jedoch schwie-

²⁴ Die Juristische Fakultät der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder), versteht die „*Streitbehandlungslehre als integrierte Betrachtung von gerichtlicher und außergerichtlicher Konfliktbehandlung*“, <http://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/br/wirtschaftsrecht/sta/grundzuege/index.html>, Zeitpunkt des Abrufs: 10.12.2021, 13:04 Uhr.

²⁵ *Breidenbach*, Mediation, Seite 48 f.

²⁶ *Schoen*, Konfliktmanagementsysteme, Seiten 16 ff.

²⁷ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 3; vgl. auch Fn. 28.

²⁸ Die von *Glasl* formulierte Definition lautet wie folgt: Ein „*sozialer Konflikt ist eine Interaktion zwischen Akteuren (Individuen, Gruppen, Organisationen usw.), wobei wenigstens ein Akteur Unvereinbarkeiten im Denken/Vorstellen/Wahrnehmen und/oder Fühlen und/oder Wollen mit dem anderen Akteur (den anderen Akteuren) in der Art erlebt, dass im Realisieren eine Beeinträchtigung durch einen anderen Akteur (die anderen Akteuren) erfolgt*“, *Glasl*, Konfliktmanagement, Seite 17; *Breidenbach*, Mediation, Seite 47; *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 3.

²⁹ *Breidenbach*, Mediation, Seite 41.

³⁰ *Berger*, Private Dispute Resolution in International Business, Seiten 18 f., Rn 2–8.

rig. Denn die einzelnen Stufen gehen ineinander über und überlagern sich³¹. Vom Vorliegen eines Streits wird regelmäßig dann gesprochen, wenn der Konflikt nach außen getreten ist³². Als Zeitpunkt, dieses Nach-außen-Tretens, wird im Wirtschaftsbereich vielfach der formale Akt der Geltendmachung eines Anspruchs und dessen Zurückweisung oder Nichterfüllung (bzw. eine anderweitig unbefriedigende Reaktion) durch die andere Partei betrachtet³³.

Diese Entwicklung eines Konflikts hin zur Streitigkeit findet typischerweise in drei Phasen³⁴ statt: Indem eine Partei (i) einen bestimmten Zustand als ungerecht empfindet, dafür (ii) nach einem Verantwortlichen sucht und (iii) „aus einer Verknüpfung von ungerechtem Zustand und verantwortlichem Dritten eine Forderung ableitet“³⁵. Dieser Dreischritt des Beginns einer Auseinandersetzung wird in der Literatur häufig mit den Schlagworten „naming – blaming – claiming“ umschrieben³⁶.

In Bezug auf die Begriffe Konflikt und Streit lässt sich also mit *Berger* zusammenfassen: Der Begriff Streit ist als engere Unterkategorie des Konflikts zu verstehen. Und – auf den Punkt – „*Every conflict is a potential dispute*“³⁷.

3.2. Ursachen für Konflikte

Ob eine Konfliktbeilegungsstrategie Erfolg hat oder nicht, wird maßgeblich dadurch bedingt, ob der gewählte Mechanismus der Art des Konflikts³⁸ und seiner Entwicklungsstufe Rechnung trägt³⁹.

Konflikte und Streitigkeiten haben mannigfaltige Ursachen. In der Literatur

³¹ Breidenbach, Mediation, Seite 41.

³² Berger beschreibt dies folgendermaßen: „*disputes usually begin as conflicts, i.e. as grievances [...] Grievances set the ground work for disputes. Disputes are conflicts, i.e. grievances, escalated [...] by confrontation because the other side will not give in. [...] conflicts may exist irrespective of whether the grievance has been addressed to the other side. Disputes, however, always require a reaction from the other side. A dispute exists when the other side says 'no'. This means that the notion of 'dispute' must be qualified as a narrower sub-category of 'conflict'. Every conflict is a potential dispute.*“ Berger, Private Dispute Resolution in International Business, Seiten 18 f., Rn 2–8.

³³ Schoen, Konfliktmanagementsysteme, Seite 18.

³⁴ Breidenbach, Mediation, Seite 42.

³⁵ Risse, Wirtschaftsmediation, Seite 17.

³⁶ Breidenbach, Mediation, Seite 42.

³⁷ Berger, Private Dispute Resolution in International Business, Seiten 18 f., Rn. 2–8.

³⁸ Duve in Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, Seiten 23 f.; Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 5.

³⁹ Glasl in: Metha/Rückert, Mediation und Demokratie, Seite 103.

werden gemäß ihren Ursachen und Hintergründen verschiedene Konfliktarten unterschieden⁴⁰.

Sachverhaltskonflikte entstehen durch die abweichende Beurteilung von Sachfragen (wie z. B. im Hinblick darauf, welcher Leistungsumfang in einem bestimmten Vertrag genau vereinbart wurde). Unterschiedliche Bewertungen solcher sachlichen Fragen sind die häufigste Ursache von im Wirtschaftsleben auftretenden Konflikten.

Wertkonflikte haben ihre Ursache in divergierenden Wertvorstellungen der Parteien, wie z. B. einem unterschiedlichen Gerechtigkeitsverständnis. Diese zeigen sich beispielsweise an dem „Kodex“, an dem Parteien ihre eigenen Handlungen ausrichten⁴¹.

Bei *Strategiekonflikten* haben die Parteien zwar ggf. gleichgerichtete Vorstellungen davon, was ihr Ziel ist – Uneinigkeit besteht jedoch bezüglich des Weges dorthin⁴².

Verteilungskonflikte bestehen, wenn die Beteiligten unterschiedlicher Auffassung über die Auf- oder Zuteilung beschränkt verfügbarer Ressourcen oder Güter sind⁴³. So kann beispielsweise die Ausschreibung eines größeren Auftrags zu einem Verteilungskonflikt unter den Bietern führen.

Konflikte, in denen die personenbezogenen Gefühle dominieren, werden als *Beziehungskonflikte* bezeichnet⁴⁴.

Berger hat veranschaulicht, dass es nicht immer eine klare Grenze zwischen den

⁴⁰ Die nachfolgende Systematisierung ist der Darstellung bei Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 5 f., entnommen; sie ist nur eine von vielen möglichen Einteilungen. Eine umfassende Übersicht bietet Glasl, Konfliktmanagement, Seiten 55 ff.

⁴¹ Für den Wirtschaftsbereich illustriert der folgende Fall einen solchen Wertkonflikt: „*Einem kleineren Auftraggeber, der schon häufig Kunde war, wurde eine Leistung zugesagt. Völlig unerwartet winkt zeitgleich ein lukrativerer Auftrag mit möglichen Anschluss[aufträgen]. Die Geschäftspartner sind uneins. Wie weit soll die Loyalität gehen?, Welchen der beiden Aufträge sollen sie absagen?*“, <https://www.berufsstrategie.de/bewerbung-karriere-soft-skills/konflikte-konfliktebenen.php>, Zeitpunkt des Abrufs: 10.12.2021, 13:49 Uhr.

⁴² Arntz nennt das Beispiel unterschiedlicher unternehmensinterner Auffassungen bezüglich der zu wählenden Mittel zur Erreichung eines gemeinsam gesteckten Unternehmensziels, Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 6.

⁴³ „*Von einem Verteilungskonflikt soll dann gesprochen werden, wenn die Kontrahenten den Wert eines Ereignisses gleich hoch einschätzen, beide aber nicht gleichzeitig dieses Ereignis realisieren können, weil es nicht gleichzeitig auf beide verteilt werden kann*“, Rüttinger zitiert in Pascheka, Konflikte Verstehen und kooperativ lösen, Seite 23.

⁴⁴ Breidenbach, Mediation, Seite 60; Rüttinger führt zum Beziehungskonflikt aus: „*Dieser Konflikt, der häufig auch emotionaler Konflikt genannt wird, beruht auf dem Grundbedürfnis des Menschen, vom anderen akzeptiert und anerkannt zu werden. Wird dieses Bedürfnis von einer anderen Person verletzt, so erlebt er sich in Beziehung zu ihr unterlegen, z. B. als dumm, inkompetent oder machtlos. Er versucht dann, Kontakte mit dieser Person zu meiden oder eine für ihn akzeptable Beziehung herzustellen, was häufig über Konflikte geschieht*“, Rüttinger zitiert in Pascheka, Konflikte Verstehen und kooperativ lösen, Seite 23.

einzelnen Konflikttypen bzw. deren Ursachen gibt. Viele Konflikte sind polykausal⁴⁵.

3.3. Eskalation von Konflikten

Konflikte sind keine unbewegten Zustände, sondern dynamische Prozesse. Typischerweise sind sie durch einen Eskalationsprozess gekennzeichnet.

Zahlreiche sog. „Eskalationsmodelle“ versuchen, diese Dynamik von Konflikten zu beschreiben⁴⁶. Gemeinsam ist den verschiedenen Ansätzen die Feststellung, dass Konflikte mit der subjektiven Wahrnehmung einer „Inkompatibilität“ durch einen Beteiligten beginnen und oftmals im „offenen Kampf“ enden; im Wirtschaftsbereich ist diese letzte Stufe zumeist der Streit vor einem (Schieds-)Gericht⁴⁷. Dazwischen liegen verschiedene Phasen bzw. Stufen der Verschärfung des Konflikts, deren Erkennen und richtige Bewertung für die Konfliktintervention und damit die Auswahl des passenden Konfliktbehandlungsansatzes entscheidend sind⁴⁸. Glasl beschreibt in seinem Modell neun Eskalationsstufen, die wiederum auf drei Ebenen aufgeteilt sind. Auf der ersten Ebene können die Konfliktparteien noch gewinnen (win-win). Auf der zweiten Ebene verliert eine Partei, während die andere gewinnt (win-lose) und auf der dritten Ebene verlieren beide Parteien (lose-lose)⁴⁹. Dieses Eskalationsmodell beschreibt *„die wachsende Zuspitzung von Konflikten zwischen Individuen und Gruppierungen sehr treffend.“*⁵⁰ Sehr anschaulich zeichnet Glasl die neun Eskalationsphasen seines Modells *„nicht als einen Aufstieg zu immer höheren Eskalationsstufen [...], sondern als einen Abstieg zu immer tieferen, primitiveren und unmenschlicheren Formen der Auseinandersetzung“*⁵¹.

⁴⁵ Berger, Private Dispute Resolution in International Business, Seiten 19 f., Rn 2–12.

⁴⁶ Am bekanntesten dürfte das von Glasl entwickelte Konflikteskalationsmodell sein. Eine Übersicht über die verschiedenen Erklärungsansätze findet sich bei Glasl, Konfliktmanagement, Seiten 203 ff.

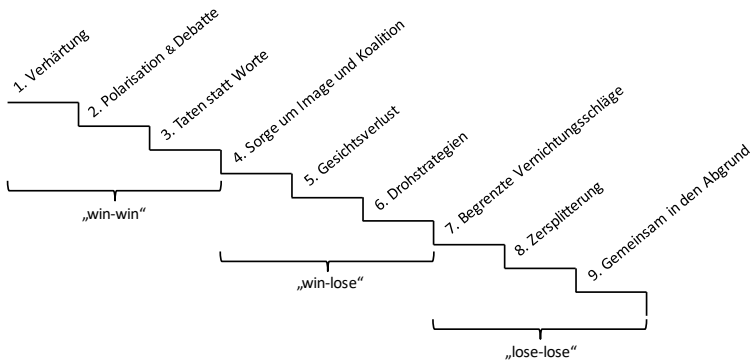
⁴⁷ Vgl. zum Vorstehenden insgesamt Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 6; Risse, Wirtschaftsmediation, Seite 17.

⁴⁸ Glasl in: Metha/Rückert, Mediation und Demokratie, Seite 103.

⁴⁹ Glasl, Konfliktmanagement, Seite 244.

⁵⁰ Vgl. Berner; Umsetzungsberatung, <http://www.umsetzungsberatung.de/konflikte/konflikteskalation.php>, Zeitpunkt des Abrufs: 28.12.2021, 17:41 Uhr.

⁵¹ Mit der Darstellung der „nach unten“ führenden Treppe möchte Glasl *„zum Ausdruck bringen, dass der Weg der Eskalation mit einer zwingenden Kraft in Regionen führt, die große, 'unmenschliche Energien' aufrufen, die sich jedoch auf die Dauer der menschlichen Steuerung und Beherrschung entziehen. Denn einerseits bewegen sich die Konfliktparteien auf einem abschüssigen Gelände, das steiler wird und wenig Halt bietet. Andererseits wecken sie durch ihr Verhalten Energie, die zu einer Verstärkung und Beschleunigung des Geschehens führt. Durch den gleichsam entstandenen 'Geschwindigkeits- und Bewegungsrausch' schwindet die Fähigkeit zur Steuerung.“*; Glasl, Konfliktmanagement, Seite 244.



Für die beschriebene regelmäßig auftretende Verschärfung von Konflikten gibt es eine Vielzahl von Gründen, die in der Psychologie des Menschen und der subjektiven Wahrnehmung der Beteiligten zu finden sind⁵².

So spielt die vom menschlichen Gehirn als Schutzmechanismus gegen 'Überinformation'⁵³ entwickelte *selektive Wahrnehmung* der Realität ebenso eine Rolle bei der Zuspitzung von Konflikten wie die Tatsache, dass Konfliktparteien die eigenen Erfolgsaussichten oftmals *überoptimistisch einschätzen* (und den Konflikt daher „suchen“).

Auch *attributionale Verzerrungen* verstärken und vertiefen Konflikte: Entgegenkommendes oder sonstiges positives Verhalten der Gegenpartei wird häufig als lediglich taktisches Handeln interpretiert, wohingegen negatives Verhalten als für die Gegenseite „typisch“ angesehen wird – so werden mit einem verzerrten Blick auf die Realität Vorurteile gerechtfertigt.

Ein – in der Natur des Menschen liegender – verzerrter Blick auf die Handlungen der anderen Konfliktpartei ist auch verantwortlich für die Ergreifung präventiver Maßnahmen gegen deren erwartetes „Angriffsverhalten“; da solche Maßnahmen ihrerseits zu Gegenmaßnahmen führen, liegt auch in dieser sog. *pessimistischen Antizipation* ein Grund für die Verstärkung von Konflikten.

Zudem kann auch *Verlustangst* Ursache für die Eskalation von Konflikten sein: So wird ein erwarteter Gewinn von Menschen regelmäßig anders bewertet als ein in Aussicht stehender Verlust – ein zu befürchtender Nachteil zeitigt eine größere

⁵² Glasl spricht auch von „*seelische[n] Funktionen in sozialen Konflikten*“, Glasl, Konfliktmanagement. Seiten 39 ff.

⁵³ Vgl. Mathes in: Kaase, Massenkommunikation, Seite 44. Ohne den Mechanismus der selektiven Wahrnehmung würden wir die Fülle an Informationen, die täglich auf uns einwirkt, gar nicht verarbeiten können.

Risikobereitschaft⁵⁴. Dies wiederum hat zur Folge, dass Konfliktparteien geneigt sind, hohe Risiken einzugehen, um Verluste zu vermeiden⁵⁵.

Je weiter die Eskalation eines Konflikts vorangeschritten ist (um das Bild von *Glasl* zu bemühen: je weiter die Parteien die Konflikttreppe bereits hinaabgestiegen sind), desto mehr „*schwindet die Fähigkeit [der Parteien] zur Steuerung*“⁵⁶ und desto schädlicher sind die Auswirkungen des Konflikts. Er belastet insbesondere die Geschäftsbeziehungen immer stärker. Und: die Konfliktbeseitigung wird von „Stufe zu Stufe“ schwieriger (und – ganz wichtig – damit auch teurer⁵⁷). Solange sich der Konflikt noch in einer frühen Phase befindet, fällt es den Parteien leichter, sich mit eigenen Ideen und Lösungsansätzen an der Konfliktbeilegung zu beteiligen als wenn der Konflikt sich auf einer späteren – tieferen – Stufe befindet⁵⁸.

Dies hat direkte Auswirkungen auf die zu wählende Interventions- bzw. Konfliktbehandlungsmethode⁵⁹. So sind manche Methoden für bestimmte Eskalationsstufen zu leicht (sie wären nur ‚ein Tropfen auf den heißen Stein‘) – andere möglicherweise zu schwer (sie würden in dem jeweiligen Konfliktstadium auf Unverständnis stoßen und mit einiger Wahrscheinlichkeit mehr Probleme schaffen als beseitigen)⁶⁰.

Die Kenntnis der Eskalationsstufe⁶¹, auf der sich der zu behandelnde Konflikt befindet, ist daher für die Wahl der Mittel zur Konfliktlösung essentiell. Die Analyse des Stadiums eines bestehenden Konflikts zum Zwecke der Wahl des passenden Streitbeilegungsmechanismus ist bereits eine Kunst für sich. Die Auswahl von Konfliktbehandlungsmethoden für zukünftige (unbekannte) Konflikte gestaltet sich aufgrund der dabei zusätzlich zu treffenden Prognoseentscheidung(en) noch schwieriger.

Bei der Gestaltung von Streitbeilegungsklauseln muss also idealerweise nicht

⁵⁴ Breidenbach, Mediation, Seite 90.

⁵⁵ Arntz, Eskalationsklauseln, Seiten 8 f. Eine zusammenfassende Übersicht über die verschiedenen Gründe der Eskalation von Konflikten m. w. N. findet sich bei Arntz, Eskalationsklauseln, Seiten 7 ff.

⁵⁶ Glasl, Konfliktmanagement, Seite 244.

⁵⁷ Arntz, Eskalationsklauseln, Seiten 9 f.

⁵⁸ Glasl in: Metha/Rückert, Mediation und Demokratie, Seite 105; Gleichzeitig ist es notwendig, bestehende Konflikte professionell – und damit auch „richtig“ – beizulegen, um den durch sie verursachten Schaden zu begrenzen bzw. die mit dem Konflikt ggf. verbundene Chance auf Klarheit und Verbesserung der (Geschäfts-)Beziehung zu nutzen, Hagel/Steinbrecher, Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Seite 26.

⁵⁹ Dass die Behandlung von (immer weiter eskalierenden) Konflikten notwendig ist, ergibt sich bereits aus dem Eskalationsmodell von Glasl selbst: Das am Ende stehende „gemeinsam in den Abgrund“ kann nicht das Ziel der Parteien sein. Daher sind Interventionsmaßnahmen geboten, die den „Abstieg auf der Eskalationstreppe“ aufhalten.

⁶⁰ Glasl in: Metha/Rückert, Mediation und Demokratie, Seite 105; Duve in: Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, Seiten 40 ff.

⁶¹ Vgl. Duve in: Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, Seiten 40 ff.

nur die Art des mit einer bzw. mehreren Mechanismen zu behandelnden Konflikts berücksichtigt werden⁶², sondern auch das Stadium des Konflikts, zu dem die jeweils gewählte Konfliktbehandlungsmethode wirksam werden soll.

3.4. Übersicht über die verschiedenen Konfliktbehandlungsverfahren

Oberbegriff für Interventionen beim Umgang mit Konflikten ist die *Konfliktbehandlung*⁶³. Die Behandlung von Konflikten und Streitigkeiten ist notwendig und kann mit einer Vielzahl unterschiedlicher Methoden erfolgen. Das bekannteste Konfliktbehandlungsverfahren ist sicherlich der staatliche Gerichtsprozess. Daneben und in Ergänzung dazu gibt es viele „alternative“ Verfahren – sowohl zur Streitprävention als auch zur Beseitigung bereits eskalierter Streitigkeiten.

Die Kenntnis der verschiedenen zur Verfügung stehenden (staatlichen und privaten) Konfliktbehandlungsmethoden ist eine wichtige Voraussetzung für die erfolgreiche Gestaltung von Vertragsklauseln die den Umgang mit Konflikten regeln sollen – schließlich müssen die Klauselersteller wissen, auf welches Instrumentarium sie zurückgreifen können. Im Folgenden soll daher ein kurzer Überblick über das Spektrum der verschiedenen Konfliktbehandlungsverfahren gegeben werden – da es im Bereich der vertraglichen Konfliktbehandlungsverfahren eine nahezu unüberschaubare Zahl an Strömungen und Unterkategorien gibt, hat dieser Überblick keinen abschließenden Charakter.

3.4.1. Staatliches Gerichtsverfahren und Schiedsgerichtsverfahren

Seit Jahrtausenden lassen Menschen Streitigkeiten durch einen hierzu berufenen neutralen Dritten, einen Richter, verbindlich entscheiden. In verschiedenen Zivilisationen haben sich über die Zeit mehr oder weniger funktionstüchtige staatliche Justizsysteme herausgebildet.

In Ergänzung zum staatlichen Verfahren hat sich im Bereich des Zivilrechts zudem eine private Schiedsgerichtsbarkeit entwickelt, die ebenfalls Prozesse durchführt, bei denen ein oder mehrere Richter eine für die Parteien verbindliche abschließende Entscheidung über den Streitfall treffen.

Den *staatlichen Gerichtsprozess* (insbesondere den Zivilprozess der Bundesrepublik Deutschland) bewirbt *Risse* als „Benchmark“ und als dasjenige Verfahren, an dessen wesentlichen Strukturmerkmalen sich sämtliche anderen Konfliktbeilegungsmethoden zu orientieren hätten⁶⁴. Diese Konstruktion besteht aus einem neutralen

⁶² Duve in: *Duve/Eidenmüller/Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, Seiten 23 f.

⁶³ *Schoen*, Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen, Seiten 20.

⁶⁴ *Risse*, Konfliktlösung durch Gerichtsprozesse, Seite 76.

zur verbindlichen Entscheidung befugten staatlicher Richter, einem klar strukturierten öffentlichen Verfahren sowie dem verbindlich anzuwendenden Gesetz als eindeutig vorgegebenem, demokratisch legitimierten Entscheidungsmaßstab. Das staatliche Gerichtsverfahren steht – ohne dass es irgendeiner vertraglichen Vereinbarung bedarf – jedermann offen. Es genießt nicht zuletzt aufgrund der genannten unumstößlichen Struktur das Vertrauen der Gesellschaft⁶⁵. Bezogen auf die deutsche Mentalität stellt *Haft* sogar fest, dass es für diese typisch sei, sich eine Konfliktbeilegung nur mit Hilfe einer Obrigkeit vorstellen zu können⁶⁶.

Ein *Schiedsgericht* ist ein privates Gericht, auf dessen Zuständigkeit sich die beteiligten Parteien, wenn sie es anrufen wollen, vertraglich (zumeist durch eine sog. Schiedsvereinbarung) einigen müssen⁶⁷. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist dabei kein Gegenentwurf zum staatlichen Gerichtsverfahren. Denn sie hat ebenfalls eine Streit erledigung durch die abschließende Entscheidung⁶⁸ eines dazu berufenen Dritten im Anschluss an ein klar strukturiertes Verfahren⁶⁹ zum Ziel. Sowohl der staatliche Gerichtsprozess als auch das Schiedsverfahren sind also verbindliche Verfahren, durch die der Streit endgültig entschieden wird.

Gleichzeitig will die Schiedsgerichtsbarkeit (von den Parteien als solche empfundene oder tatsächliche) Nachteile des staatlichen Prozesses eliminieren. Als Vorteile des privaten Schiedsverfahrens werden insbesondere dessen Nichtöffentlichkeit, die Möglichkeit der Benennung von Richtern aus dem Streitgegenständlichen Fachbereich und Geschwindigkeitsvorteile gesehen. Insbesondere im internationalen Rechtsverkehr kommen noch die einfache Bestimmbarkeit des zuständigen Gerichts, Neutralitätserwägungen im Hinblick auf das Gericht, die Möglichkeit der Wahl der Verfahrenssprache, eine Qualitätssicherung hinsichtlich des Spruchkörpers und –

⁶⁵ Nicht ohne Grund sei das System einer verbindlichen Entscheidung durch einen neutralen Dritten „über alle kulturellen und weltanschaulichen Grenzen hinweg“ seit Jahrtausenden erfolgreich, vgl. Risse, Konfliktlösung durch Gerichtsprozesse, Seite 76

⁶⁶ *Haft*, Intuitives und rationales Verhandeln, Seite 16.

⁶⁷ *Pörnbacher/Wortmann*, Schiedsgerichtsbarkeit, Seite 144.

⁶⁸ Zu diesem sog. Schiedsspruch führen *Pörnbacher/Wortmann* aus: „Das Schiedsverfahren endet durch einen Schiedsspruch, der – und darin liegt eine wichtige Besonderheit gegenüber anderen Arten der alternativen Streitbeilegung – im Ergebnis wie ein Gerichtsurteil wirkt und vollstreckt werden kann. Soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, findet eine inhaltliche Überprüfung des Schiedsspruchs durch eine zweite Instanz nur in Ausnahmefällen statt.“; *Pörnbacher/Wortmann*, Schiedsgerichtsbarkeit, Seite 144.

⁶⁹ Die Struktur des Schiedsverfahrens umschreiben *Pörnbacher/Wortmann* überblicksartig: „Der Ablauf des Verfahrens ist regelmäßig nur in wenigen Punkten durch staatliches Recht vorgegeben und wird im Übrigen durch die Parteien – unter Umständen durch die Bezugnahme auf eine Schiedsordnung – oder durch das Schiedsgericht festgelegt.“; *Pörnbacher/Wortmann*, Schiedsgerichtsbarkeit, Seite 144.

besonders wichtig – die Vollstreckbarkeit des verbindlichen Votums (im Ausland)⁷⁰ hinzu.

Gemeinsam ist staatlichen Gerichtsverfahren und Schiedsverfahren, dass die Parteien während des Prozesses einen erheblichen Teil der Verfahrens- und Verhandlungshoheit an das Gericht abgeben. Zwar sind die Prozesse jeweils „Parteiprozesse“, die durch eine übereinstimmende Erklärung der Parteien jederzeit beendet werden können. Jedoch bedingt die Einhaltung der jeweiligen Prozessordnung eine Einschränkung bezüglich der Einflussnahmemöglichkeiten der Parteien auf die Verfahrensgestaltung – diese richtet sich nach dem Gesetz bzw. der gewählten Verfahrensordnung.

