

Bauen und Mediation¹

Dr. iur. Peter Bösch, Rechtsanwalt (Zürich)

(Erschienen in PBG aktuell, 2/1998, S. 5 ff.; die Fussnoten befinden sich am Ende dieses Textes)

Zusammenfassung

Die herkömmlichen Konfliktlösungsverfahren wie Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozesse werden komplexen Baustreitigkeiten kaum gerecht, weil sie nur Teilprobleme lösen können und vor allem keine nachhaltige Befriedung der streitenden Baubeteiligten erreichen. Für solche Streitigkeiten eignet sich dafür die im Familienrecht bewährte Mediation umso besser.

1 Einleitung

Drei Fälle aus der Praxis:

Fall A²

«Nach einer verworrenen Planungsgeschichte von über 10 Jahren nimmt der Neubau eines Ausstellungszentrums endlich Gestalt an. Die Standortgemeinde weiss, dass dem Projekt Widerstand erwachsen wird. Deshalb besprachen Interessenverbände, Quartiervertreter und Beamte die hängigen Probleme an einem «Runden Tisch» eingehend. Die Ergebnisse dieser Diskussion flossen in die Festlegungen eines Gestaltungsplanes ein. Die unmittelbaren Nachbarn des künftigen Ausstellungszentrums wurden aber nicht zu diesem «Runden Tisch» eingeladen. Diese Nachbarn hatten unter dem bisherigen provisorischen Betrieb des Ausstellungszentrums erheblich zu leiden. Sie befürchteten, das Verkehrschaos werde mit dem neuen Ausstellungszentrum noch weiter ansteigen. Es war daher nicht überraschend, dass sie gegen den Gestaltungsplan rekurrten. Erst in den nachfolgenden Verhandlungen konnte ein Teil der Probleme bereinigt werden. Aber es blieb immer noch ein Konfliktpotential zurück.»

Fall B³

«Grosse Bauzonengebiete im Robenhausener Riet am Pfäffikersee kamen in den Einflussbereich von möglichen Moorschutzmassnahmen gestützt auf Art. 24sexies Abs. 5 BV. Ein Projekt einer Baugenossenschaft scheiterte an Rechtsmitteln eines Umweltschutzverbandes. Auch ein Quartierplan-Verfahren im gleichen Gebiet erlitt bis heute Verzögerungen, weil keine allseitig anerkannte Abgrenzung von Bauland und Moorschutzgebiet gefunden werden konnte.»

