

1

Bauen und Mediation in der Schweiz

Peter Bösch

1.1

Einleitung

Streitigkeiten rund um die Planung und Erstellung von Bauten und Anlagen werden auch in der Schweiz heftig geführt. An Gerichte und Betroffene stellen sie teilweise große Anforderungen. Hauptgründe dafür sind: *Problem*

- Es sind meist nicht nur zwei, sondern mehrere Parteien beteiligt (mehrere Nachbarn, Baubewilligungsbehörden, Unternehmer, Architekten, Planer etc.).
- Vielfach spielen neben Sachfragen auch starke Emotionen mit (Streit um das eigene Heim, Ängste wegen Umwelteinflüssen etc.).
- Es geht zum Teil vordergründig um Kleinigkeiten, welche sich aber letztlich zu einem großen Problem summieren und aufwändige Verfahren nach sich ziehen.
- Bei Großprojekten sind Probleme oft so komplex, dass im Prinzip nur die beteiligten Parteien einen gangbaren Weg finden können.

Dass es neben dem üblichen Rechtsweg für die Konfliktlösung mit der Mediation eine Alternative gäbe, ist in der Schweiz kaum bekannt. *Fragen*

In meinem Beitrag möchte ich zunächst speziell für Nicht-Schweizer darlegen:

- Wie das Bauen in der Schweiz rechtlich geregelt ist.

Anschließend behandle ich:

- Wie in der Schweiz die staatlichen und die quasistaatlichen Streitbeilegungswege verlaufen.
- Wie es um das noch zarte Pflänzlein Mediation in der Schweiz bestellt ist.

1.2

Rechtliche Regelung des Bauens in der Schweiz

In der Schweiz sind die Rechtsnormen für das Bauen über einen langen Zeitraum gewachsen. Darum sind sie stark aufgesplittert und schlecht koordiniert.

Im öffentlich-rechtlichen Bereich sind sowohl Gesetze des Bundes, gestützt auf Kompetenznormen der Bundesverfassung (u. a. Art. 73 ff. BV), als auch kantonale und kommunale Vorschriften maßgebend. *Öffentliches Recht*

Das eidgenössische Raumplanungsgesetz (RPG) legt als Rahmengesetz Planungsgrundsätze (Typen von Bauzonen und Nicht-Bauzonen, Umfang von Bauzonen, kein

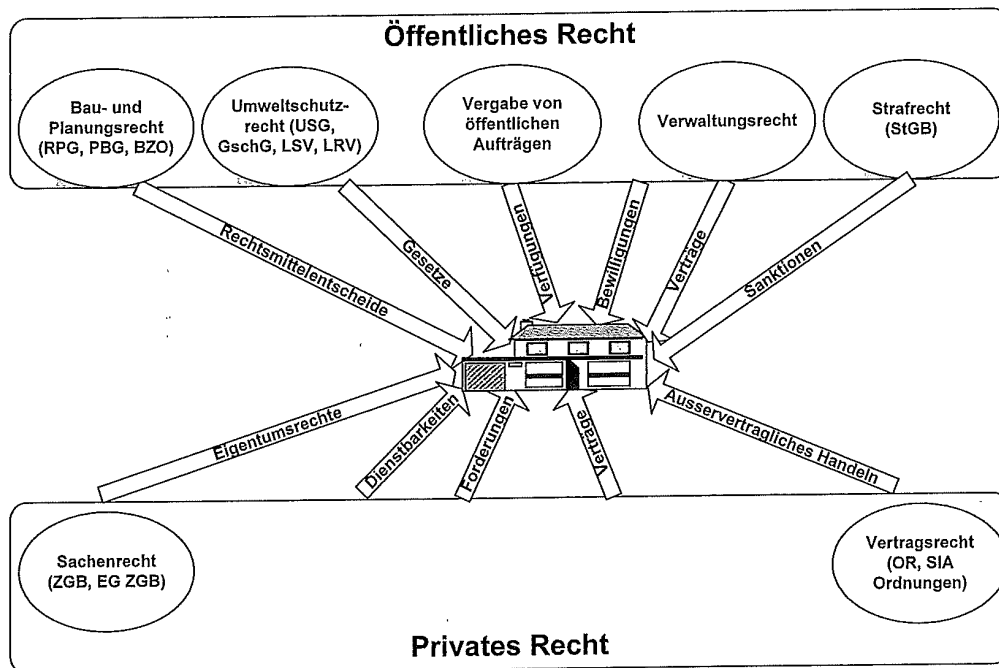


Abbildung 1
Einfluss des Rechts auf das Bauen

Bauen ohne Bewilligung, Entschädigung für Planungseingriffe) fest.¹ Dieser Rahmen wird dann durch die kantonalen Baugesetze, welche sich je nach Kanton sehr stark unterscheiden, ausgefüllt. Im Kanton Zürich ist es das Planungs- und Baugesetz (PBG). Die Vorgaben auf eidgenössischer und kantonaler Stufe verfeinern dann noch kommunale Bau- und Zonenordnungen (BZO).

Der Umweltschutz ist durch das eidgenössische Umweltschutzgesetz (USG) samt den zugehörigen Verordnungen und das Gewässerschutzgesetz (GSchG) praktisch abschließend (Luftreinhaltung, Lärm, Bodenverschmutzung, Strahlenbelastung, Gewässerschutz etc.) geregelt.

Die Rechtsbereiche öffentliches Planungs- und Baurecht bzw. Umweltrecht überschneiden sich darüber hinaus oft in der praktischen Anwendung.

Privatrecht Bestimmungen über die Formen des Grundeigentums und die Nutzung von Grundstücken, das klassische Sachenrecht also, finden sich im eidgenössischen Zivil-

¹ Fritzsche Christoph/Bösch Peter: Zürcher Planungs- und Baurecht, 3. Aufl., Wädenswil 2000; Haller Walter/Karlen Peter: Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1999; Hänni Peter: Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002.

gesetzbuch (ZGB).² Das ZGB verweist aber auf für die Nachbarn bedeutende Fragen, wie hoch Mauern, Bäume und Sträucher sein dürfen, auf kantonale Regelungen (meist in Einführungsgesetzen zum ZGB [EG ZGB]).³

Die klassischen Bauverträge sind letztlich im Schweizerischen Obligationenrecht (OR)⁴ umschrieben; der Grundstückskaufvertrag in Art. 216 ff., die Miete und Pacht in den Art. 253 ff. und der Werkvertrag in Art. 363 ff. Beim Architektenvertrag, der im OR nicht geregelt ist, diskutieren Lehre und Rechtsprechung immer noch, ob er ein Werkvertrag oder ein Auftrag oder keines von beiden ist.⁵

Bei Bauverträgen spielen sodann technische Normen und Ordnungen (Allgemeine Geschäftsbedingungen) des Schweizerischen Architekten- und Ingenieurvereins (SIA) eine große Rolle. Bei Werkverträgen wird meist auf die Norm SIA 118 verwiesen.⁶ Die Architekten und Ingenieurverträge stützen sich für ihre Verträge und Honorarfragen auf die Ordnungen SIA 102 (für Architekten)⁷, 103 (für Bauingenieure) ab.

SIA-Normen

1.3

Rechtliche Vorgänge beim Bauen

Für das Bauen auf einem Grundstück braucht es in aller Regel eine Baubewilligung. Das Verfahren, welches zu einer solchen Baubewilligung führt, wird Baubewilligungsverfahren genannt. Es beginnt mit der Einreichung des Baugesuchs und endet mit der Abnahme des bewilligten Baus. Auf Seiten des Staates sind je nach Art des Vorhabens Behörden der Gemeinde, des Kantons oder des Bundes zuständig. Dabei sind unter Umständen für ein bestimmtes Vorhaben gleichzeitig Bewilligungen mehrerer Behörden erforderlich.

