

Mediation bei Baustreitigkeiten

Referat von RA Dr. Peter Bösch*, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht / Mediator SAV/SKWM/SDM, an der Weiterbildungstagung der Kammer der Fachanwälte SAV Bau- und Immobilienrecht vom 23.5.2008

1 Einleitung

Im Sport und im Theater wird gekämpft und gestritten. Im Fussball um den Ball. In der Dreigroschenoper um die Liebe von Macky Messer. Damit wir uns an diesen Kämpfen erfreuen können, müssen aber zuerst geeignete Räumlichkeiten zur Verfügung stehen. Zwei Beispiele dafür, dass es schon beim Bau dieser Räumlichkeiten zum Streit kommen kann, bevor der erste Anpfiff kommt oder der erste Ton von der Bühne schallt:

Die Zürcher Stimmberechtigten genehmigten im September 2003 den Kredit für den Bau eines neuen Stadions im Bereich Hardturm und sagten auch Ja zu einem Gestaltungsplan. Zur besseren Finanzierung sollte das Stadion mit einem Einkaufszentrum ergänzt werden. Gegen den Gestaltungsplan rekurrerten Anwohner und zwei Umweltverbände. Grundsätzlich erfolglos! Eine rechtskräftige Baubewilligung auf der Basis des Gestaltungsplanes liegt aber heute immer noch nicht vor. Derzeit ist noch das Bauen im Grundwasser strittig. Entgegen der Planung steht das Stadion für die Europameisterschaften im Juni 2008 nicht zur Verfügung. Die EM-Spiele finden bekanntlicherweise nun im Letzigrund statt, welcher im Eilzugstempo dafür neu hergerichtet wurde.

Beim Umbau der Schiffbauhalle im Escher-Wyss-Areal, Zürich, in ein Werkzentrum mit Bühne für das Schauspielhaus kam es zu Kostenüberschreitungen. Diese betrugen 11 Mio. Fr. bei einer Gesamtsumme des Baus rund 80 Mio. Fr. Beteiligten an diesem Geschehen waren ein Wiener Architekturbüro, eine Zürcher Bauleitungsfirma, die Schauspielhaus AG und die Stadt Zürich.

In meinem Referat möchte ich folgende Themen behandeln:

- Welche Konflikte tauchen beim Bauen auf?
- Wie können diese Konflikte gelöst werden?
- Welchen Stellenwert hat die Mediation in diesem Zusammenhang?

* Vor seiner Tätigkeit als selbstständiger Anwalt war Peter Bösch Sekretär der Baurekurskommissionen des Kantons Zürich und langjähriger Kadermitarbeiter des Hochbaudepartementes der Stadt Zürich. Auf dem Gebiet des Planungs- und Baurechts sowie der Mediation hat er mehrere Publikationen verfasst. Er ist Coautor des Standardwerks Fritzsche/Bösch: Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Auflage, Zürich 2006. Er wirkt auch als Referent und Kursleiter. Neben seiner juristischen Tätigkeit hat er sich im In- und Ausland als Mediator aus- und weitergebildet. Seit Ende 2007 ist er Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht.

Website: www.boesch-anwaelte.ch

Email: peter.boesch@boesch-anwaelte.ch

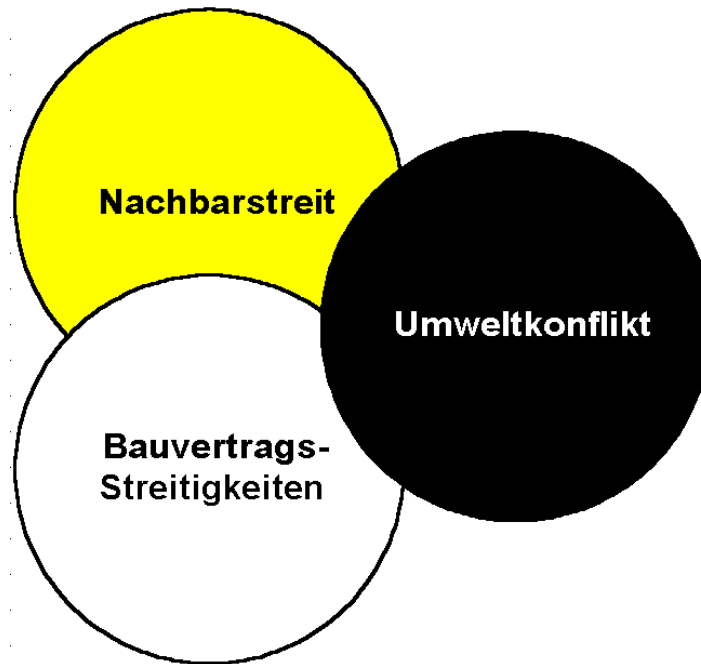
Adresse: BÖSCH • RECHTSANWÄLTE, Baumackerstrasse 42, 8050 Zürich

Tf. 044 318 88 22 / Fax 044 318 88 23

2 Welche Konflikte tauchen beim Bauen auf?

2.1 Konfliktarten beim Bauen

Im Zusammenhang mit der Planung, der Erstellung und dem Betrieb von Bauten und Anlagen sind drei Arten von Konflikten auszumachen. Sie können in allen Bauphasen auftauchen. Neben gemeinsamen Merkmalen unterscheiden sich die drei Arten in einigen Punkten.



Kennzeichen des Nachbarstreits sind:

- Beteiligt sind Personen, die neben- oder untereinander wohnen.
- Es sind relativ wenige Personen beteiligt.
- Die Auswirkungen des betreffenden Vorhabens sind lokal.
- Die Beziehung zwischen Nachbarn ist eine soziale Dauerbeziehung.
- Emotionale Aspekte spielen eine grosse Rolle.
- Das Streitobjekt ist eine kleinere bis mittlere Baute oder Anlage.

Der Nachbarstreit ist in vielem mit dem Familienstreit verwandt.

2.2 Umweltkonflikt

Kennzeichen des Umweltkonflikts sind:

- Beteiligt sind Personen, die in einem mittleren bis grösseren Umkreis der betreffenden Baute oder Anlage wohnen.
- Es schalten sich auch Umweltschutzverbände ein.
- Es sind relativ viele Beteiligte.
- Die Parteien können häufig nicht völlig frei über den Streitgegenstand verfügen. Es braucht für die Umsetzung von Verhandlungsergebnissen auch noch Verfügungen von Behörden verschiedener Stufen. Diese Behörden sind an

zwingende Normen gebunden und haben allenfalls nur einen kleinen Ermessensspielraum.