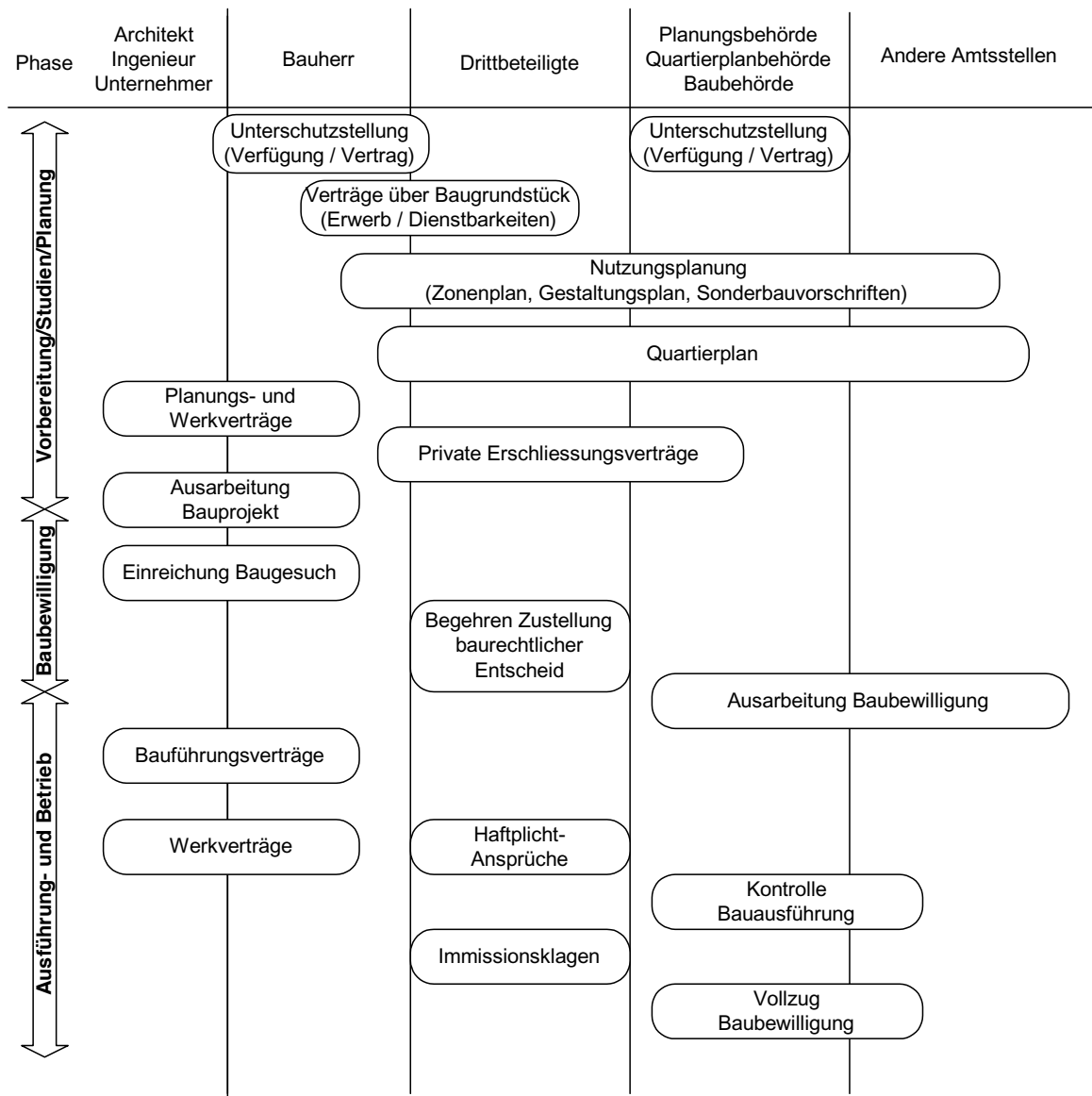
Fall C⁴

«Die Familien Alpha, Beta und Gamma sind Nachbarn. Sie bewohnen je ein Reiheneinfamilienhaus. Diese mehr als 200 Jahre alten Häuser stehen in einer Strassengabelung. Die Strassengabelung konnte auf einem vor den Häusern durchführenden Weg abgekürzt werden. Dieser Weg hatte seit unvordenklicher Zeit schon bestanden und war von den Anwohnern begangen und befahren worden. Aber auch Passanten benützten diesen Weg als Abkürzung. Der Streit begann, als Frau Beta einen neuen Mann heiratete. Dieser Mann stammte aus Ex-Jugoslawien und hatte etwas Mühe mit den hiesigen Gepflogenheiten. Er erhielt viel Besuch seiner Landsleute. Nicht immer war es darum an den Abenden so ruhig wie bis anhin. Die Nachbarn Alpha und Gamma nahmen Anstoss an diesem Nachtleben. Namentlich Herr Alpha sparte nicht mit ausländerfeindlichen Sprüchen. Umgekehrt stiess sich die Familie Beta an Immissionen aus der im Parterre des Hauses Alpha eingerichteten Werkstatt. Verbale Auseinandersetzungen zwischen den Familien Alpha und Beta steigerten sich. Die Familie Gamma hielt sich vorerst noch etwas zurück, da Herr Gamma und Frau Beta Geschwister waren. Die Familie Beta hatte schliesslich genug. Sie sperrte eines Tages, um ihr Eigentum zu schützen, den Weg mit Hecken und Einzäunungen ab. Die Gemeinde verweigerte die Baubewilligung für diese Absperrvorrichtungen. Die Baurekurskommission bestätigte den Entscheid, das Verwaltungsgericht hob ihn auf. Die zivilrechtlichen Auseinandersetzungen um den Bestand des Wegrechts sind immer noch im Gange.»

So verschieden diese Fälle auch sind, sie haben auch Gemeinsamkeiten. Jemand will bauen. Damit kommen Baubewilligungs- und Planungsverfahren ins Spiel. Konflikte entstehen, die nicht befriedigend beigelegt werden. Anhand dieser Fälle möchte ich die Eigenheiten von Streitigkeiten rund ums Bauen darlegen. Ich möchte zeigen, dass in diesem Bereich Mediation eine Alternative zur herkömmlichen staatlichen und quasistaatlichen Streitentscheidung sein kann.

2 Rechtliche Vorgänge beim Bauen

Die Eigentumsgarantie (Art. 22ter BV) gewährleistet die Unversehrtheit des Eigentums. Zur Ausübung dieses Rechts gehört auch die Möglichkeit, auf seinem Grundstück zu bauen. Die Eigentumsgarantie besteht jedoch nicht unbeschränkt. Sie kann und darf vom Bund und den Kantonen eingeschränkt werden. Solche Eigentumsbeschränkungen müssen aber eine gesetzliche Grundlage haben. Im Bereich des Bauens ergeben sich solche Einschränkungen auf Bundesebene vor allem durch das Raumplanungsgesetz (RPG) und das Umweltschutzgesetz (USG) und im Kanton Zürich durch Planungs- und Baugesetz (PBG) sowie die kommunalen Bau- und Zonenordnungen.⁵ Das Planungs- und Baurecht bliebe wirkungslos, wenn nicht gewisse bauliche Verrichtungen bewilligungspflichtig erklärt würden, also eine Baubewilligung brauchen (vgl. Art. 22 RPG). Das Verfahren, welches zu einer solchen Baubewilligung führt, wird Baubewilligungsverfahren genannt. Es beginnt in der Regel mit der Einreichung des Baugesuchs und endet mit der Abnahme der bewilligten Baute. Damit aber gebaut werden kann, laufen neben dem Baubewilligungsverfahren noch zahlreiche andere rechtliche und tatsächliche 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, 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. die untenstehende Graphik):



2.1 Vorbereitungsphase

Je nach Eigenschaften des Baugrundstücks hat der Bauherr eine Reihe von Schritten 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.⁶
- Beim Baugrundstück oder den darauf stehenden Bauten handelt es sich vielleicht um ein Schutzobjekt nach § 203 PBG. Vor dem Bauen ist somit zuerst die Notwendigkeit und das Ausmass von Schutzmassnahmen (Naturschutz, Denkmalschutz) zu klären.⁷
- Nötig ist auch eine genügende Erschliessung des Baugrundstücks. Diese kann, soweit noch nicht vorhanden, durch einen Quartierplan⁸ oder durch private Erschliessungsverträge⁹ erreicht werden.
- Um das Bauvorhaben ausführen zu können, müssen mit Nachbarn unter Umständen Verträge über den Erwerb von Grundstücken, von Grundstücksteilen oder Ausnutzungsflächen abgeschlossen werden.¹⁰ Notwendig ist allenfalls auch die Änderung oder Aufhebung von bauhindernden Dienstbarkeiten (Aussichtsservitute, Villenservitute, Bauverbote).¹¹
- Die Zustimmung der Nachbarn muss eventuell eingeholt werden, damit ein Bauherr die zonengemässen Abstände gestützt auf § 270 Abs. 3 PBG unterschreiten darf.¹²
- Der Bauherr selbst muss je nach Art des Bauvorhabens im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten einen Architekten und weitere Spezialisten für Raumplanung, für Verkehr, für Statik, für Immissionen und für Altlastenbereinigungen beauftragen. Diese Personen haben die Vorstudien für das Bauprojekt zu betreiben und dann das Bauprojekt auszuarbeiten.¹³
- Auch wenn mit den Nachbarn keine privatrechtlichen Vereinbarungen getroffen werden müssen, sollte ein Bauherr sich mit seinen Nachbarn rechtzeitig ins Einvernehmen setzen. Damit meine ich eine rechtzeitige Information der Nachbarn über das Bauvorhaben und, soweit möglich, das Eingehen auf ihre Wünsche. So kann eine gute nachbarliche Beziehung erhalten oder aufgebaut werden. Ein gutes Einvernehmen mit den Nachbarn stellt immer noch die beste Streitprophylaxe dar.

2.2 Bewilligungsphase

Das Baubewilligungsverfahren läuft in verschiedenen Phasen ab.¹⁴ Der Bauherr setzt dieses Verfahren mit der Einreichung eines Baugesuches (§ 310 PBG) in Gang. Die Unterlagen werden einer Vorprüfung unterzogen. Dann wird das Vorhaben, soweit möglich, ausgesteckt (Baugespann) und in den amtlichen Publikationsorganen ausgeschrieben (§ 311 und 314 PBG). Die Baubehörde holt alsdann Vernehmlassungen zum Baugesuch von diversen kommunalen und kantonalen Amtsstellen ein (Feuerpolizei, Verkehrspolizei, Amt für Raumordnung und Vermessung etc.). Auf Grund dieser Vernehmlassungen entscheidet die Baubehörde. Sie erteilt eine Bewilligung, eine teilweise Bewilligung oder spricht eine Verweigerung aus (§ 320 PBG). Eine Bewilligung wird in den meisten Fällen von zahlreichen Nebenbestimmungen (Bedingungen, Auflagen, Vorbehalte) begleitet (§ 321 PBG). An den baurechtlichen Entscheid und auch an die weiteren Entscheide der Baubehörden schliesst sich hernach unter Umständen das Rechtsmittelverfahren an, welches je nach Interessenlage der Bauherr oder auch ein Nachbar einleiten kann (§ 329 ff PBG)¹⁵.