3.4.2. Die Begriffe Alternative Dispute Resolution und Private Streitbeteiligung

Neben den staatlichen (und privaten⁷¹) Gerichtsverfahren hat sich eine Fülle alternativer Mechanismen zur Behandlung von Konflikten und Streitigkeiten entwickelt. Dieser Bereich der Konfliktbehandlung wird oftmals unter dem Begriff *Alternative Dispute Resolution* (ADR) zusammengefasst. Dabei ist diese Bezeichnung durchaus klärungsbedürftig. Sie hat insbesondere den Nachteil, dass ihre Bedeutung in Europa und den USA unterschiedlich ist⁷². Einigkeit besteht insoweit, als dass klassische staatliche Gerichtsverfahren kein ADR-Verfahren darstellt. Nach dem in Europa vorherrschenden Begriffsverständnis⁷³ sind zudem auch Schiedsverfahren keine Methode der ADR. Außerhalb Europas, insbesondere in den USA, wird dagegen oftmals auch die Schiedsgerichtsbarkeit unter den Begriff der Alternative Dispute Resolution gefasst⁷⁴. Aus diesem Grund plädiert beispielsweise *Stürmer* dafür, nicht von Alternative Dispute Resolution bzw. ADR zu sprechen, sondern von *privater Streitbeilegung*⁷⁵.

⁷⁰ Schiedsurteile können in allen Ländern, die die sog. „1958 New York Convention“ ratifiziert haben, relativ problemlos vollstreckt werden. Gegenüber der oftmals schwierigen, wenn nicht gar unmöglichen Vollstreckung staatlicher Gerichtsurteile im (nichteuropäischen) Ausland ist dies im internationalen Handelsverkehr ein gar nicht hoch genug einzuschätzender Vorteil. Denn was nützt das schönste Urteil, wenn es letztendlich nicht „in die Tat“ umgesetzt werden kann?

⁷¹ Wobei dies – wie im Folgenden gezeigt werden wird – von der jeweiligen Definition abhängt.

⁷² *Stürmer*, Die Vereinbarung von Verfahren privater Streitbeilegung, Seite 1.

⁷³ *Blobel/Späth*, Streitbeilegungsvereinbarungen, Seite 784.

⁷⁴ So verstehen beispielsweise die Gerichte im Staat New York ADR folgendermaßen: „*Alternative dispute resolution (ADR) refers to a variety of processes that help parties resolve disputes without a trial. Typical ADR processes include mediation, arbitration, neutral evaluation, and collaborative law*“, https://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml, Zeitpunkt des Abrufs: 14.12.2021, 16:32 Uhr.

⁷⁵ Wobei davon dann – konsequenterweise – auch das private Schiedsverfahren erfasst sein

Die Argumente von Stürmer haben sicherlich einiges für sich. Auch ist der These, dass „begrifflich [...] nahezu alles unklar [ist], was mit ADR verbunden ist“⁷⁶ insoweit zuzustimmen, als dass sich die Methoden der neben den Gerichtsverfahren bestehenden Streitbehandlungsmethoden in einem steten Fluss befinden und terminologische Inkonsistenzen bestehen. Allerdings wird im Rahmen dieser Arbeit aus Gründen der mittlerweile weiten Verbreitung der „europäischen“ Definition von ADR und der Übersichtlichkeit der folgenden Ausführungen die Bezeichnung Alternative Dispute Resolution⁷⁷ verwendet, wenn es um den Oberbegriff für Konfliktbehandlungsmethoden jenseits von Gerichts- und Schiedsgerichtsverfahren geht. Damit folgt diese Arbeit letztlich der ADR-Definition von Stubbe:

*„ADR ist der Oberbegriff für eine Vielzahl von Verfahren, in denen die Parteien einen neutralen, unparteiischen Dritten einschalten, um mit dessen Hilfe eine Einigung zu finden oder eine Streitfrage zu klären und so ein nachfolgendes (Schieds-)Gerichtsverfahren zu vermeiden.“*⁷⁸

3.4.3. Verfahrensziel: Konfliktvermeidung

Wenn von Konfliktbehandlung gesprochen wird, werden zumeist Verfahren betrachtet, die helfen sollen, einen bereits bestehenden Konflikt bzw. Streit aus der Welt zu schaffen⁷⁹. Dabei setzt ein umfassendes Konfliktmanagement heute bereits vor Entstehung einer Streitigkeit an, indem es versucht, unnötige Konflikte zu vermeiden⁸⁰.

Für eine wirksame Streitprävention muss derart auf die jeweilige Konfliktsituation eingewirkt werden, dass der zugrundeliegende Konflikt beendet wird. Eine reine Konfliktvermeidung, z. B. durch Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch bzw.

soll. Für seine Kritik am Begriff „Alternative Dispute Resolution“ nennt Stürmer zudem das Argument, dass der Begriff insgesamt missglückt sei: „*Er ist missverständlich und unscharf. Anstatt positiv eine klare Aussage darüber zu machen, welche Form der Streitbeilegung von dem Begriff erfasst sein soll, wird lediglich angedeutet, dass es unterschiedliche Formen gibt, und dass die unter den Begriff fallende Form eine von diesen ist. Es wird weder eine Aussage dazu getroffen, wozu diese Form der Streitbeilegung eine Alternative darstellt, noch, worin diese Alternative besteht.*“ Stürmer, Die Vereinbarung von Verfahren privater Streitbeilegung, Seite 1.

⁷⁶ Stubbe, Konfliktmanagement, Seite 322.

⁷⁷ Bzw. ADR

⁷⁸ Stubbe, Konfliktmanagement, Seite 322.

⁷⁹ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 12.

⁸⁰ Hagel/Steinbrecher, Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Seite 26; an gleicher Stelle vertreten Hagel und Steinbrecher darüber hinaus die Ansicht, dass „unvermeidliche oder gar nützliche Konflikte zu identifizieren und professionell beizulegen“ sind.

(spiegelbildlich) durch Anerkenntnis des Anspruchs, wird das Gefühl der jeweiligen Partei, ungerecht behandelt worden zu sein, nicht ausräumen⁸¹. Aufgabe und Rückzug beendigen Konflikte daher nicht⁸², vielmehr bestehen diese latent fort⁸³.

Mit dem Ziel der Vermeidung unnötiger Konflikte und Streitigkeiten werden in der Praxis (vor allem bei Großprojekten im Anlagenbau⁸⁴) insbesondere das Partnering und sog. Dispute-Board Verfahren eingesetzt.

Das *Partnering* bezeichnet einen Managementansatz, der die Kooperation von Vertragsparteien und Projektbeteiligten in den Vordergrund stellt. Durch die daraus folgende Ausrichtung auf gemeinsame Projektziele sollen Win-Win-Potenziale genutzt und Konfliktpotenziale minimiert werden⁸⁵. Dies wird erreicht, indem bereits vor Projektbeginn ein speziell geschulter Dritter (der sog. „Facilitator“) eingebunden wird. Dieser tauscht sich mit den Beteiligten zu ihren Erwartungen aus schult sie bezüglich einer interessenorientierten Konfliktbeilegung. Während des Projekts können begleitend weitere Treffen der Vertragspartner mit dem Facilitator stattfinden⁸⁶.

Insbesondere bei langfristigen Projekten werden zur Streitprävention und zur Streitscheidung oftmals auch sog. *Dispute Boards*⁸⁷ eingesetzt. Dabei handelt es sich um Gremien (Boards), die aus einem oder mehreren Experten des einschlägigen Fachgebiets bestehen. Diese begleiten das Projekt gewöhnlich von Vertragsbeginn bis zu dessen Abschluss. Im Falle von Differenzen und Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien stehen sie den diesen auf Wunsch mit Empfehlungen und Entscheidungen zur Seite, um eine zeitnahe Beilegung der Meinungsverschiedenheit sicherzustellen und eine Beschädigung der Geschäftsbeziehungen zu vermeiden⁸⁸. Dieses Verfahren ist beispielsweise bei großen Bauvorhaben oder im Anlagenbau

⁸¹ Schoen, Konfliktmanagementsysteme, Seite 22.

⁸² Anders offenbar Breidenbach, der den Rückzug („avoidance“) und die Aufgabe („lumping it“) als Beendigungsvarianten von Konflikten nennt, Breidenbach, Mediation, Seite 44.

⁸³ Schoen, Konfliktmanagementsysteme, Seite 22.

⁸⁴ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 13.

⁸⁵ Vgl. Broschüre „Bauen statt streiten. Partnerschaftsmodelle am Bau – kooperativ, effizient, digital“ des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie, zu finden unter <https://www.bauindustrie.de/themen/news-detail/bauen-statt-streiten-1>

⁸⁶ Eine beschreibende Zusammenfassung der Abläufe beim Partnering findet sich bei Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 13.

⁸⁷ *Dispute Boards* werden z. T. auch als *Dispute Resolution Boards*, *Dispute Review Boards* oder *Dispute Adjudication Boards* bezeichnet. Eine einheitliche Handhabung dieser Terminologie ist nicht erkennbar. Wie Arntz feststellt, deuten diese verschiedenen Bezeichnungen allerdings auf unterschiedlich starke Bindungswirkungen der vom Board getroffenen Entscheidungen hin; Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 14, Fn. 73.

⁸⁸ Vgl. z. B. die Erläuterungen der ICC, <https://www.iccgermany.de/schiedsgerichtsbarkeit/weitere-streitbelegungsinstrumente/icc-dispute-boards/>, Zeitpunkt des Abrufs: 14.12.2021, 16:49 Uhr.

sinnvoll. Denn bei Projekten dieser Art sind häufig schnelle Entscheidungen für den weiteren Umsetzungsprozess notwendig. Der Vorteil fest installierter Dispute Boards ist dabei insbesondere, dass die Experten mit allen Einzelheiten des Projekts und seiner vertraglichen Grundlagen vertraut sind und so zügig sachgerechte Entscheidungen treffen können⁸⁹.

Streitpräventionsmethoden sind also das erste Mittel, an das bei der Gestaltung einer Konfliktbehandlungsklausel gedacht werden sollte. Natürlich muss sich der jeweilige Sachverhalt dafür anbieten – umfassend informierte Klauselersteller sollten aber zumindest im Hinterkopf behalten, dass Konfliktbehandlung nicht erst beim Auftreten von Streitigkeiten wirkungsvoll eingreifen kann, sondern bereits vorher.

3.4.4. Verfahrensziel: Konfliktbeendigung

Ist eine Streitigkeit bereits entstanden, gilt es, diese zutreffend zu identifizieren und professionell beizulegen⁹⁰. Hierfür haben sich vielfältige ADR-Verfahren zur Streit-erledigung entwickelt. Für Ersteller von Eskalationsklauseln (also gestufter Streit-beilegungsklauseln) ist die Kenntnis der unterschiedlichen ADR-Möglichkeiten und ihrer Wirkmechanismen essentiell⁹¹. Eine systematische Einordnung macht die Instrumente der ADR dabei leichter verständlich und handhabbar⁹².

3.4.4.1. Systematik

Anders als bei den streng gegliederten staatlichen Gerichtsverfahren mit ihren unan-tastbaren Strukturprinzipien⁹³ können die Parteien bei von ihnen selbst vereinbarten Verfahren prinzipiell völlig frei bestimmen, wie diese ablaufen sollen. Anhaltspunkte und einen gewissen Rahmen für die Ausgestaltung dieser Freiheit kann eine Systeme-

⁸⁹ Auf den Internetseiten der Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS) wird dies folgendermaßen zusammengefasst: *“A Dispute Board involved with the project from inception through to completion benefits from ‘hands on’ knowledge of every aspect of the project. Members of the Dispute Board know the Parties, the goals and objectives of the project and are able to act quickly to either prevent a dispute from arising or to give a decision quickly [...]”*, <https://www.rics.org/de/products--services/dispute-resolution-service/conflict-avoidance-consultancy/dispute-boards/>, Zeitpunkt des Abrufs: 14.12.2021, 17:05 Uhr.

⁹⁰ Hagel/Steinbrecher, Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Seite 26.

⁹¹ Da sich die ADR in einem steten Fluss befindet und sich auch immer neue Techniken sowie hybride Verfahren entwickeln, kann niemand ein abschließendes Bild aller bestehenden ADR-Möglichkeiten haben. Allerdings entwickeln sich diese neuen Formen regelmäßig aus den bestehenden Grundmodellen, so dass jedenfalls deren Methoden und Mechanismen bekannt sein sollten.

⁹² Stubbe, Konfliktmanagement, Seite 323.

⁹³ Vgl. oben 3.4.1.

matisierung der verschiedenen Streiterledigungsansätze geben. An diesem können sich die Parteien bei der Auswahl der passenden Verfahren orientieren. Bezüglich der Klassifizierung der Streiterledigungsansätze hat *Arntz* zwei Charakteristika identifiziert, die eine entsprechende Systematisierung ermöglichen: Der „*Umfang bzw. der Maßstab der Streiterledigung und der Einfluss eines Dritten auf den Verfahrensablauf und das Verfahrensergebnis*“⁹⁴.

Der *Maßstab der Streiterledigung* kann sich entweder nach Sach- bzw. Rechtsfragen oder nach den Interessen der Parteien richten. Das Paradebeispiel eines rechtsorientierten Verfahrens ist der staatliche Zivilprozess⁹⁵. Als *das* interessenorientierte Verfahren schlechthin wird dagegen zumeist die Mediation angesehen. Im Bereich der Alternative Dispute Resolution gibt es zwischen den beiden genannten Polen⁹⁶ allerdings eine Vielzahl von Mischformen, so dass eine klare Einordnung bestimmter ADR-Verfahren als sach- oder als interessenorientiert oftmals nicht möglich ist⁹⁷.

Die verschiedenen Ansätze für eine Streiterledigung können darüber hinaus aufgrund des *Umfangs des Einflusses eines Dritten* auf den Ablauf und das Ergebnis des Verfahrens voneinander abgegrenzt werden⁹⁸. Hiermit geht ein weiterer wichtiger Effekt einher: Regelmäßig nimmt mit dem steigenden Einfluss eines Dritten die Entscheidungsgewalt der Parteien ab⁹⁹. Damit kann das von *Arntz* genannte Charakteristikum des Einflusses eines Dritten (mit umgekehrtem Vorzeichen) auch als *Entscheidungsgewalt der Parteien* bezeichnet werden.

So gibt es Verfahren, bei denen überhaupt keine Dritten in die Konfliktbehandlung eingebunden sind, wie z. B. die klassische bilaterale Verhandlung. Bei dieser liegt die Entscheidungsgewalt allein bei den Parteien. Am anderen Ende der Skala stehen solche Verfahren, deren Ausgang vollumfänglich ein Dritter in Händen hält – beispielsweise durch eine verbindliche Entscheidung. Die Entscheidungsgewalt der Parteien liegt dabei bei Null.

Es gibt also zwei Grundtypen¹⁰⁰ von Streitbeilegungsverfahren: *Verhandlungs- bzw. konsensorientierte Verfahren* und solche, deren vornehmliches Ziel die Bewertung oder Entscheidung des Streits ist (*entscheidungsorientierte Verfahren*). Dazwischen steht eine Vielzahl von Verfahren und Lösungsansätzen, welche die Beteili-

⁹⁴ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 16.

⁹⁵ *Breidenbach*, Mediation, Seiten 44 f., der gleichzeitig darauf hinweist, dass das zivilgerichtliche Verfahren auch vermittelnde Elemente enthält, die auf eine Einigung der Parteien abzielen.

⁹⁶ *Roquette* in: *Roquette/Schweiger*, Vertragsbuch Privates Baurecht, G. I. 2., Rn. 3.

⁹⁷ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 16.

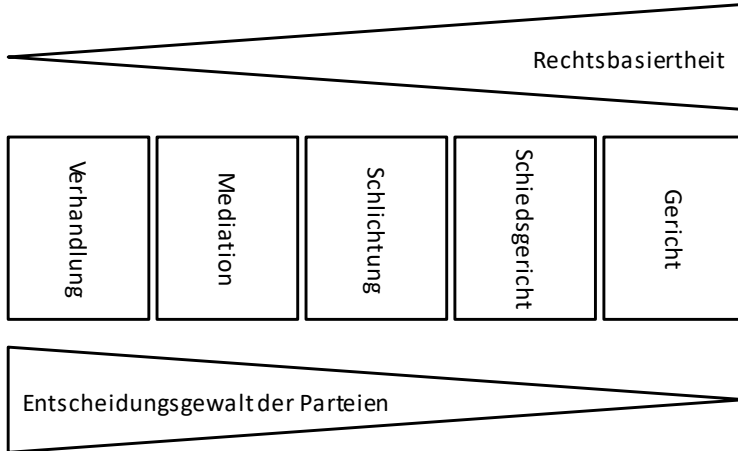
⁹⁸ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 17.

⁹⁹ Vgl. beispielsweise die Darstellung auf den Internetseiten der IHK Koblenz, <https://www.ihk-koblenz.de/blueprint/servlet/resource/blob/3462782/efcdfac36a6abef418c99c8b047bcf65/merkblatt-wirtschaftsmidiation-data.pdf>, Zeitpunkt des Abrufs 14.12.2021, 17:08 Uhr.

¹⁰⁰ *Greger/Stubbe*, Schiedsgutachten, Seite 26; *Stubbe*, Konfliktmanagement, Seite 323.

gung eines Dritten und dessen Einflussnahmemöglichkeiten auf den Ausgang des Verfahrens in unterschiedlichem Ausmaß vorsehen¹⁰¹. Je mehr dieser Dritte auf den Verfahrensablauf und das Verfahrensergebnis Einfluss nehmen kann, desto geringer ist die Entscheidungsgewalt der Parteien¹⁰².

Zusammenfassend lassen sich die Charakteristika verschiedener Konfliktbeilegungsverfahren im Spektrum zwischen verhandlungsorientierten und entscheidungsorientierten Verfahren folgendermaßen schematisch¹⁰³ darstellen.



Abhängig vom Grad der Entscheidungsgewalt der Parteien auf Verfahrensgestaltung und -ergebnis laufen die verschiedenen Verfahren unterschiedlich ab. Während die Parteien bei den entscheidungsorientierten Verfahren versuchen, den Dritten als Inhaber der Entscheidungsgewalt von ihrem Standpunkt zu überzeugen, richtet sich die Aufmerksamkeit der Parteien bei den konsensorientierten Verfahren auf ihre Interessen. Im Vordergrund steht dann, unter Berücksichtigung der Parteiinter-

¹⁰¹ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 17.

¹⁰² Stubbe ergänzt in diesem Zusammenhang, dass die Unterschiede zwischen konsensorientierten und entscheidungsorientierten Verfahren sich auch im Hinblick auf die Verantwortung der Parteien für das Verfahren und dessen Ergebnis auswirken: „Die beiden Verfahrenstypen konsensorientiert und entscheidungsorientiert unterscheiden sich sehr grundsätzlich, worauf vor allem Haft hingewiesen hat: Bei den Entscheidungsverfahren wird letztlich die Verantwortung für das Ergebnis auf den entscheidenden Dritten übertragen; bei konsensualen Verfahren bleibt die Verantwortung für das Ergebnis (oder das Scheitern) bei den Parteien.“ Stubbe, Konfliktmanagement, Seite 323.

¹⁰³ Schaubild nach Troja/Gläsner/Kirchhoff/Schwartz/Wendenburg, Europa-Universität Viadrina, Präsentation „Spektrum der Konfliktbeilegungsverfahren“ vom 26.–28.09.2013.

sen und Kraft eigener Entscheidungsmacht mit der anderen Seite eine Einigung zu erzielen¹⁰⁴.

3.4.4.2. Die wichtigsten konsensorientierten Verfahren

Das wohl bekannteste und gebräuchlichste aller konsensorientierten¹⁰⁵ Verfahren ist die schlichte bilaterale Verhandlung. Nahezu jeder Konflikt durchläuft eine Phase von Verhandlungen – oftmals mit Erfolg. Konsensorientiert sind des Weiteren die Verfahren, in denen ein unparteiischer Dritter den Parteien bei einer Einigung helfen soll¹⁰⁶. Hierzu gehört insbesondere die Mediation¹⁰⁷.

3.4.4.2.1. Verhandlungen

Unter *Verhandeln* versteht man im Allgemeinen eine zwischenmenschliche Interaktion zum Zwecke des Ausgleichs widerstreitender Interessen¹⁰⁸.

Im Idealfall bieten Verhandlungen den Konfliktparteien die einfachste Möglichkeit zu einer zügigen und effizienten Konfliktlösung zu gelangen. Sie sind die „beste, weil unmittelbarste, rascheste und am wenigsten aufwendige Form der Konfliktlösung“¹⁰⁹. Dafür ist allerdings Voraussetzung, dass die Parteien nicht nur rein kompetitiv, sondern kooperativ verhandeln¹¹⁰.

Dem *kompetitiven* Verhandlungsansatz liegt das Axiom zugrunde, dass der Gegenstand der Verhandlungen begrenzt¹¹¹ ist und beide Parteien versuchen, von diesem Gut einen möglichst großen Anteil zu erhalten¹¹². Kompetitives Verhandeln folgt dem spieltheoretischen Schema der Nullsummenspiele: Der Gewinn der einen Partei verhält sich spiegelbildlich zum Verlust der anderen Partei¹¹³.

¹⁰⁴ Stubbe in: Böckstiegel/Berger/Bredow/Schlosser, Schiedsgutachten versus Schiedsgerichtsbarkeit, Seiten 75 ff.

¹⁰⁵ Konsensorientierte Verfahren werden – mit geringen definitorischen Abweichungen – z. T. auch als *verhandlungsorientierte* Verfahren bezeichnet.

¹⁰⁶ Stubbe, Konfliktmanagement, Seite 322.

¹⁰⁷ Das früher in Deutschland verbreitete, ebenfalls verhandlungsorientierte Verfahren der Konfliktmoderation wird hier nicht mehr mit aufgezählt – es wurde durch die Mediation weitgehend verdrängt, vgl. Greger/Stubbe, Schiedsgutachten, Seite 26.

¹⁰⁸ Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, Seite 61.

¹⁰⁹ Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, Seite 7.

¹¹⁰ Vgl. Greger auf der von ihm betriebenen Webseite <http://www.reinhard-greger.de/alternative-konfliktbeilegung/formen-der-alternativen-konfliktbeilegung/>, Zeitpunkt des Abrufs 14.12.2021, 17:12 Uhr.

¹¹¹ So sind beispielsweise Verteilungskämpfe zwischen Lieferant und Kunde ihrer Natur nach kompetitiv – es geht um die Aufteilung begrenzter Ressourcen; vgl. Bönisch, Wolfgang, Das ABC der Verhandlungskunst, abrufbar unter: <https://www.wolfgangboenisch.de/verhandlungstipps/a-z/distributiv/>, Zeitpunkt des Abrufs 14.12.2021, 18:25 Uhr.

¹¹² Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 19.

¹¹³ Haft, Intuitives und rationales Verhandeln, Seite 15.

Interessanterweise wird kompetitives Verhandeln von den Parteien tendenziell als angenehm empfunden¹¹⁴. Denn die Reduzierung der in der Verhandlung zur Verfügung stehenden Optionen (bildlich des „Kuchens“) bringt eine subjektive Vereinfachung des zu behandelnden Sachverhalts mit sich: Anstatt sich mit den eigenen Interessen und den zur Verfügung stehenden (oder erreichbaren) Möglichkeiten beschäftigen zu müssen, ziehen sich die Verhandler gerne darauf zurück, schlicht um die Größe des ihnen zustehenden Kuchenstücks zu ringen. *Schwartz* und *Wendenburg* erkennen in dieser sogenannten *fixed pie-bias* eine kognitive Verzerrung, die das Verhalten zahlreicher Verhandlungsparteien kennzeichnet¹¹⁵.

Harten Verhandlern kommt kompetitives Verhandeln zudem ggf. entgegen, denn für sie besteht die Chance, ihren Anteil am als begrenzt empfundenen Verhandlungsgegenstand zu maximieren. Gleichzeitig besteht allerdings auch immer das Risiko, sich einem noch besseren kompetitiven Verhandler gegenüber zu finden¹¹⁶. Dann wird das eigene „Stück vom Kuchen“ gleich merklich kleiner. Daran wird das Kernproblem des kompetitiven Verhandels deutlich: Die Annahme, dass der Verhandlungsgegenstand begrenzt ist, führt dazu, dass alternative Lösungsmöglichkeiten des Konflikts – die möglicherweise für beide Seiten gewinnbringender wären als eine bloße Aufteilung des Verhandlungsgegenstandes – nicht in Betracht gezogen werden¹¹⁷. Daher gibt es am Ende einer kompetitiv geführten Verhandlung – mit unterschiedlichen Abstufungen – Sieger und Verlierer (bei einem 50:50-Kompromiss haben beide Parteien immerhin 50 % des möglichen Verhandlungserfolgs verloren).

Das *kooperative* Verhandeln folgt einem anderen Ansatz. Es ist v. a. dadurch geprägt, dass der Verhandlungsgegenstand nicht von vornherein als limitiertes Gut angesehen wird. Ausgangspunkt ist vielmehr die Möglichkeit einer darüber hinausgehenden Wertschöpfung¹¹⁸ durch die Aufdeckung von für beide Seiten vorteilhaften Lösungsalternativen („win-win“) oder zumindest durch eine insgesamt schnellere (und damit kostengünstigere) Einigung¹¹⁹.

Grundlegend für diesen Ansatz ist die Entdeckung¹²⁰ von *Fisher* und *Ury*, dass

¹¹⁴ Auch weil es keine großen intellektuellen Anstrengungen erfordert und wir es von Kindesbeinen kennen, *Risse*, Wirtschaftsmediation, Seite 50.

¹¹⁵ *Schwartz/Wendenburg*, Unternehmen in der Krise brauchen Verhandlungsmoderation, <https://www.law-school.de/forschung-fakultaet/institute-und-zentren/center-on-the-legal-profession/blog-legal-trends/artikel/unternehmen-in-der-krise-brauchen-verhandlungsmoderation>, Zeitpunkt des Abrufs 14.12.2021, 18:06 Uhr.

¹¹⁶ *Risse*, Wirtschaftsmediation, Seite 51.