- Die Auswirkungen des betreffenden Vorhabens sind mindestens regional.
- Das Vorhaben hat auch politische Dimensionen.
- Emotionale Aspekte spielen insofern eine grosse Rolle, als teilweise existenzielle Ängste bestehen (Angst vor Atomenergie, vor Boden- und Gewässerverschmutzung, vor Strahlen).
- Das Streitobjekt ist eine mittlere bis grössere Baute oder Anlage.
- Die betreffende Baute oder Anlage muss häufig irgendwie oder irgendwo gebaut werden (Endlagerung von Atomabfällen, Sonderabfallverbrennungsanlage, Mobilfunkanlage).

2.3 Bauvertragsstreitigkeit

Kennzeichen der Bauvertragsstreitigkeit sind:

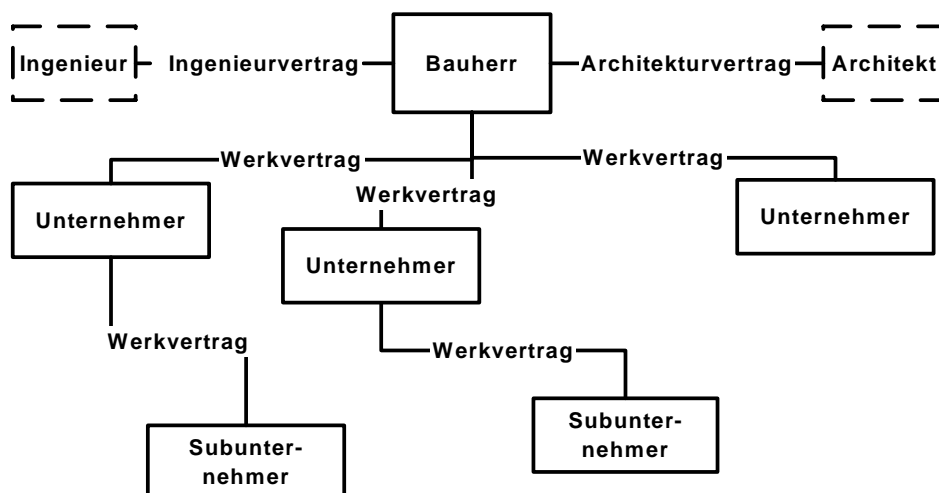
Beteiligt sind in erster Linie Personen, die einen Bauvertrag (Kauf, Werkvertrag, Auftrag, Architekten- oder Ingenieurvertrag, General- oder Totalunternehmervertrag) untereinander abgeschlossen haben. Zusätzlich kommen noch Personen ins Spiel, welche nur mit einer der beiden Vertragsparteien in vertraglicher Beziehung stehen (z.B. der Subunternehmer ist nicht Vertragspartner des Bauherrn oder Versicherungen).

Es sind relativ wenige Personen beteiligt.

Die Beziehung unter den Parteien kann einmalig sein, aber auch dauerhaft konzipiert sein (Unternehmer - Lieferant, Architekt - immer wieder berücksichtigter Bauunternehmer).

Es stellen sich häufig komplizierte bautechnische Fragen, die innert kurzer Zeit gelöst werden sollten, um die Fertigstellung des betreffenden Bauwerkes sicherzustellen.

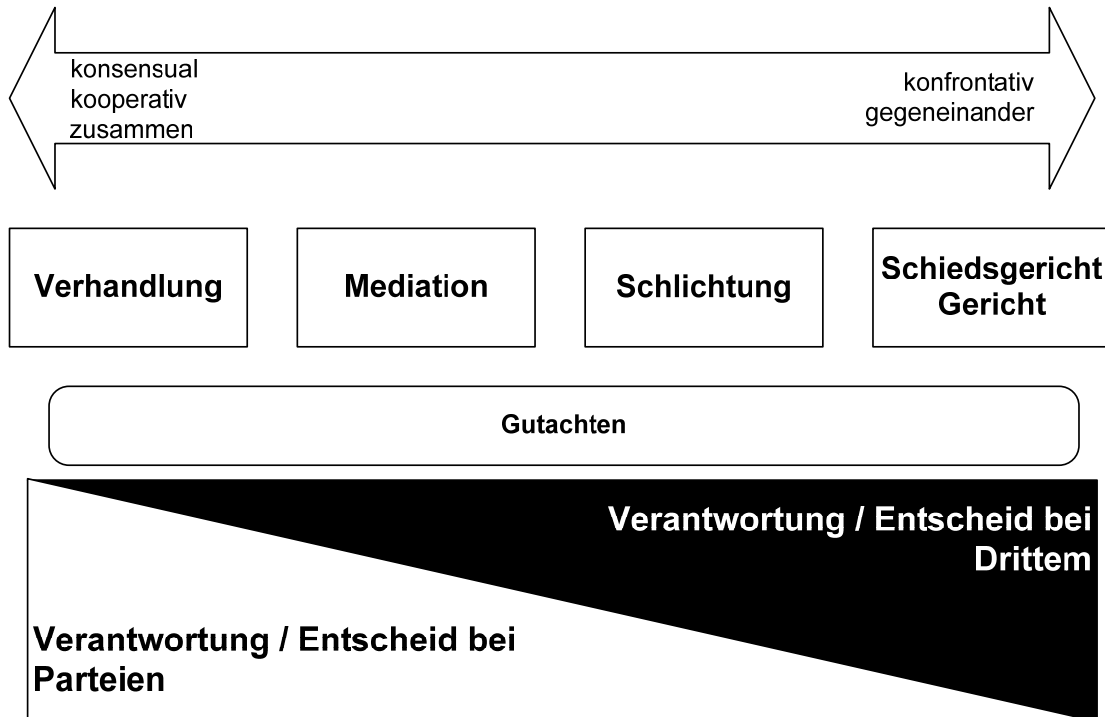
Emotionale Aspekte spielen unter Umständen eine grosse Rolle (langjährige Geschäftsbeziehung, welche sich zur Freundschaft entwickelt; Stararchitekt, dessen Entwurf durch die Bauherrschaft banalisiert wird).



3 Wie können diese Konflikte gelöst werden?

Die verschiedenen Konfliktlösungswege unterscheiden sich dadurch, dass die Parteien die Streitleistung kooperativ oder konfrontativ anstreben bzw. die Verantwortung für die Lösung bei den Parteien selbst oder bei einem Dritten liegt.