*Von der Planung
bis zur
Fertigstellung*

Damit aber gebaut werden kann, laufen neben dem Baubewilligungsverfahren noch zahlreiche andere rechtliche Vorgänge ab. Diese anderen Vorgänge muss ein Bauherr ebenfalls im Auge behalten. Beschäftigt er sich nur mit dem Baubewilligungsverfahren allein, so läuft er Gefahr, dass sein Bauvorhaben Schiffbruch erleidet. Dies auch, wenn sich im eigentlichen Baubewilligungsverfahren keine Schwierigkeiten zeigen. Betrachtet man das Bauen in einem weiteren Zusammenhang, so lassen sich folgende Phasen und Vorgänge unterscheiden (vgl. Abbildung 2).

² Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich 1995, S. 593 ff.

³ Sommer Monika: Nachbarrecht, Zürich 1995, S. 71 ff.; Lindenmann Alfred: Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, Zürich 1988.

⁴ Guhl Theo/Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.

⁵ Gauch Peter: Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA Ordnung 102, in: Gauch Peter und Tercier Pierre (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 1–38.

⁶ Gauch Peter: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996; Gauch Peter: Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157–190, Zürich 1991; Gauch Peter (Hrsg.): Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38–156, Zürich 1992.

⁷ Egli Anton: Das Architektenhonorar, in: Gauch Peter und Tercier Pierre (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 295–360.

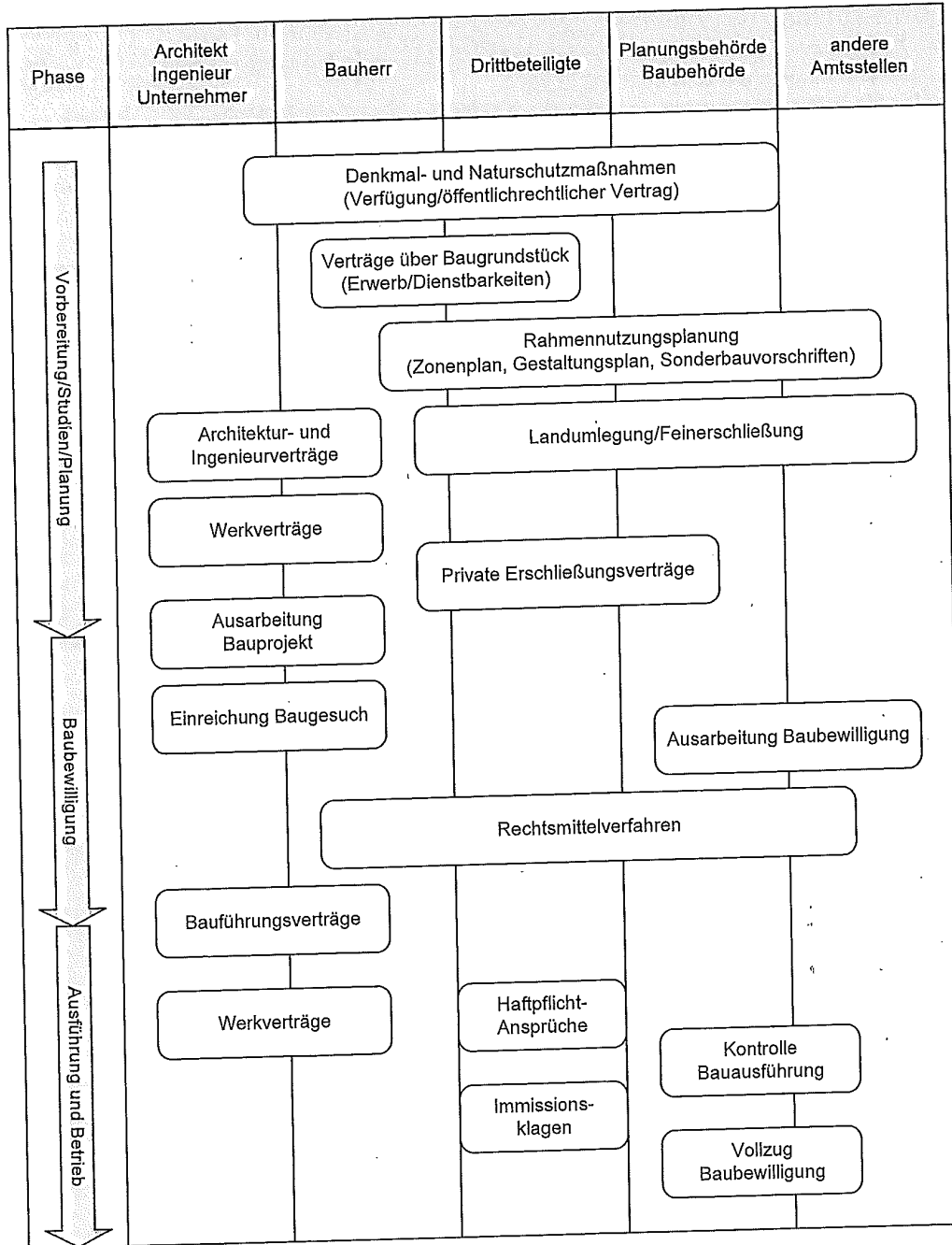


Abbildung 2
Rechtliche Vorgänge beim Bauen

1.3.1

Vorbereitungsphase

Je nach Eigenschaften des Baugrundstücks hat der Bauherr eine Reihe von Schritten *Vor dem Bau* zu unternehmen, bis er überhaupt ein Baugesuch einreichen kann. Eine bei Weitem nicht abschließende Aufzählung:

- Für das Bauvorhaben muss das Grundstück in einer geeigneten Bauzone liegen. Je nach dem ist noch eine Zonenplanänderung oder ein Sondernutzungsplan (Gestaltungsplan, Sonderbauvorschriften) zu erwirken.⁸
- Beim Baugrundstück oder den darauf stehenden Bauten handelt es sich vielleicht um ein Natur- oder Denkmalschutzobjekt. Vor dem Bauen sind somit zuerst Schutzmaßnahmen (Naturschutz, Denkmalschutz) zu klären.⁹
- Nötig ist auch eine genügende Erschließung. Diese kann, soweit noch nicht vorhanden, durch einen sogenannten Quartierplan¹⁰ oder durch einen privaten Erschließungsvertrag¹¹ erreicht werden.
- Um das Bauvorhaben ausführen zu können, müssen mit Nachbarn unter Umständen Verträge über den Erwerb von Grundstücken und Grundstücksteilen oder Ausnützungstransfers abgeschlossen werden.¹² Notwendig ist allenfalls auch die Änderung oder Aufhebung von bauhindernden Dienstbarkeiten (Aussichts- oder Villenservitute, Bauverbote, größere Abstände als in der Bauordnung vorgeschrieben etc.).¹³
- Die Zustimmung der Nachbarn muss eventuell eingeholt werden, damit ein Bauherr die zonengemäßen Abstände unterschreiten darf.¹⁴
- Auch wenn mit den Nachbarn keine privatrechtlichen Vereinbarungen getroffen werden müssen, empfiehlt sich für Bauherren, trotzdem mit diesen das Gespräch zu suchen: Damit kann eine gute nachbarliche Beziehung erhalten oder aufgebaut werden. Ein gutes Einvernehmen mit den Nachbarn ist immer noch die beste Rekursprophylaxe.
- Der Bauherr selbst muss je nach Art des Bauvorhabens einen Architekten und weitere Spezialisten für Raumplanung, Verkehr, Statik, Immissionen und Altlastenbereinigungen beauftragen. Diese Personen haben die Vorstudien für das Bauprojekt zu betreiben und dann das Bauprojekt auszuarbeiten.¹⁵

⁸ Fritzsche/Bösch (FN 1), S. 94 f.; Haller/Karlen (FN 1), S. 45 f.

⁹ Fritzsche/Bösch (FN 1), S. 143 f.; Haller/Walter/Karlen Peter: Raumplanungs- und Baurecht, 2. Aufl., Zürich 1992, S. 91 f.