¹¹⁷ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 20.

¹¹⁸ *Greger/von Münchhausen*, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, Seite 62.

¹¹⁹ *Risse*, Wirtschaftsmediation, Seite 55.

¹²⁰ Wegbereiter für die Methodik des kooperativen Verhandels war das *Harvard Negotiation Project*, das Prinzipien sogenannten *sachbezogenen* Verhandels bzw. *Verhandels nach Sachlage*

Parteien nicht in erster Linie über die Erfüllung der geltend gemachten Forderung (Position) verhandeln, sondern es ihnen vielmehr um die Befriedigung der hinter der Forderung stehenden Bedürfnisse (Interessen) geht¹²¹. Die Interessen sind der „*stille Motor hinter den lärmenden Positionen*“¹²². Die Konzentration auf Interessen, anstatt auf Positionen packt Konflikte bei der Wurzel und ermöglicht so vielfach „*alternative, an den Interessen und Wertvorstellungen der Parteien ausgerichtete*“¹²³ und damit qualitativ bessere Einigungen¹²⁴.

Da Parteien ohne die Unterstützung eines Dritten allerdings dazu tendieren, ungeplant, intuitiv und damit unstrukturiert zu verhandeln, werden die Chancen, die der kooperative Verhandlungsansatz bietet, oftmals nicht genutzt¹²⁵.

3.4.4.2.2. Mediation

Der Gefahr des ungeplanten, intuitiven Verhandelns, das in der Praxis oftmals in einen kompetitiven Verteilungskampf führt¹²⁶, kann mit der Durchführung einer Mediation begegnet werden.

„*Wirtschaftsmediation ist Verhandeln unter Anleitung*“, so bringt es Risse auf den Punkt¹²⁷. Damit wird zugleich das Wesen der Mediation beschrieben: Die Parteien verhandeln autonom und bleiben damit auch ergebnisverantwortlich. Gleichzeitig werden sie bei ihren Verhandlungen und Konfliktlösungsversuchen durch einen allparteilichen¹²⁸ Dritten unterstützt, der über keinerlei eigene (Konflikt-)Entschei-

(„*principled negotiation*“ bzw. „*negotiation on the merits*“) aufgestellt hat. Diese „*Harvard-Prinzipien*“ bestimmen eine, „*offene und ehrliche Verhandlungsmethode*“; Fisher/Ury/Patton, Das Harvard Konzept, Seite 36 ff.

¹²¹ Fisher/Ury/Patton, Das Harvard Konzept, Seiten 75 ff.; Risse, Wirtschaftsmediation, Seite 55.

¹²² Fisher/Ury/Patton, Das Harvard Konzept, Seite 76.

¹²³ Schoen, Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen, Seite 95.

¹²⁴ Ausführlich zu den Methoden und Chancen des als *Harvard-Konzept* bekannt gewordenen kooperativen Verhandelns Fisher/Ury/Patton, Das Harvard Konzept, passim; instruktiv auch Risse, Wirtschaftsmediation, Seiten 54 ff.

¹²⁵ Arntz fasst dies folgendermaßen zusammen: „*Da kein Dritter in das Verfahren eingebunden ist, haben die Parteien die maximale Kontrolle über den Verfahrensablauf und das Verfahrensergebnis. Diese Flexibilität hat allerdings auch eine Kehrseite. Die Akteure im Wirtschaftsverkehr haben regelmäßig keine vertieften Kenntnisse in der Verhandlungsführung. Daher besteht die Gefahr, dass der Verhandlungsprozess unstrukturiert abläuft und so Einigungschancen vertan werden. Dies zeigt sich insbesondere bei der Wahl des Verhandlungsansatzes. Das Verhandlungsverhalten der Parteien ist intuitiv, was überwiegend zu einer kompetitiven Herangehensweise führt. Die Bereitschaft zu einem kooperativen verhandeln wird regelmäßig gering sein, da die Parteien befürchten müssen, dass ihre Offenheit durch die Gegenseite ausgenutzt wird. Um für sich selbst das – scheinbar – beste Ergebnis zu erzielen, werden die Parteien sich daher nicht kooperativ verhalten.*“ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 23.

¹²⁶ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 25.

¹²⁷ Risse, Wirtschaftsmediation, Seite 39.

¹²⁸ Über die Formulierung von Breidenbach hinaus, soll der Mediator nicht nur neutral und

dungskompetenz verfügt¹²⁹. Seine Aufgabe besteht vielmehr in der Steuerung und Strukturierung der Verhandlungen¹³⁰. Ziel des Mediationsverfahrens ist dabei, die Parteien zu kooperativen anstelle von kompetitiven Verhandlungen anzuleiten.

Hierfür unterteilt der Mediator das Verfahren in unterschiedliche Phasen¹³¹ und setzt zur Erforschung der Interessen der Parteien bestimmte (Gesprächs-)Techniken ein. Dazu zählt aktives Zuhören genauso wie getrennte Vieraugengespräche mit den Parteien. Durch die Kombination aus freiwilligen Verhandlungen der Parteien über eine Konfliktlösung, einer systematischen Förderung der Kommunikation zwischen den Parteien durch einen allparteilichen Mediator als Vermittler¹³² sowie einer von den Parteien selbst verantworteten Lösung werden in der Mediation oftmals wertschöpfende und nachhaltige Konfliktlösungen im Sinne des kooperativen Verhandlungsansatzes erreicht.

Die Mediation ist daher ein sehr wertvolles und bei der Erstellung von Streitbeilegungssystemen und entsprechender Vertragsklauseln stets in Betracht zu ziehendes Konfliktlösungsverfahren.

3.4.4.3. Die wichtigsten entscheidungsorientierten Verfahren

Entscheidungsorientierte Verfahren sind dadurch gekennzeichnet, dass die Prozess- und auch die Ergebnishoheit nicht (nur) von den Parteien des Konflikts, sondern (mit unterschiedlicher Intensität auch) von einem Dritten ausgeübt werden. Das bekannteste entscheidungsorientierte Verfahren ist der staatliche Gerichtsprozess, bei dem ein Richter den Streit verbindlich entscheidet, ohne dass die Parteien (jenseits ihres Vortrags zum Sachverhalt und zu Rechtsfragen) auf diese Entscheidung Einfluss nehmen können. Das Schiedsverfahren unterscheidet sich hinsichtlich der Einflussnahmemöglichkeiten des entscheidungsbefugten Dritten nur unwesentlich vom staatlichen Gerichtsverfahren. Daneben gibt es eine Vielzahl von Verfahren,

unparteiisch sein, *Breidenbach*, Mediation, Seite 4 – denn der Mediator ist beiden Parteien in gleichem Maße verpflichtet und nimmt einen überparteilichen Standpunkt ein. Dies wird gemeinhin als „Allparteilichkeit“ bezeichnet, <https://www.streitvermittler-mediator.de/fachbegriffe/was-bedeutet-allparteilichkeit.html>, Zeitpunkt des Abrufs 14.12.2021, 19:05 Uhr.

¹²⁹ *Breidenbach*, Mediation, Seite 4.

¹³⁰ *Hopt* und *Steffek* fassen die Wesensmerkmale der Mediation mit folgender Definition zusammen: „Mediation ist ein auf Freiwilligkeit der Parteien beruhendes Verfahren, bei dem ein Vermittler ohne Entscheidungsgewalt Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen“; *Hopt/Steffek* Mediation, Seite 12; vgl. auch § 1 MediationsG.

¹³¹ Je nach Mediationsausbildung variiert die Anzahl der Phasen der Mediation; eine Mediation besteht aber jedenfalls aus 1. Vorbereitung/Darstellung der Mediationsprinzipien, 2. Bestandsaufnahme, Erkennen von Interessen und Motivation, 3. Finden (kreativer) Lösungsmöglichkeiten und 5. Einigung/schriftliche Fixierung der Einigung.

¹³² *Hopt/Steffek*, Mediation, Seite 13.

in denen ein Dritter mal mehr, mal weniger Einfluss auf Ablauf und Ergebnis des Konfliktbehandlungsverfahrens hat.

Von der Seite des Verhandlungsergebnisses her betrachtet, unterscheiden sich die verschiedenen entscheidungsorientierten Verfahren insbesondere auch hinsichtlich ihrer Bindungswirkung¹³³.

Die für die Erstellung von Streitbeilegungsklauseln wichtigsten entscheidungsorientierten Konfliktbehandlungsverfahren werden im Folgenden kurz dargestellt.

3.4.4.3.1. Schiedsgutachten

Mit einem Schiedsgutachten wird eine zwischen den Parteien bestehende Streitfrage durch die Beurteilung eines neutralen Dritten entschieden. Das Schiedsgutachten eignet sich vor allem für die Entscheidung über zwischen den Parteien streitige Tatsachen, beispielsweise, ob ein Werkmangel vorliegt oder ob eine bestimmte Lärmgrenze überschritten wird. Daneben eignet es sich zur Entscheidung über unbestimmte Begriffe wie „ortsüblich“ oder „angemessen“¹³⁴. Meist dient das Schiedsgutachten daher nur der Klärung einer Einzelfrage und nicht der Entscheidung über einen Konflikt im Ganzen¹³⁵.

3.4.4.3.2. Dispute Boards

Dispute Boards, die (wie bereits beschrieben¹³⁶) vor allem bei aufwendigen Großprojekten eingesetzt werden, kommt eine wichtige Doppelfunktion zu. So zielt die frühzeitige Einschaltung des Expertengremiums einerseits auf eine Konfliktvermeidung ab. Kommt es dennoch zum Streit, kann das Dispute Board den Konflikt andererseits zeitnah und zumindest vorläufig verbindlich entschieden¹³⁷. In der Folge wird eine Anstauung von Problemen und damit eine Verzögerung des Projektes mit den daraus resultierenden Folgeschäden verhindert¹³⁸.

¹³³ *Stubbe* unterscheidet in folgende Kategorien der Bindungswirkung. (1.) „nicht bindend: Nur Empfehlung (aber hohe faktische Bindungswirkung)“, (2.) „vorläufig bindend: Die Parteien verpflichten sich, das Votum zu beachten, bis ggf. eine Änderung durch ein nachfolgendes Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren erfolgt“ und (3.) „bindend: Bindungswirkung typischerweise in den Grenzen der §§§ 317, 319 BGB, also in einem nachfolgenden (Schieds-)Gerichtsverfahren nur auf offenbare Unbilligkeit oder offenbare Unrichtigkeit überprüfbar“, *Stubbe*, Konfliktmanagement, Seite 324.

¹³⁴ *Greger/von Münchhausen*, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, Seite 165.

¹³⁵ *Risse*, Wirtschaftsmediation, Seite 10.

¹³⁶ Vgl. oben 3.4.3.

¹³⁷ *Greger/von Münchhausen*, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, Seite 221.

¹³⁸ *Risse*, Wirtschaftsmediation, Seite 550.

3.4.4.3.3. Early Neutral Evaluation

Die Early Neutral Evaluation (auch *Rent a Judge*¹³⁹) ist eine vorgerichtliche Einschätzung eines neutralen Dritten über die Aussichten eines zukünftigen Gerichtsprozesses zwischen den Parteien. Es handelt sich daher um eine rechtliche Einschätzung des Konfliktes und weniger um die Klärung tatsächlicher Fragen¹⁴⁰. Die Parteien bzw. deren Anwälte legen dem Dritten ihre Tatsachenbehauptungen und Ansichten – entsprechend einer streitigen Gerichtsverhandlung – in einem gemeinsamen Termin dar¹⁴¹. Der Dritte beurteilt anschließend die Erfolgsaussichten eines etwaigen Prozesses und fällt ein Urteil, welches er schriftlich knapp begründet. Sodann wird in Vergleichsgespräche eingetreten und nur wenn diese scheitern das Urteil bekannt gegeben. Dieser „Testprozess“ ermöglicht es den Parteien ihr zukünftiges Prozessrisiko realistischer beurteilen und damit die Einigungsbarriere des „Überoptimismus“¹⁴² überwinden zu können.

3.4.5. Hybride Verfahren

Die genannten konsens- und entscheidungsorientierten Konfliktbehandlungsmethoden können grundsätzlich beliebig miteinander kombiniert werden. So können beispielsweise „*Elemente der Verhandlungslösung und der Mediation mit der Entscheidungsgewalt eines Richters*“ kombiniert werden¹⁴³. Damit ist eine unendliche Vielzahl sog. hybrider Verfahren denkbar. Die konkrete Verfahrensgestaltung wird dabei ggf. sehr komplex¹⁴⁴.

3.4.6. Systematik der Konfliktlösungsmethoden

Zusammengefasst lassen sich die vorstehenden Ausführungen zu verschiedenen Konfliktlösungsmethoden mit dem folgenden, von *Stubbe* entwickelten recht einfachen Schema veranschaulichen¹⁴⁵.

¹³⁹ Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, Seite 9.

¹⁴⁰ Risse, Wirtschaftsmediation, Seite 545.

¹⁴¹ Risse, Wirtschaftsmediation, Seite 545.

¹⁴² Vgl. dazu unten 4.2.2.2.; zur Einigungsbarriere der überoptimistischen Einschätzung auch Schoen, Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen, Seite 138.

¹⁴³ Risse, Wirtschaftsmediation, Seite 523.

¹⁴⁴ Risse warnt in diesem Zusammenhang: „Der Verfahrensleiter muss daher eine maximale Verfahrenstransparenz herstellen, damit die Teilnehmer ihr Verhalten auf das konkrete Verfahren einstellen können. Andernfalls droht Konfusion. Diese führt zu einem Vertrauensverlust in das ADR-Verfahren, was schnell zum Scheitern der außergerichtlichen Streitbeilegung führt“, Risse, Wirtschaftsmediation, Seiten 523 f.

¹⁴⁵ Stubbe, Konfliktmanagement, Seite 324; Greger/Stubbe, Schiedsgutachten, Seite 3.

Konfliktlösung		
Streitentscheidung	Streitbeilegung (ADR)	
Gericht/Schiedsgericht	Mediation	Dritt-votum
	<i>konsensorientiert</i>	<i>entscheidungsorientiert</i>

3.5. Individualvereinbarung als Voraussetzung für die Durchführung eines Verfahrens der privaten Streitbeilegung

Bis auf das staatliche Gerichtsverfahren, das Konfliktparteien zur Beendigung ihrer Streitigkeit immer zur Verfügung steht¹⁴⁶, ist allen Konfliktbeilegungsmethoden gemeinsam, dass sich die Parteien gesondert auf ihre Anwendung verständigen müssen. Die entsprechende vertragliche Vereinbarung hat dann maßgeblichen Einfluss auf die Einleitung, die Ausgestaltung und die Beendigung des gewählten Verfahrens¹⁴⁷. Sie kann aufgrund entsprechender Vereinbarung oder *ad hoc* im Falle eines auftretenden Konflikts¹⁴⁸ oder bereits im Vorfeld, z. B. bei der Begründung von Geschäftsbeziehungen bzw. bei Vertragsabschluss¹⁴⁹, getroffen werden.

Hierfür können die Parteien entweder einen eigenen Vertrag bezüglich der Behandlung künftiger Konflikte abschließen (Streitbeilegungsabrede¹⁵⁰) oder sie integrieren eine entsprechende Streitbeilegungsklausel in den ihrer jeweiligen Geschäftsbeziehung zugrunde liegenden Vertrag¹⁵¹. Letzteres hat den Vorteil, dass der Anwendungsbereich der Streitbeilegungsklausel recht einfach bestimmt und auf Konflikte aus und im Zusammenhang mit der jeweiligen Vertragsbeziehung (z. B.

¹⁴⁶ Für zivilrechtliche Streitigkeiten besteht ein allgemeiner Justizgewährungsanspruch: „*Ein Staat, der das Gewaltmonopol für sich in Anspruch nimmt, muss seinen Bürgern [...] für zivilrechtliche Streitigkeiten ebenfalls eine Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung stellen. Aus dem Rechtsstaatsprinzip iVm Art 2 Abs 1 GG wird daher [...] ein allgemeiner Justizgewährungsanspruch abgeleitet*“, Huster/Rux in Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Art. 20, Rn. 199.

¹⁴⁷ Hutner, Die Mediationsvereinbarung, Seite 227.

¹⁴⁸ Zu den insoweit bestehenden Problemen und Möglichkeiten, siehe oben 1. und unten 4.2.2.4.

¹⁴⁹ Zu den Schwierigkeiten und Möglichkeiten der Vereinbarung von Konfliktbehandlungsmechanismen *ex ante*, siehe oben 1. und unten 4.2.2.1.

¹⁵⁰ Entsprechend der in § 1029 Abs. 2 ZPO getroffenen Legaldefinitionen zur Begriffsbestimmung in Schiedsverfahren, nach der eine Schiedsvereinbarung in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsabrede) oder in Form einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) geschlossen werden kann, bietet sich für die gesonderte Vereinbarung von Streitbeilegungsmechanismen der Begriff Streitbeilegungsabrede an, wohingegen derartige Vereinbarungen als Teil eines anderen Vertragswerks als Streitbeilegungsklauseln bezeichnet werden können; vgl. auch Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Seite 8.

¹⁵¹ Eine Übersicht zu Mediationsklauseln in B2B-Verträgen und möglichen Einsatzfeldern findet sich bei Hoffmann, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seiten 38 ff.

Liefervertrag für die Maschine X) konkretisiert werden kann. Im Falle eines gesonderten „Streitbeilegungsvertrags“ müssen die Parteien sehr trennscharf beschreiben, welche Konflikte von der geplanten privaten Konfliktbehandlung erfasst sein sollen und welche nicht.

Greger beobachtet in diesem Zusammenhang, dass im Wirtschaftsverkehr zum Zweck der Errichtung eines Streitbeilegungssystems vielfach Eskalationsklauseln vereinbart werden, *„die bei Scheitern von Verhandlungen auf der Arbeitsebene die Fortsetzung auf einer höheren Managementebene und, falls ebenfalls erfolglos, die Einschaltung eines Dritten als Mediator, Schlichter oder Schiedsgutachter, in letzter Stufe als Schiedsrichter vorsehen“*¹⁵².

3.6. Zweck der Vereinbarung von Verfahren der privaten Streitbeilegung

Die vertragliche Vereinbarung privater Streitbeilegungsverfahren zielt also darauf ab, die Lösung von Konflikten auf andere Weise als mit dem vom Gesetz vorgegebenen staatlichen Gerichtsverfahren zu erreichen. Die Parteien wollen mit der Wahl privater Konfliktbehandlungsmethoden *„ein eigenes – besseres – Streitbehandlungsregime schaffen“*¹⁵³.

Aus wirtschaftlicher Sicht „besser“ sind dabei alle Methoden, die helfen, Gewinne zu maximieren¹⁵⁴ bzw. Verluste zu minimieren¹⁵⁵. Wie im Wirtschaftsleben allgemein, geht es also um *Effizienz* und damit die Relation von Kosten zu Ergebnis. Im Hinblick auf die Konflikt- bzw. Streitbehandlung sind Kosten allerdings nicht nur direkte finanzielle Aufwendungen für das Verfahren (wie z. B. Gerichtsgebühren, Kosten des Schiedsgerichts oder des sonstigen Dritten, Rechtsanwaltsgebühren etc.). Vielmehr gibt es zahlreiche weitere Faktoren, die Einfluss auf die Kosten der Konfliktbehandlung haben.

Aus Unternehmenssicht reizvoll sind in diesem Zusammenhang – neben der *Reduzierung der direkten Kosten* – die durch private Streitbeilegungsverfahren in Aussicht stehende *Verkürzung der Verfahrensdauer* sowie die *Vertraulichkeit* der Verhandlungen, die *Schonung/Verbesserung von Geschäftsbeziehungen* sowie die *Optimierung des Verfahrens und des Verfahrensergebnisses*.

¹⁵² <http://www.reinhard-greger.de/alternative-konfliktbeilegung/formen-der-alternativen-konfliktbeilegung/>, Zeitpunkt des Abrufs 16.12.2021, 11:44 Uhr.

¹⁵³ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 41.

¹⁵⁴ Schoen, Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen, Seiten 27 und 43.

¹⁵⁵ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 41.

3.7. Verschiedene private Streitbeilegungsverfahren und ihre Effizienz

Die Parteien haben also einen Anreiz, für die Lösung ihres Konflikts dasjenige Verfahren auszuwählen, das ihnen in Summe die meisten (direkten und indirekten) Kostenvorteile bringt.

Hinsichtlich der *Verfahrensdauer* sind ADR-Verfahren gegenüber staatlichen Gerichtsprozessen¹⁵⁶, aber auch gegenüber Schiedsverfahren¹⁵⁷, regelmäßig im Vorteil. Da sie informeller sind, können sie schneller durchgeführt werden. Dies hat auch Auswirkungen auf die *direkten Kosten* der einzelnen Verfahren. Kürzere Verfahren verursachen weniger Kosten für (zeitabhängige) Vergütungen der in die Verfahren involvierten Dritten und die bei den Parteien anfallende interne Arbeitszeit (Opportunitätskosten). So haben sowohl konsensorientierte als auch entscheidungsorientierte ADR-Verfahren hinsichtlich der direkten Kosten spürbare Vorteile¹⁵⁸ gegenüber dem staatlichen Gerichtsverfahren¹⁵⁹ und dem Schiedsgerichtsverfahren¹⁶⁰.

Was die *Vertraulichkeit* der Verfahren anbelangt, sind die privaten Streitbeilegungsmethoden dem staatlichen Gerichtsprozess überlegen¹⁶¹. Denn der staatliche Gerichtsprozess ist gemäß § 169 GVG öffentlich. Nur bei vertraglich vereinbarten Konfliktbehandlungsmethoden können die Parteien die Öffentlichkeit ausschließen.

Betrachtet man die Auswirkungen der unterschiedlichen Konfliktbehandlungsverfahren auf die *Geschäftsbeziehungen* der Streitparteien, kommt man zu dem

¹⁵⁶ So ist der staatliche Richter gezwungen, jeden ihm vom Gesetz vorgegebenen Verfahrensschritt zu gehen und jede einzelne Prozessphase zu durchlaufen. Zwar mahnt die Zivilprozessordnung zur Eile, wenn Sie z. B. verspätetes Parteivorbringen mit der Sanktion möglicher Nichtbeachtung bestraft. Dennoch terminieren Gerichte aufgrund hohen Arbeitsanfalls gerne Monate im Voraus. Dadurch ist die zivilprozessuale Praxis regelmäßig von beinahe nicht enden wollendem Schriftsatzwechsel, immer neuen Beweisangeboten und entsprechenden Schriftsatznachlässen geprägt, vgl. *Gotting*, Europa Universität Viadrina, Master-Studiengang Mediation, 7. Jahrgang, KE PTM B 1.

¹⁵⁷ Auch wenn eine kürzere Verfahrensdauer oftmals als Vorteil von Schiedsverfahren angepriesen wird, überzeugt dieses Argument in der Praxis nur zum Teil. Während natürlich Zeitvorteile gegenüber dem vielfach über mehrere Instanzen geführten staatlichen Gerichtsprozess bestehen, ergibt sich im Vergleich zu den informelleren ADR-Verfahren ein anderes Bild. Insbesondere die im Schiedsverfahren zu verfassenden und auszutauschenden Schriftsätze sowie deren Analyse durch das Gericht und die oftmals notwendige Beweiserhebung sorgen zusammen mit anderen Formalia für insgesamt recht lange Schiedsverfahren.

¹⁵⁸ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seiten 43 ff.

¹⁵⁹ *Haft* weiß in diesem Zusammenhang zu berichten, dass „vor allem im Mittelstand viele Prozesse wegen des Kostenrisikos nicht geführt werden“, *Haft*, Intuitives und rationales Verhandeln, Seite 15.

¹⁶⁰ Insbesondere Prozesse vor Schiedsgerichten bringen in der Praxis ganz erhebliche Kosten (z. B. für die Vergütung der Schiedsrichter) mit sich

¹⁶¹ Jedenfalls aus Sicht der Parteien, die Vertraulichkeit wünschen bzw. wenn man davon ausgeht, dass im Privaten getroffene Streiterledigungen der Fortentwicklung des Rechts nicht schaden; kritisch *Risse*, Konfliktlösung durch Gerichtsprozesse, Seite 77.

Ergebnis, dass insbesondere staatliche Gerichtsverfahren, aber auch Schiedsgerichtsverfahren, erhebliche negative Auswirkungen auf das künftige Geschäftsverhältnis der Parteien haben¹⁶². Hintergrund ist, dass die Parteien im Rahmen dieser streitigen Verfahren jeweils das Ziel haben, zu gewinnen – dies geht denotwendigerweise zu Lasten der anderen Partei. Das für die Zielerreichung (Obsiegen) notwendige konfrontative Verhalten der Parteien führt nicht selten zu einem Vertrauensverlust, der eine schwere Belastung für die zukünftige Zusammenarbeit darstellt. Entscheidungsorientierte ADR-Verfahren bringen ebenfalls den Nachteil mit sich, dass die Parteien versuchen werden, ihre jeweils abweichende Sicht der Dinge gegenüber dem entscheidungsbefugten Dritten (und auf Kosten der Gegenseite) in einem möglichst guten Licht darzustellen. Wie *Arntz* zutreffend feststellt, wird dabei allerdings in der Regel nicht mit ähnlich „harten Bandagen“ gekämpft wie im (Schieds-)Gerichtsverfahren¹⁶³. Dies und die zumeist deutlich verkürzte Verfahrensdauer (die auch die Zeit verkürzt, in der die genannten schädlichen Effekte wirken können), führt dazu, dass entscheidungsorientierte ADR-Verfahren die Geschäftsbeziehung der Parteien nicht über Gebühr belasten. Am wenigsten werden Geschäftsbeziehungen allerdings durch konsensorientierte ADR-Verfahren belastet. In deren Rahmen versuchen die Parteien gemeinsam (ggf. mit Unterstützung eines Mediators) eine Lösung für ihren Konflikt zu finden. Gelingt dies (wie in den meisten Fällen¹⁶⁴), können sich statt negativer Auswirkungen sogar positive Effekte für die zukünftige Zusammenarbeit der Parteien ergeben.