Nicht sprechen werde ich im Folgenden über die Verhandlungen zwischen den Parteien allein.



Ich beginne rechts in der Grafik.

3.1 Gericht/Schiedsgericht

Hauptnachteile bei Gerichtsverfahren bzw. Schiedsgerichtsverfahren sind:

- Prozessverfahren sind meistens nur Momentaufnahmen. Entschieden wird, was im Zeitpunkt des Prozesses aktuelle Streitfrage ist. Streitpunkte, welche in den Prozess nicht eingebracht wurden oder erst später auftauchten, bleiben unbehandelt. Der Prozess dient somit vor allem der Vergangenheitsbewältigung und ist nur selten zukunftsgerichtet.
- Partei in Prozessen ist nur, wer klagt oder beklagt wird, bzw. Beschwerde führt oder Beschwerdegegner ist. Weitere Streitbeteiligte können im Rahmen eines Zivilprozesses oder in der Regel auch eines Verwaltungsprozesses gar nicht einbezogen werden. Eine nachhaltige Beilegung des Streites nicht erreicht werden.
- Die Entscheide in Prozessverfahren führen dazu, dass die eine Partei im gleichen Masse gewinnt, wie die andere verliert. Häufig stehen nach geschlagener Schlacht sogar beide Parteien als Verlierer da. Prozesse sind praktisch immer Nullsummenspiele.
- Die Erstellung und Änderung von Grossbauten (Eisenbahnen, Wasserkraftwerke, Autobahnen, Flugplätze etc.) erstrecken sich in der Regel auf eine län-

gere Zeit. Zahlreiche Beteiligte müssen zusammen arbeiten. Prozesse blockieren in der Regel diese Zusammenarbeit.

- Die herkömmliche Streiterledigung im Baubereich mit Gerichtsprozessen setzt in der Regel erst nach Abschluss der (mehrjährigen) Bauarbeiten ein. Es besteht die Gefahr, dass Beweisprobleme auftauchen und die Bauarbeiten blockiert werden. Bauunternehmer können zudem aus Angst, Aufträge zu verlieren, ihre berechtigten Ansprüche gegenüber Grossbauherren kaum durchsetzen.
- Prozesse belasten die beteiligten Parteien, ausser es handelt sich um passionierte Streithähne oder -hennen, physisch und psychisch. Streit mit Nachbarn oder langjährigen Geschäftspartnern vergällt die Lebensfreude. Die Belastung ist auch darum verheerend, weil beispielsweise Nachbarn oder Anwohner einer grossen Anlage in der Regel auch nach Prozessende immer noch dort wohnen bleiben oder arbeiten müssen. Das nachbarliche Verhältnis ist in der Regel eine Dauerbeziehung. Der unterlegene Nachbar hat den Gegenstand seiner Niederlage auch nach dem Prozess immer vor Augen.
- Baustreitigkeiten, welche in Prozessen ausgetragen werden, können sehr teuer werden, da meist aufwendige Beweisverfahren unerlässlich sind. Schiedsgerichte sind im Vergleich zu staatlichen Gerichten noch teurer.
- Prozessverfahren bei Baustreitigkeiten können sehr lange dauern. Die Urteile können über drei bis vier Instanzen weitergezogen werden. Auch Schiedsgerichte sind nicht besonders schnell.
- Gerichte wollen ihre Prozesse möglichst rasch und einfach erledigen. Sie konzentrieren sich deshalb häufig auf Formalien (Zuständigkeit, Legitimation, genügende Substantiierung, Fristen etc.) und nicht auf eigentliche Konflikthalte.

3.2 Schlichtung

Schlichtungsverfahren sind häufig Gerichtsverfahren vorgeschaltet. Kennzeichen solcher Verfahren ist, dass ein Schlichter die Parteien anhört und dann unverbindliche Vorschläge macht.

3.2.1 Beispiele

Der Mustervertrag des Schweizerischen Vereins für Generalunternehmer sieht eine solche Schlichtung vor. Mietverträge für Restaurants postulieren eine Schlichtung bei der Gastro-suisse. Zur Schlichtung zählen kann man auch die Verhandlungen vor dem Friedensrichter oder der Schlichtungsbehörde in Mietsachen. In Deutschland hat eine Arbeitsgruppe des Deutschen Anwaltsvereins eine Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten geschaffen.

Manche Schiedsgerichtsordnungen sehen sodann eine freiwillige oder obligatorische Schlichtung vor Einleitung des Schiedsgerichtsverfahrens vor.

Die Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute (VSS) hat ein Streiterledigungsmodell geschaffen und dazu die Empfehlung 641 510 ausgearbeitet. Das Modell arbeitet in drei Phasen:

- Schlichtungsversuch auf der Baustelle unter den Beteiligten (Phase 1);
- Schlichtung durch drei von den Beteiligten bestimmten Schlichtern, wobei die Schlichter konkrete Lösungsvorschläge unterbreiten sollen (Phase 2);

- Beurteilung durch ein Schiedsgericht oder das ordentliche Gericht (Phase 3).

Bei den Schlichtungsverhandlungen in der Phase 2 handelt es sich nicht um eine reine Mediation, in welcher die Parteien und nicht der Schlichter selber ja die Lösung erarbeiten sollen. Dieses Modell nähert sich dem Med-Arb-System (Mediation-Arbitration) an, wo der Schlichter bei Scheitern der Verhandlungen einen Schiedsspruch fällt. Es liegt auf der Hand, dass ein Schlichter, der am Schluss ohnehin einen Lösungsvorschlag präsentieren muss, kaum die Gelassenheit aufbringt, die Parteien selbst die Streitlösung erarbeiten zu lassen. Eine Streitlösung, welche die Parteien nicht selbst erarbeitet haben, sondern von einem Schlichter vorgeschlagen wird, stösst unter Umständen auf Akzeptanzprobleme und ist für eine nachhaltige Befriedung hinderlich. Es findet in diesem System eine problematische Vermischung zwischen Mediation und Schiedsgerichtsverfahren statt. Die Verantwortung der Parteien, den Konflikt zu lösen, verschiebt sich zum Schlichter.

Im Weiteren besteht seit ca. einem Jahr für Bausachen ein Vermittlungs- und Schiedsgerichtsangebot «Bau+Immobilien», welches vom HEV, dem SBV, dem sia und CGI geschaffen wurde. Angaben über den Erfolg dieser Institution habe ich keine.

