

# Praxis der Mediation im Baurecht und Baugewerbe

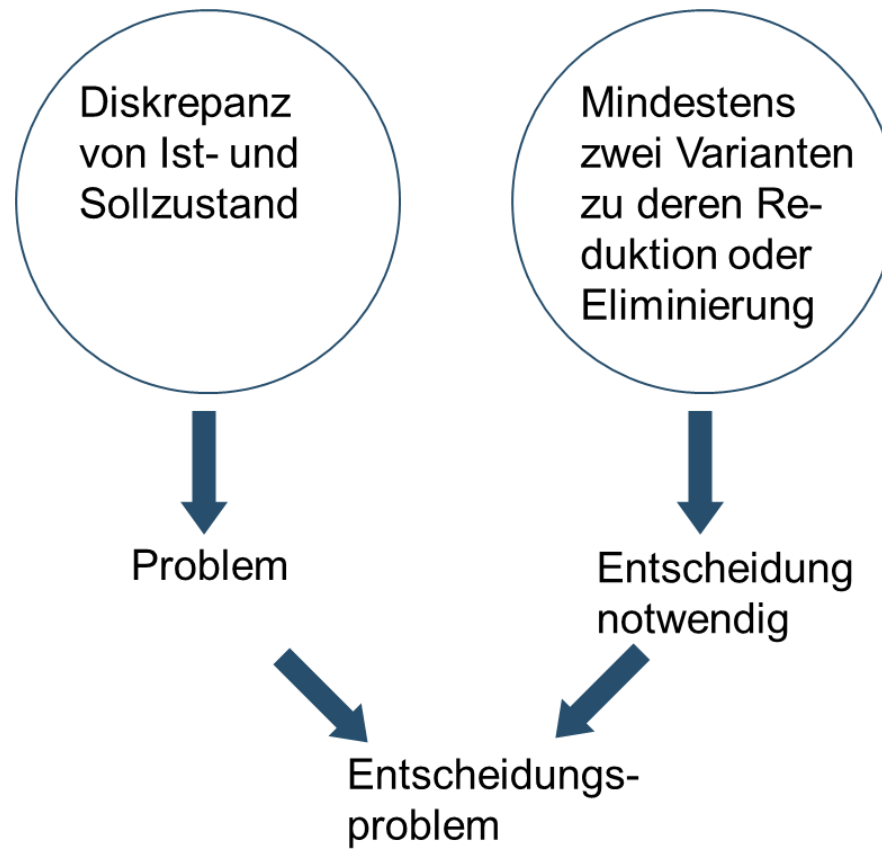
Peter von Ins, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

# Das Referat

- Einleitung
- Fakten
- Vorurteile
- Chancen
- Grenzen
- Praxis
- Ausblick



# Das Entscheidungsproblem



# Ohne Ziel kein Entscheidungsproblem

## Ziel

- Den Seminarteilnehmerinnen den höchstmöglichen Gewinn für ausgegebenes Geld und geopfert Zeit vermitteln.

## Zielsystem

- Verständlichkeit
- Themenbezogenheit
- Veranstalter zufrieden
- Zeitbudget einhalten

# Varianten und Entscheidung

## Varianten

- Theoretisch fundiertes von mir geben
- Praktische Erfahrungen und Reflexion anregen

## Entscheidung

- Kritische Ansätze zur Reflexion
- Praktische eigene Erfahrung ohne theoretischen Unterbau
- Einfache Verständlichkeit für alle
- Zeitbudget einhalten.

# Fakten

- Seit 2011 kennt die ZPO die Mediation
- Sie kann als Alternative zum Schlichtungsverfahren gewählt werden
- 2011 – 2014 haben die Friedensrichterämter der Stadt Zürich **13'282** Schlichtungsverfahren durchgeführt

# Fakten

- Und wieviele in der nun alternativ zulässigen Mediation?
- **1 !** In Worten: eines!
- 2016: 9'228 Schlichtungen, erledigt 8'036
- Wieviele Mediationen wohl? Nochmals nur eine ! **1 !**

# Vorurteile allgemein und speziell auf dem Bau

- Diese Leute verstehen ja nichts vom Bauen
- Mediation ist etwas für «Weicheier»
- Mediation ist «vergeudete Zeit»
- Mediatorinnen/Mediatoren sind so Psychologen und «gschpürsch mi» Tanten und Onkel
- Was soll das jetzt, wir haben ja schon auf dem Bau eine Lösung gesucht



# Vorurteile

- Meine Wahrnehmung und Kritik:
- *Leider stimmt vieles!*
- Präsentation Mediation SAV im Bellevue anfangs 2000er Jahre....
- Medianden, welche Fragebogen(!) von «Mediator» erhalten
- Medianden, welche 40 (vierzig!) Sitzungen hatten.....etc. etc...