Manche Baubewilligungen benötigen auch noch die Zustimmung von kantonalen Instanzen (vgl. die Beispiele im Anhang zur BVV). Grosse Infrastrukturvorhaben sind sogar durch Bundesstellen zu bewilligen (vgl. die Beispiele im Anhang zur UVPV). Bei einer Beteiligung von kantonalen und eidgenössischen Instanzen müssen die verschiedenen Entscheide koordiniert werden.¹⁶

2.3 Ausführungs- und Betriebsphase

Nach Erhalt der Baubewilligung hat der Bauherr die verschiedenen Nebenbestimmungen der Baubewilligung zu erfüllen. 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, welche im Rahmen von Werkverträgen die Baute erstellen.¹⁷

Während der Bauphase überprüft die Baubehörde die Ausführung der Baute in periodischen Abständen (Schnurgerüst, Rohbau etc.), namentlich auf die Einhaltung der bewilligten Pläne und der verschiedenen Nebenbestimmungen der Baubewilligung (§ 326 ff. PBG).¹⁸ Stellt sie Abweichungen fest, ordnet sie Vollzugsmassnahmen an.¹⁹ Allenfalls kommen auch noch Strafbehörden zum Zug, da das Bauen ohne Bewilligung nach § 340 PBG strafbar ist.²⁰

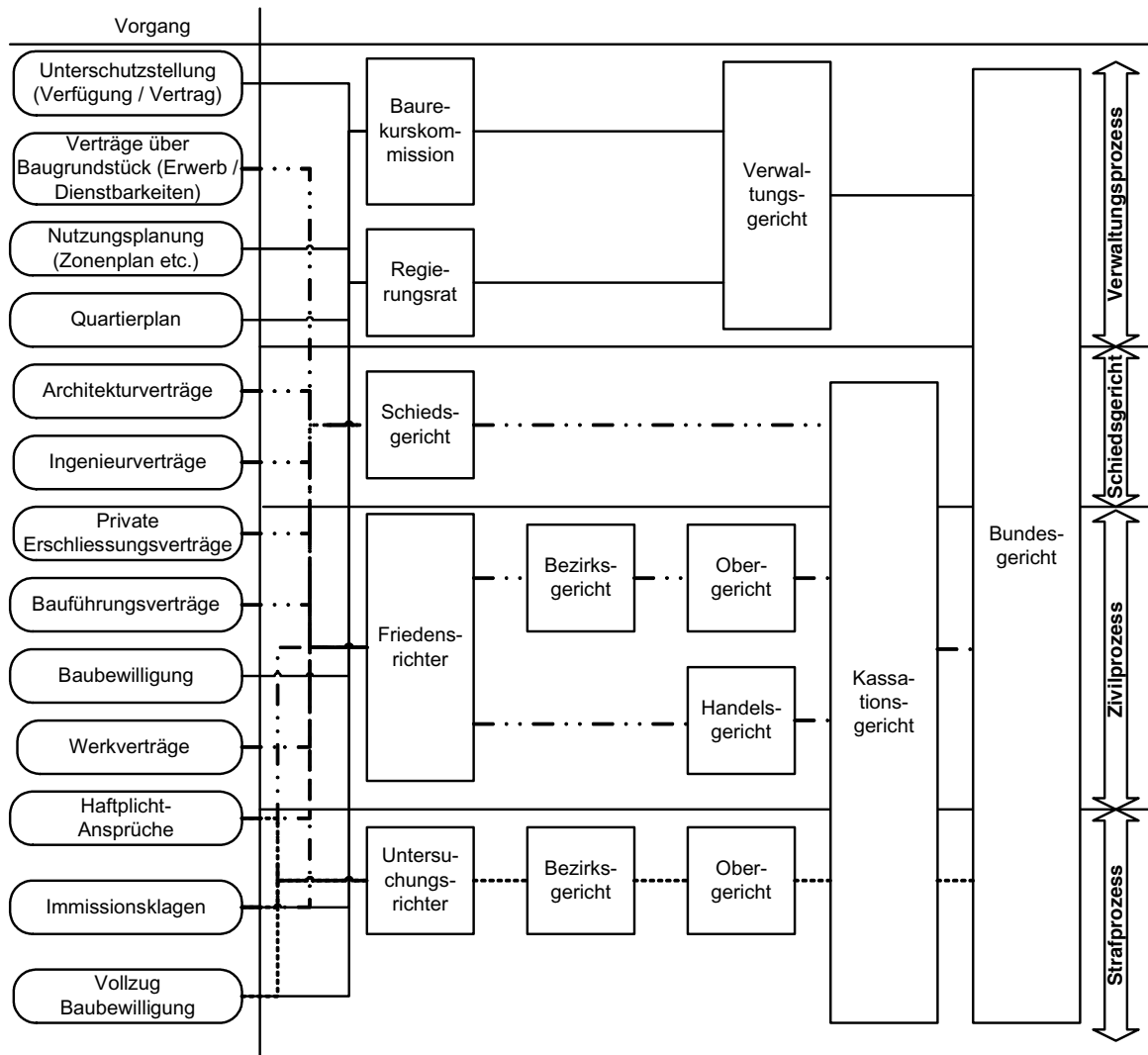
Mit Nachbarn muss sich ein Bauherr während der Bauarbeiten und später beim Betrieb auseinandersetzen, wenn er sein Eigentum überschreitet z.B. übermässige Immissionen oder Schäden an Nachbargrundstücken verursacht (Rutschungen, Risse in Häuser etc.).²¹

3 Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Bauen

Bis eine Baute steht, laufen also eine Reihe von rechtlichen und tatsächlichen 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 stehen eine Reihe von Streitbeilegungsmechanismen zur Verfügung. Manche dieser Mechanismen stellt der Staat zur Verfügung. Daneben gibt es aber auch alternative Streitbeilegungsmöglichkeiten.

3.1 Streitbeilegung durch staatliche und quasistaatliche Instanzen

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



3.1.1 Zivilprozess

Im Zivilprozess werden Streitfragen behandelt, welche sich anhand von privatrechtlichen Normen (ZGB, OR, EG zum ZGB etc.) beantworten lassen.²² Im Zivilprozess werden im Zusammenhang mit dem Bauen etwa folgende Streitigkeiten behandelt:

- Verträge über das Baugrundstück
- Dienstbarkeiten
- Architekturverträge
- Ingenieurverträge
- Private Erschliessungsverträge
- Werkverträge
- Haftpflichtansprüche, dies auch dann, wenn allenfalls die Haftpflicht des Kantons oder der Gemeinde in Frage käme.²³
- Immissionsklagen, soweit sie sich auf privatrechtliche Normen, z.B. das ZGB und das OR, abstützen.²⁴

Der Zivilprozess ist ein Zweiparteienverfahren. Es stehen sich Kläger und Beklagter gegenüber. Ein Gericht entscheidet autoritativ über die vorgetragene Ansprüche. In unserem Beispiel C wären wahrscheinlich die Familien Alpha und Gamma die eine Partei und die Familie Beta die Gegenpartei.