3.2.2 Probleme der Schlichtungsverfahren

Probleme der Schlichtungsverfahren sind:

- Der Schlichter kann häufig nicht ausgewählt werden.
- Den Schlichtern fehlt in einigen Fällen die Fachkompetenz (Genügende Kenntnisse in technischen, juristischen oder kommunikativen Belangen).
- Das einem Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren vorgeschaltete Schiedsverfahren wird zum Teil als Leerlauf empfunden.

3.3 Gutachten

Bei Bauarbeiten stehen vielfach technische Fragen im Vordergrund.

Zum Beispiel:

- Liegen wirklich Mängel vor?
- Welches ist die Ursache dieser Mängel?
- Wer ist der Verursacher dieser Mängel?
- Wie können diese Mängel behoben werden?
- Was kostet die Mängelbehebung?

Diese Frage können durch einen Gutachter oder Experten beantwortet werden. Es gibt verschiedene Wege zu einem Gutachten. Je nach Ausgestaltung ist das Gutachten, bei der Verhandlung (Privatgutachten), beim Gerichtsverfahren (Gerichts- oder Schiedsgutachten) oder bei der Schlichtung (einvernehmliches Gutachten) anzusiedeln.

Der Streitbeilegung dienlich kann sein, wenn der Gutachtauftrag über rein technische Fragen hinaus erweitert wird: So kann dem Gutachter aufgegeben werden, Vorschläge auszuarbeiten, wie der Konflikt gelöst werden könnte, wie die Kosten zu verteilen sind etc. Dann übernimmt der Gutachter auch die Aufgabe eines Schlichters. Dieses Modell wird in der Baubranche relativ häufig eingesetzt.

3.4 Mediation

3.4.1 Definition

Mediation ist ein aussergerichtlicher Konfliktlösungsweg. Im Unterschied zu einem Gerichtsverfahren bestimmen die Parteien selbst über ihre Möglichkeiten und die Ergebnisse. Die in der Mediation angewandten Verfahren, Methoden und Techniken sind Gesprächs- und Verhandlungshilfen für die Parteien.

3.4.2 Vorteile der Mediation

Die wichtigsten Vorteile der Mediation gegenüber den herkömmlichen Gerichtsverfahren sind:

- Mediation blickt vorwärts – ist damit zukunftsorientiert. Vor Gericht wird hingegen eher die Vergangenheit bewältigt.
- Persönliche Beziehungen zwischen streitenden Parteien werden durch die Mediation wieder hergestellt oder erhalten.
- Vor Gericht stehen sich normalerweise zwei Parteien gegenüber. Häufig sind aber bei den Parteien noch andere Personen vom Konflikt betroffen. Die Mediation erlaubt den Einbezug von mehreren Parteien in ein Verfahren, auch von Parteien, die formal als Unbeteiligte gelten. Es kann in einer Mediation unter Umständen ein ganzes soziales bzw. wirtschaftliches Netz erfasst werden: Bei einem Nachbarstreit, nicht nur die Grundeigentümer sondern auch die Mieter; bei einem Baumangel, nicht nur der Unternehmer sondern auch Subunternehmer, den Architekten oder die Versicherungen.
- Einigungen, welche die Parteien auf dem Weg der Mediation selber erarbeitet haben, haben in der Regel länger Bestand als Gerichtsurteile.

3.4.3 Grenzen der Mediation

Die Mediation hat aber auch Grenzen. Sie ist nicht der geeignete Weg,

- wenn nur die eine Partei ein Mediationsverfahren will.
- wenn der Personenkreis, der in die Mediation einbezogen werden müsste, nicht klar eingegrenzt werden kann. Personen, welche nicht in den Schlichtungsprozess einbezogen werden, können die Einigung nachträglich noch in Frage stellen.
- wenn eine grundlegende Rechtsfrage gelöst werden sollte. Mediation verschafft «Einzelfallgerechtigkeit». Die Ergebnisse von Mediationen tragen nichts zur Rechtsfortentwicklung bei. Allerdings tun das aber auch gerichtliche Vergleiche nicht.
- wenn zwischen Parteien massive Gewalt ausgeübt wurde, was unter Nachbarn zuweilen vorkommen kann.

3.4.4 Grundsätze der Mediation

Freiwilligkeit

Die Parteien und der Mediator nehmen freiwillig am Mediationsprozess teil. Ein Ausstieg ist jederzeit möglich.

Neutralität des Mediators

Gegenüber den Streitparteien ist der Mediator strikt neutral. Er hilft ihnen zu einer allseitigen Konfliktlösung. Aus dieser Neutralität heraus kann ein Mediator nicht zuerst der Anwalt einer Partei sein und später die Mediatorenrolle übernehmen. Umgekehrt ist es einem

Mediator verwehrt, nach der Mediation eine Partei als Anwalt zu vertreten. Der Mediator hat auch keine Entscheidungskompetenz.

Parteiverantwortlichkeit

Der Mediationsprozess liegt grundsätzlich in der Verantwortung der Parteien. Sie bestimmen Beginn, Verlauf und Ende. Die Parteien entscheiden auch, welche Streitpunkte behandelt werden sollen und welche nicht. Der Mediator bestimmt nur den formellen Ablauf der Verhandlung und strukturiert die Gespräche. Es sind die Parteien, welche die für sie adäquate Streitlösung finden. Der Mediator begünstigt durch seine Interventionen diesen Prozess. Er hilft, wie eine Hebamme dem Kind, der «Streitlösung» auf die Welt.