# Chancen der Mediation für Baustreitigkeiten

- Schnelles Verfahren c. lange Prozessdauer
- Kostengünstig c. Vorschusspflicht für Kläger und hohes Kostenrisiko für Verlierer
- Ohne Öffentlichkeit c. schlechte Zeitungsberichterstattung
- Zukunftsgerichtet und thematisch offen
- Ohne starre Regeln und oft rasch eingesetzt
- Durch die Konfliktparteien selber beherrscht c. ZPO
- Keine Sieger und Verlierer pro Zusammenarbeit in Zukunft welche in Bausachen systemimmanent

# Grenzen

- Keine Chance, wenn der Konflikt zu weit eskaliert ist
- Keine Kommunikationsbereitschaft einer Seite
- Betriebs-Kulturelle Unterschiede
- Es muss als Basis der Konfliktlösung eine bautechnische Sachfrage entschieden werden
- Zwingendes Gesetzesrecht

# Die Baustelle

- Um in Bausachen zu mediieren braucht es ein Minimalwissen, wer im Bau was macht, welche Begriffe verwendet werden:
- Dipl. Baumeister, Bauführer, Polier, Sub-Unternehmer, Regie, GU, Generalplaner, HLK-Planer, Larsen, Grundbruch, Bojake, Sichtbetonklassen , SIA Normen etc. , Ausmass, Baustelleninstallation vorhalten, abtalschieren, Armierungseisen, Bewehrung, Anschlussdetail, etc. etc.
- WESHALB?

# Was soll Mediation in (auch)Baustreitigkeiten ?

- Langwierige Gerichtsverfahren mit hohen Prozesskosten vermeiden
- Kommunikationshindernisse zwischen Konfliktparteien beseitigen
- Den Parteien die Ursachen des Konflikts verständlich machen und Sichtweisen der jeweils anderen Partei aufzeigen
- Zukünftige Zusammenarbeit ermöglichen

# Weshalb Mediation?

- Baubeteiligte begegnen sich im laufenden Bauprojekt fast täglich; wenn Konflikte entstehen und fortbestehen, schaukeln sie sich schnell hoch, weil stets neue Konfliktpunkte entstehen
- Pläne kommen zu spät, Arbeiten werden nicht oder schlecht ausgeführt, Anweisungen werden hinterfragt und effektiv ausgeführte Arbeiten korrespondieren nicht mit Vertrag und Plänen.

# Weshalb Mediation?

Hauptursachen in Baukonflikten sind

- schlechte Redaktion von Verträgen
- das Verwenden vorformulierter Verträge
- Das Verwenden von AVBs,
- das Nicht-Lesen von AVBs
- Widersprüche in umfangreichen Verträgen
- Submission und Ausführung weichen stets voneinander ab

# Weshalb Mediation?

Heikle Formulierungen, bspw.:

- Norm SIA 118 Art. 169 Abs.1 Ziff. 2
- Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt, ist der Bauherr berechtigt, nach seiner Wahl:
  1. Entweder weiterhin auf der Verbesserung zu beharren, dies jedoch nur dann, **wenn die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht (Art.368 Abs.2 OR)**



# Was kann Mediation im Baubereich?

- Mediation im Baubereich kann sehr rasch und unkompliziert eingesetzt werden
- Mediation kann grossen Aufwand vermeiden helfen (Personell, Finanziell, Dokumente, Berater, Zeit)
- Mediation kann den Parteien helfen, über den eigentlichen Streitgegenstand hinaus noch andere Aspekte im gleichen Verfahren einzubringen und zu regeln

# Was kann Mediation?

- Mediation kann auch durchsetzbare, d.h. vollstreckbare Vereinbarungen zeitigen
- Mediation kann den Parteien die Gesichtswahrung ermöglichen und Verlierergefühle auf beiden Seiten vermeiden helfen
- Mediation kann hilft beidseitig Kosten sparen, vermeidet negative Publizität und involviert die Konfliktparteien in die Lösungsfindung

# Was kann Mediation nicht?

- Mediation kann keine Wunder vollbringen



# Wie geht Mediation im Baubereich?

- Freiwilliges Verfahren ad hoc / Mediationsvertrag in Formularverträgen SIA /AVB etc.
- Erfassung des Streitgegenstandes (womit?)  
Bauprotokolle, e-mail, Rechnungen,
- Interessen hinter Positionen ermitteln, working with the conflict (Sprache der Medianden!)
- Optionen erarbeiten und bewerten (Kenntnis Bau- und Betriebsabläufe)
- Vereinbarung zwischen den Parteien