Auch im Hinblick auf die Einflussnahmemöglichkeiten auf das *Verfahren* und die *Verfahrensergebnisse* unterscheiden sich die verschiedenen zur Wahl stehenden Konfliktbehandlungsmethoden. Während auf staatliche Gerichtsverfahren und ihren Ausgang (abgesehen von der für die eigene Position vorteilhaften Darlegung der Fakten) nur wenig Einfluss genommen werden kann, zeigen sich die privaten Streitbeilegungsmethoden flexibler. Dabei bleiben die Parteien insbesondere bei den konsensorientierten Methoden die „Herren des Verfahrens“ – mit entsprechend weitreichenden Einflussnahmemöglichkeiten auf den Gang der Verhandlungen.

Ein Vergleich der Grundtypen der Konfliktbehandlungsverfahren zeigt also, dass konsens- bzw. interessenengeprägte Verfahren grundsätzlich am effizientesten sind: „Die Streitbeilegung unter Berücksichtigung der Unternehmensinteressen gewähr-

¹⁶² *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 46.

¹⁶³ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 47.

¹⁶⁴ Bei Mediationen wird von Erfolgsquoten zwischen 70 % und 80 % berichtet, vgl. *Risse*, Wirtschaftsmediation, Seite 508 m. w. N.; vgl. dazu auch die Darstellung der IHK München, abrufbar unter <https://www.ihk-muenchen.de/recht/mediation/>, Zeitpunkt des Abrufs: 16.12.2021, 11:48 Uhr; sowie die Homepage <http://www.diewirtschaftsmidiation.de/80-prozent-erfolgsquote-sprechen-fuer-midiation/>, Zeitpunkt des Abrufs 16.12.2021, 11:50 Uhr.

leistet verhältnismäßig geringe Transaktionskosten, ein hohes Maß an Zufriedenheit mit dem Verfahrensergebnis, zukünftige kooperative Geschäftsbeziehungen und eine dauerhafte Streitbeilegung“¹⁶⁵. Demgegenüber verursachen entscheidungsorientierte Verfahren unter jedem der genannten Gesichtspunkte höhere Transaktionskosten – und sind damit weniger effizient¹⁶⁶. Deswegen sind entscheidungsorientierte Verfahren aber nicht etwa obsolet oder gar per se „schlecht“. So können beispielsweise Verfahren vor staatlichen Gerichten der einzig *effektive* Weg einer Streiterledigung sein – z. B. wenn die grundsätzliche und endgültige Klärung eines sich vielfach wiederholenden Sachverhalts notwendig ist¹⁶⁷.

Auch unter dem Blickwinkel der Effektivität bleibt damit festzuhalten, dass es nicht *das eine* Konfliktbehandlungsverfahren gibt, das zur Lösung aller Konflikte geeignet ist. Umgekehrt bleibt es dabei, dass es für jeden Konflikt ein geeignetes Konfliktbehandlungsverfahren gibt¹⁶⁸. Die Herausforderung besteht darin, das für den jeweiligen Konflikt passende Verfahren auszuwählen¹⁶⁹.

¹⁶⁵ *Schoen*, Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen, Seite 32.

¹⁶⁶ So im Ergebnis *Schoen*, Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen, Seite 32.

¹⁶⁷ *Slaikeu/Hasson*, Not Necessarily Mediation, Seite 333; *Neuvians*, Mediation in Familienunternehmen, Seite 10.

¹⁶⁸ Vgl. den Grundgedanken des „fitting the forum to the fuss“, *Sander/Goldberg*, 10 Negotiation Journal, Januar 1994, Seiten 49 ff.; *Hagel/Steinbrecher*, Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Seite 29.

¹⁶⁹ *Hagel/Steinbrecher*, Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Seite 29.

4. Eskalationsklauseln

Wollen Vertragsparteien einen Beilegungsmechanismus für zukünftige Konflikte vereinbaren (z. B. bei Beginn der Geschäftsbeziehung), sehen sie sich mit dem Problem konfrontiert, dass sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht wissen, welche Qualität die zwischen ihnen potentiell auftretenden Konflikte haben werden¹⁷⁰. Es besteht daher die Gefahr, durch vertragliche Vereinbarung *ex ante* eine Konfliktbehandlungsmethode festzulegen, die sich *ex post* für den konkreten Konflikt als ineffizient oder sonst ungeeignet erweist.

Um bei einer solchen in die Zukunft gerichteten Vereinbarung von Konfliktbehandlungsmechanismen die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, das für den erst später auftretenden Konflikt geeignete Verfahren zu „treffen“¹⁷¹, werden in der Praxis häufig¹⁷² Klauseln verwendet, die mehrere unterschiedliche Konfliktbehandlungsverfahren miteinander verbinden und den Konflikt so „durch verschiedene Streitbeilegungsphasen laufen lassen“¹⁷³. Erst wenn diese Verfahren erfolglos durchgeführt wurden, folgt als letzte Stufe ein (Schieds-)Gerichtsverfahren¹⁷⁴.

Diese *gestuften Streitbeilegungsklauseln* werden im deutschsprachigen Raum oft auch als *Eskalationsklauseln*¹⁷⁵ bezeichnet. Im angelsächsischen Sprachgebrauch finden sich für Klauseln dieser Art zudem insbesondere die Bezeichnungen *multi-tiered dispute resolution clauses* bzw. *multi-step dispute resolution clauses*¹⁷⁶.

4.1. Definition und Merkmale von Eskalationsklauseln

Zusammengefasst und nach der von Arntz aus der Fachliteratur synthetisierten Definition „handelt es sich bei der Eskalationsklausel um eine Klausel in einem Vertrag,

¹⁷⁰ Vgl. dazu bereits oben 1.

¹⁷¹ Vgl. Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 801.

¹⁷² Berger in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 19.

¹⁷³ Risse, Wirtschaftsmediation, Seite 110.

¹⁷⁴ Berger in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 19; Vorpeil, Die neuen ICC Mediation Rules, Seite 38.

¹⁷⁵ Die Begriffe *gestufte Streiterledigungsklausel* und *Eskalationsklausel* werden im Folgenden synonym verwendet; vgl. nur Arntz, Eskalationsklauseln, passim; Berger in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seiten 19 ff.; Risse, Wirtschaftsmediation, Seite 110.

¹⁷⁶ Berger in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 19; für gestufte Streitbeilegungsmechanismen werden darüber hinaus auch die Bezeichnungen *multi layered dispute resolution clauses* oder *Wedding Cake Clauses* verwendet, Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 55, m. w. N.

die einen mehrstufigen Prozess mit getrennten Verfahren zur Behandlung und Erledigung von Konflikten vorsieht“¹⁷⁷.

Damit ist zunächst gesagt, dass die vertragliche Vereinbarung des Streiterledigungsmechanismus in Form einer Vertragsklausel (und nicht durch eine selbständige Vertragsabrede)¹⁷⁸ erfolgt. Sie ist damit Teil¹⁷⁹ eines Hauptvertrages (z. B. über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Werkleistungen).

Dabei soll die gestufte Streitbeilegungsklausel der effizienten Erledigung künftiger Konflikte bzw. Streitigkeiten dienen. Voraussetzung für das tatbestandliche Eingreifen der Klausel ist das Vorliegen eines Konfliktes oder eines Streits¹⁸⁰, der sich aus oder im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag ergibt. Die objektive Reichweite¹⁸¹ der Klausel erstreckt sich also darauf, Konflikte, die in direktem Zusammenhang¹⁸² mit dem Hauptvertrag stehen, zu beenden. Dabei steht den Parteien die Wahl der in die Klausel aufzunehmenden Streitbeilegungsmethoden völlig frei¹⁸³. Daher können die in Eskalationsklauseln vereinbarten ADR-Verfahren neben der Streiterledigung auch Elemente der Streitprävention enthalten. So kann als eine Stufe der Konfliktbehandlung beispielsweise die Errichtung eines Dispute Boards

¹⁷⁷ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 55, m. w. N.

¹⁷⁸ Entsprechend der in § 1029 Abs. 2 ZPO getroffenen Legaldefinitionen zur Begriffsbestimmung in Schiedsverfahren, nach der eine Schiedsvereinbarung in Form einer selbständigen Vereinbarung (*Schiedsabrede*) oder in Form einer Klausel in einem Vertrag (*Schiedsklausel*) geschlossen werden kann, bietet sich für die gesonderte Vereinbarung von Streitbeilegungsmechanismen der Begriff *Streitbeilegungsabrede* an, wohingegen derartige Vereinbarungen als Teil eines anderen Vertragswerks als *Streitbeilegungsklauseln* bezeichnet werden können.

¹⁷⁹ Die gestufte Streitbeilegungsklausel ist zumeist ein Paragraph, eine Ziffer oder ein Abschnitt des Hauptvertrages. Gelegentlich wird sie auch als Anhang beigefügt, vgl. dazu auch Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 56.

¹⁸⁰ Wenn die Eskalationsklausel keine entsprechenden detaillierten Regelungen enthält, ist das Vorliegen dieser Tatbestandsvoraussetzungen im Zweifel im Wege der Auslegung des Wortlauts der Klausel zu ermitteln. Auslegungsschwierigkeiten dahingehend, dass nicht klar ist, ob ein bestimmter (z. B. noch nicht nach außen getretener) Konflikt, die Tatbestandsvoraussetzungen der Klausel erfüllt (und damit die in der Klausel geregelten Rechtsfolgen = Konfliktbehandlungsmaßnahmen auslöst), sind in der Praxis allerdings nicht zu erwarten – sobald sich eine Partei auf die Anwendbarkeit der Klausel beruft, ist der jeweilige Konflikt bereits soweit nach außen getreten, dass vom Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung *Konflikt* bzw. sogar *Streit* auszugehen sein wird.

¹⁸¹ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 154.

¹⁸² Streitbeilegungsklauseln können natürlich z. B. auch in Rahmenverträgen enthalten sein – in diesem Fall erstreckt sich ihr sachlicher Anwendungsbereich auf sämtliche Konflikte, die sich aus oder im Zusammenhang mit der durch den Rahmenvertrag geregelten Geschäftsbeziehung der Parteien ergeben – der Anwendungsbereich ist gleichzeitig aber auch durch die inhaltlichen Schranken des Rahmenvertrages begrenzt; Streitbeilegungsklauseln in Rahmenverträgen sind daher keine „Allgemeinklausel“ für die Behandlung aller zwischen den Parteien bestehenden bzw. entstehenden Konflikte.

¹⁸³ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 802.

vorgesehen werden, das neben der Streitentscheidungsfunktion auch konfliktvermeidende Wirkungen hat.

Definitionsgemäß sehen Eskalationsklauseln – im Unterschied zu einfachen Streiterledigungsklauseln (wie z. B. Schieds- oder Mediationsklauseln) – die sukzessive Durchführung mehrerer getrennter Verfahren vor¹⁸⁴. Um von mehreren Verfahren sprechen zu können, muss die Klausel mindestens zwei unterschiedliche private Konfliktbehandlungsverfahren vorsehen (das staatliche Gerichtsverfahren wird in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt, da diesbezüglich nur sehr eingeschränkt gestaltende Vereinbarungen getroffen werden können¹⁸⁵). Die einzelnen im Rahmen der Eskalationsklausel vereinbarten Verfahren bilden dabei ein abgestuftes Gesamtsystem zur Konfliktbeilegung¹⁸⁶: Kann der Konflikt nicht mit dem als erste Stufe vorgesehenen Verfahren beendet werden, ist das auf der nächsten Stufe vorgesehene Verfahren durchzuführen usw.

Anders als bei hybriden Konfliktbehandlungsverfahren¹⁸⁷, werden die einzelnen Streiterledigungsansätze im Rahmen gestufter Streitbeilegungsklauseln nicht miteinander vermengt. Vielmehr werden die Verfahren – bei Erfolglosigkeit der jeweils vorausgehenden Stufe – nacheinander und getrennt durchgeführt¹⁸⁸. Die Verbindung der einzelnen Verfahren besteht allein darin, dass das Verfahren der nachfolgenden Stufe erst dann eingeleitet werden kann, wenn der Erledigungsmechanismus der vorangehenden Stufe nicht zur Beendigung des Konflikts geführt hat¹⁸⁹.

4.2. Funktion von Eskalationsklauseln

Wie bereits dargestellt, zielen Eskalationsklauseln auf eine möglichst effektive Beendigung von Konflikten ab. Ausgehend von der Überlegung, dass konsens- bzw. interessenengeprägte Konfliktbehandlungsverfahren grundsätzlich effizienter sind als entscheidungsorientierte Verfahren¹⁹⁰, ist es sinnvoll bei der Behandlung von Konflikten zunächst entsprechende ADR-Verfahren durchzuführen, bevor ein staatliches Gericht oder ein Schiedsgericht¹⁹¹ angerufen wird.

¹⁸⁴ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 801; Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 58 ff.

¹⁸⁵ Insoweit mögliche Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarungen haben nur einen geringen Einfluss auf den Charakter des staatlichen Gerichtsverfahrens als entscheidungsorientiertes und förmliches Verfahren.

¹⁸⁶ Berger in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 19.

¹⁸⁷ Vgl. oben 3.4.5.

¹⁸⁸ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 60.

¹⁸⁹ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 60.

¹⁹⁰ Vgl. oben 3.4.4.

¹⁹¹ Vorpeil, Die neuen ICC Mediation Rules, Seite 38.

4.2.1. Effizienzsteigerung durch Vereinbarung vorrangiger ADR-Verfahren

Genau diesem Mechanismus folgen Eskalationsklauseln. Sie enthalten Bestimmungen, die dafür sorgen, dass zunächst bestimmte ADR-Verfahren durchzuführen sind, bevor der Konflikt einem (Schieds-)Gericht zur Entscheidung übertragen werden kann. *Berger* beschreibt diesen Prozess so, dass durch vorgeschaltete private Konfliktbeilegungsmechanismen alle oder bestimmte Teile des Konflikts *herausgefiltert* werden, bevor eine verbindliche (Schieds-)Gerichtsentscheidung getroffen wird¹⁹². Die vorgeschalteten ADR-Verfahren fungieren – um im Bild zu bleiben – damit als *Filter*: Konflikte oder Streitigkeiten, die sich inhaltlich und hinsichtlich ihrer Eskalationsstufe für eine Behandlung durch ADR-Verfahren eignen, sollen im Wege der ADR beigelegt werden¹⁹³. „*Dadurch soll vermieden werden, dass Konflikte überhaupt streitig gestellt werden müssen*“¹⁹⁴. Die weniger effizienten Methoden des staatlichen Gerichtsverfahrens oder des Schiedsgerichtsverfahrens sollen also als *ultima ratio*¹⁹⁵ nur insoweit zum Tragen kommen, als der Konflikt nicht bereits durch die vorgeschalteten alternativen Streitbeilegungsverfahren erledigt (herausgefiltert) wurde¹⁹⁶.

4.2.2. Steigerung der Effektivität des Filters durch Abstufung der Verfahren

Insbesondere konsensorientierte ADR-Verfahren können eine erfolgreiche Streiterledigung nicht garantieren; Verhandlungen und Mediationen können scheitern¹⁹⁷. Daher besteht immer die Gefahr, dass die als Filter gewählten ADR-Verfahren ihre Funktion nicht erfüllen und der Konflikt letztlich doch vor einem (Schieds-)Gericht ausgetragen wird. Dieses Risiko lässt sich dadurch reduzieren, dass die Wirksamkeit des Filtermechanismus erhöht wird¹⁹⁸. Dies kann insbesondere durch die *Addition verschiedener ADR-Verfahren* erreicht werden. Zudem können sowohl eine *durchdachte Abfolge der Konfliktbeilegungsmechanismen* als auch die bei Erstellung der Eskalationsklausel erfolgende *Auseinandersetzung der Parteien mit den*

¹⁹² „These clauses are intended to ‘filter’ out all or certain parts of a dispute through a multi-tier dispute resolution system that begins with negotiations, goes through mediation or other forms of ADR processes and ends with arbitration or adjudication before domestic courts“, *Berger*, Private Dispute Resolution in International Business, Seite 48, Rn 2–70.

¹⁹³ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 64.

¹⁹⁴ *Berger* in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 20

¹⁹⁵ *Arntz*, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 802; *Berger* in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 20.

¹⁹⁶ *Berger* in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 20.

¹⁹⁷ *Risse*, Wirtschaftsmediation, Seite 507.

¹⁹⁸ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 65.

unterschiedlichen Konfliktbelegungsmethoden positive Effekte auf die einzelnen durchzuführenden ADR-Verfahren haben.

Alternativ zu einer Festlegung der durchzuführenden ADR-Verfahren *ex ante* kann auch eine sog. *Convening-Klausel*, mit der die Wahl der Konfliktbehandlungsmethode auf einen Zeitpunkt nach der Konfliktenstehung verlagert wird, die Effektivität der Filterwirkung steigern.

4.2.2.1. *Verbindung mehrerer ADR-Verfahren*

Die Bestimmung des für einen konkreten Konfliktfall geeigneten Belegungsverfahrens ist – insbesondere *ex ante* – schwierig¹⁹⁹. So sind vor seinem Auftreten insbesondere die Art und der Ablauf des zu behandelnden Konflikts schwer vorauszusagen. Zudem sind die denkbaren Konfliktfelder unübersehbar vielfältig. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien – wie bei Streitbelegungsklauseln üblich – nur solche potentiellen Konflikte in den Blick nehmen, die im Zusammenhang mit einem bestimmten Vertragsverhältnis (z. B. einer Lieferbeziehung) entstehen können. Vor diesem Hintergrund erhöht bereits die durch eine gestufte Streiterledigungsklausel erreichte *Vervielfachung der* für die konkrete Konfliktbehandlung zur Verfügung stehenden *ADR-Methoden* die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Konflikterledigung. Je mehr Verfahren ausprobiert werden können, desto größer ist die Chance, dass eines davon zum konkreten Konflikt und seinem Eskalationsgrad passt²⁰⁰.

4.2.2.2. *Sinnvolle Abfolge der ADR-Verfahren*

Darüber hinaus kann die Verbindung mehrerer Streitbelegungsverfahren die einzelnen Verfahren positiv beeinflussen²⁰¹. „Denn selbst im Falle ihres Scheiterns können ADR-Verfahren positive Auswirkungen auf die Verfahren der nachfolgenden Stufen haben“²⁰². So sind trotz vorangegangener erfolgloser Konfliktbelegungsbemühungen die sog. Einigungsbarrieren der Parteien auf der nachfolgenden Verfahrensstufe oftmals geringer.

Konfliktparteien tendieren dazu, ihre eigenen Prozessaussichten überoptimistisch einzuschätzen²⁰³, was sie dazu verleitet, den Streit eher zu suchen, als ihn zu beenden. In einer derart „aufgeladenen“ Atmosphäre liegt die Hürde für eine

¹⁹⁹ Vgl. oben 1.

²⁰⁰ Arntz spricht insoweit von einer *Erhöhung der Erledigungswahrscheinlichkeit auf Systemebene*, Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 65.

²⁰¹ Arntz spricht insoweit von einer *Erhöhung der Erledigungswahrscheinlichkeit auf Verfahrensebene*, Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 67.

²⁰² Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 802.

²⁰³ Eidenmüller, Hybride ADR-Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten, Seite 7.

einvernehmliche Konfliktbeilegung – die Einigungsbarriere²⁰⁴ – sehr hoch. ADR-Verfahren, insbesondere evaluative Methoden, wie die Early Neutral Evaluation²⁰⁵, welche die unverbindliche Bewertung der Sach- und Rechtslage durch einen neutralen Dritten vorsehen, können die Parteien in dieser Situation auf „den Boden der Tatsachen“ zurückholen und dadurch beispielsweise die Einigungsbarriere der überoptimistischen Einschätzung abbauen²⁰⁶. Auch die auf einer vorangegangenen Konfliktbeilegungsstufe²⁰⁷ erfolgte Aufarbeitung der Rechts-, Interessen- und/oder Sachlage kann Einigungsbarrieren senken. So wird eine solche Analyse regelmäßig dazu führen, dass die tatsächlichen Konfliktpunkte deutlicher zutage treten und dadurch die unstreitigen Themen aus den Verhandlungen herausgenommen werden können. Weniger Konfliktstoff bedeutet eine höhere Einigungswahrscheinlichkeit.

4.2.2.3. Gemeinsame Erarbeitung des Konfliktbehandlungssystems

Abhängig vom Grad der Einbindung der Parteien in die Vertragsgestaltung und der Organisation der Vertragsentstehung (in der Wirtschaftspraxis sind oftmals viele unterschiedliche Personen involviert, die letztlich gar nicht selbst *die Vertragsparteien* sind) kann auch der Prozess der gemeinsamen Erstellung eines gestuften Konfliktbeilegungssystems helfen, künftige Konflikte leichter beizulegen. Im Idealfall beschäftigen sich die Parteien dabei frühzeitig mit der Frage, wie sie mit auftretenden Konflikten umgehen wollen – dies erhöht ihre Sensibilität für Themen wie die Ubiquität von Konflikten sowie ihre Ursachen und Konsequenzen. Dazu zählen auch die an verschiedenen Stellen auftretenden Kosten von Konflikten und ihrer Beilegung. Hierdurch können Barrieren, die dem Erfolg von konsensorientierten ADR-Verfahren manchmal im Wege stehen, reduziert werden²⁰⁸.

4.2.2.4. Convening-Klausel

Die oben unter 4.2.2.1. bis 4.2.2.3. genannten Mechanismen zur Steigerung der Effektivität der in einer Eskalationsklausel vereinbarten ADR-Verfahren gehen von der Grundannahme aus, dass die Streitbeilegungsklausel bereits bei Abschluss des Hauptvertrages (und damit vor Entstehung des konkreten Konflikts) die im Konfliktfall durchzuführenden Konfliktbehandlungsmethoden benennen muss. Aus den

²⁰⁴ Vgl. zur Einigungsbarriere der überoptimistischen Einschätzung *Schoen*, Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen, Seite 138.

²⁰⁵ *Risse*, Wirtschaftsmediation, Seiten 545 ff.

²⁰⁶ *Risse*, Wirtschaftsmediation, Seiten 546 f.

²⁰⁷ *Arntz*, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 802.

²⁰⁸ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 70 m. w. N.

oben unter 4.2.2.1. genannten Gründen ist die Bestimmung des für einen konkreten Konfliktfall geeigneten Beilegungsverfahrens *ex ante* jedoch besonders schwierig.

An dieser Stelle setzen sog. *Convening-Klauseln*²⁰⁹ an. Sie verlagern die notwendige Entscheidung über das bzw. die im Konfliktfall durchzuführenden ADR-Verfahren auf einen Zeitpunkt nach Auftreten des konkreten Konflikts.

Dies wird dadurch erreicht, dass sich die Parteien bei Abschluss des Hauptvertrages zwar auf eine gestufte Streitbeilegungsklausel einigen, darin die im Konfliktfall durzuführenden ADR-Verfahren aber noch nicht (abschließend) konkret benennen. Vielmehr verpflichten sich die Parteien in einer solchen Streitbeilegungsklausel, im Falle des Auftretens eines Konflikts zunächst Gespräche aufzunehmen. Sollte eine Konflikterledigung nicht bereits durch diesen direkten Kontakt möglich sein, sind die Parteien verpflichtet, sich – je nach Ausgestaltung der Klausel ggf. unter Hinzuziehung eines Dritten (dem *Convener*) – hinsichtlich der konkret durchzuführenden ADR-Verfahren zu beraten und zu verständigen²¹⁰. „*At the convening meeting, the goals of the parties and the convener will be to determine: the most appropriate dispute resolution process; if some form of ADR is selected, the third party to be used; any discovery absolutely necessary to the success of the process; and tentative dates and times for the process selected*“²¹¹. Erst wenn das in einem solchen *Convening Meeting* vereinbarte ADR-Verfahren scheitert, kann ein (Schieds-)Gericht zur Entscheidung des Konflikts angerufen werden²¹².

Mit einer solchen Regelung wird erreicht, dass das durchzuführende ADR-Verfahren optimal an den konkreten Konflikt und seine Eskalationsstufe angepasst werden kann. Zudem werden die Parteien aktiv an der Gestaltung des eigenen Konfliktbeilegungssystems beteiligt, was zu den oben unter 4.2.2.3. genannten Vorteilen führt. Da sich die Parteien vertraglich zur Verständigung auf eine ADR-Methode verpflichtet haben, ist im Übrigen das Risiko, dass die Parteien sich aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Konfliktsituation nicht auf ein Verfahren einigen können oder wollen, eher gering.

²⁰⁹ *Slaikew und Hasson* definieren „*convening as a way of providing access to all options that have been traditionally called alternative dispute resolution (ADR)*“, *Slaikew/Hasson, Controlling the Costs of Conflict*, Seite 60.

²¹⁰ *Slaikew/Hasson, Controlling the Costs of Conflict*, Seite 61.

²¹¹ *Slaikew/Hasson, Not Necessarily Mediation*, Seite 335.

²¹² *Slaikew/Hasson, Controlling the Costs of Conflict*, Seite 61; *Slaikew/Hasson, Not Necessarily Mediation*, Seite 335.

4.3. Inhalt und rechtliche Rahmenbedingungen von Eskalationsklauseln

Eskalationsklauseln sind zusammengesetzte vertragliche Vereinbarungen²¹³, die verschiedene Abreden mit materiellrechtlichen und prozessualen Wirkungen enthalten²¹⁴. Inhalt dieser Klauseln sind in der Regel Vereinbarungen zur Durchführung verschiedener Streiterledigungsverfahren (*ADR-Vereinbarung*), Bestimmungen zur *Abfolge dieser Verfahren* und *sonstige Regelungen* (z. B. Vereinbarungen zu Verjährungsfragen)²¹⁵.

Durch gestufte Streitbeilegungsklauseln wird hinsichtlich der vorgenannten Punkte ein Vertrag mit Doppelnatur begründet. Denn die Eskalationsklausel hat sowohl materiellrechtliche Wirkungen, weil die Parteien darin die Regeln für die Durchführung der ADR-Verfahren festlegen, als auch prozessuale, weil sie in aller Regel vereinbaren, dass während der Durchführung der ADR-Verfahren keine der Parteien berechtigt sein soll, ein (Schieds-)Gerichtsverfahren einzuleiten²¹⁶ (sog. dilatorischer Klageverzicht²¹⁷).