¹⁰ Fritzsche/Bösch (FN 1), S. 129 f.

¹¹ Störi Fridolin: Grob- und Feinerschließung durch die Grundeigentümer, in: PBG aktuell 3/96, S. 5 ff.

¹² Probleme rund um den Grundstückkauf sind in Koller Alfred (Hrsg.): Der Grundstückkauf, 2. Aufl., St. Gallen 2001, behandelt.

¹³ Bösch Peter: Grundbuch und Baubewilligungsverfahren, in: ZBl 1993, S. 493 f.

¹⁴ Bösch Peter (FN 13), S. 487.

¹⁵ Fragen rund um Architekten- und Ingenieurverträge werden im Sammelband Gauch Peter/Tercier Pierre (Hrsg.): Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, abgehandelt.

1.3.2

Bewilligungsphase

*Auf dem Weg
zur Bewilligung*

Das Baubewilligungsverfahren läuft in verschiedenen Phasen ab.¹⁶ In der Regel setzt der Bauherr dieses Verfahren mit der Einreichung eines Baugesuches in Gang. Es muss der kommunalen Baubehörde, dem Gemeinderat oder einer Baukommission eingereicht werden. Dann wird das Vorhaben, soweit möglich, ausgesteckt (Baugespann) und in den amtlichen Publikationsorganen ausgeschrieben. Die Baubehörde holt alsdann Vernehmlassungen zum Baugesuch von diversen Amtsstellen ein (Feuerpolizei, Verkehrspolizei, Amt für Raumplanung und Vermessung etc.). Auf Grund dieser Vernehmlassungen entscheidet die Baubehörde. Sie erteilt eine Bewilligung, eine teilweise Bewilligung oder spricht eine Verweigerung aus. Eine Bewilligung wird in den meisten Fällen von zahlreichen Nebenbestimmungen (Bedingungen, Auflagen, Vorbehalte) begleitet. In der Stadt Zürich können es selbst bei kleineren Bauvorhaben bis zu 50 Nebenbestimmungen sein. An den baurechtlichen Entscheid und auch an die weiteren Entscheide der Baubehörden schließt sich danach unter Umständen das Rechtsmittelverfahren an, welches der Bauherr, ein Nachbar oder auch weitere Betroffene (z. B. Umweltverbände) einleiten können.¹⁷

Manche Baubewilligungen benötigen auch noch die Zustimmung von kantonalen Instanzen. Große Infrastrukturvorhaben sind durch Bundesstellen zu bewilligen (Eisenbahnen, Flugplätze etc.). Bei einer Beteiligung von kantonalen und eidgenössischen Instanzen müssen die verschiedenen Entscheide koordiniert werden.¹⁸

1.3.3

Ausführungs- und Betriebsphase

Bau und Betrieb

Nach Erhalt der Baubewilligung hat der Bauherr die verschiedenen Nebenbestimmungen der Baubewilligung zu erfüllen, vor allem solche Nebenbestimmungen, welche vor Baubeginn zu erfüllen sind. In dieser Phase braucht der Bauherr wiederum in der Regel einen Architekten und weitere Spezialisten, welche die Ausführungsplanung besorgen. Spätestens hier kommen auch die Bauunternehmer ins Spiel.

In dieser Phase überprüft die Baubehörde die Ausführung des Baus in periodischen Abständen (Schnurgerüst, Rohbau etc.), namentlich auf die Einhaltung der bewilligten Pläne und der verschiedenen Nebenbestimmungen der Baubewilligung hin.¹⁹ Stellt sie Abweichungen fest, ordnet sie Vollzugsmaßnahmen an.²⁰ Allenfalls

¹⁶ Fritzsche/Bösch (FN 1), S. 446 ff.; Mäder Christian: Das Baubewilligungsverfahren, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Nr. 93, Zürich 1991, S. 111 f.

¹⁷ Fritzsche/Bösch (FN 1), S. 543 f.; Mäder Christian: Zur Bedeutung der VRG-Revision für das Raumplanungs- und Baurecht sowie das Enteignungsrecht, in: PBG aktuell 1/1998, S. 5 f.

¹⁸ Vgl. Hubmann/Trächsel/Michèle: Die Koordination von Bewilligungsverfahren für Bauten und Anlagen im Kanton Zürich, in: Zürcher Studien zum öffentlichen Recht Nr. 116, Zürich 1995; vgl. auch Griffel Alain: Verfahrenskoordination im öffentlichen Recht – Wo stehen wir heute?, in: recht 18 (2000), S. 225 ff.

¹⁹ Mäder (FN 17), S. 305 ff.

²⁰ Mäder (FN 17), S. 325 ff.

kommen auch noch Strafbehörden zum Zug, da das Bauen ohne Bewilligung nach § 340 PBG strafbar ist.²¹

Mit Nachbarn muss sich ein Bauherr auseinandersetzen, wenn er im Rahmen der Bauarbeiten sein Eigentum überschreitet, z. B. übermäßige Immissionen verursacht oder Schäden an Nachbargrundstücken verursacht (Rutschungen, Risse in Bauten etc.).²²

1.4

Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Bauen

Wie dargelegt, laufen, bis ein Bau steht, eine Reihe von Vorgängen ab. Diese Vorgänge bedingen sich teilweise. Teilweise laufen sie parallel ab. Dass in dieses Verfahrensräderwerk an zahlreichen Stellen Sand, sprich Konfliktstoff geraten kann, liegt auf der Hand. Für die Beseitigung des Konfliktsandes und die Schmierung des Verfahrensräderwerks steht eine Reihe von Streitbeilegungsmechanismen zur Verfügung. Manche dieser Mechanismen stellt der Staat zur Verfügung. Es gibt aber auch zusätzliche alternative Streitbeilegungsmöglichkeiten.

1.4.1

Konfliktfelder

Im Zusammenhang mit der Planung, der Erstellung und dem Betrieb von Bauten und Anlagen sind drei Konfliktfelder auszumachen. Neben gemeinsamen Merkmalen unterscheiden sich die drei Felder in einigen Punkten. Konfliktbereiche

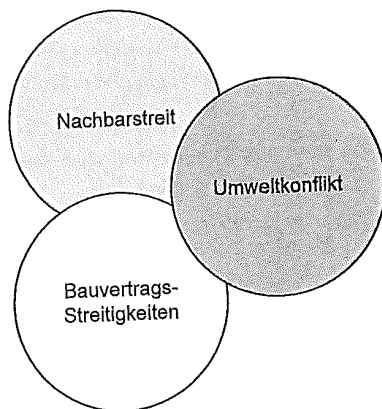


Abbildung 3
Konfliktfelder beim Bauen

²¹ Mäder (FN 17), S. 355 ff.

²² Schmid Jörg: Bauimmissionen, in: Baurechtstagung, Band I, Gesamtveranstaltungen, Fribourg 1997, S. 52 f.

1.4.1.1 Nachbarstreit

Kennzeichen des Nachbarstreits²³ sind:

- Kennzeichen Nachbarstreit*
- 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 ein kleinerer bis mittlerer Bau bzw. Anlage.
 - Der Nachbarstreit ist in vielem mit dem Familienstreit verwandt.

1.4.1.2 Umweltkonflikt

Kennzeichen des Umweltkonflikts²⁴ sind:

- Kennzeichen Umweltkonflikt*
- Beteiligt sind Personen, die in einem mittleren bis größeren Umkreis des betreffenden Baues oder der Anlage wohnen.
 - Es schalten sich auch Umweltschutzverbände ein.
 - Es sind relativ viele Beteiligte.
 - 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 ein mittlerer bis größerer Bau bzw. Anlage.
 - Der betreffende Bau oder die Anlage muss häufig irgendwie oder irgendwo gebaut werden (Endlagerung von Atomabfällen, Sonderabfallverbrennungsanlage, Mobilfunkanlage).

Manche Umweltkonflikte nehmen die Dimension einer politischen Auseinandersetzung an.