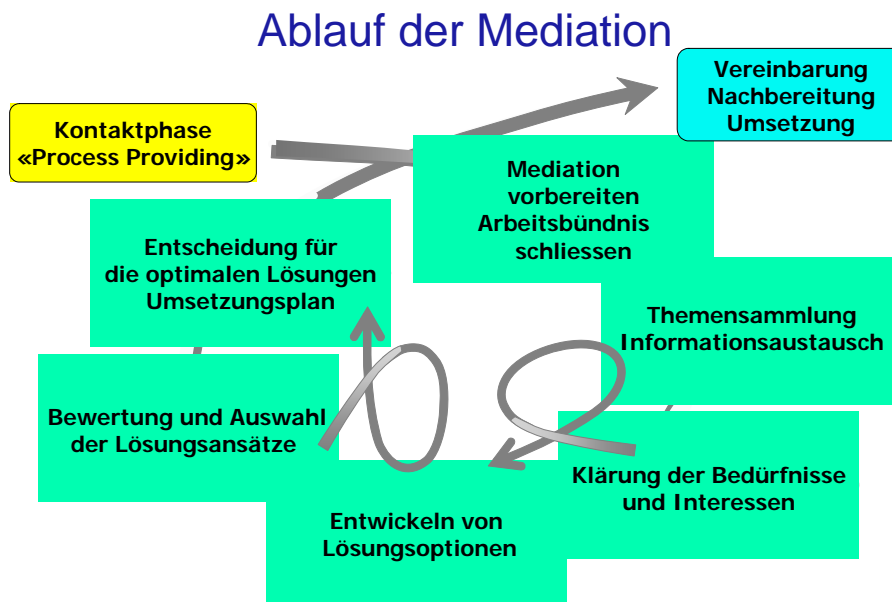
Vertraulichkeit

Informationen aus dem Mediationsverfahren sind vertraulich. Sie sollen ohne Einwilligung der Parteien in späteren Verfahren nicht preisgegeben werden. Der Mediator kann und darf nach Abschluss der Mediation nicht als Zeuge, Gutachter oder Anwalt für eine der Parteien tätig werden.

3.4.5 Ablauf der Mediation

Die methodischen Ansätze der Mediation sind sehr unterschiedlich. Daraus folgt, dass es auch keine Verfahrensordnung für Mediationen gibt. Im Folgenden soll ein möglicher Verfahrensablauf skizziert werden.

Bild 1 Übersicht über den Mediationsprozess



Diese Grafik ist deshalb nicht als fixes Schema zu verstehen. Die einzelnen Phasen lassen sich auch nicht immer strikt auseinander halten. Manche Phasen werden in grösseren Mediationen auch mehrmals durchlaufen.

Kontaktphase / Process Providing

Vor allem wenn an einem Konflikt mehrere Parteien beteiligt sind, bedarf ein Mediationsverfahren einer längerer Vorbereitungsphase, welche auch als «Process Providing» genannt wird. In dieser Phase werden unter anderen folgende Fragen geklärt:

- Eignet sich der Konflikt für eine Mediation?
- Wer soll an der Mediation teilnehmen?
- Worüber soll verhandelt werden?
- Besteht genügend Verhandlungsspielraum seitens der Parteien und vom Gesetz her?
- Besteht genügend Vertrauen zwischen den Beteiligten?
- Welche Personen sollen die Mediation durchführen?

Diese Vorbereitung wird meist von einer anderen Person (zuweilen als «Process Provider» bezeichnet) begleitet als die nachfolgende Mediation. Die Mediation Flughafen Zürich blieb beispielsweise in dieser Phase stecken, weil sich die Beteiligten für die Einleitung der Mediation unter anderem nicht genügend Vertrauen entgegen bringen konnten.

Phase 1: Mediation vorbereiten / Arbeitsbündnis schliessen

Im Rahmen der Einleitung der Mediation stellen sich die Beteiligten vor. Die Mediationsperson übernimmt dann die Einführung. Sie legt das Ziel der Mediation dar. Sie bespricht mit den Parteien die Rollen der Parteien, diejenige allfälliger Rechtsvertreter und die eigene Rolle. Die Parteien vereinbaren alsdann grundlegende Spielregeln der Mediation. Die Rechte und Pflichten der Parteien sowie der Mediationsperson werden meist in einem Mediationsvertrag festgehalten.

Phase 2: Themensammlung / Informationsaustausch

In der nächsten Phase wird jede Partei eingeladen, ihre Sicht des Konflikts darzulegen. In diesem Rahmen bekommen die Parteien Gelegenheit, einander zuzuhören. Nur schon das ist eine Chance, wenn die Beteiligten ihren Streit vorher unter Umständen einzig noch als «Stellvertreterkrieg» via ihre Anwälte geführt haben.

Phase 3: Klärung der Bedürfnisse und Interessen

Mit Hilfe des Mediators arbeiten die Parteien, die Punkte heraus, wo Einigkeit herrscht. Auf dieser gemeinsamen Basis kann dann später eine Lösung aufgebaut werden. Danach erstellt der Mediator mit den Parteien eine Liste der Konfliktpunkte. Diese Liste stellt gewissermassen eine Traktandenliste für die weiteren Besprechungen dar.

Wenn die Liste der Konfliktpunkte erarbeitet ist, werden diese Punkte im Gespräch geklärt. Es geht aber in dieser Phase nicht nur um blosser Klärung, vielmehr lädt der Mediator die Parteien ein, sich nicht nur mit ihren Positionen sondern auch mit ihren künftigen Bedürfnissen, ihren Interessen, auseinander zu setzen.

Phase 4: Entwickeln von Lösungsoptionen

In dieser Phase sollten die Parteien sich von ihren Positionen lösen und sich auf ihre Interessen konzentrieren. Im Zentrum der Mediation steht nicht mehr die Umschreibung der Konfliktpunkte, also die Vergangenheit, sondern vielmehr die Lösung des Konflikts, also die Zukunft.

Im Rahmen dieses Prozesses kann auch zum Hilfsmittel der «Kuchenvergrößerung» gegriffen werden. «Kuchenvergrößerung» bedeutet, die Verhandlungsmasse wird vergrößert, damit mehr zum Teilen da ist. Jeder soll etwas bekommen, was ihm wichtig ist, ohne dass dem anderen etwas fehlt. (Beispiel: Zwei Nachbarn, die sich über die Parkplätze des Andern streiten, bauen eine gemeinsame Tiefgarage).

Phase 5: Bewertung und Auswahl der Lösungsansätze

Wichtig ist, dass im Rahmen der Mediation alle möglichen Alternativen und Optionen besprochen, aber auch auf ihre Realisierbarkeit überprüft werden. Im Baustreit kann die Überprüfung der Realisierbarkeit auch bedeuten, dass die Bewilligungsfähigkeit von gewissen Lösungen bei den Behörden oder die technische Machbarkeit von baulichen Massnahmen bei Fachleuten abgeklärt wird. Aus diesem Grund ist es wertvoll, wenn z. B. in Fällen aus dem Verwaltungsbereich Vertreter der zuständigen Behörden bereits in den Mediationsprozess einbezogen sind. Aufgrund der Bewertung werden dann die gangbaren Lösungsansätze ausgewählt.