4.3.1. Kerninhalte

Erstes Element einer gestuften Streitbeilegungsklausel sind also eine oder mehrere *ADR-Vereinbarungen* und – falls als letzte Stufe ein Schiedsverfahren vorgesehen ist – eine *Schiedsvereinbarung*²¹⁸. In der ADR-Vereinbarung bestimmen die Parteien, welche Arten von Konflikten sie mit welchen ADR-Verfahren erledigen möchten²¹⁹ und verpflichten sich, diese im Falle des Konflikts nach Maßgabe der Streiterledigungsvereinbarung einzuleiten und durchzuführen²²⁰ (sie regeln damit also das *Ob* der Streiterledigung). Die in der Eskalationsklausel enthaltenen ADR-Vereinbarungen sehen darüber hinaus regelmäßig (und sinnvollerweise) Bestim-

²¹³ Arntz, Die missglückte Eskalationsklausel, Seite 237.

²¹⁴ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 802.

²¹⁵ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 95.

²¹⁶ Tochtermann, Alternative Dispute Resolution, Seite 132.

²¹⁷ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Seiten 12; Tochtermann, Alternative Dispute Resolution, Seite 132.

²¹⁸ Gemäß § 1029 Abs. 1 BGB vereinbaren die Parteien einer Schiedsvereinbarung, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Die Schiedsvereinbarung hat damit zum einen positive wie auch negative Wirkungen. So begründet sie die Zuständigkeit des Schiedsgerichts und schließt gleichzeitig die staatliche Gerichtsbarkeit weitgehend aus (Eilverfahren vor staatlichen Gerichten sind in der Regel immer möglich, §§ 916 ff., § 1033 ZPO), daneben begründet die Schiedsvereinbarung gewisse Mitwirkungs- und Förderungspflichten, vgl. Wolf/Eslami in Vorwerk/Wolf, Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 1029, Rn. 18 f.

²¹⁹ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 96.

²²⁰ Greger/Stubbe, Schiedsgutachten, Seite 39.

mungen zum *Wie* der Konfliktbehandlung, also der Art und Weise der Gestaltung der ADR-Verfahren²²¹, vor. Dies wird entweder durch ausdrückliche Regelungen in der Klausel selbst oder durch die Bezugnahme auf institutionalisierte Verfahrensordnungen²²² erreicht²²³.

Wichtiger Inhalt einer gestuften Streitbeilegungsklausel sind ferner Regelungen zur stufenweisen *Abfolge der Streiterledigungsverfahren*²²⁴. Dies sind die vertraglichen Bestimmungen, die dafür sorgen, dass zunächst bestimmte ADR-Verfahren in einer festgelegten Reihenfolge durchzuführen sind, bevor der Konflikt auf der letzten Eskalationsstufe in einem streitigen (Schieds-)Gerichtsverfahren entschieden werden kann. Um zur nächsten Stufe gelangen zu können, muss das vorausgegangene Konfliktbehandlungsverfahren zuvor gescheitert sein. Die in der Abfolge hinter einem bestimmten Verfahren angesiedelten Streitbeilegungsinstrumente dürfen also aufgrund der vertraglichen Regelung in der gestuften Streitbeilegungsklausel solange nicht zum Einsatz kommen, wie das vorausgehende Verfahren noch durchgeführt wird. Aus rechtlicher Sicht und im Hinblick auf die letzte Eskalationsstufe fasst *Arntz*²²⁵ die Bestimmungen zur Abfolge der Verfahren prägnant unter dem Begriff *Klageverzicht* zusammen²²⁶. Dieser durch die verbindlich vereinbarte Verfahrensabfolge geschaffene dilatorische Klageverzicht²²⁷ dient gewissermaßen als

²²¹ Die gestufte Streitbeilegungsklausel bindet zunächst nur die Parteien des die Klausel enthaltenen Hauptvertrages hinsichtlich der Initiierung und Durchführung der vereinbarten Verfahren. Gleichzeitig macht die Klausel im Falle des Eintritts ihrer Tatbestandsvoraussetzungen ggf. den Abschluss weiterer vertraglicher Vereinbarungen notwendig: Soll ein Dritter (z. B. ein Mediator) zur Streitbeilegung hinzugezogen werden, muss dessen Verhältnis zu den Parteien auf eine vertragliche Grundlage gestellt werden. Soll (zudem) auch die Infrastruktur einer Organisation zur Konfliktbehandlung genutzt werden, ist auch mit dieser ein entsprechender Vertrag abzuschließen. Mit der Vereinbarung der gestuften Streitbeilegungsklausel verpflichten sich die Parteien daher ggf. zum Abschluss weiterer Verträge, vgl. *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 58.

²²² Für die unterschiedlichen Verfahren kommen unterschiedliche Verfahrensordnungen in Betracht – für die Mediation ist z. B. an die *DIS-Mediationsordnung 10 (MedO)* der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit zu denken.

²²³ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 96.

²²⁴ *Arntz*, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 803.

²²⁵ *Arntz*, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 803.

²²⁶ Hierbei ist zwischen einem Verzicht auf die Klageerhebung vor einem staatlichen Gericht und dem Verzicht der Erhebung einer Schiedsklage zu differenzieren. Während die wohl h. M. im Hinblick auf das staatliche Gerichtsverfahren von einem *dilatorischen Klageverzicht* ausgeht, vgl. *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Seiten 12 ff., bestehen hinsichtlich der rechtlichen Einordnung des Verzichts auf die Erhebung einer Schiedsklage unterschiedliche Ansätze, instruktiv *Arntz*, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 803.

²²⁷ A.A. LG Heilbronn, Urteil vom 10.09.2010, 4 O 259/09 = ZKM 2011, 29 und OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 12.05.2009, 14 Sch 4/09 = NJW-RR 2010, 788, die einen Klageverzicht ablehnen, wenn und soweit die jeweiligen ADR-Verfahren jederzeit durch einseitige Erklärung

Schutzraum für die vorrangig durchzuführenden ADR-Verfahren²²⁸. Den Parteien ist jedoch anzuraten, diesen Schutzraum in der Streitbeilegungsklausel auch deutlich als solchen zu definieren. So weist *Hoffmann* darauf hin, dass nach wie vor nicht verlässlich vorausgesagt werden kann, „inwieweit ein dilatorischer Klagbarkeitsabschluss eine abredewidrig erhobene Klage tatsächlich [erfolgreich] verhindert“²²⁹. Daher sollte aus der Streitbeilegungsklausel der Wille der Parteien erkennbar werden, dass im Falle einer abredewidrig erhobenen Klage eine Klageabweisung (als derzeit unzulässig) gewünscht ist²³⁰.

Neben diesem Kerngehalt enthalten gestufte Streitbeilegungsklauseln als *sonstige Regelungen* oftmals auch Abreden bezüglich der Ruhendstellung anhängiger streitiger Verfahren sowie Vertraulichkeitsvereinbarungen, Verjährungsvereinbarungen und/oder die Vereinbarung prozessualer Aufrechnungsverbote²³¹.

Die genannten vertraglichen Abreden unterliegen aufgrund ihrer Verschiedenartigkeit und abhängig von den gewählten (ADR-)Verfahren unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen²³². In diesem Zusammenhang ergibt sich eine Vielzahl rechtlicher Fragestellungen, die bei der Erstellung gestufter Streitbeilegungsklauseln mit Blick auf die konkret vereinbarten (ADR-)Verfahren beantwortet werden müssen²³³.

beendet werden können; in jedem Fall sollte ein Klageverzicht in der Eskalationsklausel ausdrücklich und transparent geregelt werden, zudem ist darauf zu achten, dass die jeweils vereinbarten ADR-Verfahren nachvollziehbaren und verbindlichen Regeln unterliegen, vgl. dazu auch unten 4.4.1.

²²⁸ Hacke, Der ADR-Vertrag, Seite 45.

²²⁹ Hoffmann, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seite 237.

²³⁰ Aus der Rechtsprechung zu Schlichtungsklauseln kann entnommen werden, dass ein solcher Wille der Parteien sich aus der Klausel ergibt; grundlegend: BGH, Urteil vom 23.11.1983, VIII ZR 197/82, Rn. 17 = NJW 1984, 669; vgl. auch Hoffmann, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seiten 121–126.

²³¹ Inwieweit solche Vereinbarungen notwendig sind, hängt nicht zuletzt vom auf die Klausel anwendbaren Recht ab. So wird die Anwendbarkeit deutschen Rechts regelmäßig dazu führen, dass beispielsweise keine ausdrücklichen Regelungen zur Verjährung getroffen werden müssen, da ADR-Verfahren von dem in § 203 BGB verwendeten Begriff der *Verhandlungen* erfasst sein dürften. Ein klarstellender Hinweis schafft aber natürlich Rechtssicherheit – zudem können in einer vertraglichen Vereinbarung auch andere (längere) als die gesetzlichen Verjährungs- bzw. Hemmungsfristen vorgesehen werden, vgl. Risse in: Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, XII. 11. Angesichts der nicht umfassenden Verschwiegenheitspflicht in § 4 MediationsG sind Vertraulichkeitsvereinbarungen in jedem Fall zu empfehlen, vgl. Diop/Steinbrecher, Das Mediationsgesetz aus Unternehmenssicht, Seite 3024.

²³² Die rechtliche Einordnung der vertraglichen Abreden der einzelnen Stufen der Streitbeilegungsklausel ist vom Einzelfall (insbesondere den gewählten Verfahren) und vom jeweiligen Rechtskreis abhängig.

²³³ Diese rechtlichen Fragestellungen reichen von der rechtlichen Durchsetzbarkeit, über die prozessualen Auswirkungen bis hin zu Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes und sind

4.3.2. Verhältnis der Streitbeilegungsklausel zum Hauptvertrag und der verschiedenen Abreden voneinander

Für die Beantwortung der aus rechtlicher Sicht relevanten Fragen ist sowohl das Verhältnis der in der gestuften Streitbeilegungsklausel enthaltenen Bestimmungen zum Hauptvertrag als auch ihr Verhältnis zueinander von Bedeutung. So stellt sich insbesondere die Frage, welche Konsequenzen es hat, wenn der Hauptvertrag selbst oder eine der in der Streitbeilegungsklausel enthaltenen vertraglichen Vereinbarungen einen Wirksamkeitsmangel aufweist. Ist die Wirksamkeit des Hauptvertrages Wirksamkeitsvoraussetzung der in ihm enthaltenen Streitbeilegungsklausel? Wirken die übrigen Vereinbarungen der Eskalationsklausel im Falle der Unwirksamkeit einzelner Streitbeilegungsabreden fort?

Die Rechtsfolgen vertraglicher Regelungen ergeben sich neben dem Wortlaut der Vereinbarung auch aus dem Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses²³⁴. Was das Verhältnis der Streitbeilegungsklausel zum Hauptvertrag anbelangt, gehen die ganz herrschende Meinung in der Literatur²³⁵ und die Rechtsprechung²³⁶ zurecht davon aus, dass die Parteien es der jeweils anderen Seite nicht ermöglichen wollen, mit der Begründung, der Hauptvertrag sei (aus welchen Gründen auch immer) unwirksam, die Unanwendbarkeit der Streitbeilegungsklausel herbeizuführen und damit das vereinbarte Konfliktbeilegungssystem zu umgehen²³⁷. Damit sind (gestufte) Streitbeilegungsklauseln rechtlich selbständige, vom Hauptvertrag zu unterscheidende, Vereinbarungen²³⁸. Rechtliche Mängel des Hauptvertrages schlagen damit nicht auf die (gestufte) Streiterledigungsklausel durch und umgekehrt²³⁹.

Gegenstand einer lebhaften wissenschaftlichen Diskussion und Forschung; vgl. dazu u.a. Hoffmann, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seiten 44 ff., 71 ff., 102 ff. Die vorliegende Arbeit kann die sich im Zusammenhang mit Eskalationsklauseln ergebenden rechtlichen Aspekte – wenn überhaupt – nur anreißen.

²³⁴ Zur Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen vgl. §§ 133, 157 BGB; vgl. im Übrigen Canaris/Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, passim.

²³⁵ Vgl. für Schlichtungs- und Mediationsvereinbarungen: Hilbig-Lugani, Die Auswirkung unerfüllter Schlichtungs- und Mediationsvereinbarungen auf die Zulässigkeit im Zivilprozess, Seiten 469 f.

²³⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 29.10.2008, XII ZR 165/06 = NJW-RR 2009, 637; OLG Rostock, Urteil vom 18.09.2006, 3 U 37/06.

²³⁷ BGH, Urteil vom 29.10.2008, XII ZR 165/06, Rn. 22.

²³⁸ Hilbig-Lugani, Die Auswirkung unerfüllter Schlichtungs- und Mediationsvereinbarungen auf die Zulässigkeit im Zivilprozess, Seite 470.

²³⁹ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 147; in diesem Zusammenhang weist Arntz an gleicher Stelle zutreffend darauf hin, dass daraus nicht folgt, dass Hauptvertrag und Eskalationsklausel nicht an demselben Mangel leiden können: „Man denke nur an den Fall, dass die Unterschrift unter den die Eskalationsklausel enthaltenden Hauptvertrag gefälscht ist und auch keine anderweitige Einigung zustande gekommen ist. Im Falle einer solchen Fehleridentität sind sowohl der Hauptvertrag, als auch die körperlich darin enthaltene Eskalationsklausel nicht wirksam

Hinsichtlich des Verhältnisses der in der Eskalationsklausel enthaltenen ADR-Vereinbarungen zu dem durch die verbindliche Abfolge der ADR-Verfahren erreichten Klageverzicht, wird es regelmäßig im Interesse der Konfliktparteien liegen, das Schicksal des Klageverzichts von der Wirksamkeit der ADR-Vereinbarung abhängig zu machen. *„Denn besteht mangels wirksamer ADR-Vereinbarung keine Verpflichtung zur Durchführung des ADR-Verfahrens, so verliert der Klageverzicht seine Funktion als Verfahrensschutzraum“*²⁴⁰.

Der (mutmaßliche) Parteiwille ist auch entscheidend für die Betrachtung des Verhältnisses der ADR-Vereinbarungen zu einem ggf. als letzte Stufe vorgesehenen Schiedsverfahren. Insoweit ist mit der Rechtsprechung²⁴¹ davon auszugehen, dass eine Unwirksamkeit der ADR-Vereinbarungen nicht automatisch die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung zur Folge hat. Denn mit dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung haben sich die Parteien ausdrücklich gegen die Durchführung eines staatlichen Gerichtsverfahrens entschieden – und zwar unabhängig davon, ob zuvor ADR-Verfahren durchgeführt wurden oder nicht²⁴².

Bezüglich des Verhältnisses der einzelnen in einer Eskalationsklausel enthaltenen ADR-Vereinbarungen zueinander und bezüglich der Frage, ob die Unwirksamkeit einer ADR-Vereinbarung die Unwirksamkeit anderer in der selben Klausel vereinbarter ADR-Abreden zur Folge haben soll, muss ebenfalls auf den Willen der Parteien abgestellt werden. Durch den Abschluss einer gestuften Streitbeilegungsklausel machen die Parteien deutlich, dass es ihnen um eine effiziente Streiterledigung und die Vermeidung eines (Schieds-)Gerichtsverfahrens geht. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Parteien die einzelnen ADR-Vereinbarungen als rechtlich voneinander unabhängig ansehen wollen²⁴³ – mit der Folge, dass die Unwirksamkeit der einen ADR-Vereinbarung nicht auf andere Abreden durchschlägt. Diese Sichtweise wird auch dadurch gestützt, dass die einzelnen ADR-Verfahren im Rahmen von Eskalationsklauseln – bis auf die Regelungen zum Übergang vom einen Verfahren zum nächsten – nicht inhaltlich miteinander verknüpft sind²⁴⁴.

4.3.3. Anwendbares Recht

Aus der oben unter 4.3.2. dargestellten rechtlichen Selbständigkeit von Hauptvertrag und Eskalationsklausel folgt, dass das auf die (gestufte) Streitbeilegungsklau-

zustande gekommen.“; ähnlich Hoffmann, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seite 138.

²⁴⁰ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 804.

²⁴¹ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 804 m. w. N.

²⁴² z. B. aufgrund unwirksamer ADR-Vereinbarungen.

²⁴³ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 804.

²⁴⁴ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 804.

sel anwendbare Recht unabhängig vom für den Hauptvertrag geltenden Recht zu bestimmen ist. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Vertrag der Parteien im internationalen Kontext steht. In diesen Fällen kann die Ermittlung des auf die einzelnen Abreden der Streitbeilegungsklausel jeweils anzuwendenden Rechts Schwierigkeiten bereiten. Denn hinsichtlich des einschlägigen Rechtsstatuts ist zwischen Abreden mit materiellrechtlicher und solchen mit prozessrechtlicher Wirkung zu unterscheiden. Haben die Parteien keine ausdrückliche Rechtswahl getroffen, müssen diese Fragen nach allgemeinen Grundsätzen geklärt werden. Im Hinblick auf die materielle Wirksamkeit der Streitbeilegungsklausel sind dabei die Regeln des Internationalen Privatrechts heranzuziehen²⁴⁵. Die prozessualen Fragen der Zulässigkeit und der Auswirkungen des Klageverzichts²⁴⁶ auf das staatliche Gerichtsverfahren richten sich nach dem *lex fori*-Grundsatz²⁴⁷. Ist ein Schiedsverfahren als letzte Eskalationsstufe vorgesehen, muss der Klageverzicht nach dem *lex loci arbitri*²⁴⁸ beurteilt werden²⁴⁹.

Da die Bestimmung des für ein grenzüberschreitendes Vertragsverhältnis einschlägigen Rechts in der Praxis bereits allgemein recht komplex ist²⁵⁰ und diesbezüglich – wie gezeigt – im Hinblick auf (gestufte) Streitbeilegungsklauseln noch weitere Schwierigkeiten bestehen, sollten Verträge im internationalen Geschäft eine ausdrückliche Rechtswahlklausel enthalten. Dabei ist zu beachten, dass eine in Bezug auf den Hauptvertrag getroffene Rechtswahl nicht automatisch auf die Streitbeilegungsklausel erstreckt werden kann – dem steht die rechtliche Selbständigkeit der gestuften Streitbeilegungsklausel entgegen²⁵¹. Eine Rechtswahlklausel muss sich daher ausdrücklich auch auf die zur Streitbeilegung getroffenen Abreden erstrecken.

4.4. Wirksamkeit gestufter Streitbeilegungsklauseln

Mehrstufige Streitbehandlungssysteme erfreuen sich insbesondere im Wirtschaftsverkehr wachsender Beliebtheit²⁵². Dennoch werden manche dieser Klauseln von einigen (Schieds-)Gerichten als nicht wirksam angesehen²⁵³. Begründet wird dies

²⁴⁵ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 804.

²⁴⁶ Vgl. oben 4.3.1.

²⁴⁷ Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Seite 55.

²⁴⁸ Recht des Schiedsorts

²⁴⁹ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 805.

²⁵⁰ So müssen beispielsweise auf Sachverhaltsebene konkrete Anknüpfungspunkte im Vertrag gefunden werden, die für die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechtsstatuts sprechen.

²⁵¹ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 804.

²⁵² Risse, Wirtschaftsmediation, Seite 110.

²⁵³ Die Frage der Wirksamkeit einer gestuften Streitbeilegungsklausel stellt sich in der Regel erst

zumeist mit einem fehlenden *Rechtsbindungswillen* der Parteien sowie mit der fehlenden *Bestimmtheit* mancher Eskalationsklauseln.

4.4.1. Rechtsbindungswille

Die Frage, ob die Vereinbarung von ADR-Verfahren, die einem (Schieds-)Gerichtsverfahren vorgelagert sind, eine Pflicht zur Einhaltung der einzelnen Eskalationsstufen begründet oder lediglich als unverbindlicher Appell zu verstehen ist, hängt vom Wortlaut der Klausel unter Berücksichtigung des Parteiwillens ab²⁵⁴. Der Wille der Parteien, sich hinsichtlich der Durchführung der vorgelagerten ADR-Verfahren tatsächlich rechtlich binden zu wollen, wird also durch Auslegung ermittelt.

Von einem Fehlen dieses *Rechtsbindungswillens* ist auszugehen, wenn die Eskalationsklausel wenig detailliert bzw. „weich“ formuliert ist²⁵⁵. Wenn die Klausel also beispielsweise davon spricht, dass die Parteien vor Anrufung des (Schieds-)Gerichts zunächst verhandeln „sollen“ oder eine Mediation durchführen „können“, spricht viel dafür, dass die in der gestuften Streitbeilegungsklausel enthaltenen Verfahren lediglich als unverbindliche „Höflichkeitsfloskel“ gewollt (und auch so zu interpretieren) sind²⁵⁶.

Vereinzelt geht die Rechtsprechung hierüber sogar noch deutlich hinaus und hält die Vereinbarung aller ADR-Methoden, deren Verfahrensmodalitäten die Freiwilligkeit der Teilnahme bzw. das Recht zu einer jederzeitigen Beendigung vorsehen, lediglich für einen unverbindlichen Appell. Denn, so die Argumentation, wenn das jeweilige ADR-Verfahren jederzeit einseitig beendet werden kann, wäre die zwingende Einleitung eines solchen Verfahrens eine „bloße Förmel“²⁵⁷.

dann, wenn eine der Parteien – ohne vorherige Durchführung der in der Klausel vereinbarten ADR-Verfahren – das als letzte Stufe vorgesehene Schiedsgericht bzw. in Ermangelung einer Schiedsvereinbarung das staatliche Gericht angerufen hat. Zumeist wird die andere Partei dann die rügen, dass ein oder mehrere vertraglich zwingend vorgesehene ADR-Verfahren nicht durchgeführt wurden. In diesem Fall hat dann das (Schieds-)Gericht zu entscheiden, ob es die Sache wegen einer unwirksamen Eskalationsklausel als „derzeit unzulässig“ abweist oder in der Sache entscheidet.

²⁵⁴ Berger in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 23.

²⁵⁵ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 805; Hoffmann, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seite 61.

²⁵⁶ Den Parteien steht es natürlich frei, die Bindungsgrade unterschiedlicher Stufen einer Klausel unterschiedlich auszugestalten – so kann also etwa die Verhandlungsstufe fakultativ und die Mediationsstufe obligatorisch ausgestaltet werden, vgl. Arntz, Die missglückte Eskalationsklausel, Seite 239.

²⁵⁷ LG Heilbronn, Urteil vom 10.09.2010, 4 O 259/09 = ZKM 2011, 29 und OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 12.05.2009, 14 Sch 4/09 = NJW-RR 2010, 788, die aufgrund der Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens und seiner jederzeitigen Beendbarkeit die Annahme eines verbindlichen Klageverzichts für „bloße Förmeln“ halten: „Wenn der Einigungsversuch jederzeit beendet

Dem ist aber mit der h. M.²⁵⁸ – jedenfalls für die eindeutig formulierte Vereinbarung klar strukturierter ADR-Verfahren – zu widersprechen. Denn, wenn aus einer gestuften Streitbeilegungsklausel eindeutig hervorgeht, dass die Parteien vor einem (Schieds-)Gerichtsverfahren verbindlich ein oder mehrere inhaltlich und zeitlich definierte ADR-Verfahren durchführen wollen, so ist davon auszugehen, dass sie dies in einer geschützten Atmosphäre tun wollen, die nicht jederzeit von einer der Parteien durch die Einleitung eines streitigen Gerichtsverfahrens gestört werden kann²⁵⁹.

So sind Klauseln, die bestimmen, dass bestimmte ADR-Verfahren – nach dem Scheitern der ggf. vorgelagerten Eskalationsstufe – durchgeführt werden „müssen“ oder durchgeführt „werden“, zum einen als rechtsverbindliche ADR-Vereinbarung und zum anderen auch als wirksamer dilatorischer Klageverzicht anzusehen²⁶⁰.

4.4.2. Bestimmtheit

Um wirksam zu sein, müssen gestufte Streitbeilegungsklauseln, wie alle vertraglichen Vereinbarungen, ein *bestimmtes* bzw. *bestimmbares* Pflichtenprogramm enthalten (*essentialia negotii*)²⁶¹. Im Interesse der Wirksamkeit²⁶² sollten Eskalationsklauseln daher die vorgenannten Rechtsfolgen, also die Verpflichtung zur Durchführung bestimmter ADR-Verfahren²⁶³ und – insbesondere – den Klageverzicht, ausdrück-

werden kann, so bleibt bei vernünftiger Betrachtung lediglich die Interpretation von [...] als (durchaus vernünftiger) Appell an eine gütliche Einigung. Ein Klagehindernis erwächst daraus aber nicht“, LG Heilbronn a. a. O., Rn. 17.

²⁵⁸ Statt vieler: *Unberath*, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, Seite 1322; *Loos/Brewitz*, Hindert die Mediationsvereinbarung an der Klage?, Seite 309; *Töben*, Mediationsklauseln, Seite 330; *Hoffmann*, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seiten 61 ff., die dazu ausführt: „Grundsätzlich ist im Rechtsverkehr von Unternehmen davon auszugehen, dass diese rechtsverbindliche Verträge schließen wollen, unverbindliche Verträge sind die Ausnahme. In einer Mediationsklausel verpflichten sich die Parteien in der Regel zur Durchführung eines Mediationsverfahrens – einem Verfahren, dessen Durchführung freiwillig ist. Ob eine solche Verpflichtung mit dem Prinzip der Freiwilligkeit aus § 1 Abs. 1 MediationsG vereinbar ist oder ob dieses der Annahme einer Rechtsverbindlichkeit entgegensteht, wird in der Literatur ganz überwiegend zugunsten der Vereinbarkeit entschieden“.

²⁵⁹ *Hacke* spricht insoweit von einem Schutzraum für die ADR-Verfahren, *Hacke*, Der ADR-Vertrag, Seite 45; siehe dazu auch bereits oben 4.3.1.