1.4.1.3 Bauvertragsstreitigkeit

Kennzeichen der Bauvertragsstreitigkeit sind:

- Kennzeichen Bauvertragsstreitigkeit*
- 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

²³ Vgl. Bösch Peter: Der Nachbarstreit und dessen Beilegung, Mediation – ein neuer Weg, in: SJZ 1998, S. 77–85 und 105–110.

²⁴ Vgl. 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.

ins Spiel, welche nur mit einer der beiden Vertragsparteien in vertraglicher Beziehung stehen (z. B. der Subunternehmer ist nicht Vertragspartner des Bauherrn).

- 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 innerhalb 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).

Die Bauvertragsstreitigkeit unterscheidet sich von den übrigen Vertragsstreitigkeiten nur durch das Vertragsobjekt (= Bau oder Anlage).

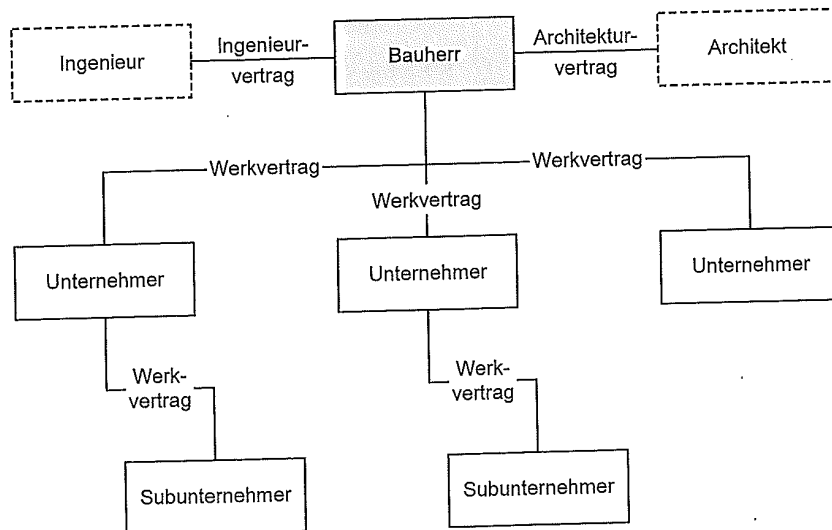


Abbildung 4
Schema bei Bauverträgen

1.4.2

Streitbeilegung durch staatliche und quasistaatliche Instanzen

Über die Streitbeilegungsmöglichkeiten durch staatliche und quasistaatliche Instanzen gibt das untenstehende Schema Auskunft.

Aus dem etwas verwirrenden Schema ist ersichtlich, dass für manche Streitigkeiten verschiedene staatliche und quasistaatliche Streitbeilegungswege zur Verfügung stehen.

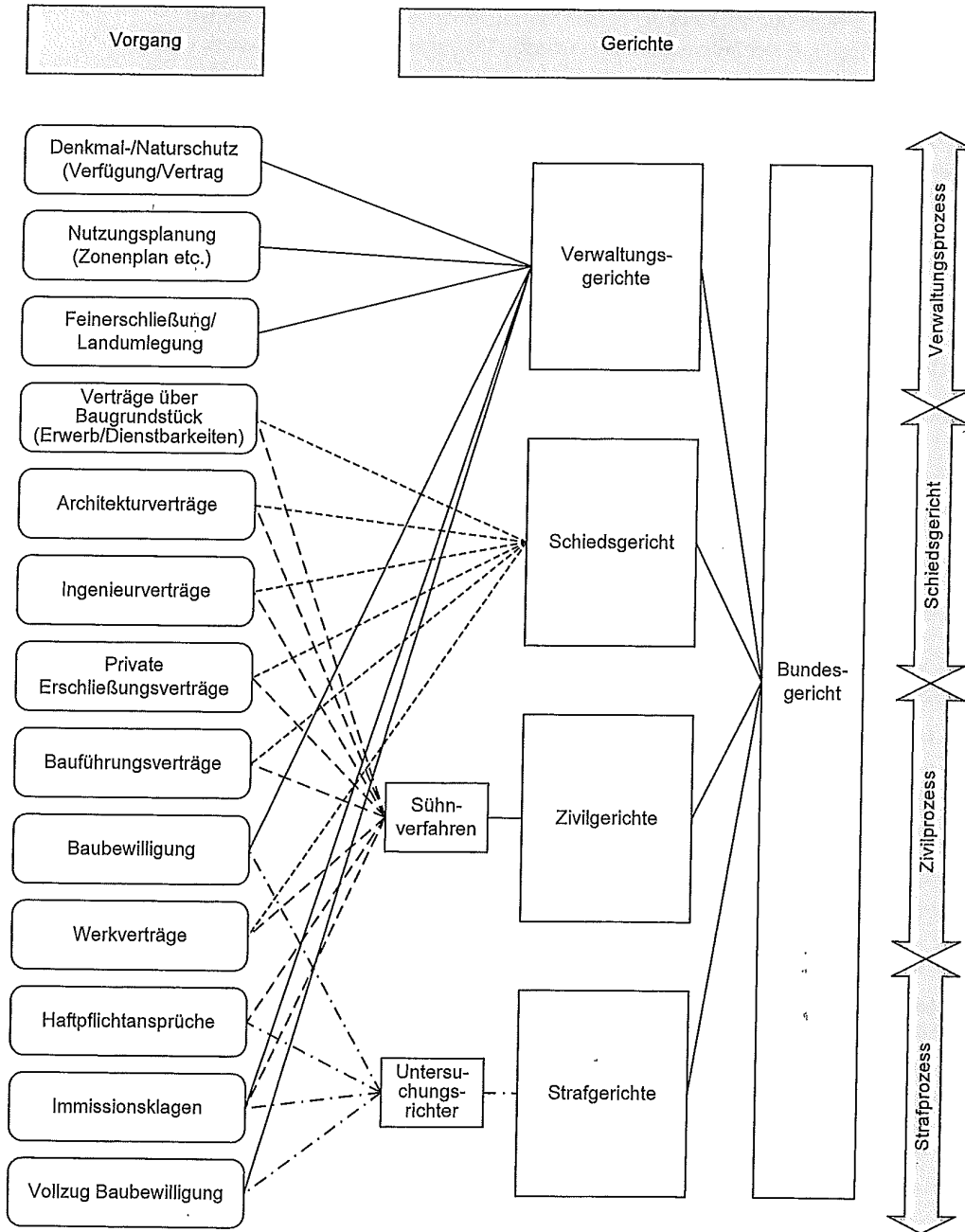


Abbildung 5
Staatliche und quasistaatliche Streitbeilegungswege

1.4.2.1 Zivilprozess

Von Bauvorhaben Betroffene haben auf Grund der Rechtsordnung Rechte und Pflichten. Falls bestritten, muss in einem Erkenntnisverfahren der Bestand dieser Rechte und Pflichten festgestellt werden. Dieses Erkenntnisverfahren wird Prozess genannt. Soweit es um Bestand und Pflichten geht, welche im Privatrecht gründen, läuft dieses Verfahren im Zivilprozess ab.²⁵

Im Zivilprozess werden damit Streitfragen behandelt, welche sich anhand von privatrechtlichen Normen (ZGB, OR, EG zum ZGB etc.) beantworten lassen.²⁶ Im Zivilprozess werden im Zusammenhang mit dem Bauen etwa folgende Streitigkeiten behandelt:

- Verträge über das Baugrundstück
- Architektenverträge
- Ingenieurverträge
- Private Erschließungsverträge
- Werkverträge
- Haftpflichtansprüche, dies auch dann, wenn allenfalls die Haftpflicht des Kantons oder der Gemeinde in Frage käme²⁷
- Immissionsklagen, soweit sie sich auf privatrechtliche Normen, z. B. des ZGB und OR, abstützen²⁸

Der Zivilprozess ist ein Zweiparteienverfahren. Es stehen sich Kläger und Beklagter gegenüber, und ein Gericht entscheidet autoritativ.