Beim Fall A kommen private Immissionsklagen in Betracht. Im Rahmen des Zivilprozesses im Fall C stehen vor allem sachenrechtliche Klagen (Eigentumsfreiheitsklagen, Besitzschutzklagen) im Vordergrund.²⁵ Mögliche Klagen in diesem Fall wären etwa Klagen

auf Öffnung des Weges, Beseitigung der Grenzvorrückungen oder Immissionsklagen. In anderen Fällen stehen vielleicht Konflikte im Zusammenhang mit Werk- oder Architekturverträgen im Vordergrund.

Was können nun Zivilprozesse zur Beilegung von Baustreitigkeiten beitragen? Erster Stolperstein ist die Frage der Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit. Die Sperrung des Weges in unserem Fall C ist vordergründig eine Frage des Zivilrechts. Sie hat aber auch eine öffentlich-rechtliche Komponente, indem allenfalls eine vom öffentlichen Baurecht²⁶ geforderte genügende Erschliessung der Häuser Alpha, Beta und Gamma unterbrochen wurde. Abgrenzungsprobleme zwischen öffentlichem und privatem Recht ergeben sich auch bei den Immissionen (Immissionen aus der Werkstatt Alpha).²⁷ 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 Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses. Entscheiden wird das Zivilgericht nur über Fragen, die ihm von den Parteien vorgelegt werden. Klagen Alpha und Gamma nur wegen des Weges, so bleibt die Immissionsfrage unentschieden. Es ist nicht zuletzt auf die Arbeitsbelastung zurückzuführen, dass Gerichte sich strikt an die vorgelegten Streitfragen halten. Ein Baustreit in seiner ganzen Breite wird allenfalls im Rahmen von Vergleichsverhandlungen vor Gericht oder unter Umständen im in den meisten Prozessen vorgeschalteten Sühneverfahren 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 bereits vorprogrammiert.

3.1.2 Strafprozess

Die Immissionen und die ausländerfeindlichen Sprüche im Fall C 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.²⁸ Mit einer Strafklage 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. Rachegeanken werden damit geschürt. Gegenstand von möglichen Strafprozessen im Zusammenhang mit Bauen wäre etwa Ehrverletzungen, Eingriffe in die körperliche Integrität oder das Bauen ohne Bewilligung.

Über Zivilansprüche wird im Strafprozess hingegen mit Ausnahme von Schadenersatzansprüchen nicht entschieden.²⁹ 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. Desinteresseerklärung des Opfers einer Straftat gegen Konzessionen des Straffälligen). Solche Vergleiche können auch privat- oder öffentlich-rechtliche Probleme erfassen.

3.1.3 Verwaltungsprozess

Im Verwaltungsprozess werden bei Baustreitigkeiten etwa folgende Fragen entschieden:

Im Fall A

- Rekurs gegen Gestaltungsplan
- Rekurs gegen Baubewilligung
- Immissionsklagen

Im Fall B

- Rekurs gegen Baubewilligung
- Rekurs gegen Quartierplanfestlegungen

- Rekurs gegen Moorschutzmassnahmen
- Entscheid über materielle Enteignung bei Bauverboten wegen Moorschutzmassnahmen

Im Fall C

- Rekurs gegen Baubewilligung für Einfriedigung und Schliessung einer Zufahrt
- Immissionsklagen

Die Verwaltungsinstanzen sind grundsätzlich nur für die Behandlung von Fragen des öffentlichen Rechts zuständig. Zivilrechtliche Fragen werden allenfalls nur als Vorfragen behandelt.³⁰ 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.³¹ Auch in diesem Verfahren bleiben schwelende Konfliktpunkte stehen. Auch im Verwaltungsprozess gibt es zwar die Möglichkeit, in und ausserhalb des Prozesses Vergleichsverhandlungen zu führen.³² Im Gegensatz zum Zivilprozess können die Parteien in einem Verwaltungsprozess nicht immer über den Streitgegenstand frei verfügen. In gewissen Fällen muss eine Behörde als Dritte im Bunde mitwirken. So braucht es für eine bauliche Massnahme im Fall C, beispielsweise eine Schallschutzmauer gegen die Werkstatt von Alpha, eine Baubewilligung. Sind sich aber Nachbarn einig, dürften solche Bewilligungen kein grosses Problem sein.³³

3.1.4 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.³⁴ Schiedsgerichte sind quasistaatliche Streitbeilegungsinstanzen, da deren Entscheide mindestens teilweise mit Nichtigkeitsbeschwerden durch staatliche Gerichte überprüft und die Urteile durch staatliche Massnahmen vollzogen werden können.³⁵ Auch Schiedsgerichte entscheiden nur die ihnen unterbreiteten Rechtsfragen. Es besteht damit auch 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.³⁶

3.1.5 Nachteile der staatlichen und quasistaatlichen Streitbeilegung

Hauptnachteile bei den vorne behandelten staatlichen und quasistaatlichen Prozessverfahren sind:

- Es werden, ausser es wird ein Vergleich geschlossen, 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.³⁷ Eine ganzheitliche Lösung des Baustreits lässt sich kaum erreichen.
- Prozessverfahren sind meistens nur Momentaufnahmen. Entschieden wird, was im Zeitpunkt des Prozesses aktuell Streitfrage ist. In unserem Fall C ist ein mögliches Prozessergebnis: Beta muss den Weg wieder öffnen. Herr Alpha wird verpflichtet, auf ausländerfeindliche Äusserungen gegenüber Herrn Beta zu verzichten. Streitpunkte, welche in den Prozess nicht eingebracht wurden oder erst später auftauchten, bleiben unbehandelt. Der Prozess dient somit vor allem der Vergangenheitsbewältigung und ist also nur selten zukunftsgerichtet.
- Partei in Prozessen ist nur, wer klagt oder beklagt wird. So kann Herr Beta in einem sachenrechtlichen Begehren der Herren Gamma und Alpha auf Öffnung des Weges im Rahmen eines Zivilprozesses gar nicht belangt werden. Denn Grundeigentümerin ist Frau Beta. Ohne Herrn Beta als Mitverursacher des Streites kann der Konflikt nicht befriedigend beigelegt werden.