²⁶⁰ *Arntz*, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 805; siehe aber auch oben 4.3.1. und sogleich unten 4.4.2. zur notwendigen Erkennbarkeit des Parteiwillens, dass im Falle einer abredewidrig erhobenen Klage eine Klageabweisung (als derzeit unzulässig) gewünscht ist.

²⁶¹ *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Seite 10.

²⁶² Und damit zur Risikominimierung im Falle des Streits über die Wirksamkeit der Eskalationsklausel.

²⁶³ Oder einer genau bestimmten *Convening-Klausel*, vgl. oben 4.2.2.4.

lich benennen²⁶⁴. Nicht erforderlich ist dagegen eine konkrete Bezeichnung des dem Konflikt zugrundeliegenden Streits, denn „*gerade bei präventiven Vereinbarungen ist die Bestimmung des noch in der Zukunft liegenden Streitgegenstands schwierig bis häufig sogar unmöglich*“²⁶⁵.

Auch eine etwaige Schiedsvereinbarung sollte klar und eindeutig sein. Da Schiedsverfahren in den meisten Jurisdiktionen allerdings umfassend gesetzlich geregelt sind, bestehen diesbezüglich in der Praxis kaum Probleme – sollten die Parteien zu einer etwaigen Schiedsstufe keine gesonderten oder nur lückenhafte Abreden treffen, greifen die entsprechenden Regelungen des dispositiven Rechts ein²⁶⁶.

Einer genauen Beschreibung bedürfen jedoch die eingesetzten ADR-Verfahren. Denn insoweit bestehen keine oder nur wenige gesetzliche Regelungen, die etwaige Lücken in der Vertragsgestaltung schließen könnten²⁶⁷. Fehlen entsprechende detaillierte vertragliche Abreden, hat dies nicht nur Auswirkungen auf die Ermittlung des Pflichtenprogramms der ADR-Methoden, sondern insbesondere auch auf den Klageverzicht. Denn die dilatorische, also aufschiebende, Wirkung des Klageverzichts gilt nur bis zur erfolglosen Beendigung des bzw. der vorgeschalteten ADR-Verfahren²⁶⁸. Es muss also bestimmbar sein, „*welche Mindestanstrengungen die Parteien im Rahmen des Streitbeilegungsversuchs zu unternehmen haben*“²⁶⁹ und wann diese Bemühungen gescheitert sind²⁷⁰.

4.4.2.1. Detaillierung der ADR-Vereinbarung

Die konkreten Anforderungen an die Ausgestaltung der Eskalationsklausel hängen neben der einschlägigen Rechtsordnung insbesondere von den jeweils ausgewählten ADR-Verfahren ab²⁷¹. Die Ersteller gestufter Streitbeilegungsklauseln müssen also überlegen, welche Charakteristika die anzuwendenden ADR-Verfahren hinsichtlich

²⁶⁴ Hoffmann, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seite 237.

²⁶⁵ Hoffmann, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seite 131.

²⁶⁶ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 805.

²⁶⁷ Bezüglich des ADR-Verfahrens der Mediation gibt es in Deutschland mittlerweile gesetzliche Regelungen: seit dem 26.07.2012 ist das Mediationsgesetz in Kraft, das zumindest die Grundzüge des Verfahrens der Mediation regelt; der bloße Verweis in einer Eskalationsklausel, dass ein Mediationsverfahren durchzuführen ist, dürfte damit für eine Mediationsstufe weiterhelfen. Die Regelung eines sauberen Übergangs zwischen den einzelnen Stufen bleibt aber notwendig.

²⁶⁸ Berger in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 29.

²⁶⁹ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 805.

²⁷⁰ In der australischen Rechtsprechung wird die Bestimmbarkeit des Zeitpunkts bis zu dem der durch die ADR-Vereinbarung bewirkte Ausschluss der Klagbarkeit wirkt, als maßgebliches Kriterium für die Bestimmbarkeit und damit die Wirksamkeit gestufter Streitbeilegungsklauseln angesehen, vgl. Berger in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 29.

²⁷¹ Die schlichte Bestimmung, dass ein ADR-Verfahren durchzuführen ist, dürfte in jedem Fall

Beginn, Ablauf und Ende des Verfahrens haben (sollen) – und diese dann in der Klausel niederlegen. Dies ist insbesondere hinsichtlich selten verwendeter bzw. unbekannter ADR-Verfahren²⁷² sowie bezüglich einer eventuellen Vereinbarung von „einfachen“ Verhandlungen wichtig. So kann der z. T. vertretenen Ansicht, die Vereinbarung schlichter Verhandlungen würde überhaupt keine konkreten Rechte und Pflichten begründen²⁷³, begegnet werden. Vor diesem Hintergrund sollten die Details der Verhandlungsstufe und der genaue Pflichtenkatalog der Parteien für die durchzuführenden Verhandlungen in der Eskalationsklausel möglichst vollständig niedergelegt werden. Dazu zählen neben dem auslösenden Moment für den Beginn der Verhandlungen auch die daran zu beteiligenden Personen bzw. Personenkreise und der Zeitraum innerhalb dessen die Verhandlungen aufgenommen und beendet sein müssen.

Soweit für die in der gestuften Streitbeilegungsklausel vereinbarten ADR-Verfahren institutionalisierte Verfahrensordnungen²⁷⁴ existieren, ist es für die Bestimmtheit der gestuften Streitbeilegungsklausel in der Regel ausreichend, auf die jeweilige Verfahrensordnung zu verweisen.

4.4.2.2. Detaillierung der Übergänge zwischen den Verfahren

Um die Bestimmtheit der gestuften Streitbeilegungsklausel hinsichtlich der „Mindestanstrengungen, die Parteien im Rahmen des Streiterledigungsversuchs zu unternehmen haben“²⁷⁵ sicherzustellen, sollte sie eindeutige Regelungen dahingehend enthalten, wann das jeweilige ADR-Verfahren als gescheitert anzusehen ist und wann folglich die nächste Stufe auf der Eskalationsleiter betreten werden kann bzw. muss.

Bei entscheidungsorientierten Verfahren lässt sich der Zeitpunkt der Beendigung des ADR-Verfahrens in der Regel recht einfach festlegen, da es mit der Entscheidung des neutralen Dritten einen klaren Anknüpfungspunkt für das Verfahrensende gibt. So ist der Übergang zur nächsten Eskalationsstufe regelmäßig nach Abgabe des

zu unbestimmt sein, vgl. Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 805.

²⁷² Bei bekannten ADR-Verfahren, wie insbesondere der Mediation, kann zur Auslegung des Pflichtenprogramms z. T. auf gesetzliche Regelungen bzw. Analogien oder zu anderen ADR-Verfahren (wie z. B. der Schlichtung) ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

²⁷³ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seiten 805 f.

²⁷⁴ bezüglich des ADR-Verfahrens der Mediation z. B. die ICC Mediation Rules (<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules>) oder die DIS-Mediationsordnung 10 (MedO) (<https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-regeln>), Zeitpunkt des Abrufs jeweils 16.12.2021, 12:49 Uhr.

²⁷⁵ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 805.

Votums möglich²⁷⁶. Natürlich kann auch eine gewisse Frist vorgesehen werden, innerhalb derer eine Partei ihr Missfallen über die Entscheidung zum Ausdruck bringen muss und damit das nachfolgende Verfahren anstößt.

Bei der Mediation und anderen konsensorientierten Verfahren mit Drittunterstützung, wird ein Ende des Verfahrens in der Regel dann vorliegen, wenn es von dem Dritten für gescheitert oder von einer Partei für beendet erklärt wird. In diesem Zusammenhang sollte die Streitbeilegungsklausel Regelungen dahingehend enthalten, unter welchen Voraussetzungen eine Partei das Verfahren einseitig beenden und damit den Übergang zur nächsten Eskalationsstufe einleiten kann²⁷⁷.

Bei konsensorientierten Verfahren ohne Drittunterstützung ist die Ermittlung des Beendigungszeitpunktes mangels einer das Verfahren abschließenden Entscheidung schwieriger. Da es keinen solchen aus dem Verfahren selbst entspringenden Anknüpfungspunkt gibt, sollte die gestufte Streitbeilegungsklausel entsprechende Regelungen treffen. So kann beispielsweise eine gewisse Mindestanzahl an Verhandlungsterminen vorgesehen werden²⁷⁸. Auch ist denkbar, schlicht nur eine Frist vorzusehen, innerhalb derer die Verhandlungen abgeschlossen sein müssen²⁷⁹.

4.4.3. AGB-Recht

Wird eine gestufte Streitbeilegungsklausel (oder Teile davon) zur mehrfachen Verwendung vorformuliert²⁸⁰ (z. B. in unterschiedlichen Verträgen desselben Unternehmens), muss die Klausel – jedenfalls wenn sie deutschem Recht unterliegt – dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und damit den Vorschriften der §§ 305 ff. BGB genügen, um wirksamer Vertragsbestandteil zu werden. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn – z. B. in einer Art „Baukastensystem“ – verschiedene Teile von Eskalationsklauseln als „Module“ für verschiedene Szenarien²⁸¹ vorgehalten werden. Die Regeln des AGB-Rechts gelten im Übrigen nicht nur bei

²⁷⁶ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 807.

²⁷⁷ Bezogen auf die Mediation sollen die Parteien ohne eine entsprechende Vereinbarung wenigstens verpflichtet sein, „einen Mediator zu beauftragen, zumindest an der ersten Mediationssitzung teilzunehmen und sich [...] zur Sache zu äußern“, Unberath, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, Seite 1322.

²⁷⁸ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 807.

²⁷⁹ Dies birgt nur auf den ersten Blick den Nachteil des Zeitdrucks bei den Verhandlungen – sollten die Parteien auf der Verhandlungsstufe merken, dass sie mehr Zeit benötigen, um sich zu einigen, können sie diesen Termin jederzeit nach hinten verschieben.

²⁸⁰ Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind, § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.

²⁸¹ Vgl. den Grundgedanken des „fitting the forum to the fuss“, Sander/Goldberg, 10 Negotiation Journal, Januar 1994, Seiten 49 ff.

Verträgen zwischen Unternehmen und Verbrauchern, sondern in weiten Teilen auch im B2B-Bereich²⁸².

Dabei drohen gestufte Streitbeilegungsklauseln bereits an der ersten Hürde zu scheitern. Denn gemäß § 305c Abs. 1 BGB werden „Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, [...], so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht“ nicht Vertragsbestandteil. Angesichts des zwischenzeitlich in Kraft getretenen Mediationsgesetzes und der zwischenzeitlichen Etablierung in der Praxis, sind zwar Mediationsklauseln nicht (mehr) überraschend i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB²⁸³. Die Verbindung mehrerer ADR-Verfahren in einer Eskalationsklausel ist in Deutschland aber selbst im Unternehmensverkehr noch nicht üblich und damit ungewöhnlich²⁸⁴ – die „kommentarlose“ Einbeziehung einer entsprechenden AGB-Klausel in den Vertrag dürfte daher nicht gelingen²⁸⁵. Der Verwender der Eskalationsklausel kann seinen Vertragspartner ausdrücklich auf den Inhalt der gestuften Streitbeilegungsklausel hinweisen und ein Einverständnis des Vertragspartners mit deren Geltung einholen²⁸⁶. Hiermit kann zumindest der subjektive Überraschungseffekt minimiert werden: *„Wenn der Vertragspartner aufgeklärt wird und sich damit einverstanden erklärt, liegt gegebenenfalls eine Individualabrede gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB vor, mit der Folge, dass § 305c Abs. 1 BGB nicht anwendbar ist“*²⁸⁷.

²⁸² Hintergrund ist, dass die Gerichte zunehmend dazu tendieren, die Generalklausel des § 307 BGB mit den Wertungen der (im B2B-Geschäft nur eingeschränkt direkt anwendbaren) §§ 308, 309 BGB auszufüllen und daher aus Vorsichtsgründen dazu zu raten ist, die im B2C-Bereich geltenden Maßstäbe grundsätzlich auch im unternehmerischen Verkehr zu beachten, auch wenn hier nach wie vor einige Erleichterungen bestehen; viele Regelungen der §§ 305 ff. BGB gelten im B2B-Bereich ohnehin auch direkt.

²⁸³ *Unberath*, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, Seite 1323; *Hoffmann*, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seite 158: *„Die Mediation hat sich mittlerweile nicht nur gesetzlich etabliert, sondern wird auch in der wirtschaftlichen Praxis als alternatives Streitverfahren zunehmend eingesetzt. Der kaufmännische Geschäftsverkehr ist angesichts der zunehmenden Verbreitung alternativer Konfliktlösungsverfahren mittlerweile auch hinsichtlich der Verwendung von Klauseln zur alternativen Streitbeilegung sensibilisiert“*.

²⁸⁴ *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seite 203.

²⁸⁵ Jedenfalls im internationalen Handelsverkehr dürften Eskalationsklauseln nicht objektiv ungewöhnlich sein – bei der Anwendbarkeit deutschen Rechts wären sie daher u. U. nicht überraschend i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB, vgl. *Risse*, Wirtschaftsmediation, Seiten 96 f.

²⁸⁶ *Basedow* in: *Säcker/Rixecker*, Münchner Kommentar BGB, § 305c, Rn. 10;

²⁸⁷ *Hoffmann*, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seite 160; *„Ist die Klausel nicht als Individualabrede zu werten, lässt der ausdrückliche Hinweis auf eine Klausel oder die nachweisliche Kenntnisnahme durch den Vertragspartner den Überraschungsscharakter entfallen. Teilweise wird bei Verträgen, die typischerweise von besonderer Bedeutung sind (z. B. ein Großauftrag oder Rahmenvertrag), vom unternehmerisch tätigen Vertragspartner die Kenntnisnahme erwartet, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Regelungskomplexen sinnvoll gegliedert seien und die einschlägige Klausel in diesem Kontext systemgerecht einge-*

Die Tatsache, dass Individualvereinbarungen insgesamt Vorrang vor AGB haben, ist im Übrigen ein weiteres Argument für die gemeinsame Ausarbeitung der gestuften Streitbeilegungsklausel durch die Vertragsparteien²⁸⁸.

Die Frage, ob eine Eskalationsklausel der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhält, hängt von der konkreten Ausgestaltung der Klausel und der darin festgelegten ADR-Verfahren ab²⁸⁹. Eine für beide Vertragsparteien geltende ausgewogene gestufte Streitbeilegungsklausel wird jedenfalls keine Benachteiligung²⁹⁰ des Vertragspartners des Verwenders der Klausel entgegen den Geboten von Treu und Glauben darstellen²⁹¹. Hinsichtlich der Erfüllung des Transparenzgebots des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt, dass auf eine klare Klauselgestaltung geachtet werden muss, die insbesondere Umfang und Dauer (Beginn und Ende) der Eskalationsstufen genau beschreibt.

In der Regel wird eine Eskalationsklausel die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle bestehen²⁹².

4.5. Gestaltungsmöglichkeiten

Eskalationsklauseln entstammen entweder *einem selbständigen Entwurf* der Vertragsparteien oder liegen als (modifizierbare) *Musterklauseln* vor. Im besten Fall werden die Parteien diejenige Eskalationsklausel verwenden, die ihnen eine effiziente Behandlung der aus dem Hauptvertrag²⁹³ entspringenden Konflikte ermöglicht.

4.5.1. Auswahl der Verfahren

Für eine solche effiziente Konfliktbehandlung ist die Auswahl der im Konfliktfall durchzuführenden (ADR-)Verfahren ganz wesentlich.

4.5.1.1. Auswahlkriterien

Wenn die im Konfliktfall anzuwendenden ADR-Verfahren schon in der Eskalati-

passt sei. Um eine Kenntnisnahme sicherzustellen, wird in der mediationsrechtlichen Literatur die drucktechnische Hervorhebung der Mediationsklausel, die Platzierung an einer exponierten Stelle oder der ausdrückliche Hinweis auf die Mediationsklausel empfohlen“, Hoffmann, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seite 161.

²⁸⁸ Zu den weiteren Vorteilen einer gemeinsamen Erarbeitung der Eskalationsklausel durch die Parteien siehe oben 4.2.2.3.

²⁸⁹ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 203.

²⁹⁰ Beispiele für etwaige unangemessene Benachteiligungen im Rahmen von Mediationsklauseln nennt Unberath, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, Seite 1323.

²⁹¹ Für die ausgewogene Mediationsklausel Risse, Wirtschaftsmediation, Seiten 97.

²⁹² Hacke, Der ADR-Vertrag, Seite 125.

²⁹³ Vgl. oben 4.1.

onsklausel festgelegt werden sollen, müssen die Parteien, wie bereits dargestellt²⁹⁴, eine Prognoseentscheidung dahingehend treffen, welche Verfahren für ihren künftigen Konflikt wohl am geeignetsten sind²⁹⁵. Dabei werden sie insbesondere die Art der durch den Hauptvertrag geregelten Geschäftsbeziehung als Anhaltspunkt dafür nehmen, welche Konflikte zukünftig auftreten können²⁹⁶. So werden beispielsweise bei Bauverträgen, die eine Vielzahl von komplexen (Werk-)Leistungen über einen langen Zeitraum beinhalten, sehr wahrscheinlich andere Konflikte auftreten als in Verträgen über die einmalige Lieferung von Waren. Danach hat sich auch die Verfahrensauswahl zu richten. Wo im Bauvertrag die Vereinbarung eines Dispute-Board-Verfahrens aufgrund der Vielzahl technischer Fragen Sinn macht²⁹⁷, bietet der singuläre Verkauf von Waren bereits keinen Anknüpfungspunkt für die Begleitung durch ein solches Gremium.

Aufgrund der vielen denkbaren Vertrags- und Konfliktsituationen können die Auswahlkriterien für die jeweils geeigneten (ADR-)Verfahren nicht pauschal und schon gar nicht abschließend benannt werden. Unternehmerisch denkende Vertragsparteien werden jedoch stets diejenigen Verfahren wählen, die ihnen zum Zeitpunkt der Vereinbarung der gestuften Streitbeilegungsklausel am besten geeignet erscheinen, um „unter dem Strich“ Kosten zu sparen²⁹⁸. Dabei werden sie im Hinblick auf die von ihnen erwarteten Konflikte die oben unter 3.7. genannten Effizienz- und Effektivitätserwägungen anstellen²⁹⁹.

Eine streng wirtschaftliche Betrachtung kann u. U. auch dazu führen, überhaupt keine (gestufte) Streitbeilegungsklausel in den Vertrag aufzunehmen. Hierfür werden sich Parteien insbesondere dann entscheiden, wenn die aus dem Hauptvertrag erwachsenden Konflikte (voraussichtlich) immer einer abschließenden Klärung durch ein staatliches Gericht bedürfen. Neben dem bereits oben erwähnten Beispiel des benötigten „Präzedenzfalls“³⁰⁰ ist hieran z. B. auch dann zu denken, wenn einschlägige (Haftpflicht-)Versicherungsbedingungen vorsehen, dass die Versicherung einen Schaden nur im Falle von dessen rechtskräftiger Feststellung reguliert. Dann werden die Parteien etwaige zwischenzeitliche (Kosten-)Vorteile von ADR-Verfahren, wie z. B. die kürzere Verfahrensdauer oder die Vertraulichkeit, hintanstellen und eine Ge-

²⁹⁴ Vgl. oben 1. und 4.

²⁹⁵ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 808.

²⁹⁶ Zu den Schwierigkeiten dieses „deduktiven Ansatzes“ vgl. bereits oben 4.2.2.1.

²⁹⁷ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 74.

²⁹⁸ Vgl. oben 3.6.

²⁹⁹ Haben die Parteien keine Erfahrung mit der Gestaltung von Streitbeilegungsklauseln, kann es sich ggf. lohnen, hierfür externe Hilfe, z. B. durch qualifizierte Rechtsanwälte, „einzukaufen“.

³⁰⁰ Vgl. oben 3.7. und weiterführend *Slaikeu/Hasson*, Not Necessarily Mediation, Seite 333; *Neuvians*, Mediation in Familienunternehmen, Seite 10.

samtrechnung aufmachen, nach der die Schadensregulierung durch die Versicherung die höheren Verfahrenskosten übersteigt und damit wirtschaftlicher ist.

Umgekehrt können Streitbeilegungsverfahren außerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit für Parteien unabdingbar sein. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn das Verfahren zwingend unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden muss – etwa, weil es um die Rechte an bestimmten Forschungsergebnissen geht. Auch wenn die Gefahr besteht, dass der Ruf der Parteien durch die öffentliche Austragung von Konflikten aus ihrer Geschäftsbeziehung in Mitleidenschaft gezogen wird, ist der staatliche Gerichtsprozess keine Option. Hier ist z. B. an Streitigkeiten im Zusammenhang mit Rüstungsgeschäften zu denken.

Ein wichtiges Auswahlkriterium ist ferner das Zeitmoment. Dies spielt sowohl bei der Verfahrenseinleitung wie auch bei der Verfahrensdurchführung eine Rolle. Während die Durchführung der meisten ADR-Verfahren schneller ist als staatliche Gerichtsverfahren und sogar als Schiedsgerichtsverfahren³⁰¹, kann die ggf. vereinbarte nachträgliche Auswahl der anzuwendenden ADR-Methode, z. B. im Wege eines Convening Meeting³⁰², u. U. zu langwierig sein, um in zeitlich knappen Fällen eine rechtzeitige Erledigung des Konflikts herbeizuführen.

Die Frage der Geschwindigkeit wirkt sich auch auf die Vereinbarung einer Verhandlungsstufe aus. Denn, auch wenn die Vorteile schlichter Verhandlungen unübersehbar sind³⁰³, werden die Parteien zeitkritischer Verträge die Vor- und Nachteile einer gesonderten Verhandlungsstufe genau abwägen müssen. Zwar ermöglicht die vertragliche Regelung von vorgeschalteten Verhandlungen eine gewisse Verhandlungsstruktur sowie die Beteiligung von Personen mit besonderer Stellung und Expertise³⁰⁴ – gleichzeitig besteht bei Verfahren ohne Dritunterstützung stets die Gefahr, dass eine Partei „die endgültige Streiterledigung unter Hinweis auf die angeblich nicht ordnungsgemäß verlaufenen Verhandlungen verzögert“³⁰⁵. Dies kann der vertraglichen Vereinbarung einer Verhandlungsstufe beispielsweise im Automotive-Bereich (wo oftmals eine *just-in-time-Lieferung* notwendig ist) entgegenstehen.

Die Auswahlkriterien hinsichtlich der Implementierung und Inhalte von gestuften Streitbeilegungsklauseln sind damit von der konkreten bzw. konkret zu erwartenden Situation abhängig; dazu zählt neben vielen anderen Faktoren insbesondere

³⁰¹ Vgl. oben 3.7.

³⁰² Vgl. oben 4.2.2.4.

³⁰³ Vgl. oben 3.4.4.2.1.

³⁰⁴ Daneben wird das Risiko reduziert, dass eine Partei das Verhandlungsangebot der anderen Seite als Schwäche auslegt, Arntz, Die missglückte Eskalationsklausel, Seite 242.

³⁰⁵ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 808.

auch, welcher Branche der Hauptvertrag entstammt, welches Volumen und welche zeitlichen Vorgaben er hat und auf welche Dauer er angelegt ist.

4.5.1.2. Auswahlmethoden

Die in eine gestufte Streitbeilegungsklausel aufzunehmenden ADR-Verfahren können entweder *bei Abschluss des Hauptvertrages* direkt in der Eskalationsklausel vereinbart werden oder die Parteien entscheiden sich für eine Bestimmung der Verfahren *nach Auftreten des Konflikts*. Sollen die Verfahren erst bei Vorliegen des konkreten Konflikts ausgewählt werden, kann dies durch *einvernehmliche Parteivereinbarung*, durch *einseitige Bestimmung einer Partei* oder durch die *Entscheidung eines Dritten* erfolgen.

Die unterschiedlichen Zeitpunkte der Verfahrensauswahl haben die oben unter 4.2.2.1. und 4.2.2.4. dargestellten Vor- und Nachteile. Die gemeinsame Verfahrenswahl nach Auftreten des konkreten Konflikts birgt das Risiko, dass sich die Parteien – trotz der entsprechenden vertraglich vereinbarten Verpflichtung³⁰⁶ – nicht auf ein bestimmtes ADR-Verfahren verständigen können. Gibt es in diesem Fall keine weitere vertragliche Regelung und keine nachfolgend eingreifende Eskalationsstufe, muss das staatliche Gericht entscheiden. Um dem zu entgehen, „*können die Parteien vereinbaren, dass – sofern sie sich nicht innerhalb einer bestimmten Frist auf das durchzuführende Verfahren einigen können – ein zuvor bestimmtes Verfahren durchgeführt wird*“³⁰⁷.

Die Parteien können nach Auftreten eines konkreten Konflikts die Bestimmung des durchzuführenden Verfahrens auch der Entscheidung einer Partei übertragen. So kann in der Eskalationsklausel z. B. vereinbart werden, dass jede Partei selbst auswählen darf, welches von mehreren in der Klausel genannten Verfahren sie im Konfliktfall einleiten möchte³⁰⁸. Grundsätzlich ist auch ein vollständig einseitiges Bestimmungsrecht zu Gunsten einer Partei denkbar. Dies wird allerdings kaum im Sinne der anderen Partei liegen – in vorformulierte Klauseln dürfte eine solche Vereinbarung im Übrigen wegen Verstoßes gegen AGB-Recht unwirksam sein³⁰⁹.

Die nachträgliche Auswahl des anzuwendenden ADR-Verfahrens kann alternativ auch auf einen neutralen Dritten, z. B. eine sachkundige Person oder Institution, übertragen werden. Hierdurch werden die Nachteile der vorgenannten nachträglichen Auswahlmethoden (unsichere Einigung bzw. einseitige Klauselgestaltung)

³⁰⁶ Zu dem insoweit aus Sicht des Autors eher geringen Risiko vgl. oben 4.2.2.4.

³⁰⁷ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 76.

³⁰⁸ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 76.

³⁰⁹ Vgl. dazu oben 4.4.3.

eliminiert. Gleichzeitig können sich die Parteien bei der Auswahl der ADR-Methode mit einer solchen Regelung externe Sachkunde zunutze machen³¹⁰.