# Wie und wo ist heute Mediation im Baubereich implementiert

**SIA 102 / 2014** Leistungen und Honorare der  
Architektinnen und Architekten Art. 1.11

**SIA 103 / 2014** Leistungen und Honorare für  
Bauingenieurinnen und Bauingenieure Art. 1.11

**SIA 105 / 2014** Leistungen und Honorare der  
Landschaftsarchitektinnen und  
Landschaftsarchitekten Art. 1.11

# Wie und wo ist heute Mediation im Baubereich implementiert

**SIA 106 / 2014** Leistungen und Honorare der  
Geologinnen und Geologen (Art. 1.13.1)

**SIA 108 / 2014** Leistungen und Honorare der  
Ingenieurinnen und Ingenieure der Bereiche  
Gebäudetechnik, Maschinenbau und  
Elektrotechnik (Art. 1.11)

# Wie und wo ist heute Mediation im Baubereich implementiert

**Norm SIA 118/262** Allgemeine Bedingungen für Betonbau, Kapitel 1 Werkvertrag, Ziffer 1.5 mit Verweis auf den Baustellenentscheidungsweg gemäss **Norm SN 641 510** Streiterledigung des Schweizerischen Verbandes der Strassen- und Verkehrsfachleute VSS sowie **SIA 1023 Werkvertrag**

# Wie und wo ist heute Mediation im Baubereich implementiert

Der in Norm SIA 102/103 und 105 zitierte Art.1.11 «Mediation» lautet wie folgt:

*«Sofern **schriftlich vereinbart**, ist über allfällige Streitigkeiten (einschliesslich solcher über das gültige Zustandekommen des Vertrages, dessen Rechtswirksamkeit, Abänderung oder Aufhebung) ein **Mediationsverfahren** durchzuführen»*



# Wie und wo ist heute Mediation im Baubereich implementiert

**KBOB ( Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren)      WERKVERTRAG Ziff. 18**

- Entsteht zwischen den Parteien Streit, verpflichten sie sich, in direkten Gesprächen eine gütliche Einigung zu suchen. Allenfalls ziehen sie eine unabhängige und kompetente Person bei, deren Aufgabe es ist, zwischen den Parteien zu vermitteln und den Streit zu schlichten. Jede Partei kann der anderen Partei die Bereitschaft für ein Streitschlichtungsverfahren (direktes Gespräch oder Vermittlung mit Drittperson) schriftlich anzeigen. Mit Hilfe des Vermittlers legen die Parteien das geeignete Vorgehen und die einzuhaltenden Regeln fest.
- Wird kein Streitschlichtungsverfahren vereinbart oder können sich die Parteien innert 60 Tagen nach Erhalt der Anzeige weder in der Sache noch über die Wahl des Vermittlers einigen oder scheitert die Vermittlung innert 90 Tagen nach Erhalt der Anzeige, steht jeder Partei der Rechtsweg an ein ordentliches Gericht offen.

# Mediationsklausel als Prozessvoraussetzung

Zu dieser Problematik siehe:

- Peter Ruggle in BK ZPO N. 7ff zu Art. 213 ZPO
- Bger 4A-18/2007, E.4.3.1
- Durchgeführte Mediation aufgrund Mediationsklausel **i.d.R. keine** Prozessvoraussetzung
- Ausgestaltung Klausel, dass Mediation **obligatorisch**, dann ev. Prozessvoraussetzung

# Weshalb Statistiken lügen

- Statistik Friedensrichteramt Stadt Zürich
- Auf den ersten Blick : La Mediation n'existe pas!
- Weshalb offenbar als Statistik richtig, aber als Aussage irreführend?
- Statistik erfasst nur Mediationen **NACH** Anrufung Schlichtungsbehörde
- **Statistik SDM: Untersuchung 2008:**
- Jahr 2008 immerhin **130 Baumediationen** ergab! Sitzungen im Schnitt 3,1
- Lineargerechnet  $X 4 = 520$  Mediationen, davon 68,5% erfolgreich.
  