- Prozessverhandlungen müssen vom Richter immer in Anwesenheit beider Parteien vorgenommen werden. Separatgespräche sind, ausser die Parteien stimmen ausdrücklich zu, nicht möglich.³⁸
- 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.³⁹
- Prozesse belasten die beteiligten Parteien, ausser es handelt sich um passionierte Streithähne oder -hennen, physisch und psychisch. Streit mit Nachbarn oder anderen Beteiligten an einem Baustreit vergällt die Lebensfreude. Die Belastung ist auch darum verheerend, weil Nachbarn in der Regel auch nach Prozessende immer noch nebeneinander wohnen 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. In Zürich ist beispielsweise in einem Zivilprozess mit einem Streitwert von Fr. 50.000 mit Gerichtskosten von ca. Fr. 7.000 und Anwaltskosten für jede Partei von ca. Fr. 8.600 zu rechnen.⁴⁰ Sind mehrere Prozesse oder höhere Streitwerte im Spiel, steigen die Kosten weiter stark an. Dazu kommen noch Kosten, welche bei den Parteien selbst anfallen. Dazu gehören die Kosten für die Beteiligung der Parteien und deren Mitarbeiter an den Prozessen und die Aufwendungen für die Bereitstellung des Prozessstoffes und Beweismaterials. Diese Kosten, welche als Transaktionskosten bezeichnet werden, sind also hoch, besonders dann, wenn es vordergründig um Kleinigkeiten geht.⁴¹ Auch die Baurekurskommission und das Verwaltungsgericht fordern heutzutage keineswegs mehr mässige Gebühren. Bei der Baurekurskommission beträgt die Gerichtsgebühr in einem normalen Nachbarrekurs schon Fr. 3.000.
- 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.

3.2 Verhandlungen zwischen den Parteien

Konflikte zwischen Behörden, Bauherren und Drittbeteiligten können zwar mit Verfügungen und Rechtsmittelentscheiden gelöst werden. Diese Konfliktlösungsmöglichkeiten sind jedoch starr. Sie bringen bei den Betroffenen Akzeptanzprobleme und sichern vor allem in komplexen Sachverhalten kaum eine sachgerechte Lösung. Aus diesen Gründen wird seit längerem und vermehrt heute bei Baufällen in Streitigkeiten der Ausweg über Verhandlungen gesucht.⁴² Solche Fälle können sein:

- Aushandlungen von Festlegungen in Nutzungsplanungen (Gestaltungspläne) zwischen betroffenen Grundeigentümern und Behörden;
- Ausgestaltung von Quartierplanmassnahmen (namentlich vor und nach den Grundeigentümerversammlungen finden in der Regel intensive Gespräche zwischen Grundeigentümern, Quartierplan-Ingenieur und Vertreter des Gemeinderates statt);
- Ausmass von Schutzmassnahmen bei Natur- und Heimatschutzobjekten im Rahmen des Erlasses von Schutzverfügungen oder dem Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen;
- Festlegungen im Umweltbereich (Sanierungsmassnahmen, Branchenvereinbarungen etc.)⁴³;
- Auflagen in Baubewilligungsverfahren vor dem Erlass der Baubewilligung;
- Fragen der Einordnung von Bauten und Anlagen;
- Modalitäten des Vollzugs beim Abweichen von Plänen oder beim Bauen ohne Bewilligung;
- Streitigkeiten zwischen Nachbarn⁴⁴;
- Auseinandersetzungen zwischen Partnern von privaten Bauverträgen⁴⁵;
- Haftpflichtansprüche z.B. aus Bauimmissionen;

- Baubewilligungsverfahren mit grossem Koordinationsbedarf⁴⁶.

Die Konfliktlösung auf dem Verhandlungsweg im Bereich des Bauens ist zulässig:

- 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 Geltungsmachung von Immissionsabwehransprüchen etc.).
- 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 aber 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 relativ weit⁴⁷ und kann von den Baubehörden durchaus zugunsten einer Verhandlungslösung eingesetzt werden.⁴⁸

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.

4 Mediation im Besonderen

Viele auch im Bereich des Bauens möglichen Verhandlungslösungen scheitern daran, dass die Parteien nicht miteinander verhandeln können oder aber mit einer Verhandlung unter sich nicht weiter kommen. In diesen Fällen könnte die Lösung über eine Mediation gesucht werden. Wo in Baustreitigkeiten Verhandlungen⁴⁹ zulässig sind, kann auch ein Mediator tätig werden.

Begriff der Mediation

Mediation als Konfliktlösungsmethode entwickelte sich vor allem in den USA vor ca. 30 Jahren, wobei Wurzeln bis ins Mittelalter zurückgehen.⁵⁰ Hierzulande wurde die Mediation zuerst vor allem bei Scheidungen eingesetzt (Regelung Kinderzuteilung, vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen Scheidungspaaen).⁵¹ Die Mediation lässt sich aber auch im Bereich des Planungs- und Baurechts verwenden.⁵² Die Mediation wird wie folgt definiert⁵³:

«In der Mediation bearbeiten die im Widerstreit stehenden Parteien ihren Konflikt unter Beizug von Dritten. Die Tätigkeit des Mediators soll den Parteien helfen, eine Lösung des Konfliktes zu finden. Mediation ist ein aussergerichtlicher Weg. Im Unterschied zu einem Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren, einer Schlichtung oder einem Vergleich 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. In unserem Verständnis führt Mediation zur Befriedung der Parteien. Dies geht über blosser Interessenbefriedigung hinaus.»

4.1 Vorteile der Mediation

Vorteile der Mediation gegenüber den herkömmlichen Gerichtsverfahren sind:

- Die Mediation gibt die Möglichkeit einer Gewinner-Gewinner-Lösung, «Win-Win Solution».
- Die Mediation ist zukunftsgerichtet, statt vergangenheitsbezogen. Die Mediation arbeitet auf eine Streitlösung für die Zukunft hin. Sie dient nicht dazu, Vorgänge in der Vergangenheit zu beurteilen.
- Persönliche Beziehungen zwischen streitenden Parteien werden durch die Mediation wiederhergestellt oder erhalten.
- Die Parteien können selbst Dauer, Inhalt und Ziele der Mediation bestimmen.
- In der Mediation können kreative Lösungen auch ausserhalb des Rechts gesucht werden. Die Mediation sucht nicht Erfüllung von Ansprüchen, sondern die Befriedigung von Interessen der Parteien. Sie ermöglicht eine Regelung, die nicht den

allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen, sondern den subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen der Beteiligten entspricht.

- 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 Beziehungsgeflecht erfasst werden.
- Einigungen, welche die Parteien auf dem Weg der Mediation selber erarbeitet haben, haben in der Regel länger Bestand als Gerichtsurteile.
- Mediation kann, da nicht starr auf Formalitäten geachtet werden muss, schneller sein als ein Gerichtsverfahren.