Unabhängig vom Zeitpunkt der Verfahrensauswahl und der Person der bzw. des Wählenden kann für die Entscheidungsfindung mittlerweile auch IT-gestützte Hilfe in Anspruch genommen werden. So hat beispielsweise der Round Table Mediation und Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft (RTMKM) mit seinem „Dispute Resolution Comparison Tool“ („DiReCT“)³¹¹ eine Software entwickelt, die Parteien und ihre (Rechts-)Vertreter bei der Wahl der geeigneten Verfahren unterstützt³¹². Das Tool erleichtert die Entscheidung für oder gegen bestimmte Konfliktbeilegungsverfahren, indem in einer Online-Maske zunächst verschiedene Verfahrensinteressen der Parteien für die Behandlung eines (zukünftigen oder konkreten) Konflikts abgefragt werden. Welche Konfliktbeilegungsverfahren für den abgefragten Fall am geeignetsten sind, wird dann anhand der jeweiligen Antworten – und eines vom RTMKM erarbeiteten Punktesystems – automatisiert bewertet. Die entsprechende Verfahrensempfehlung erfolgt graphisch aufbereitet mittels eines mit Hinweisen versehenen „Rankings“.

4.5.2. Reihenfolge der Verfahren

Wie dargelegt³¹³, hat eine geschickt gewählte Abfolge der in Eskalationsklauseln vereinbarten ADR-Verfahren positive Auswirkungen auf die Effizienz des Konfliktbehandlungssystems. Die Festlegung der Reihenfolge der Verfahren ist bei der Erstellung einer gestuften Streitbeilegungsklausel daher ein zentraler Punkt³¹⁴. Dabei sind die Parteien grundsätzlich genauso frei wie bei der Auswahl der Verfahren³¹⁵. Lediglich ein Grundsatz ist denklogisch zwingend: Das Verfahren, das mit einer verbindlichen und endgültigen Entscheidung abschließt (das staatliche Gerichtsverfahren oder das Schiedsgerichtsverfahren), ist die letzte Stufe des Eskalationssystems³¹⁶.

Die anderen Verfahren sollten entsprechend ihrer voraussichtlichen Effizienz gestaffelt werden. Dies ergibt sich unmittelbar aus der Filterfunktion der gestuften

³¹⁰ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 77.

³¹¹ Zu finden und kostenlos zu nutzen unter <https://www.rtmkm.de/home/direct-2/>, Zeitpunkt des Abrufs 22.04.2022, 21:59 Uhr.

³¹² Zur Entstehung und Funktionsweise des Dispute Resolution Comparison Tool des RTMKM: Wendenburg/Gendner/Zimdars/Hagel, Verfahrenswahl in B2B-Konflikten, Seiten 63 ff.

³¹³ Vgl. oben 4.2.2.2.

³¹⁴ Berger in: Festschrift für Peter Schlosser, Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln, Seite 23.

³¹⁵ Arntz, Die missglückte Eskalationsklausel, Seite 238; Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 808.

³¹⁶ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 79; Arntz, Die missglückte Eskalationsklausel, Seite 238.

Streitbeilegungsklausel³¹⁷. Das Konfliktbehandlungsverfahren, das die effizienteste Erledigung des Konflikts erwarten lässt, steht dabei an erster Stelle³¹⁸. Es folgen weniger effiziente Verfahren bis zum streitigen (Schieds-)Gerichtsverfahren. Wie Arntz richtig feststellt³¹⁹, „*spiegelt der Aufbau der Eskalationsklausel [idealerweise] die verschiedenen Entwicklungs- bzw. Eskalationsstufen von Konflikten wider*“³²⁰. Dadurch kann erreicht werden, dass für jede Eskalationsstufe des Konflikts ein geeignetes Konfliktbehandlungsverfahren zur Verfügung steht³²¹.

Im besten Fall kann in einer ersten Stufe, z. B. durch den Einsatz des Partnering oder von Dispute-Boards, bereits die Entstehung eines Konflikts vermieden werden³²².

Nach Entstehung eines Konflikts bzw. einer Streitigkeit sollte auf einer zweiten Stufe eine gütliche Streitbeilegung angestrebt werden. Hierbei werden sinnvollerweise einfache Verhandlungen vor drittunterstützte Verfahren geschaltet. Denn schlichte Verhandlungen sind, wie gezeigt, im Erfolgsfall das beste und effizienteste Konfliktbehandlungsinstrument³²³. Scheitern die bilateralen Verhandlungen (z. B. aufgrund von Einigungsbarrieren), kann im Anschluss ein allparteilicher Dritter ohne eigene Entscheidungsmacht helfen – ein ideales Einsatzfeld für eine Mediation³²⁴.

Führen auch drittunterstützte Verhandlungen nicht zur Erledigung der Streitigkeit, sollte auf ein entscheidungsorientiertes Verfahren umgeschwenkt bzw. eine (Schieds-)Gerichtliche Entscheidung³²⁵ herbeigeführt werden.

Stellen die Parteien im Rahmen ihrer Konfliktbehandlungsversuche fest, dass die von ihnen ursprünglich festgelegte Abfolge der Verfahren (aus welchen Gründen auch immer) angepasst werden sollte, sind sie – auch im Falle einer verbindlich vereinbarten Verfahrensabfolge – frei, daran gemeinsam flexible Anpassungen vorzunehmen³²⁶. Letztlich gilt dies sogar für die nachträgliche Vereinbarung völlig

³¹⁷ Vgl. oben 4.2.1. und 4.2.2.

³¹⁸ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 80; Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 808.

³¹⁹ Und wie bereits oben im Rahmen der Darstellung der Konflikteskalationsmodelle dargelegt, vgl. oben 3.3.

³²⁰ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 808; zu den Eskalationsmodellen von Konflikten vgl. oben 3.3.

³²¹ Vgl. oben 3.3.; Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 81; Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 809.

³²² Vgl. die Darstellung zum Verfahrensziel Konfliktvermeidung oben unter 3.4.3.

³²³ Vgl. oben 3.4.4.2.1. Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, Seite 7.

³²⁴ Vgl. oben 3.4.4.2.2.

³²⁵ Arntz, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 809.

³²⁶ Arntz, Eskalationsklauseln, Seite 83.

anderer ADR-Verfahren. Hintergrund ist der Grundsatz der Privatautonomie, der es Parteien gestattet, von ihnen abgeschlossene Vereinbarungen im gegenseitigen Einvernehmen jederzeit beliebig anzupassen. Hierfür ist aber ein Konsens der Parteien erforderlich, der im Konfliktfall ggf. schwer erreicht werden kann³²⁷. Die verbindliche Festlegung bestimmter Verfahrensschritte in einer bestimmten Reihenfolge regelt damit den „pathologischen“ aber normalen Fall, dass eine Einigung der Parteien über bestimmte Verfahrensabläufe nach Auftreten des Konflikts nur schwer herzustellen ist.

4.5.3. Übergänge zwischen den einzelnen Eskalationsstufen

Eine klare Regelung der Übergänge von einer Eskalationsstufe zur nächsten ist bereits aus Gründen der Bestimmbarkeit der Mindestanstrengungen, die Parteien hinsichtlich des jeweiligen ADR-Verfahrens zu unternehmen haben, relevant³²⁸. „Unklare Regelungen gefährden aber nicht nur die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit der Klausel, sondern eröffnen der unredlichen Partei auch Möglichkeiten zur Verzögerung der Streiterledigung“³²⁹.

Wie oben gezeigt³³⁰, besteht insbesondere hinsichtlich der Stufe der einfachen Verhandlungen das reale Risiko, dass eine Partei sich auf angeblich nicht ordnungsgemäß verlaufene Verhandlungen beruft und eine zu frühe Beendigung der Verhandlungen rügt. Aber auch das jeweilige Ende der anderen in der Eskalationsklausel enthaltenen ADR-Verfahren muss klar und eindeutig definiert werden, um auszuschließen, dass es Unklarheiten bezüglich der Möglichkeit gibt, die nächste Eskalationsstufe zu beschreiten. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen oben unter 4.4.2.2. verwiesen werden.

4.5.4. Sonstige Regelungen

Neben den genannten Gestaltungshinweisen sollten die Ersteller gestufter Streitbeilegungsklauseln auch an die folgenden Punkte denken³³¹. Wenn sich die *Reichweite* der Streitbeilegungsklausel nur auf bestimmte Konflikte oder Konflikttypen³³² erstrecken soll, kann und muss diese Einschränkung gesondert geregelt werden.

³²⁷ Vgl. dazu oben 1. „Parties in disagreement with one another [...] will typically also disagree over which ADR process to use“, *Slatkeu/Hasson*, Controlling the Costs of Conflict, Seite 60.

³²⁸ Vgl. dazu oben 4.4.2.2.

³²⁹ *Arntz*, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 809.

³³⁰ Vgl. oben 4.5.1.1.

³³¹ Vgl. oben 4.3.1.

³³² Und nicht – wie üblich – auf alle aus oder im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag ergebenden Konflikte.

Zudem muss die *Vertraulichkeit* der im Rahmen der Eskalationsstufen erlangten Informationen vereinbart werden. Hintergrund ist insoweit, dass Informationen, die von den Parteien während der Durchführung der ADR-Verfahren offenbart wurden (z. B. Darstellung der hinter den Positionen stehenden Interessen der Parteien und damit in Zusammenhang stehende „Zusatzinformationen“), vor einer Verwertung im ggf. nachfolgenden streitigen Verfahren geschützt werden müssen. Dies kann z. B. durch entsprechende Beweismittel- und Verschwiegenheitsvereinbarungen erreicht werden³³³. Fehlt dieser Schutz, werden sich Parteien auf ADR-Verfahren, die eine gewisse Offenheit erfordern, in vielen Fällen gar nicht erst einlassen.

Neben weiteren Abreden, z. B. bezüglich der *Ruhendstellung* anhängiger streitiger Verfahren sowie der Vereinbarung prozessualer *Aufrechnungsverbote*, macht es zudem Sinn, in der Eskalationsklausel den Wirkmechanismus des dilatorischen *Klageverzichts* festzuschreiben³³⁴.

Wie bereits erläutert³³⁵, sollte die gestufte Streitbeilegungsklausel vor dem Hintergrund ihrer rechtlichen Unabhängigkeit vom Hauptvertrag – jedenfalls im internationalen Geschäftsverkehr – außerdem die eigene *Rechtswahlklausel* enthalten. Vertragstechnisch kann dies allerdings auch so gelöst werden, dass die Rechtswahlklausel des Hauptvertrags ausdrücklich auch auf die Streitbeilegungsklausel erstreckt wird. Eine solche Gestaltung ist aus systematischen Gründen etwas eleganter.

³³³ Eine detaillierte Darstellung findet sich bei *Arntz*, Eskalationsklauseln, Seiten 315 ff.; hierzu sehr ausführlich auch *Hoffmann*, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seiten 176 ff.

³³⁴ *Arntz* schlägt vor, dass „die Parteien [...] zum Beispiel vorsehen [können], dass das Schiedsgericht bei vorzeitiger Einleitung des Schiedsverfahrens selbiges auszusetzen oder die Schiedsklage als derzeit unzulässig abzuweisen hat. Auf diese Weise wird verhindert, dass die Vorschaltung der ADR-Verfahren als aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung verstanden wird“, *Arntz*, Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, Seite 810.

³³⁵ Vgl. oben 4.3.3.

5. Beispiele gestufter Streitbeilegungsklauseln

Nachfolgend sollen einige beispielhaft herausgegriffene (Muster-)Eskalationsklauseln dargestellt und anhand von in dieser Arbeit aufgezeigten Kriterien verglichen und bewertet werden³³⁶.

5.1. Institutionelle Klauseln

Zunächst sollen zwei Musterklauseln unterschiedlicher ADR-Organisationen vorgestellt werden. Zum einen die „*Standard Step-Clause for Negotiation-Mediation-Arbitration*“ des International Centre for Dispute Resolution Canada (ICDR Canada)³³⁷ und zum anderen die „*Model Negotiation – Mediation – Arbitration or Litigation Clause*“ des Centre for Effective Dispute Resolution, London, England (CEDR)³³⁸.

5.1.1. ICDR Canada Standard Step-Clause for Negotiation-Mediation-Arbitration

Die Muster-Eskalationsklausel des ICDR Canada lautet:

„In the event of any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, the parties hereto shall consult and negotiate with each other and, recognizing their mutual interests, attempt to reach a satisfactory solution. If they do not reach settlement within a period of [60] days, then any party may, by notice to the other party and ICDR Canada, request mediation under the Canadian Mediation Rules of ICDR Canada. If settlement is not reached within [60] days after service of a written request for mediation, any unresolved controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration administered by ICDR Canada in accordance with its Canadian Arbitration Rules.“

³³⁶ Zu den Prüfungs- und Bewertungskriterien gestufter Streitbeilegungsklauseln, vgl. auch *Arntz*, Die missglückte Eskalationsklausel, passim.

³³⁷ https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Canada_Guide_to_Drafting_Dispute_Resolution_Clauses-English.pdf, Zeitpunkt des Abrufs 16.12.2021, 15:28 Uhr.

³³⁸ <https://www.cedr.com/commercial/modelcontractclauses/>, Zeitpunkt des Abrufs 20.12.2021, 19:44 Uhr.

5.1.1.1. Reichweite, Auswahl und Abfolge der Konfliktbehandlungsverfahren

Die Musterklausel des ICDR Canada sieht ein dreistufiges Eskalationsverfahren bestehend aus Verhandlungsstufe, Mediationsverfahren und Schiedsgerichtsverfahren vor³³⁹.

Die Reichweite der Klausel erstreckt sich auf alle „*controvers[ies] or claim[s] arising out of or relating to this contract or the breach thereof*“ und ist damit recht weit. Solche umfassenden Regelungen sind bei gestuften Streitbeilegungsklauseln allerdings üblich³⁴⁰ und auch inhaltlich nicht zu beanstanden, da eine klare Abgrenzung der von der Klausel erfassten Konflikte erfolgt: Es sind alle Konflikte erfasst, die aus oder im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag entstehen.

Die Auswahl der Verfahren ist klar und folgt dem oben dargestellten Grundsatz, dass die Abfolge der ADR-Verfahren sich nach ihrer voraussichtlichen Effizienz bestimmen sollte³⁴¹: Vor die angeleitete Verhandlung der Mediation sind einfache Verhandlungen ohne Drittunterstützung geschaltet. Die Eskalationsleiter endet mit einem Schiedsgerichtsverfahren, das ggf. eine verbindliche Entscheidung herbeiführt. Insoweit besteht also kein Grund zur Kritik.

5.1.1.2. Bindungswirkung der einzelnen Stufen

Wie gezeigt, sind die einzelnen Stufen einer Eskalationsklausel nur dann und insoweit durchsetzbar, wie die Klausel rechtlich verbindliche Bestimmungen enthält³⁴².

Hinsichtlich der *Verhandlungsstufe* ist die Klausel des ICDR Canada obligatorisch: Im Konfliktfall sind Verhandlungen durchzuführen³⁴³ (das englische Wort *shall* ist in Verträgen als Vereinbarung einer rechtlichen Verpflichtung zu verstehen).

Unklar ist jedoch die Bindungswirkung der *Mediationsstufe*. Die Klausel des ICDR Canada bestimmt: „*any party may, [...], request mediation*“. Insoweit kommen unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten in Betracht. So kann die Formulierung *may request* als *fakultative* Regelung zu verstehen sein, die darauf hinweist, dass grundsätzlich die Möglichkeit der Einleitung eines Mediationsverfahrens besteht. Sie könnte aber auch als beiden Parteien zustehende *Option* interpretiert wer-

³³⁹ Die Muster-Eskalationsklausel des International Centre for Dispute Resolution (ICDR) der American Arbitration Association sieht – wie auch die ICDR Canada „Standard Step-Clause for Mediation-Arbitration“ – keine Verhandlungsstufe (mehr) vor, Mediations- und Schiedsgerichtsstufe sind im Übrigen aber sehr ähnlich ausgestaltet.

³⁴⁰ Arntz, Die missglückte Eskalationsklausel, Seite 238.

³⁴¹ Vgl. oben 4.5.2.

³⁴² Vgl. oben 4.4.1.

³⁴³ Zur Diskussion über die Möglichkeit der wirksamen Vereinbarung einer Pflicht zu freiwilligen Verhandlungen siehe oben 4.4.1. vgl. auch Arntz, Die missglückte Eskalationsklausel, Seite 240.

den, vor der Einleitung des Schiedsverfahrens die Durchführung eines Mediationsverfahrens verlangen zu können. Letztlich ist auch eine Auslegung als zwingende Regelung möglich. Hierfür spricht, dass das nachfolgende Schiedsgerichtsverfahren erst dann eingeleitet werden kann, „*If settlement is not reached within 60 days after service of a written request for mediation*“ – die schriftliche Aufforderung zur Durchführung einer Mediation ist also zeitlicher und inhaltlicher Anknüpfungspunkt für die Zulässigkeit des Schiedsgerichtsverfahrens.

Die Musterklausel des ICDR Canada macht damit nicht ausreichend deutlich, wie und inwieweit die Parteien hinsichtlich der Durchführung der Mediation rechtlich gebunden sein sollen. Ist eine Klausel auslegungsbedürftig, führt dies zu (Rechts-)Unsicherheit – dies gilt es zu vermeiden.

Die Durchführung des *Schiedsgerichtsverfahrens* soll hingegen obligatorisch sein. Da es nicht sinnvoll ist, die Durchführung des Schiedsverfahrens in das Ermessen der Parteien zu stellen³⁴⁴, ist die Klausel insoweit nicht zu beanstanden. Die vorgenannte Kritik an der Mediationsstufe bleibt hingegen bestehen.

5.1.1.3. Bestimmtheit und Gestaltung der Übergänge zwischen den Eskalationsstufen

Die Regelungen der Muster-Eskalationsklausel des ICDR Canada genügen dem für jede vertragliche Vereinbarung geltenden Bestimmtheitsgebot nur zum Teil. Bezüglich der Vereinbarung der Verhandlungsstufe und der Inhalte der folgenden Stufen bestehen keine Bedenken. Zwar wird diskutiert, ob überhaupt eine rechtswirksame Verhandlungspflicht begründet werden kann³⁴⁵, dies wird jedoch gemeinhin bejaht³⁴⁶. Auch lässt sich der Klausel entnehmen, dass die Parteien „*zumindest die Pflicht zu einer irgendwie gearteten Kommunikation über die streitigen Ansprüche*“³⁴⁷ haben sollen. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Verfahren der Mediation und des Schiedsgerichtsverfahren verweist die ICDR Canada-Musterklausel auf die jeweiligen ICDR Canada-Rules. Da diese institutionellen Verfahrensordnungen detaillierte Regelungen zur Einleitung und zum Ablauf der Verfahren enthalten, ist die ICDR Canada-Eskalationsklausel damit insoweit bestimmt.

Als problematisch erweist sich jedoch die Gestaltung des Übergangs von der Verhandlungs- auf die Mediationsstufe. Hierzu bestimmt die ICDR-Klausel: „*If they do not reach settlement within a period of [60] days, then any party may, by notice to the other party and ICDR Canada, request mediation [...]*.“ Aus dieser Regelung

³⁴⁴ Arntz, Die missglückte Eskalationsklausel, Seite 239.

³⁴⁵ Vgl. oben 4.4.1.

³⁴⁶ Hoffmann, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seiten 61 ff.

³⁴⁷ Arntz, Die missglückte Eskalationsklausel, Seite 240.

wird nicht ganz klar, ab wann die Durchführung eines Mediationsverfahrens verlangt werden kann. Denn die Klausel enthält keine Aussage dazu, wann die 60-tägige Verhandlungsfrist zu laufen beginnt. Insofern kann nur gemutmaßt werden, dass diese Frist durch den Beginn der Verhandlungen in Gang gesetzt werden soll. Die Klausel ist also insoweit zu unbestimmt.

5.1.1.4. Sonstige Inhalte

Die Muster-Eskalationsklausel des ICDR Canada trifft keine sonstigen Regelungen. Insbesondere enthält sie keine Bestimmungen zur Vertraulichkeit der in den Verhandlungen und der Mediation offen gelegten Informationen. Dies könnte angesichts des ggf. am Ende des Eskalationsprozesses stehenden Schiedsverfahrens die Bereitschaft der Parteien, sich auf die ADR-Verfahren einzulassen, senken.

Insgesamt hat die dreistufige Muster-Eskalationsklausel des ICDR Canada also noch Verbesserungspotential³⁴⁸.

5.1.2. CEDR Methode Negotiation – Mediation – Arbitration or Litigation Clause

Die Muster-Eskalationsklausel des CEDR lautet:

„If any dispute arises in connection with this agreement, a director [or other senior representatives of the parties with authority to settle the dispute] will, within [14] [working] days of a written request from one party to the other, meet in a good faith effort to resolve the dispute.

If the dispute is not wholly resolved at that meeting, the parties agree to enter into mediation in good faith to settle such a dispute and will do so in accordance with the CEDR Model Mediation Procedure. Unless otherwise agreed between the parties within 14 [working] days of notice of the dispute, the mediator will be nominated by CEDR. To initiate the mediation a party must give notice in writing ('ADR Notice') to the other party[ies] to the dispute, referring the dispute to mediation. A copy of the referral should be sent to CEDR.

[If there is any point on the logistical arrangements of the mediation, other than the nomination of the mediator, upon which the parties cannot agree within

³⁴⁸ Die aktuelle Muster-Eskalationsklausel des International Centre for Dispute Resolution (ICDR) der American Arbitration Association vermeidet die Probleme des Übergangs von der Verhandlungs- zur Mediationsstufe, indem sie die Verhandlungsstufe entfallen lässt. Eine vergleichbare zweistufige Muster-Eskalationsklausel hat auch das ICDR Canada „im Angebot“.

14 [working] days from the date of the ADR Notice, where appropriate, in conjunction with the mediator, CEDR will be requested to decide that point for the parties having consulted with them.]

Unless otherwise agreed, the mediation will start not later than [28] [working] days after the date of the ADR Notice.'

Version 1: 'The commencement of mediation will not prevent the parties commencing or continuing court proceedings/arbitration.'

Version 2: 'No party may commence any court proceedings/arbitration in relation to any dispute arising out of this agreement until it has attempted to settle the dispute by mediation and either the mediation has terminated or the other party has failed to participate in the mediation, provided that the right to issue proceedings is not prejudiced by a delay.'"

5.1.2.1. Reichweite, Auswahl und Abfolge der Konfliktbehandlungsverfahren

Auch die CEDR-Musterklausel sieht ein dreistufiges Eskalationsverfahren bestehend aus Verhandlungsstufe, Mediationsverfahren und (Schieds-)Gerichtsverfahren vor.

Die Reichweite der CEDR-Klausel erstreckt sich auf „*any dispute [...] in connection with this agreement.*“ Das ist nicht zu beanstanden.

Auch bei der CEDR-Klausel entspricht die Abfolge der Verfahren der Filterfunktion³⁴⁹. Die gewählte Reihenfolge der Verfahren *Verhandlungen-Mediation-streitiges Verfahren* ist daher zu begrüßen.

5.1.2.2. Bindungswirkung der einzelnen Stufen

Hinsichtlich der Verhandlungsstufe ist auch die CEDR-Klausel obligatorisch (in der neueren englischen Vertragssprache wird anstelle des Wortes *shall* immer öfter das Wort *will* verwendet; in diesem Kontext ist das englische Wort *will* als Vereinbarung einer rechtlichen Verpflichtung zu verstehen). Der Wortlaut der Klausel wurde bereits 2017 um die Worte „*in good faith*“ ergänzt, um internationalen Verträgen besser gerecht zu werden³⁵⁰.

Die CEDR-Eskalationsklausel bietet zwei Optionen hinsichtlich der Zulässigkeit eines (Schieds-)Gerichtsverfahrens vor Durchführung bzw. Beendigung der Mediation.

Eine Variante sieht vor, dass zwingend ein Mediationsverfahren durchzuführen

³⁴⁹ Vgl. oben 4.2.1.

³⁵⁰ <https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2020/02/Model-ADR-Clauses-for-Commercial-Contracts-2020.docx>, Zeitpunkt des Abrufs: 23.12.2021, 18:12 Uhr.

ist: „*No party may commence any court proceedings/arbitration in relation to any dispute arising out of this agreement until it has attempted to settle the dispute by mediation [...]*.“ Ohne vorherigen Mediationsversuch kann bei dieser Variante also kein Streitiges Verfahren durchgeführt werden.

Alternativ kann aber auch vorgesehen werden: „*The commencement of mediation will not prevent the parties commencing or continuing court proceedings/arbitration*“. Hiermit wird ein dilatorischer Klageverzicht ausdrücklich ausgeschlossen. Diese neue Variante soll mutmaßlich dafür sorgen, dass Eskalationsklauseln mit einer Mediationsstufe öfter verwendet werden (da zeitgleich die Möglichkeit zur Klage besteht und damit die „Sorge“ vor der Mediation genommen scheint). Den für die Mediation notwendigen sicheren Raum schafft man aber so gerade nicht.

Die anschließende Durchführung eines Streitigen Verfahrens wird in der CEDR-Klausel im Übrigen nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Eine Schiedsvereinbarung enthält die Klausel nicht. Damit bleibt es den Parteien überlassen, welches Streitige Gerichtsverfahren sie im Falle eines nicht durch ADR-Methoden beigelegten Konflikts wählen. Können sich die Parteien – beispielsweise aufgrund zu diesem Zeitpunkt bereits „verhärteter Fronten“ – nicht auf die Vereinbarung eines Schiedsgerichtsverfahrens einigen, bleibt nur der Gang zum staatlichen Gericht.

5.1.2.3. Bestimmtheit und Gestaltung der Übergänge zwischen den Eskalationsstufen

Die CEDR-Musterklausel regelt die Inhalte und Abläufe der ADR-Verfahren ausreichend detailliert. So enthält sie sogar eine Beschreibung der Voraussetzungen und Rahmenbedingungen für die am Beginn des Konfliktbeilegungsmechanismus stehenden Verhandlungen. Hinsichtlich des Mediationsverfahrens verweist die CEDR-Klausel auf das *CEDR Model Mediation Procedure*. Aus diesen institutionalisierten Mediationsbedingungen ergeben sich die Verfahrensabläufe sowie die Rechte und Pflichten der Parteien. Der Mediator wird, wenn nicht nach Entstehen des Konflikts anders vereinbart, durch das CEDR bestimmt.