Der Zivilprozess wird wesentlich von der Dispositionsmaxime geprägt. Das heißt, die Prozessparteien entscheiden, welche Streitpunkte zu beurteilen sind. Der Kläger bestimmt einerseits mit seiner Klage, welcher Anspruch, in welchem Umfang und zu welcher Zeit eingeklagt werden soll. Der Beklagte andererseits hat es umgekehrt in der Hand, diese Streitpunkte durch Anerkennung ganz oder teilweise aus der Welt zu schaffen.²⁹ Die Parteien sind sodann auf Grund der Verhandlungsmaxime gehalten, den Prozessstoff zu beschaffen. Sie müssen die relevanten Behauptungen und Beweismittel liefern.³⁰

Was können nun Zivilprozesse zur Beilegung von Baustreitigkeiten beitragen? Erster Stolperstein ist die Frage der Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit. Abgrenzungsprobleme zwischen öffentlichem und privatem Recht ergeben sich zum Beispiel bei

²⁵ Vgl. Guldener Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 30 f.

²⁶ Vgl. Guldener (FN 25), S. 30 f.

²⁷ Weber-Dürler Beatrice: Die Staatshaftung im Bauwesen, in: Baurechtstagung, Band II, Wahlveranstaltungen, Fribourg 1997, S. 55 f.

²⁸ Schmid (FN 22) S. 52 f.; Die Problematik des Nebeneinanders von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Immissionsnormen legen dar: Meyer Jacques: La protection du voisin contre les nuisances: choisir entre la voie civile et la voie administrative, in: URP 2001, S. 411 f.; Etiler Peter: Zur Rechtswegwahl im Immissionsschutzrecht: Anmerkungen eines Prozessualisten, in: URP 1997, S. 292 f. und Raselli Niccolò: Berührungspunkte des privaten und öffentlichen Immissionsschutzes, in: URP 1997, S. 271 f.

²⁹ Vgl. Guldener (FN 25), S. 148 f.

³⁰ Vgl. Guldener (FN 25), S. 159 f.

Eigenheiten
Zivilprozess

Immissionen (Hundegekläff, Betrieb eines Bordells).³¹ Die Gerichte sind angesichts der Belastung schnell einmal bereit, Prozesse mangels Zuständigkeit abzuweisen. Denn ein solcher Verfahrensentscheid ist schneller und leichter zu begründen als ein materieller Entscheid.

Weitere Stolpersteine bilden die Dispositionsmaxime und die Verhandlungsmaxime. Entscheiden wird das Zivilgericht nur über Fragen, die ihm von den Parteien vorgelegt werden. Es ist nicht zuletzt auf die Arbeitsbelastung zurückzuführen, dass Gerichte sich strikt an die vorgelegten Streitfragen halten. Der Baustreit in seiner ganzen Breite wird allenfalls im Rahmen von fakultativen Vergleichsverhandlungen vor Gericht ausgelotet. Mit der Beschränkung auf die vorgelegten Streitfragen bleiben noch schwelende Konfliktpunkte oder emotionale Probleme unangetastet. Wird die eine oder andere Frage im Zivilprozess entschieden, so sind die restlichen Streitpunkte unbearbeitet. Der Baustreit ist nicht beigelegt, der nächste Prozess vorgeplant.

1.4.2.2 Strafprozess

*Eigenheiten
Strafprozess*

Immissionen, Tötlichkeiten, Manipulationen an Regierapporten von Bauunternehmern und Sachbeschädigungen haben auch eine strafrechtliche Komponente. Einen Strafprozess können die Parteien durch eine Strafklage in Gang setzen. Der Strafprozess endet mit einer Verurteilung, einem Freispruch oder einer Einstellung des Verfahrens.³² Mit einer Strafklage im Nachbarstreit erreicht ein Grundeigentümer, dass sein Nachbar allenfalls eine Strafe erhält. Dies verschafft dem Strafkläger zwar eine gewisse Genugtuung. Beim verurteilten Nachbar bleibt dafür ein Groll gegen den Strafkläger zurück. Rachedgedanken werden damit geschürt. Gegenstand von möglichen Strafprozessen im Zusammenhang mit Bauen wäre etwa eine Ehrverletzung, ein Eingriff in die körperliche Integrität oder das Bauen ohne Bewilligung.

Über Zivilansprüche wird im Strafprozess mit Ausnahme von Schadenersatzansprüchen nicht entschieden.³³ Zudem werden auch solche Schadenersatzansprüche bei grösserer Komplexität auf den Zivilweg verwiesen. Strafprozesse erstrecken sich sodann regelmässig nur auf einen kleinen Teilbereich des Baustreits. Eine Ausnahme machen allenfalls Bemühungen von Untersuchungsrichtern oder Gerichten, Strafverfahren durch Vergleiche zu erledigen (Rückzug der Strafanzeige bzw. Desinteressesmenterklärung des Opfers einer Straftat gegen Konzessionen des Straffälligen). Solche Vergleiche können auch privat- oder öffentlich-rechtliche Probleme erfassen.

³¹ Illustrative Beispiele für solche Zuständigkeitsstreitigkeiten sind der Hahn im Winterthurer Einfamilienhausquartier, dessen Lärm sogar das Schweizerische Bundesgericht beschäftigte, obwohl er im Zeitpunkt des Urteils schon längst im Ewigen Freiluftgehege weilte (URP 1996 Nr. 14), das Holzfass, welches als Unterschlupf für Jugendliche in Wallisellen diente (URP 1993 Nr. 18) oder die Auseinandersetzungen um die Bekämpfung des Sumpfkrebsses in einem Weiher in Küsnacht (ZH) (URP 1999 Nr. 1).

³² Schmid Niklaus: Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1997, S. 3 ff.

³³ Vgl. Schmid Niklaus (FN 32), S. 145 f.

1.4.2.3 Verwaltungsprozess

Im Verwaltungsprozess werden etwa folgende Fragen entschieden:

- Rekurs gegen einen Rahmennutzungs- oder Sondernutzungsplan
- Rekurs gegen Baubewilligung
- Immissionsklagen
- Entscheide über Entschädigungen aus materieller Enteignung bei Bauverboten wegen Planungsmaßnahmen

*Eigenheiten
Verwaltungs-
prozess*

Die Verwaltungsinstanzen sind grundsätzlich nur für die Behandlung von Fragen des öffentlichen Rechts zuständig. Zivilrechtliche Fragen werden allenfalls als Vorfragen behandelt.³⁴ Wie bei den Zivilgerichten, nur mit umgekehrten Vorzeichen, sind die Verwaltungsinstanzen schnell einmal bereit, auf Beschwerden mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.

Ähnlich wie im Zivilprozess werden im Verwaltungsprozess grundsätzlich nur die von den Parteien vorgelegten Streitfragen entschieden.³⁵ Auch in diesem Verfahren bleiben schwelende Konfliktpunkte stehen. Es gibt zwar im Verwaltungsprozess die Möglichkeit, in- und außerhalb des Prozesses Vergleichsverhandlungen zu führen.³⁶ Der Spielraum für Vergleichsverhandlungen ist aber häufig eingeschränkt. Denn auf Grund zwingender Vorschriften muss nämlich in vielen Fällen auch eine Behörde als Dritte im Bunde mitwirken.