Phase 6: Entscheidung für die optimalen Lösungen / Umsetzungsplan

Die im Rahmen der Problemlösungsphase erarbeiteten Teillösungen werden schliesslich zu einer Gesamteinigung zusammengeführt. Die Mediationsperson muss herausfinden, ob tatsächlich alle aktuellen Streitpunkte beseitigt sind. Die Einigung muss ausgewogen und fair sein. Sie wird dann schriftlich festgehalten. In gewissen Streitigkeiten braucht es allenfalls zum Zustandekommen der Vereinbarung noch die Mitwirkung von Behörden oder Gerichten (Grundbuchamt, wenn Dienstbarkeiten geändert werden sollen; Baubehörde, wenn bauliche Massnahmen zur Diskussion stehen).

Umsetzung der Mediationsergebnisse

Eine Einigung im Rahmen einer Mediation muss je nach den Umständen auch noch umgesetzt oder vollzogen werden. Dies geschieht meist in der Form einer schriftlichen Mediationsabschluss-Vereinbarung.

Soweit erforderlich ist das Mediationsergebnis noch in behördliche Bewilligungen und Genehmigungen zu überführen.

3.4.6 Techniken

Die Mediationsperson bedient sich einer Reihe von Werkzeugen, welche uns Anwälten vielleicht etwas ungewohnt vorkommen:

Spiegeln oder Loopen

Der Mediator fasst vor allem zu Beginn der Mediation die Darlegungen der Parteien in wesentlichen Zügen zusammen und zeigt damit, dass er die Anliegen der Parteien verstanden hat. Verwendet werden beispielsweise Sätze wie: «Sie meinen also ...» oder «Verstehe ich Sie richtig, dass ...».

In einer späteren Phase fordert der Mediator allenfalls die Parteien auf, zuerst das Votum des Gegenübers zu wiederholen, bevor sie ihr eigenes Votum abgibt.

Reframing

Bei stark emotional gefärbten Parteidarstellungen kann der Mediator mit neutralen Zusammenfassungen das Gesprächsklima wesentlich verbessern. Beispiel: wenn eine Partei verkündet: «Der Gegenpartei zahlen wir keinen Rappen»; antwortet der Mediator: «Ich höre, dass sie **derzeit** der Gegenpartei **kein Geld** bezahlen wollen.»

Damit wird eine Tür geöffnet:

- Die Partei bezahlt nicht **jetzt**, sondern **erst später**.
- Die Partei zahlt **kein Geld** sondern erbringt eine **andere Gegenleistung**.

Perspektivenwechsel

Die Parteien werden aufgefordert, einmal den Standpunkt des Gegners zu vertreten. Beispiel: «Wie würden Sie vorgehen, wenn Sie auf dem Stuhl der anderen Partei sitzen würden?» «Was glauben Sie, was denkt Ihr Gegner?»

Offene Fragen

Wenn der Mediator mit Fragen arbeitet, welche nur mit «Ja» oder «Nein» beantwortet werden können, so wird das Gespräch blockiert, ein offener Gedankenaustausch behindert. Besser sind deshalb offene Fragen, wie etwa:

- Warum ist das für Sie wichtig?
- Was schlagen Sie vor, soll Ihre Gegenpartei tun?

Dann tut sich viel eher ein Feld auf, um eine Lösung zu finden.

Einsatz von kreativen Ideenfindungsmethoden

Brainstorming, der gezielte Einsatz von Flipchart oder Pinwand oder die Darlegung der Parteien in der Form von Zeichnungen können Verhandlungsblockaden auflösen.

Wahl des Ortes und der Räumlichkeiten

Mediationsverhandlungen ohne Tische, auf welche Aktenberge aufgetürmt werden können, begünstigen die Konzentration auf die Interessen der Parteien und die Streitlösung.

Im Bergrestaurant oder in einem Kloster, bei einem gemeinsamen Spaziergang usw. finden sich die Parteien viel besser, als vor den Schranken des Gerichts.

Einzelgespräche

Einzelgespräche sind persönliche und vertrauliche Gespräche des Mediators mit jeweils einer Partei. Einzelgespräche dienen dazu, von den Parteien Informationen zu holen, welche sie vor der anderen Partei nicht preisgeben möchte. In solchen Gesprächen können auch Lösungsmöglichkeiten entwickelt und allenfalls Parteien wieder aus einer Sackgasse herausgeführt werden. Einzelgespräche können in jeder Phase der Mediation eingesetzt werden. Während Einzelgespräche bei Familienstreitigkeiten eher zurückhaltend eingesetzt werden, sind sie bei Wirtschaftsmediationen ein gängiges Werkzeug.

4 Welchen Stellenwert hat die Mediation im Bauwesen in der Schweiz?

4.1 Vorzüge der Mediation beim Baustreit

Trotz dieser unbestrittenen Vorzüge fand bis jetzt die Mediation im Baubereich nur geringe Verbreitung. Im meinem Beitrag zum Buch «Mediation im Bauwesen», Berlin 2003, bezeichnete ich die Mediation im Bauwesen als zartes Pflänzlein. Diese Aussage gilt immer noch. Deshalb kann ich nur wenige Beispiele nennen

4.2 Beispiele aus der Schweiz

4.2.1 Nachbarstreit

Mediationen im Nachbarbereich sind praktisch keine dokumentiert. In den Beziehungskisten.03 findet sich ein Fall aus dem Stockwerkeigentum. Lärmprobleme rund um das Jugendhaus Bülach sollen mediiert worden sein.

Gewisse Baugenossenschaften und die Liegenschaftenverwaltung der Stadt Zürich beschäftigen Mediatoren, welche sich den klassischen Waschküchenproblemen annehmen.

Eine gewisse Rolle dürften die existierenden Gemeinwesen- oder Quartiermeditationen in Lausanne, Basel und Zürich spielen.

4.2.2 Umweltkonflikt

Die von Thomas Pfisterer in seinem Referat zum Juristentag 2001 dokumentierten Fälle sind keine eigentliche Mediationen, sondern vorwiegend von Behörden moderierten Verhandlungen, kooperative Planungen oder runde Tische.

Als Beispiele bekannt geworden sind aber:

- Mediationsverfahren für die Erschliessung eines Kiesabbaus in Kirchberg SG;
- Flughafen Zürich, wobei diese Mediation in der Vorphase abgebrochen worden ist.
- Gewisse Erfolge zeigten sich in einem Mediationsverfahren beim Flugplatz Speck in Fehraltorf ZH.