Die Übergänge zwischen den einzelnen Verfahren sind klar geregelt. Dafür wird die Dauer der Verhandlungsstufe auf ein einziges Treffen festgelegt („*If the dispute is not wholly resolved at that meeting*“). Bei einem Scheitern dieser Verhandlungen kann jede Partei die Durchführung der Mediation fordern (für die spätere Durchführung eines Streitigen Verfahrens ist dies – je nach im Übrigen gewählter Variante – obligatorisch oder fakultativ, vgl. soeben oben). Das Mediationsverfahren beginnt grundsätzlich innerhalb einer fest bestimmten Frist nach dieser Aufforderung: „*Unless otherwise agreed, the mediation will start not later than [28] days after the date of the ADR notice.*“

5.1.2.4. Sonstige Inhalte

Auch die CEDR-Musterklausel trifft keine sonstigen Regelungen, wie z. B. zur Vertraulichkeit der in den Verhandlungen und der Mediation offen gelegten Informationen. Dies könnte daran liegen, dass die Klausel die Durchführung eines (Schieds-)Gerichtsverfahrens nicht vorsieht – gleichzeitig kann nach erfolgloser Mediation immer ein staatliches Gericht angerufen werden. Diese „Gefahr“ könnte sich negativ auf die Bereitschaft der Parteien auswirken, sich auf die ADR-Verfahren einzulassen.

Insgesamt ist die CEDR-Musterklausel eine gelungene und daher empfehlenswerte gestufte Streitbeilegungsklausel (jedenfalls in der Variante, die eine Mediation vor einem Klageverfahren obligatorisch vorsieht). Sie ist allerdings nicht für solche Streitigkeiten geeignet, die keinesfalls durch ein staatliches Gericht entschieden werden sollen – denn mangels *ex ante* abgeschlossener Schiedsvereinbarung kann eine Partei den Gang zum staatlichen Gericht nach erfolgloser Mediation erzwingen.

5.2. In der Literatur empfohlene Musterklauseln – Beck'sches Formularbuch

Auch in der deutschen Literatur werden (Muster-)Klauseln empfohlen. Im Folgenden soll ein Blick auf die von Risse an besonders prominenter Stelle³⁵¹ vorgeschlagene Muster-Eskalationsklausel³⁵², geworfen werden.

Risse empfiehlt die folgende Musterklausel:

„Kommt es aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag zu Streitigkeiten, werden die Parteien den Streit in den folgenden drei Schritten einer Lösung zuführen. Der Übergang von einem Verfahrensschritt zum nächsten Schritt ist erst zulässig, wenn der vorangegangene Verfahrensschritt entsprechend den nachfolgenden Festlegungen abgeschlossen oder durch den ebenfalls nachfolgend bestimmten Zeitablauf beendet ist:

- (1) Die Parteien werden sich in einem ersten Schritt bemühen, den Konflikt einvernehmlich durch Verhandlungen zu lösen. Zu diesem Zweck werden sich die Parteien innerhalb von zwei Wochen nach schriftlicher Aufforderung durch eine Partei in [...] zu Verhandlungen treffen, um über eine einvernehmliche Lösung des Konflikts zu verhandeln. In diese Verhandlung wird jede Seite auch ein Mitglied ihrer Geschäftsführung entsenden. Ein Nichtzustandekom-*

³⁵¹ Nämlich dem von fast jedem Kautelarjuristen verwendeten Beck'schen Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht

³⁵² Risse in: Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, XII. 11.

men oder Scheitern der Verhandlungen hat auch dann keine Haftungsfolgen oder sonstigen rechtlichen Konsequenzen, wenn eine Partei das Nichtzustandekommen oder Scheitern zu vertreten hat.

- (2) Erklärt eine Partei die Vergleichsverhandlungen nach Ziffer 1 dieser Streitbeilegungsklausel schriftlich für gescheitert oder kommt es nicht innerhalb von drei Wochen nach Aufforderung einer Partei zu Vergleichsverhandlungen zu einem persönlichen Treffen der Parteien, kann jede Partei zur Beilegung von Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag ein Mediationsverfahren einleiten. Das Mediationsverfahren wird nach der Verfahrensordnung des X-Instituts, Adresse, durchgeführt.*
- (3) Erklärt eine Partei die Mediation nach Ziffer 2 dieser Streitbeilegungsklausel nach einer ersten Mediationssitzung mit dem Mediator schriftlich für gescheitert oder kommt es innerhalb von sechs Wochen nach Antrag einer Partei auf Durchführung der Mediation nicht zu einer ersten Mediationssitzung der Parteien mit dem Mediator, kann jede Partei ein Schiedsverfahren einleiten. Das Schiedsgericht entscheidet dann alle Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag endgültig unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs. Das Schiedsverfahren findet nach den Verfahrensregeln des X-Instituts statt. Das Schiedsgericht besteht aus drei Personen. Der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens ist [...], Schiedssprache ist deutsch.*
- (4) Verjährungs- und vertragliche Ausschlussfristen sind während der Dauer des Konfliktlösungsverfahrens gehemmt. Die Hemmung beginnt mit Zugang der Aufforderung zu Verhandlungen nach Ziffer 1 dieser Klausel. Die Hemmung endet frühestens sechs Monate nach diesem Zeitpunkt.*
- (5) Ein gerichtliches Eilverfahren bleibt zu jedem Zeitpunkt zulässig.“*

5.2.1. Reichweite, Auswahl und Abfolge der Konfliktbehandlungsverfahren

Die von Risse erarbeitete Muster-Eskalationsklausel sieht ein ausdrücklich benanntes dreistufiges Eskalationsverfahren bestehend aus Verhandlungsstufe, Mediationsverfahren und Schiedsgerichtsverfahren vor.

Der Anwendungsbereich wird auf Streitigkeiten „aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag“, also dem Hauptvertrag, bestimmt. Das ist klar abgegrenzt.

Die Auswahl und Abfolge der Streitbeilegungsmethoden folgt den oben dargelegten Empfehlungen der Reihung der Verfahren anhand ihrer vermuteten Effizienz (Filterfunktion)³⁵³.

³⁵³ Vgl. oben 4.2.2.2. und 4.5.2.

5.2.2. Bindungswirkung der einzelnen Stufen

Die vorgeschlagenen Eskalationsstufen sind, wenn von einer der Parteien eingefordert, jeweils verbindlich. So ist geregelt, dass „*sich die Parteien [...] nach schriftlicher Aufforderung durch eine Partei [...] zu Verhandlungen treffen [...]*“³⁵⁴ sowie, dass „*jede Partei zur Beilegung von Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag ein Mediationsverfahren einleiten [kann]*“. Schließlich „*kann jede Partei ein Schiedsverfahren einleiten*“.

Verwenden Vertragsparteien die von Risse vorgeschlagene gestufte Streitbeilegungsklausel in ihrem Hauptvertrag, tritt damit also ihr klarer Wille hervor, bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen, die jeweiligen (ADR-) Verfahren durchzuführen.

5.2.3. Bestimmtheit und Gestaltung der Übergänge zwischen den Eskalationsstufen

Die in der von Risse vorgeschlagenen Eskalationsklausel enthaltenen Verfahren und Verfahrensabläufe sind – geradezu vorbildlich – bestimmt ausgestaltet.

So enthält die Abrede zur ersten Eskalationsstufe Angaben zu Zeitpunkt, Ort und Teilnehmerkreis der durchzuführenden Verhandlungen. Ferner wird eine explizite Regelung der „Nichthaftung“ der Parteien im Falle des Scheiterns der Verhandlungen geregelt. Dies „*beugt unnötigen und aufwändigen Streitigkeiten darüber vor, ob es eine Pflicht zu „ehrlichen Vergleichsverhandlungen“ gibt und wer denn gegebenenfalls das Scheitern der vertraglich vereinbarten Verhandlungen zu vertreten hat*“³⁵⁵.

Hinsichtlich der Ausgestaltung des Mediationsverfahrens sowie eines etwaigen Schiedsgerichtsverfahrens enthält die Klausel „Platzhalter“, mit denen die Parteien auf die Mediations- bzw. Schiedsordnungen bestimmter (auch verschiedener) Organisationen und Institutionen verweisen können. Durch die Vorgabe einer solchen Inbezugnahme wird sichergestellt, dass die Parteien in der Eskalationsklausel auch tatsächlich auf bestimmte institutionalisierte Verfahrensordnungen (die dann auch entsprechend detaillierte Verfahrensbeschreibungen enthalten) verweisen. Gleichzeitig werden die Parteien nicht bereits durch die Musterklausel auf ein bestimmtes

³⁵⁴ Zur Diskussion über die Möglichkeit der wirksamen Vereinbarung einer Pflicht zu freiwilligen Verhandlungen siehe oben 4.4.1.; vgl. auch Arntz, Die missglückte Eskalationsklausel, Seite 240.

³⁵⁵ Risse in: Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, XII. 11; Risse stellt an gleicher Stelle zudem fest, dass der Haftungsausschluss nichts an der Praxisrelevanz der Abrede ändert, da sich Vertragsparteien regelmäßig an einmal getroffene Vereinbarungen halten, selbst wenn sie nicht durchsetzbar sind.

Institut festgelegt. So bleibt hier Flexibilität für eigene Erwägungen der Parteien bezüglich des konkret zu wählenden Verfahrensrahmens.

Auch die Regelungen zu den Übergängen zwischen den einzelnen Eskalationsstufen sind völlig eindeutig und damit sehr praxistauglich. Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass sich die Voraussetzungen zur Einleitung des nachfolgenden Verfahrens nicht nur inzident aus den einzelnen Regelungen der Klausel ergeben, sondern vorab konkret in einem Satz zusammengefasst werden. Dies ist sehr übersichtlich: *„Der Übergang von einem Verfahrensschritt zum nächsten Schritt ist erst zulässig, wenn der vorangegangene Verfahrensschritt entsprechend den nachfolgenden Festlegungen abgeschlossen oder durch den ebenfalls nachfolgend bestimmten Zeitablauf beendet ist.“*

5.2.4. Sonstige Inhalte

Neben den Kerninhalten regelt die gestufte Streitbeilegungsklausel von Risse zusätzlich eine *Verjährungshemmung* während der Dauer des Konfliktlösungsverfahrens. Zwar werden Verjährungsfristen – jedenfalls bei Geltung deutschen Rechts – während der Dauer schwebender Verhandlungen bereits durch die gesetzliche Regelung des § 203 BGB gehemmt. Die von Risse vorgesehene Regelung macht allerdings dennoch Sinn, da sie gegenüber der gesetzlichen Bestimmung eine großzügigere Hemmungsfrist vorsieht und einen klaren Beginn der Hemmungswirkung festlegt. Damit wird erreicht, *„dass sich die Parteien nach Einleitung des Verfahrens nicht mehr um Verjährungsrisiken kümmern müssen“*³⁵⁶.

Regelungen zur *Vertraulichkeit* der im Rahmen der ADR-Verfahren offengelegten Informationen enthält auch Risses Vorschlag nicht. Im Zweifel kann aber die im Hauptvertrag enthaltene Vertraulichkeitsklausel auf die im Rahmen der ADR-Verfahren erlangten Informationen ausgedehnt werden.

Insgesamt ist die von Risse als Muster bereitgestellte Klausel damit für den Einsatz in der Praxis empfehlenswert.

³⁵⁶ Risse in: Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, XII. 11.

6. Ergänzende Überlegungen

Wie gezeigt, ist bereits das von *Risse* erarbeitete Muster einer gestuften Streitbeilegungsklausel praxistauglich. Dies liegt insbesondere an der handwerklich gut aufgebauten, klaren und eindeutigen Klauselgestaltung. Im Hinblick auf die Wahl des auf der zweiten Stufe zur Anwendung kommenden ADR-Verfahrens setzt auch *Risse* auf die „Allzweckwaffe“ Mediation.

Im Rahmen der vorliegenden Darstellung wurde herausgearbeitet, dass es eine Vielzahl denkbarer Konflikte und dazu passender Konfliktbehandlungsmethoden gibt. Idealerweise ermöglicht es das Muster einer Eskalationsklausel also, dem konkreten Konflikt die geeignete Konfliktbehandlungsmethode zuzuordnen. Angesichts der Problematik einer „treffgenauen“ Verfahrenswahl *ex ante*³⁵⁷, muss sich die gestufte Streitbeilegungsklausel also flexibel zeigen. Insoweit ist an die Aufnahme einer ergänzenden Convening-Klausel³⁵⁸ zu denken.

Überlegungen in diese Richtung hat die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) angestellt und gemeinsam mit Hochschullehrern, Rechts- und Syndikusanwälten sowie Baupraktikern eine sog. *Konfliktmanagementordnung* entworfen. Mit dieser eigenständigen „Verfahrenswahl-Verfahrensordnung“ wurde eine Verfahrensordnung geschaffen, „*die sich nicht auf die Bereinigung des Konflikts in der Sache bezieht, sondern ausschließlich der Wahl eines geeigneten Konfliktlösungsverfahrens dient*“³⁵⁹. Sie bietet damit „*einen Ausweg aus dem Dilemma der richtigen Verfahrenswahl und der Gefahr, dass das Verfahren nicht mehr zum späteren Konflikt passt. [...] mangels Festlegung [ist so] eine flexible und adäquate Behandlung unterschiedlicher Konflikte*“³⁶⁰ möglich.

Die ursprünglich eigenständige Konfliktmanagementordnung der DIS ist mittlerweile als Anlage 6 Teil der DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018.

Die von der DIS vorgeschlagene Vertragsklausel zur Vereinbarung dieses Zwischenschritts auf dem Weg zu einer erfolgreichen Konfliktledigung lautet (nunmehr)³⁶¹:

„*Hinsichtlich aller Streitigkeiten, die sich aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag ergeben, wird zunächst ein Verfahren nach der Konfliktmanagementordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) mit dem*

³⁵⁷ Vgl. oben 1., 4., 4.2.2.1.

³⁵⁸ Vgl. oben 4.2.2.4.

³⁵⁹ Scherer, Die Konfliktmanagementordnung der DIS, Seite 122.

³⁶⁰ Hoffmann, Mediationsklauseln in Unternehmensverträgen, Seite 43.

³⁶¹ <https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-musterklauseln>, Zeitpunkt des Abrufs: 28.12.2021, 19:23 Uhr.

Ziel der Vereinbarung einer für den konkreten Konflikt bestgeeignetsten Streiterledigungsform durchgeführt.“

Aus Sicht des Verfassers lässt sich diese Klausel sehr gut in das Eskalationssystem einer „klassischen“ gestuften Streitbeilegungsklausel integrieren, idealerweise als zweite Eskalationsstufe. So kann der Vorteil vorgeschalteter Verhandlungen mit der nachgelagerten Suche nach dem für den konkreten Konflikt am besten passenden ADR-Verfahren verbunden werden. Als „fall-back“ Option (für den Fall der Erfolglosigkeit des Konfliktmanagementverfahrens) und damit als finale ADR-Stufe vor einem streitigen Verfahren sollte in der Eskalationsklausel eine obligatorische Mediation vorgesehen werden. Durch ein solches Konfliktmanagementsystem werden alle Möglichkeiten ausgeschöpft, einen konkreten Konflikt möglichst effektiv zu erledigen³⁶².

³⁶² Das vorgeschlagene Verfahren wird für besonders zeitkritische Konstellationen nicht geeignet sein, vgl. dazu auch oben 4.2.2.4.; zeitlich schneller als ein (staatliches) Gerichtsverfahren wird aber auch der Umweg über das Konfliktmanagementverfahren sein.

7. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass der „Werkzeugkoffer“ der Konfliktbeilegungsverfahren durch den Einsatz von Eskalationsklauseln zum „Multitool“³⁶³ gemacht werden kann. Sie erlauben es den Parteien eines Vertrages, in handhabbarer Form eine ganze Reihe von ADR-Verfahren für ihren künftigen Konflikt vorzusehen. Die Chance auf das passende Werkzeug steigt gegenüber einfachen Streitbeilegungsklauseln beträchtlich. Hierfür müssen einige Grundregeln wie Bestimmtheit und Klarheit der Regelungen eingehalten werden.

Wenn der Eskalationsklausel zudem noch ein Mechanismus hinzugefügt wird, der den Parteien eine auf den konkret entstandenen Konflikt angepasste Auswahl der Konfliktbeilegungsmethode ermöglicht, wird die Effizienz der sukzessiv zum Einsatz gebrachten ADR-Verfahren noch gesteigert. Hier gibt es viel Potential für die Kautelarpraxis.

³⁶³ Siehe z. B. https://www.leatherman.com/en_DE/multi-tools, Zeitpunkt des Abrufs 16.12.2021, 15:44 Uhr.

Literaturverzeichnis

- Arntz, Thomas*: Eskalationsklauseln: Recht und Praxis mehrstufiger Streiterledigungsklauseln, Köln 2013
- Arntz, Thomas*: Die Eskalationsklausel im internationalen Rechtsverkehr, RIW – Recht der Internationalen Wirtschaft 12/2014, Seiten 801 ff.
- Arntz, Thomas*: Die missglückte Eskalationsklausel, SchiedsVZ – Zeitschrift für Schiedsverfahren, 2014, Seiten 237 ff.
- Berger, Klaus-Peter*: Rechtsprobleme von Eskalationsklauseln in: Grenzüberschreitungen: Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit; Festschrift für Peter Schlosser, Tübingen 2005, Seiten 19 ff.
- Berger, Klaus-Peter*: Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration, Volume II (Handbook), 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2009
- Blobel, Felix/Späth Patrick*: Streitbeilegungsvereinbarungen im Schatten des europäischen Gemeinschaftsrechts, ZEuP – Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 4/2005, Seiten 784 ff.
- Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus-Peter/Bredow, Jens (Hrsg.)*: Schiedsgutachten versus Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 2007
- Breidenbach, Stephan*: Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995
- Canaris, Claus-Wilhelm/Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. A., Heidelberg 2009
- Diop, Denis/Steinbrecher, Alexander*: Cui bono? – Das Mediationsgesetz aus Unternehmenssicht, Betriebsberater 2012, Seiten 3023 ff.
- Duve, Christian/Eidenmüller, Horst/Hacke, Andreas*: Mediation in der Wirtschaft: Wege zum professionellen Konfliktmanagement, 3. A., Köln 2019
- Eidenmüller, Horst*: Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation: Mediationsvereinbarungen, Mediatorverträge, Mediationsvergleiche, Internationale Mediationsfälle, Köln 2001
- Eidenmüller, Horst*: Hybride ADR-Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten, RIW – Recht der Internationalen Wirtschaft 01/2002, Seiten 1 ff.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.)*: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Edition 49, München 2021
- Fisher, Roger/Ury, William/Patton, Bruce*: Das Harvard Konzept: Der Klassiker der Verhandlungstechnik, 5. A., München 2021
- Glasl, Friedrich*: Konfliktmanagement, 12. A., Bern/Stuttgart 2020

- Greger, Reinhard/Stubbe, Christian*: Schiedsgutachten: Außergerichtliche Streitbeilegung durch Drittentscheidung, München 2007
- Greger, Reinhard/von Münchhausen, Christine*: Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, München 2010
- Hacke, Andreas*: Der ADR-Vertrag: Vertragsrecht und vertragliche Gestaltung der Mediation und anderer alternativer Konfliktlösungsverfahren, Frankfurt a.M. 2002
- Haft, Fritjof*: Intuitives und rationales Verhandeln, BB – Betriebs Berater, 1998, Beilage X, Seiten 15 ff.
- Hagel, Ulrich/Steinbrecher, Alexander*: Systematisches Konfliktmanagement für externe Wirtschaftskonflikte (B2B), Konfliktodynamik 1/2012, Seiten 24 ff.
- Hilbig-Lugani, Katharina*: Die Auswirkung unerfüllter Schlichtungs- und Mediationsvereinbarungen auf die Zulässigkeit im Zivilprozess, ZZP – Zeitschrift für Zivilprozess, 126. Band, Heft 4, 2013, Seiten 463 ff.
- Hoffmann, Hannah*: Mediationsklauseln in Verträgen zwischen Unternehmen, Köln 2019
- Hoffmann-Becking, Michael/Gebele, Alexander* (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl., München 2019
- Hopt, Klaus J./Steffek, Felix* (Hrsg.): Mediation: Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, Tübingen 2008
- Hutner, Armin*: Die Mediationsvereinbarung: regelungsgegenstände und vertragsrechtliche Qualifizierung, SchiedsVZ – Zeitschrift für Schiedsverfahren 2003, Seiten 226 ff.
- Kaase, Max u.a.* (Hrsg.): Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie – Massenkommunikation: Theorien, Methoden, Befunde, Sonderheft 30/1989
- Loos, Alexander/Brewitz, Marit*: Hindert eine Mediationsvereinbarung an der Klage? – Wie lange?, SchiedsVZ – Zeitschrift für Schiedsverfahren 2012, Seiten 305 ff.
- Metha, Gerda/Rückert, Klaus* (Hrsg.): Mediation und Demokratie – Neue Wege des Konfliktmanagements in größeren Organisationen, Heidelberg 2003
- Neuvians, Nicola*: Mediation in Familienunternehmen: Chancen und Grenzen des Verfahrens in der Konfliktodynamik, Wiesbaden 2011
- Pascheka, Stefan*: Konflikte verstehen und kooperativ lösen, Marburg 2001
- Pörnbacher, Karl/Wortmann, Daniel*: Schiedsgerichtsbarkeit: Eine wertvolle Alternative zu staatlichen Gerichtsverfahren, ZKM – Zeitschrift für Konfliktmanagement, 5/2012, Seiten 144 ff.
- Risse, Jörg*: Wirtschaftsmediation, München 2003

- Risse, Jörg*: Konfliktlösung durch Gerichtsprozesse: Benchmark für alle ADR-Verfahren, ZKM – Zeitschrift für Konfliktmanagement 2/2012, 75 ff.
- Ropers, Norbert*: Friedensentwicklung, Krisenprävention und Konfliktbearbeitung, Eschborn 2002
- Roquette, Andreas J./Schweiger, Daniel*: Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl., München 2020
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Aufl., München 2019
- Sander, Frank E.A./Goldberg, Stephen B.*: Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure, 10 Negotiation Journal, Januar 1994, Seiten 49 ff.
- Scherer, Gabriele*: Die Konfliktmanagementordnung der DIS – eine innovative Verfahrenswahl- Verfahrensordnung, SchiedsVZ – Zeitschrift für Schiedsverfahren, 2010, Seiten 122 ff.
- Schoen, Torsten*: Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen: aus deutscher und US-amerikanischer Sicht, Köln 2003
- Slaikeu, Karl A./Hasson, Ralph H.*: Controlling the Costs of Conflict: How to Design a System for Your Organization, San Francisco, 1998
- Slaikeu, Karl A./Hasson, Ralph H.*: Not Necessarily Mediation: The Use of Convening Clauses in Dispute Systems Design, Negotiation Journal Volume 8, Issue 4, 10/1992, Seiten 331 ff.
- Steinbrecher, Alexander*: Systemdesign: Grundlagen, Konzeption und Implementierung von Integrierten Konfliktmanagementsystemen in Unternehmen, Baden-Baden, 2008
- Stubbe, Christian*: Konfliktmanagement – bedarfsgerechte Streitbeilegungsinstrumente, SchiedsVZ – Zeitschrift für Schiedsverfahren, 2009, Seiten 321 ff.
- Stürmer, Philipp Heinrich*: Die Vereinbarung von Verfahren privater Streitbeilegung, Köln 2008
- Tochtermann, Peter*: Alternative Dispute Resolution – Einführung in die alternative Streitbeilegung, JuS – Juristische Schulung 2005, Heft 2, Seiten 131 ff.
- Töben, Jan*: Mediationsklauseln, RNotZ – Rheinische Notar-Zeitschrift 2013, Seiten 321 ff.
- Troja, Markus/Stubbe Christian*: Lehrmodul 5: Konfliktmanagementsysteme, ZKM – Zeitschrift für Konfliktmanagement, 4/2006, Seiten 121 ff.
- Unberath, Hannes*: Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung: Prozessuale Wirkungen und Wirksamkeit, NJW – Neue Juristische Wochenschrift 2011, Seiten 1320 ff.

Vorpeil, Klaus: Die neuen ICC Mediation Rules, RIW – Recht der Internationalen Wirtschaft 1-2/2014, Seiten 37 ff.

Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Zivilprozessordnung, Edition 42, München 2021

Wendenburg, Felix/Gendner, Jörn/Zimdars, Mark/Hagel, Ulrich: Verfahrenswahl in B2B-Konflikten, ZKM – Zeitschrift für Konfliktmanagement, 2/2019, Seiten 63 ff.

Abkürzungsverzeichnis

A

- a. A. andere Ansicht
a. a. O. am angegebenen Ort

B

- B2B business to business
B2C business to consumer
bzw. beziehungsweise

F

- Fn. Fußnote

G

- ggf. gegebenenfalls

H

- h. M. herrschende Meinung

I

- i. S. d. im Sinne des

M

- m. w. N. Mit weiteren Nachweisen

P

- passim überall, im gesamten Buch

S

- sog. sogenannte

U

- u. U. unter Umständen
usw. und so weiter

V

- v. a. vor allem

Über den Autor

Arno Maria Gotting ist Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator in Frankfurt am Main. Seine Schwerpunkte sind das klassische Vertragsrecht sowie die Konfliktlösung (Mediation, Schiedsgerichtsbarkeit, staatliche Gerichte). Arno Maria Gotting schloss im Jahr 2015 sein Masterstudium (M.A.) Mediation und Konfliktmanagement an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) und 2011 ein Masterstudium (LL.M.) am King's College London ab. Zuvor studierte er Rechts- und Politikwissenschaften in München.

a.gotting@taylorwessing.com
taylorwessing.com