4.2 Grenzen der Mediation

Mediation ist dann nicht der geeignete Weg, wenn:

- nur die eine Partei ein Mediationsverfahren will;
- der Personenkreis, der in die Mediation einbezogen werden müsste, nicht klar eingegrenzt werden kann oder sehr gross ist. Personen, welche deswegen in den Schlichtungsprozess nicht einbezogen werden, können die Einigung nachträglich noch in Frage stellen;
- im betreffenden Streit eine grundlegende Rechtsfrage gelöst werden sollte. Mediation verschafft «Einzelfallgerechtigkeit». Die Ergebnisse von Mediationen tragen aber nichts zur Rechtsfortentwicklung bei;
- zwischen Parteien massive Gewalt ausgeübt wurde, was bei Nachbarstreitigkeiten leider vorkommen kann;
- Eine Glaubensfrage entschieden werden muss (Beispiel: Atomkraftwerk ja oder nein);
- Zwischen den Parteien ein grosses Machtgefälle besteht.

4.3 Grundsätze der Mediation

4.3.1 Freiwilligkeit

Die Parteien und der Mediator sind freiwillig im Mediationsprozess.⁵⁴ Ein Ausstieg soll jederzeit möglich sein.

4.3.2 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 die eine Partei als Anwalt zu vertreten. Der Mediator hat auch keine Entscheidungskompetenz.

4.3.3 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 hilft den Parteien beim Mediationsprozess, indem er den formellen Ablauf der Verhandlung bestimmt und die Gespräche strukturiert. Es sind die Parteien, welche die für sie adäquate Streitlösung finden. Der Mediator begünstigt durch seine Interventionen diesen Prozess.

4.3.4 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.

4.4 Spezielle Fragen bei Mediationen in Baustreitigkeiten

4.4.1 Einbezug aller Betroffenen

Bei Mediationen in Scheidungssachen lässt sich der Kreis der Teilnehmer relativ leicht eingrenzen. Es sind dies die Ehegatten, allenfalls noch die Kinder und Personen, die

Betreuungsaufgaben für die Kinder übernehmen sollen. Bei Bausachen ist der mögliche Teilnehmerkreis hingegen nicht immer so klar bestimmbar. Damit ein Streit befriedigend beigelegt werden kann, sollten möglichst alle Betroffenen bei der Mediation mitmachen. In Vertragsstreitigkeiten beschränken sich die Teilnehmer in der Regel auf die Vertragsparteien, bei Nachbarstreitigkeiten auf die Nachbarn allenfalls mit ihren Angehörigen. Wesentlich weiter und diffuser ist das Teilnehmerfeld jedoch bei grösseren Planungs- und Bauvorhaben.⁵⁵

Das PBG bietet zwei Instrumente, welche sich ausgezeichnet eignen, den Kreis der möglichen Betroffenen einzugrenzen:

- Das Mitwirkungsverfahren in Planungssachen (§ 7 PBG). In diesem Verfahren offenbaren sich in der Regel die Personen, welche bei einer Planungsmassnahme ein Anliegen haben.
- Drittbeteiligte im Baubewilligungsverfahren müssen die Zustellung des baurechtlichen Entscheides verlangen, damit sie allenfalls Rechtsmittel einlegen können (vgl. § 316 PBG). Da die Baubehörde dem Bauherrn nach Ablauf der Auflagefrist mitteilen muss, wer den Beschluss verlangt hat (vgl. § 315 Abs. 2 PBG), wird für den Bauherrn im diesem Zeitpunkt der Kreis der möglichen Opponenten offengelegt. Er kann dann diesen Kreis allenfalls in eine Mediation einbeziehen.

Daneben besteht für eine Bauherrschaft vor allem vor der Einreichung eines Baugesuchs immer noch die Möglichkeit, mögliche Gegner zu einer Mediation einzuladen oder sogar eine solche Einladung zu publizieren. Bei grösseren Vorhaben kann es sich auch aufdrängen, eine für Probleme eine eigentliche Mediationsanlaufstelle einzurichten.

4.4.2 Einbezug der Behörden

Soweit Entscheide von Behörden für eine Konfliktlösung notwendig sind und die privaten Parteien sich nicht unter sich einigen können, ist der Einbezug der entscheidenden Behörden empfehlenswert. So kann sichergestellt werden, dass eine Einigung, soweit notwendig, auch die Zustimmung der betreffenden Behörden findet.

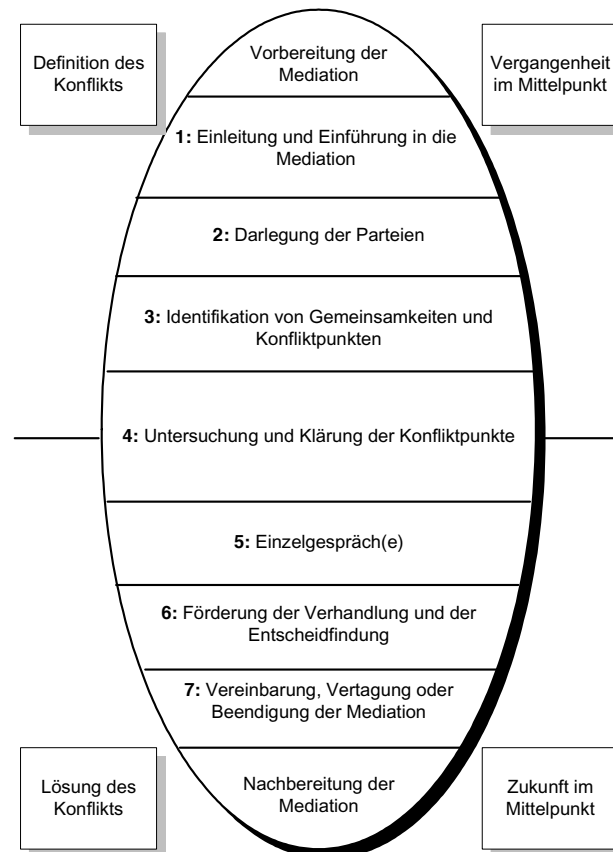
4.4.3 Kompetente Beteiligung am Mediationsverfahren

Damit eine Einigung rasch und auch nachhaltig erreicht werden kann, sollten die Parteien persönlich an der Mediation selber teilnehmen oder Personen abordnen, die orientiert und zum Eingehen einer Einigung kompetent sind. Mediationen nur mit untergeordneten Sachbearbeitern sind in der Regel nicht erfolgsversprechend. Dies gilt auch für allenfalls in die Mediation einbezogene Behörden. Mediation ist grundsätzlich Chefsache.

4.5 Ablauf der Mediation im Baustreit

Schon die methodischen Ansätze der Mediation sind unterschiedlich.⁵⁶ Daraus folgt, dass es auch keine Verfahrensordnung für Mediationen gibt.⁵⁷ Im folgenden soll ein möglicher Verfahrensablauf⁵⁸ für eine Mediation im Baustreit skizziert werden. Die folgende Grafik und die darauf abgestützten Abläufe sind als Schema zu verstehen. Die einzelnen Phasen lassen sich je nach dem nicht so strikt auseinanderhalten. Manche Phasen werden in grösseren Mediationen auch mehrmals durchlaufen.