4.2.3 Bauvertragsstreitigkeiten

Bauvertragsstreitigkeiten werden, wenn überhaupt, diskret mediiert. Im Sommer 2002 machte ich eine Umfrage, ob sich eine Partei einer Baumediation finden lassen würde, welche bereit wäre, über ihre Erfahrungen an einem Kongress zu berichten. Ich fand niemanden. Immerhin ist ein Fall im Buch, «mediation@konflikte.streit.beziehungskisten.01, S. 61» dokumentiert.

Zu den Baustreitigkeiten, welche durch Mediation beigelegt wurden, zählen immerhin:

- Der Konflikt zwischen der Stadt Zürich und dem Kanton Zürich wegen dem Weiterbetrieb des Fernheizkraftwerkes Aubrugg.
- Der Streit um die Renovation der Rietlisiedlung in der Stadt Zürich und damit verbundenen Mietzinserhöhungen zwischen Mietern und der städtischen Liegenschaftenverwaltung.

4.2.4 Kostenverteilung bei Altlasten

Nach Art. 32d USG sind die Kosten für die Untersuchung und Sanierung von Altlasten auf die Verursacher zu verteilen. Das AWEL Zürich bietet für die Verteilung der Kosten auf die verschiedenen Störer ein Verhandlungsverfahren an. Unter Leitung eines Mediators wird versucht, eine Einigung unter den Parteien herbeizuführen. Diese Einigung wird dann, soweit nichts Rechtswidriges vereinbart wurde, in eine Kostenverteilungsverfügung überführt. Der Verhandlungsleiter wird vom Kanton bezahlt, er spart sich dafür aber die Kosten für die Ausarbeitung der Verfügung. Die Parteien erreichen eine rasche Konfliktlösung, welche auch privatrechtliche Probleme umfassen kann.

4.3 Was bringt die Zukunft

Diese magere Ausbeute zeigt, dass etwas getan werden muss. Bemühungen sollten auf zwei Wegen einsetzen:

- Mediationsklauseln
- Gesetzgebung

4.3.1 Mediationsklausel

Der SIA hat in den Allgemeinen Vertragsbedingungen zur SIA Ordnung 112 (Honorarverträge) Folgendes vorgesehen:

Ordnung SIA 112
2001

s i a

Sofern schriftlich vereinbart, ist über allfällige sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebende Streitigkeiten (einschliesslich solche über das gültige Zustandekommen des Vertrages, dessen Rechtswirksamkeit, Abänderung oder Aufhebung) ein Mediationsverfahren durchzuführen.

In den darauf basierenden Honorarverträgen können dann die Parteien konkret die Mediation vereinbaren:

Vertrag für Architekturleistungen

Nr. 1002
2001

s i a

13 Streiterledigung und anwendbares Recht

13.1 Mediation

* In einem Streitfall wird vor Anrufung eines Gerichtes eine Mediation durchgeführt

* Als Mediatorin / Mediator wird eingesetzt:

* Die Mediatorin / der Mediator wird bei Bedarf bestimmt

Es ist geplant, diese Klausel auch in den Werkverträgen einzufügen. Offenbar wird diese Klausel benützt. Jedenfalls erhielt ich schon mehrere Anfragen für Mediationen. Richtig zustande gekommen ist bei mir bis jetzt aber keine Mediation.

4.3.2 Gesetzgebung

4.3.2.1 Zivilprozess

Gegenwärtig wird die eidgenössische Zivilprozessordnung, welche die Prozessordnungen der 26 Kantone ablösen soll, im eidgenössischen Parlament diskutiert. Darin sollen die Gerichte neu die Möglichkeit haben, geeignete Prozesse an einen aussenstehenden Mediator zu überweisen. Zudem soll vor der Klageeinreichung statt eines Sühnverfahrens auch ein Mediationsverfahren durchgeführt werden können. Schliesslich wird auch die Möglichkeit, Mediationsschlussvereinbarungen homologieren und damit vollstreckbar machen zu lassen, geschaffen.

4.3.2.2 Verwaltungsprozess

Schon weiter sind wir im Verwaltungsprozess. Im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes sind Mediationsbestimmungen enthalten (Art. 33b VwVG).

Mediationsbestimmungen enthält auch das Bündner Raumplanungsgesetz.

Im Kanton Bern wurde sogar ein Ombudsmann für die Spitäler mit einem Submissionsverfahren gesucht. Der Bewerber musste über eine Mediationsausbildung verfügen.

5 Schlussbemerkungen

Ich komme zurück auf meine beiden Beispiele mit dem Fussballstadion und der Schiffbauhalle. Im ersten Beispiel laufen immer noch Rechtsmittelverfahren. Ein Baubeginn ist ungewiss, vielleicht wirft die CS gar das ganze Projekt in den Papierkorb. Warum haben die Beteiligten nicht schon verhandelt, bevor das Projekt in konkrete Pläne umgegossen wurde?

Beim zweiten Fall liess die Schauspielhaus AG für viel Geld ein Privatgutachten ausarbeiten. Es kam zu einem Prozess vor dem Zürcher Handelsgericht, der mit einem Vergleich abgewürgt wurde.

Warum denn nicht mehr Mediationen? Es fehlte offensichtlich bei den Entscheidungsträgern die Erkenntnis, dass die Mediation viel mehr bringen würde. Wir haben also noch viel zu tun, lasst es uns anpacken.

6 Literaturhinweise

Die Literatur zur Mediation allgemein und der Baumediation im speziellen ist selbst im deutschsprachigen Raum kaum mehr zu überblicken.

Hier einige Hinweise:

6.1 Ratgeber / Einführungen

ALTMANN Gerhard / FIEBIGER Heinrich / MÜLLER Rolf: Mediation - Konfliktmanagement für moderne Unternehmen, Weinheim 1999

DULABAUM Nina L.: Mediation: Das ABC, 4. Aufl., Weinheim 2003

HAAS Esther / WIRZ Toni: Mediation - Konflikte lösen im Dialog, 2. Aufl., Zürich 2006.

MONTADA Leo / KALS Elisabeth: Mediation - Lehrbuch für Psychologen und Juristen, Weinheim 2001.

6.2 Sammelbände / Fallsammlungen

FLUCHER Thomas / KOCHENDÖRFER Bernd / VON MINCKWITZ Ursula / VIERING Markus G. (Hrsg.), Baumediation, Berlin 2002,

HAFT Fritjof / VON SCHLIEFFEN Katharina (Hrsg.): Handbuch Mediation, München 2002.

PONSCHAB Reiner / SCHWEIZER Adrian: Die Streitzeit ist vorbei – Wie Sie mit Wirtschaftsmediation schnell, effizient & kostengünstig Konflikte lösen, Paderborn 2004.