1.4.2.4 Schiedsgerichtsbarkeit

Fragen des Privatrechts, aber auch des Verwaltungsrechts, soweit diese einer freien Regelung durch die privaten Prozessparteien zugänglich sind, können auch vor ein Schiedsgericht getragen werden.³⁷ Schiedsgerichte sind quasistaatliche Streitbeilegungsinstanzen, da deren Entscheide mindestens teilweise mit Nichtigkeitsbeschwerden durch staatliche Gerichte überprüft und die Urteile durch staatliche Maßnahmen vollzogen werden können.³⁸ Auch Schiedsgerichte entscheiden nur die ihnen unterbreiteten Rechtsfragen. Es besteht damit ebenfalls in diesem Bereich die Gefahr, dass nur einzelne Punkte entschieden werden, der Baustreit aber weiter schwelt. Der enge Entscheidungsspielraum von Schiedsgerichten kann allerdings etwas erweitert werden, wenn das Schiedsgericht auf Antrag der Parteien nicht nach dem Gesetz, sondern nach „Billigkeit“ entscheidet.³⁹ Damit ist das Schiedsgericht

*Eigenheiten
Schiedsgerichts-
prozess*

³⁴ Vgl. dazu Bösch (FN 13), S. 483 f.; Kölz Alfred/Bosshart Jürg/Röhl Martin: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 1 ff. zu § 1 VRG.

³⁵ Kölz Alfred/Häner Isabelle: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 36 ff.

³⁶ Vgl. Cavelti Ulrich: Gültige Verständigung vor Instanzen der Verwaltungsrechtspflege, in: AJP 1995, S. 175–178; Richli Paul: Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, in: ZBl 1991, S. 381 ff.

³⁷ Zum Schiedsgerichtsverfahren vgl. Rüede Thomas/Hadenfeldt Reimer: Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., Zürich 1993.

³⁸ Vgl. Rüede/Hadenfeldt (FN 37), S. 327 ff. und S. 312 ff.

³⁹ Vgl. Rüede/Hadenfeldt (FN 37), S. 279 ff.

von der Anwendung des materiellen Rechts entoben. Für den Bereich der Bauvertragsstreitigkeiten hat der SIA die Norm 150 eine Richtlinie für das Verfahren vor einem Schiedsgericht geschaffen.^{40, 41}

1.4.2.5 Probleme der staatlichen und quasistaatlichen Streitbeilegung

Hauptnachteile bei den vorne behandelten staatlichen und quasistaatlichen Prozessverfahren sind:

- Probleme bei Prozessen*
- Es werden in der Regel nur Rechtsfragen aus dem betreffenden Rechtsgebiet entschieden (Zivilprozess = Zivilrecht; Verwaltungsprozess = Verwaltungsrecht). Ein Urteil einer Gerichtsinstanz erfasst nur einen Teilausschnitt des ganzen Problems. Entscheiden mehrere Instanzen in der gleichen Sache (z. B. Zivilgericht und Verwaltungsgericht), besteht die Gefahr, dass sich die Entscheide widersprechen.⁴² Eine ganzheitliche Lösung des Baustreits lässt sich kaum erreichen.
 - 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 kann nicht erreicht werden.
 - Prozessverhandlungen müssen vom Richter immer in Anwesenheit von beiden Parteien vorgenommen werden. Separatgespräche sind, außer die Parteien stimmen ausdrücklich zu, nicht möglich.⁴³
 - 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.⁴⁴

⁴⁰ Inderkum Hansheiri: Zur Schiedsgerichtsbarkeit des SIA, in: In Sachen Baurecht, zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Beiträge aus dem Seminar für schweizerisches Baurecht, Universität Freiburg, Band 2, Freiburg 1989, S. 187 ff.

⁴¹ Laut Auskunft von Fürsprecher Jürg Gasche, Chef des Rechtsdienstes des SIA, vom 16.7.2001 wurden im Jahr 2000 sechs abgeschlossene Schiedsfälle gemeldet. Es dürfte aber eine gewisse Dunkelziffer bestehen.

⁴² Bsp.: Das Zürcher Obergericht entschied, dass eine Dienstwohnung in einem öffentlichen Gebäude dem privaten Mietrecht unterstehe. Das Verwaltungsgericht wandte für eine andere Dienstwohnung in der gleichen Gemeinde Verwaltungsrecht an (vgl. RB 1994 Nr. 29).

⁴³ Für den Zivilprozess: Guldener (FN 25) 16 f.; ZR 96 Nr. 8. Im Verwaltungsprozess gilt der gleiche Grundsatz.

⁴⁴ Breidenbach Stephan: Mediation (Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt), Köln 1995, S. 71 f.; Gottwald Walther: Stadien, Strategien und Maximen in Verhandlungen, in: Gottwald Walther/HAFT Fritjof (Hrsg.): Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, 2. Aufl., Tübingen 1992, S. 79 f.

- 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 aufwändige Beweisverfahren unerlässlich sind. In Zürich ist beispielsweise in einem Zivilprozess mit einem Streitwert von 50.000 SFr mit Gerichtskosten von ca. 7.000 SFr und Anwaltskosten für jede Partei von ca. 8.600 SFr zu rechnen.⁴⁵ Sind mehrere Prozesse, mehrere Instanzen oder höhere Streitwerte im Spiel, steigen die Kosten weiter stark an. Dazu kommen noch Kosten, welche bei den Parteien selbst anfallen. Diese Kosten, welche als Transaktionskosten bezeichnet werden, sind also hoch, besonders dann, wenn es vordergründig um Kleinigkeiten geht.⁴⁶ Auch die Baurekurskommission und das Verwaltungsgericht im Kanton Zürich fordern heutzutage beträchtliche Gebühren. Bei der Baurekurskommission beträgt die Gerichtsgebühr in einem normalen Nachbarrekurs schon 3.000 SFr.
- Prozessverfahren bei Baustreitigkeiten können sehr lange dauern. Für solche Streitigkeiten stehen in der Regel verschiedene Prozesswege (Zivil-, Straf- oder Verwaltungsprozess) offen. Die Urteile können über drei bis vier Instanzen weitergezogen werden.
- Gerichte wollen ihre Prozesse möglichst rasch und einfach erledigen. Sie konzentrieren sich deshalb häufig auf Formalien (Zuständigkeit, Legitimation, Fristen etc.) und nicht auf eigentliche Konfliktinhalte.

1.5

Mediation im Besonderen

Bis vor einigen Jahren herrschte im Baubereich die Meinung vor, Konflikte zwischen Behörden, Bauherren und Drittbeteiligten seien mit Verfügungen und Urteilen zu lösen. Diese Konfliktlösungsmöglichkeiten sind starr, bringen bei den Betroffenen Akzeptanzprobleme, sie haben die geschilderten Nachteile. Sie sichern vor allem in komplexen Sachverhalten kaum eine sachgerechte Lösung.

Aus diesen Gründen empfiehlt sich als Alternative die Mediation.

⁴⁵ Schätzung anhand der vom Zürcher Anwaltsverband herausgegebenen Tabellen zu den Gebührenverordnungen (Ausgabe 1997).

⁴⁶ Breidenbach (FN 44), S. 107 f.

1.5.1

Anwendungsbereiche

Mögliche Anwendungsbereiche für Mediation können sein:

- Anwendungen*
- Aushandlungen von Festlegungen in Nutzungsplanungen (Gestaltungspläne) zwischen betroffenen Grundeigentümern und Behörde.
 - Ausmaß von Schutzmaßnahmen bei Natur- und Denkmalschutzobjekten im Rahmen des Erlasses von Schutzverfügungen oder dem Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen.
 - Festlegungen im Umweltbereich (Sanierungsmaßnahmen, Branchenvereinbarungen etc.).⁴⁷
 - Streitigkeiten zwischen Nachbarn.⁴⁸
 - Auseinandersetzungen zwischen Bauvertragspartner.⁴⁹
 - Baubewilligungsverfahren, bei welchen Entscheid und Auflage verschiedener Behörden koordiniert werden müssen.⁵⁰

1.5.2

Spielraum der Mediation

Grenzen der Mediation Die Konfliktlösung mit Mediation im Bereich des Bauens hat einen großen Spielraum, aber auch Grenzen:

- Nur wenn die Parteien über den Streitgegenstand frei verfügen können, können sie sich darüber auch frei vereinbaren. Lediglich der von der Gesetzgebung gesetzte Rahmen muss eingehalten bleiben (Verbot des Rechtsmissbrauchs und gesetzwidriger Verträge). Frei verfügbar ist in der Regel der Streitgegenstand, wenn es um privatrechtliche Probleme geht (Einräumung von Näherbaurechten, Verzicht auf die Geltungmachung von Immissionsabwehransprüchen, Konzessionen im Rahmen von Bauverträgen etc.). Nicht frei verfügbar ist in der Regel aber der Streitgegenstand, wenn die Mitwirkung einer Behörde zwingend ist.