Übersicht über den Mediationsprozess



4.5.1 Vorbereitung der Mediation

Wie kommt es überhaupt zu einer Mediation in einem Baustreit? Oder anders gefragt: Wie kommen Beteiligte an einem Baustreit überhaupt auf die Idee, einen Mediator aufzusuchen?

In Familienstreitigkeiten hat sich heute die Mediation als Streitbeilegungsmethode etabliert. Davon kann in Baustreitigkeiten trotz der teilweise ähnlichen Fragestellung keine Rede sein.

Eine Förderung von Mediationsverfahren sollte schon einsetzen, wenn der Baustreit noch nicht ausgebrochen ist. Möglichkeiten wären, dass in Verträgen und Urkunden (Stockwerkeigentümer-Reglemente, Mietverträge, Dienstbarkeitsverträge etc.) anstelle von Gerichtsstandsklauseln Mediationsklauseln eingebaut werden. Zu wünschen wäre auch, dass Immobilienverbände, Genossenschaften, aber auch Rechtsschutzversicherungen Mediation aktiv fördern würden.⁵⁹

Jedenfalls wird es noch einige Überzeugungsarbeit brauchen, bis bei einem Baustreit der Gang zum Mediator so selbstverständlich wird wie die Anrufung des Friedensrichters oder eine Strafanzeige.

Können sich die Parteien aber auf die Durchführung einer Mediation einigen, so klärt der Mediator in Vorgesprächen ab, ob der Fall sich für eine Mediation eignet. Er holt sodann bei den Parteien Vorinformationen ein. Er klärt die Parteien auch über das Wesen der Mediation auf. Er versucht herauszufinden, wie die Parteien zum Konflikt stehen und was sie sich von der Mediation erhoffen.

In der Regel wird in dieser Phase ein Mediationsvertrag verhandelt und abgeschlossen. In diesem Vertrag werden die wichtigsten Punkte der Mediation (Parteien, Aufgabe des Mediators, Honorar etc.) geregelt. Damit bei einem allfälligen Scheitern der Mediation keine Partei einen Rechtsnachteil erleidet, sollten die Parteien auch übereinkommen, dass keine weiteren streitverschärfenden Massnahmen erfolgen und dass auf die Erhebung allfälliger Verjährungseinreden bei Scheitern der Mediationsverhandlungen verzichtet werde. Vereinbart wird auch, dass das Mediationsverfahren vertraulich und unpräjudizierbar für ein späteres Gerichtsverfahren ist.

4.5.2 Phase 1: Einleitung und Einführung in die Mediation

Im Rahmen der Einleitung stellen sich die Beteiligten vor. Der Mediator übernimmt dann die Einführung. Er legt das Ziel der Mediation dar. Er bespricht mit den Parteien die Rollen der Parteien, der Rechtsvertreter und des Mediators. Die Parteien vereinbaren alsdann grundlegende Spielregeln der Mediation.

4.5.3 Phase 2: Darlegungen der Parteien

In der nächsten Phase wird jede Partei eingeladen, ihre Sicht des Konflikts gegenüber dem Mediator darzulegen. Der Mediator fasst die Darlegungen der Parteien in wesentlichen Zügen zusammen und zeigt damit, dass er die Anliegen der Parteien verstanden hat. Bei stark emotional gefärbten Parteidarstellungen kann der Mediator mit neutralen Zusammenfassungen das Gesprächsklima wesentlich verbessern. In diesem Rahmen bekommen die Parteien Gelegenheit, einander zuzuhören. Nur schon das ist eine Chance, wenn die Beteiligten ihren Streit vorher nur noch als Stellvertreterkrieg via ihre Anwälte geführt haben.

4.5.4 Phase 3: Identifikation von Gemeinsamkeiten und Konfliktpunkten

Auf Grund der Darlegungen der Parteien bringt der Mediator die Parteien dazu, die Punkte herauszuarbeiten, wo Einigkeit herrscht (im Fall C z.B. vielleicht, dass alle Parteien in einem schönen Haus wohnen). Auf diesen Gemeinsamkeiten kann dann später eine Einigung aufgebaut werden. Danach erstellt der Mediator dann mit den Parteien eine Liste der Konfliktpunkte (im Fall C vielleicht die Wegsperrung, die Immissionen, die ausländerfeindlichen Sprüche; im Fall B die Abgrenzung des Moorschutzgebietes). Diese Liste stellt gewissermassen eine Traktandenliste für die weiteren Besprechungen dar.

4.5.5 Phase 4: Untersuchung und Klärung der Konfliktpunkte

Wenn die Liste der Konfliktpunkte erstellt ist, werden diese Punkte im Gespräch untersucht und geklärt. In dieser Phase versucht der Mediator, die Parteien nicht nur zur Untersuchung und Klärung der Konfliktpunkte zu ermutigen, sondern sich auch mit dem ihren künftigen Bedürfnissen, ihren Interessen, zu beschäftigen.

4.5.6 Phase 5: Einzelgespräche

Einzelgespräche sind persönliche und vertrauliche Gespräche des Mediators mit jeweils einer Partei. Einzelgespräche dienen dazu, von den Parteien Informationen zu holen, die sie vor der anderen Partei nicht preisgeben möchte. In solchen Gesprächen können auch Lösungsmöglichkeiten entwickelt und allenfalls Parteien wieder aus einer Sackgasse herausgeführt werden.

4.5.7 Phase 6: Förderung der Verhandlung und der Entscheidungsfindung

In dieser Phase sollten die Parteien sich von ihren Positionen lösen und 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.

Auf Grund des Wirkens des Mediators sollten die Parteien imstande sein, ihre eigenen Interessen zu benennen und Verständnis für die Interessen der Gegenpartei entwickelt haben. In dieser Phase sollten die Parteien mit der Hilfe des Mediators in einer kreativen Atmosphäre Lösungen für ihr künftiges Zusammenleben entwickeln. Wenn während des Mediationsprozesses den Parteien ihr eigener Anteil am Konflikt bewusst wird, dann wird ein guter Boden für solche Lösungen geschaffen. Im Rahmen dieses Prozesses kann auch zum Hilfsmittel der «Kuchenvergrößerung» gegriffen werden. «Kuchenvergrößerung» heisst, der Verhandlungskuchen wird vergrössert, damit mehr zum Teilen da ist. Jeder soll etwas bekommen, was ihm wichtig ist, ohne dass dem anderen etwas fehlt.⁶⁰ In unserem Beispiel C könnte eine solche «Kuchenvergrößerung» darin bestehen, dass der Weg geöffnet, aber mit einer nur durch die beteiligten Parteien zu öffnenden Schranke versehen wird. Dadurch könnte ohne Beeinträchtigung der Interessen der Familien Alpha und Gamma der für die Familie Beta lästige Passantenverkehr ausgeschaltet werden. Im Fall B wäre eine mögliche Kuchenvergrößerung in die Verhandlungen über die Abgrenzung des Moorschutzgebietes bereits Fragen der Entschädigung aus materieller Enteignung miteinzubeziehen.