PONSCHAB Reiner / SCHWEIZER Adrian: Kooperation statt Konfrontation - Neue Wege anwaltlichen Verhandeln, Köln 1997.

ROTH Monika / SCHWARZ Suzanne / ROTH Rolf: mediation@konflikte.streit.beziehungskisten.01, Zürich 2001.

ROTH Monika / SCHWARZ Suzanne / ROTH Rolf: mediation@konflikte.streit.beziehungskisten.02, Zürich 2002.

ROTH Monika / SCHWARZ Suzanne / ROTH Rolf: mediation@konflikte.streit.beziehungskisten.03, Zürich 2003.

6.3 Mediation – Gesetzgebung - Gericht

BÖSCH Peter: Gericht und Mediation, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2006/2

MÜRNER Diana: Gerichtsnaher Zivilmediation – unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Nr. 144, Zürich 2005, S. 60 f.

PFISTERER Thomas: Unterwegs zur Einigung mit Mediation in der Schweizerischen ZPO?, in: SJZ 2007, S. 541 ff.

6.4 Privates Baurecht - Mediation

BOOG Christoph: Streiterledigung bei Grossprojekten II Die ICC Dispute Board Rules, in: Schweizerische Anwaltsrevue 2007, S. 494 ff.

BÖSCH Peter: Bauen und Mediation in der Schweiz, in: Flucher Thomas / Kochendörfer Bernd / von Minckwitz Ursula / Viering Markus G. (Hrsg.), Berlin 2002, S. 229 ff.

BÖSCH Peter: Mediation als Konfliktlösungsmethode, in: tec21 18/2001, S. 33 f.

BROWN-BERSET Dominique / SCHERER Matthias: Les moyens alternatifs de résolution des litiges de construction, in: Journées suisses du droit de la construction 2007, Fribourg 2007, S. 265 ff.

ENGLERT Klaus / FRANKE Horst / GRIEGER Winfried: Streitlösung ohne Gericht – Schlichtung, Schiedsgericht und Mediation in Bausachen, 1. Aufl. 2006, Neuwies, insbesondere S. 235 ff.

GASCHE Jürg / BÖSCH Peter: Neue Grundlagen für die Gestaltung von Planerverträgen - Das Leistungsmodell und die revidierten Leistungs- und Honorarordnungen des SIA, in: Baurecht 1/2001, S. 3 ff.

GASCHE Jürg: Konflikte beim Planen und Bauen; Eine prospektive Studie über Konfliktkultur und Konfliktbearbeitung in der Bauwirtschaft der deutschsprachigen Schweiz, in: Europa-Universität Viadrina ; Master-Studiengang Mediation; Studienjahr 2004/2005; Masterarbeit; eingereicht 13.05.2005.

GASCHE Jürg: Mediation beim Planen und Bauen – eine Kultur der Konfliktlösung und Streitprävention, sia 982, Zürich 2004.

HÜRLIMANN Roland: Mediation bei Infrastrukturvorhaben – Das neue Streiterledigungsmodell nach der VSS-Empfehlung 641 510, in: SIA Nr. 41/1999, S. 30 ff.

HÜRLIMANN Roland: Streiterledigung bei Grossprojekten, in: Schweizerische Anwaltsrevue 2007, S. 148 ff.

VON INS Peter: Mediation in der (Anwalts)Praxis – insbesondere bei Streitigkeiten im Bau- und Immobilienbereich, in: Schweizerische Anwaltsrevue 2008, S. 104 ff.

6.5 Umweltmediation / Nachbarschaftsmediation

BÖSCH Peter: Baustreitigkeiten und Mediation, in: PBG aktuell 2/1998, S. 5 ff..

BÖSCH Peter: Der Nachbarstreit und dessen Beilegung Mediation – ein neuer Weg, in: SJZ 1998, S. 77 - 85 und 105 - 110.

FRITZSCHE Christoph / BÖSCH Peter: Zürcher Planungs- und Baurecht, Zürich, 4. Auflage 2006, S. 23-38ff.

GUY-ECABERT Christine: Procédure administrative et médiation - Inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation, Zürich 2002.

KÖNIG Ursula: Mediation und Verhandlung, in: URP 2005 S. 145 ff.

LEHMANN Lorenz: Mediation – ein gewöhnungsbedürftiges Verfahren, Praxiserfahrung eines Parteivertreters am Beispiel Deponie Bärengraben Würenlingen, in: URP 2005 S. 169 ff.

MAEGLI Rolf: Konfliktbewältigung durch Verhandlungen / Werkstattbericht aus dem Kanton Solothurn, in: URP 1992 192 f.;

MAEGLI Rolf: Vereinbarungen zwischen Staat und Wirtschaft im Umweltschutz – Möglichkeiten und Grenzen, in: URP 1997 S. 363 ff.;

MAYER Ulrich B.: Aktuelle Probleme des Verhandeln aus Sicht der Projektträger, in: URP 2005 S. 193 ff.

MÜLLER-YERSIN Hansueli: Verhandeln in der Praxis: Ski Weltmeisterschaften 2003, St. Moritz, aus der Sicht des Vertreters der Schutzorganisationen in der Projektleitung der Ski WM 2003, in: URP 2005 S. 126 ff.

NEFF Markus: Verhandlungslösungen – Einsatzmöglichkeiten von alternativen Verfahrensmethoden und Konfliktmittlung (Alternative Dispute Resolution) bei der Realisierung von Grossprojekten, in: URP 2001, S. 368 ff.;

PESTALOZZI Martin: Aktuelle Probleme des Verhandeln aus Sicht der Umweltverbände, in: URP 2005 S. 182 ff.

PFISTERER Thomas: Über Konsens- und Mediationslösungen im öffentlichen Recht ("konferieren statt prozessieren"), in: ZSR 2002 II 169.

PFISTERER Thomas: Verhandeln und Konsens im Verwaltungs- und insbesondere im Umweltrecht in: URP 2005 S. 99

RENN Ortwin: Die Bedeutung der Kommunikation und Mediation bei der Entscheidung über Risiken, in: URP 1992 275;

SIEGWART Karine: Einführung in Begriffe und Arten der Mediation, in: PFISTERER Thomas (Hrsg.): Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich, Zürich 2004

SIEGWART Karine: Umweltmediation – Nachhaltige Entwicklung zur Lösung von Umweltkonflikten, in: SCHINDLER Benjamin / SCHLAURI Regula (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 331 ff.