⁴⁷ Maegli Rolf: Konfliktbewältigung durch Verhandlungen/Werkstattbericht aus dem Kanton Solothurn, in: URP 1992, S. 192 f.; Maegli Rolf: Vereinbarungen zwischen Staat und Wirtschaft im Umweltschutz – Möglichkeiten und Grenzen, in: URP 1997, S. 363 ff.; Neff Markus: Verhandlungslösungen – Einsatzmöglichkeiten von alternativen Verfahrensmethoden und Konfliktmittlung (Alternative Dispute Resolution) bei der Realisierung von Großprojekten, in: URP 2001, S. 368 ff.; Siegwart (FN 24), S. 327 f.; RENN Ortwin: Die Bedeutung der Kommunikation und Mediation bei der Entscheidung über Risiken, in: URP 1992, S. 275.

⁴⁸ Bösch (FN 23).

⁴⁹ Walter Hans Peter: Der Baustreit, in: Baurechtstagung, Band I, Gesamtveranstaltungen (Fribourg 1997), S. 37 f.

⁵⁰ Vgl. Hubmann/Trächsel (FN 18).

- Ist für eine Einigung die Mitwirkung einer Behörde notwendig (Beispiel: Erfordernis einer Baubewilligung), so können die privaten Beteiligten über den Streitgegenstand zwar nicht mehr frei verfügen. Dennoch sind auch hier Verhandlungen möglich und zulässig. Bei Verhandlungen zwischen Behörde und Privaten muss der von der Gesetzgebung gesetzte Rahmen eingehalten bleiben. Die Behörde darf das ihr zustehende Ermessen nicht überschreiten und nicht die Interessen Dritter verletzen. In vielen Bereichen des öffentlichen Bau- und Umweltschutzrechts ist dieses Ermessen jedoch relativ weit⁵¹ und kann von den Baubehörden durchaus zugunsten einer Verhandlungslösung eingesetzt werden.⁵²

Bedingung für das Gelingen einer Verhandlung ist aber auch, dass die Partner fair verhandeln und dass nicht eine der Parteien wesentlich stärker ist als die andere. Sind diese Bedingungen nicht gegeben, besteht die Gefahr, dass das ausgehandelte Verhandlungsergebnis nicht trägt, und der Konflikt früher oder später mit noch größerer Vehemenz aufbricht.

1.5.3

Stand der Bau- und Umweltmediation in der Schweiz

Anwendungsfälle

Die Bau- und Umweltmediation wurde als noch zartes Pflänzlein bezeichnet. Damit versteht sich, dass es noch nicht sehr viele Mediationen in der Schweiz gab, über welche berichtet werden kann. Immerhin findet sich in diesem Werk folgende Fallschilderung: Kap. VI.1, Beispiel 1: Mediationsverfahren Erschließung eines neuen Kiesabbaugebietes in der Ostschweiz.

Im Bereich Gemeinwesen- oder Quartiermediation laufen in der Schweiz verschiedene Projekte (Lausanne und Basel). Hilfreich sind solche Modelle bei großen sozialen und kulturellen Gegensätzen.^{53, 54}

Daneben bestehen in verschiedenen Bereichen Bemühungen und Initiativen, die Mediation auch in der Baubranche zu fördern.

1.5.3.1 VSS-Empfehlung

Die Erstellung und Änderung von Großbauten (Eisenbahnen, Wasserkraftwerke, Autobahnen, Flugplätze etc.) erstreckt sich in der Regel auf längere Zeit. Zahlreiche Beteiligte müssen zusammen arbeiten. Dabei tauchen häufig schwerwiegende Konflikte auf.

⁵¹ So ist das Ermessen weit bei der Ausgestaltung von Vollzugsmaßnahmen, bei der ästhetischen Beurteilung von Bauvorhaben oder beim Erlass von Umweltschutzmaßnahmen.

⁵² Richli (FN 36), S. 381 ff.

⁵³ Vgl. die Hinweise bei Projekte und Konzepte zur Nachbarschaftsmediation, bei <<http://www.nachbarschaftsmediation.de/projekte/projekte.htm>>, besucht am 13.6.2001.

⁵⁴ Beck Philipp: Le premier Centre de médiation de quartier ouvert à Lausanne, in: Plädoyer 2/96, S. 51; Bonstein Samuel: Spécificité de la médiation de quartier, in: Riklin Franz: Médiation: ein Weg in der Strafrecht, Luzern 2001, S. 6 ff..

Schlichtung bei Infrastrukturbauten Die herkömmliche Streiterledigung im Baubereich 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. Die Vereinigung Schweizerischer Straßenfachleute (VSS) hat sich diesem Problem angenommen. Sie hat ein Streiterledigungsmodell geschaffen und dazu die Empfehlung 641 510 ausgearbeitet.^{55, 56} Das Modell arbeitet in drei Phasen:

- Schlichtungsversuch auf der Baustelle unter den Beteiligten (Phase 1).
- Schlichtung durch drei von den Beteiligten bestimmte Schlichter, wobei die Schlichter konkrete Lösungsvorschläge unterbreiten sollen (Phase 2).
- Beurteilung durch ein Schiedsgericht oder das ordentliche Gericht (Phase 3).

Bei der Schlichtungsverhandlung 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 an, wo der Schlichter bei Scheitern der Verhandlungen einen Schiedsspruch fällt.⁵⁷ 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.

1.5.3.2 SIA Ordnung 112

Mediationsklausel in Honorarverträgen Im Dezember 2000 verabschiedete der SIA die Ordnung SIA 112.⁵⁸ Diese Ordnung schafft ein Modell für Leistungsbeschreibungen von Architekten und Ingenieure. Zu diesem Modell wurden auch Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB) aufgestellt. Ziff. 13 dieser AVB der SIA Ordnung 112 empfiehlt den Vertragsparteien, in ihren Verträgen eine Mediationsklausel einzufügen:

⁵⁵ Hürlimann Roland: Mediation bei Infrastrukturvorhaben – Das neue Streiterledigungsmodell nach der VSS-Empfehlung 641 510, in: SIA Nr. 41/1999, S. 30 ff.

⁵⁶ Laut Auskunft von Roland Hürlimann wurde die VSS-Empfehlung in verschiedenen Verträgen umgesetzt, teilweise in abgewandelter Form.

⁵⁷ Definition des Med-Arb-System (Kombination von Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit) bei <<http://www.disputeresolution.com/def3.html>>, besucht am 16.07.2001: «Med/Arb is a hybrid of mediation and arbitration where the neutral becomes an arbitrator if a voluntary resolution is not reached».

⁵⁸ Vgl. 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.

„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.“

Nach dem Konzept der AVB der Ordnung SIA 112 kommt es nicht ohne Weiteres zu einer Mediation. Die Konfliktbeilegung mit Mediation muss im betreffenden Vertrag ausdrücklich mit einer Mediationsklausel schriftlich vereinbart werden. Im neuen SIA-Formularvertrag ist eine solche Klausel vorgeschlagen. Eine solche Klausel kann etwa auch so formuliert werden:

„Alle aus dem oder in Verbindung mit dem vorliegenden Vertrag sich ergebenden Differenzen sind durch Mediation beizulegen. Bis zur Beendigung der Mediation wird auf das Einleiten ordentlicher Klagen verzichtet.“

Mediationsklauseln können natürlich auch außerhalb des Anwendungsbereichs der SIA Ordnung 112 eingesetzt werden. Die besonderen Eigenheiten von Bauvertragsstreitigkeiten (Mehrparteienkonflikte, Beweisschwierigkeiten, Bedürfnis nach rascher Streiterledigung und nach Bewahrung der Geschäftsbeziehungen) legen es nahe, in Verträgen eine Mediationsklausel einzubauen. Damit wird der Weg für eine alternative und kooperative Konfliktlösung geebnet.