- **Mit weiterer «Milchbüchleinstatistik» und den erhobenen Zahlen hochgerechnet wären also in 4 Jahren 354 erfolgreiche Baumediationen durchgeführt worden<sub>n!</sub>**

# Weshalb Statistiken lügen



# Weshalb Statistiken lügen

**"Statistik ist: Wenn der Jäger  
am Hasen einmal links und  
einmal rechts vorbeischießt,  
dann ist der Hase im  
Durchschnitt tot."**

# Aus der Praxis

- Theorie ist ein Aspekt, Ausbildung der Mediatorin/Mediators, Erfahrung, Wissen, Können ein anderer, aber wie sieht so eine Baumediation in der Praxis aus?
- Beispiel aus der Praxis nachfolgend, anonymisiert, deshalb auch ohne Zahlen und mit Platzhaltern

# Bauherr und Architekt

- Bauherr Stadt A                      Architektenteam B
- Honorar grösstenteils bezahlt, dann stellt Architekt **Schlussrechnung** im **Betrag X** und **7 Zusatzrechnungen** (Mehrleistungen) im **Betrag Y**
- Zunehmend «hässig» werdende gegenseitige Vorwürfe
- Beide Rechnungen X und Y werden von A nicht bezahlt
- Architekten nehmen Anwalt, Stadt auch; gegenseitige Vorwürfe, was die jeweils andere Seite alles falsch gemacht hat

# Bauherr und Architekt

- Gespräche zwecks Vergleich nicht mehr möglich;
- Alternative: Klage Gericht oder Mediation
- Anwälte schlagen Mediator vor, dieser akzeptiert



# Bauherr und Architekt

- Vereinbarung: 3 Sitzungen; Kosten Mediator  $\frac{1}{2}$  Stundenhonorar Mediator CHF 300.– p.h.
- **1. Sitzung:** Einigung, dass Betrag X von Stadt A bezahlt wird, wenn Bedingungen (Dokumentation) erfüllt, dann als Vorbereitung für 2. Sitzung Argumentationsbrief mit Belegen an Mediator (Umfangbegrenzung)
- **2. Sitzung:** Austausch Argumente , Verständnis für Position der anderen Partei als Ziel; Einigung, dass über 7 Forderungen in 3. Sitzung abschliessend diskutiert wird, Möglichkeit der Shuttle Mediation erwähnt

# Bauherr und Architekt

- **3. Sitzung:** gemeinsamer Beginn,  
daraufhin
- Einzelgespräche (shuttle mediation)
- Eruiierung Maximum, was bezahlt werden kann
- Eruiierung Minimum, was erhalten werden soll
- Über Differenz via Mediator (Vorschlag) **Einigung**

# Die Kritiker

- Mediation wird sich nicht durchsetzen



# Die Enthusiasten

- Mediation wird gerichtliche Auseinandersetzungen fast vollständig verdrängen



# Die Realisten

- **Mediation** ist neben **Schlichtung** und **Schiedsgericht** eine valable Alternative zu Gerichtsprozessen
- Es gibt insbesondere im Baubereich viele Einsatzmöglichkeiten der Mediation



# Ausblick

- Im Baubereich ist Mediation zusehends eine von Verantwortlichen gesuchte Alternative zu teuren, langwierigen und schlecht prognostizierbaren Prozessen, Rechtsschutzversicherer fördern und finanzieren heute (auch) Mediationsverfahren
- Es ist auf allen Ebenen, insbesondere auf Kaderebene einer Baufirma ein zunehmendes Interesse an Mediation festzustellen;
- **Mediation** und **Schlichtung** sind zwar dogmatisch nicht dasselbe, doch gehen Hand in Hand mit dem beiden gemeinsamen Ziel, Konflikte rasch, kompetent und kostengünstig zu erledigen.
- Bei Durchführung einer Baumediation unbedingt flexibel sein und in Ausbildungen Erlerntes zwar anwenden, aber auch den Mut haben, zu verlassen!
- Keine Baumediation übernehmen (Uebernahmeverschulden!) wenn man weder von Firmenstrukturen, Führungsprinzipien, Baubegriffen und Bauabläufen eine Ahnung hat!

# Nützliche Adressen von Vereinigungen, welche Mediation/Schlichtung anbieten

- [www.baumeditation-sdm.ch](http://www.baumeditation-sdm.ch)
- [www.swisslawyers.ch](http://www.swisslawyers.ch)
- [www.skwm.ch](http://www.skwm.ch)
- [www.bauschlichtung.ch](http://www.bauschlichtung.ch)
- [www.mediationsforum.ch](http://www.mediationsforum.ch)
- [www.baumeister.ch](http://www.baumeister.ch)
- Die Aufzählung ist nicht abschliessend und bloss exemplarisch; Schiedsgerichts- und Schiedsexpertenangebote sind hier nicht mitaufgezählt.