Möglich ist auch eine Mediation zu vereinbaren, wenn ein Konflikt bereits aufgetaucht ist. In der Schweiz ist derzeit noch umstritten, ob eine solche Mediationsklausel ähnlich wie eine Schiedsgerichtsklausel verbindlich ist. Mit anderen Worten: es ist nicht klar, ob eine Partei zur Teilnahme an einer Mediation verpflichtet werden kann, bevor sie einen Gerichtsprozess einleiten darf.⁵⁹ Dies ist aber auch nicht von zentraler Bedeutung. Denn unabhängig von der Rechtsnatur ist die psychologische Wirkung einer Mediationsklausel nicht zu unterschätzen. Es macht nämlich einen wesentlichen Unterschied in der Einstellung zu einem Vertrag, ob die Parteien:

- mit komplizierten Gerichtsstands-, Schiedsgerichts- und Rechtswahlklauseln kund tun, dass sie bei Streitigkeiten gerichtlich gegeneinander vorgehen wollen;
- oder mit dem Einbau einer Mediationsklausel von allem Anfang an den Weg für eine kooperative Konfliktlösung ebnen.

Die Ordnung SIA 112 und die zugehörigen AVB enthalten aber für Mediationen keine Verfahrensordnungen. Dies bleibt den Parteien und dem von ihnen gewählten Mediatoren überlassen. Damit sind auch fallspezifische Anpassungen immer möglich.

⁵⁹ Nach einem Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts (ZR 2000 Nr. 2) ist eine Prozesspartei nicht verpflichtet, vorgängig eines Gerichtsverfahrens ein vereinbartes Schlichtungsverfahren durchzuführen (vgl. auch Eiholzer Heiner: Die Streitbeilegungseinrede, in: Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Freiburg 1998, S. 181 ff.). Ganz klar für die Verbindlichkeit einer Schlichtungsklausel sprach sich aber für Deutschland der BGH aus (NJW 1999, S. 647).

1.5.3.3 Einbau von Mediationselementen in staatlichen und quasistaatlichen Streitbeilegungsverfahren

Mediationsklauseln weisen die Parteien auf die Möglichkeit einer alternativen Streitbeilegung hin, bevor ein Streit entstanden ist.

Es lohnt sich aber auch mediative Elemente ins Spiel zu bringen, wenn der Prozess bereits läuft. Bemühungen des Autors dieses Beitrages und weiterer Kolleginnen und Kollegen, Mediation im Baubereich zu fördern, beschlagen drei Bereiche:

Mediationswochen am Bezirksgericht Zürich

Mediationswochen In den USA und Australien werden bei Gerichten ein oder zwei Mal jährlich „settlement weeks“ oder Mediationswochen durchgeführt. In dieser Woche werden alte verfahrenene Prozesse an außenstehende Mediatoren verwiesen.⁶⁰ In Anlehnung an die „settlement weeks“ initiierte der Autor dieses Beitrages und Dr. James T. Peter den Versuch „Mediation am Bezirksgericht Zürich“.⁶¹ In diesem Versuch wurden im Frühjahr 2001 beim Bezirksgericht Zürich hängige Fälle durch auswärtige Mediatoren geschlichtet. Dies war der erste Versuch dieser Art in Kontinentaleuropa. Dieser Versuch beruhte auf doppelter Freiwilligkeit. Die Fälle wurden durch die Richter des Gerichts ausgewählt. Alle Parteien der ausgewählten Fälle mussten mit der Mediation einverstanden sein. In 72 Fällen wurden die Parteien angefragt, ob sie an einer Mediation teilnehmen wollten. Fünf Fälle konnten mediiert werden, bei einem konnte eine Einigung gefunden werden. Auch wenn das Resultat enttäuschend war, wurden beim Gericht, bei den Anwälten und bei den Prozessparteien die Chancen der Mediation besser bewusst.

Änderungen in Prozessordnungen

Einbau von Mediationselementen Gegenwärtig laufen die Arbeiten für eine eidgenössische Zivilprozessordnung, welche die Prozessordnungen der 26 Kantone ablösen soll. Darin sollen die Gerichte neu die Möglichkeit haben, geeignete Prozesse an einen außenstehenden Mediator zu überweisen.⁶² Ein entsprechender Vorschlag ist derzeit bei der Expertenkommission deponiert.

⁶⁰ Vgl. Sander Frank: Gerichtliche und außergerichtliche Streitbeilegung – Überblick über die Erfahrungen in den USA (Deutsche Übersetzung): in: Gottwald Walther/Strempel Dieter (Hrsg.): Streitschlichtung – Rechtsvergleichende Beiträge zur außergerichtlichen Streitbeilegung (Köln 1995), S. 32 f.

⁶¹ Vgl. dazu im Einzelnen: James T. Peter/Peter Bösch: Pilotversuch am Bezirksgericht Zürich, ZKM 2/2002, S. 73 ff.; ein Modellversuch wurde auch bei verschiedenen Gerichten in Niedersachsen gestartet (vgl. die Website <<http://www.centrale-fuer-mediation.de/info.htm>>, besucht am 01.07.2002).

⁶² Dieckmann Jochen: Neue gesetzgeberische Wege zur außergerichtlichen Streitschlichtung, in: <[http://www.jm.nrw.de/stat_jm/themen/streitschl/1.2.2.1\(Aufsatz-ZG\).html](http://www.jm.nrw.de/stat_jm/themen/streitschl/1.2.2.1(Aufsatz-ZG).html)>, besucht am 16.07.2001. Er weist auf entsprechende schon bestehende Regelungen in Frankreich und England/Wales hin.

Verfahrensmittler für Planungs- und Baubewilligungsverfahren

In der laufenden Revision des Zürcher Planungs- und Baugesetzes soll die Möglichkeit geschaffen werden, in komplizierten Planungs- und Bewilligungsverfahren die Verfahrenskoordination einem von den Beteiligten und der Verwaltung unabhängigen Dritten zu übertragen.⁶³

*Mediator bei
Planung und
Bau*

1.6

Schlussbetrachtungen

Gegenüber den USA, England oder Australien ist die Schweiz im Bereich Bau-mediation ca. 20–30 Jahre im Rückstand.

Gründe dafür sind:

- Die Chancen, welche die Mediation im Bereich Bauen bietet, sind zu wenig bekannt.
- Konstruktives Konfliktverhalten wird in der Schweiz nicht wie in den USA teilweise schon im Kindergarten gelehrt.⁶⁴ Das schlägt sich letztlich im Konfliktverhalten der Erwachsenen nieder.
- Die Gerichte arbeiten in den Augen der Baubeteiligten wohl zu schnell und zu gut. Die Anwälte sind noch zu billig. Der Leidensdruck, alternative Streitbeilegungswege zu suchen, ist noch zu klein.

Es sind in letzter Zeit einige Schritte gemacht worden, dass wohl aus dem kleinen Pflänzlein Mediation bald ein stattlicher Baum im Streitlösungswald wachsen wird.

⁶³ Dies in Anlehnung an die Vorschläge des Fördervereins Umweltmediation e. V. (vgl. Studienbrief Umweltmediation – Eine Interdisziplinäre Einführung, Bonn o. J., S. 206 ff.).

⁶⁴ Davenport Noah: Gesprächs- und Streitkultur in der Schule – Wege zur praktischen Partnerschafts-, Demokratie- und Friedenserziehung, in: Geissler Peter/Rückert Klaus (Hrsg.): Mediation – die neue Streitkultur, Kooperatives Konfliktmanagement in der Praxis, Giessen 2000, S. 205 ff.