Wichtig ist, dass 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 in geeigneten Fällen Vertreter der zuständigen Behörden bereits in den Mediationsprozess einbezogen sind.

4.5.8 Phase 7: Vereinbarung, Vertagung oder Beendigung der Mediation

Die im Rahmen der Problemlösungsphase erarbeiteten Teillösungen werden schliesslich zu einer Gesamteinigung zusammengeführt. Der Mediator muss herausfinden, ob tatsächlich alle aktuellen Streitpunkte beseitigt sind. Die Einigung muss ausgewogen und fair sein. Sie wird dann schriftlich festgehalten. In gewissen Baustreitigkeiten braucht es allenfalls zum Zustandekommen der Vereinbarung noch die Mitwirkung von Behörden (Grundbuchamt, wenn Dienstbarkeiten geändert werden sollen; Baubehörde, wenn bauliche Massnahmen zur Diskussion stehen). Nicht vergessen werden sollte in der Vereinbarung, auch die Parteien bei künftigen Streitigkeiten auf die Durchführung eines Mediationsverfahrens zu verpflichten.

In unserem Fall C wären mögliche Einigungspunkte: die eingeschränkte Öffnung des Weges mit dem Aufstellen einer elektrischen Schranke, welche nur von den beteiligten Familien betätigt werden kann; die Verlegung von Festen der Familie Beta in das Schützenhaus der Gemeinde, wobei die beiden anderen Familien die Raummiete übernehmen.

Die Einigung bei Beteiligung von Behörden ist allenfalls durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zu sichern, damit auch die Behörden an diese Einigung gebunden ist. Es gibt keine gesetzliche Vorschrift, dass Baubewilligungen und Nebenbestimmungen zu solchen Bewilligungen immer in Verfügungsform erlassen werden müssen. Dies kann also durchaus auch auf dem Weg des verwaltungs-rechtlichen Vertrags geschehen.⁶¹ Selbstverständlich ist, dass die Behörde bei Abschluss eines solchen Einigungsvertrags an die gesetzlichen Schranken gebunden bleibt.

Scheitert die Mediation, bleibt es den Parteien überlassen, ob sie resignieren, unter sich weiter verhandeln, den Prozessweg beschreiten oder einen neuen Mediator suchen wollen. Diese Optionen bei Scheitern der Mediation sollten die Parteien von Beginn der Mediation vor Augen haben. Damit diese Wege offenbleiben, ist es nötig, dass bei Beginn der Mediation diese anderen Wege nicht verbaut werden (z.B. Verzicht auf Verjährungseinreden während der Mediation).

4.5.9 Nachbereitung der Mediation

Um die persönliche und fachliche Weiterentwicklung zu gewährleisten, sollte ein Mediator nach Abschluss einer Mediation darüber nachdenken, was im Mediationsprozess gut gelaufen ist und was schlecht und daraus Schlüsse für die nächste Mediation ziehen. Ebenso sollten die Parteien nach geraumer Zeit nach Abschluss befragt werden, wie sich die Parteibeziehung weiterentwickelt hat und wie sich die gefundene Einigung bewährt hat.

5 Schlussbetrachtungen

Wir haben gesehen, dass sich beim Baustreit verschiedene Probleme stellen:

Der Baustreit beschlägt meist verschiedene Rechtsgebiete des öffentlichen und privaten Rechts.

Baustreitigkeiten haben nicht nur einen rechtlichen, sondern auch oft einen sozialen und psychologischen oder aber technischen Hintergrund.

Viele Baustreitigkeiten können mit staatlichen und quasistaatlichen Prozessverfahren kaum geschlichtet werden, da die einzelnen Verfahren nicht alle Rechtsgebiete und vor allem nicht alle relevanten Fragen erfassen können.

Abhilfe für diesen Missstand kann man auf zwei Wegen schaffen:

5.1 Einbau von Mediationselementen in staatlichen und quasistaatlichen Streitbelegungsverfahren

In Gerichtsverfahren ergeben sich durchaus Möglichkeiten, auch ausserhalb des bekannten Mediationsgebiets «Familienrecht» Mediationselemente⁶² einzubeziehen. Einmal kann der Richter im Rahmen der Prozessordnung seine Schlichtungsbemühungen von den Prinzipien der Mediation leiten lassen. Denkbar ist auch, dass ein Richter geeignete Baustreitigkeiten sistiert und die Parteien an einen Mediator weist, um eine Lösung herbeizuführen. Zwar ist für eine solche Massnahme das Einverständnis der Parteien notwendig. Ein geschickter Richter kann dieses Einverständnis mit Hinweisen auf die Komplexität der Streitsache und die noch lange Dauer der Prozessverfahren sicherlich herbeiführen. So könnte auch ein geeigneter Mediator mit solchen Schlichtungsversuchen betraut werden. Während der Tätigkeit des Mediators bliebe das Prozessverfahren sistiert. Scheitern die Bemühungen des Mediators, kann der Prozess weitergeführt werden. De lege ferenda wäre es empfehlenswert, die Zuweisung von geeigneten Prozessen an einen Mediator in den Prozessordnungen vorzusehen.

5.2 Jedenfalls mehr Mediation auch im Baustreit

Die Mediation eröffnet Bauherren, Nachbarn, Verbänden, Bauunternehmern und Behörden für die Schlichtung von Baustreitigkeiten, vor allem auch im öffentlich-rechtlichen Bereich, neue Möglichkeiten. Vor allem bei Dauerbeziehungen und bei komplexen Streitigkeiten ist die Mediation eine echte Alternative zu langwierigen Prozessverfahren.

¹ Diese Arbeit entstand als Vorbereitung zu einer Veranstaltung der Fachgruppe «Baurecht» des Zürcher Anwaltsverbandes zum Thema «Baurecht und Mediation», welche ich zusammen mit meinen Anwaltskollegen lic.iur. Martin Pestalozzi und lic.iur. Francis Jaquenod am 15.4.1998 durchführte.

² Ein Teilaspekt dieses Falles ist in BRKE Nr. 0377/1994 abgehandelt.

³ Teilaspekte dieses Falles sind in ZBl 1993 S. 522 und RB 1995 Nr. 73 beschrieben.

⁴ Ein Teilaspekt dieses Falles findet sich wieder in VB 93/009.

⁵ LEUTENEGGER Paul B., Das formelle Baurecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 1978, S. 79 ff.

⁶ FRITZSCHE Christoph / BÖSCH Peter: Das Zürcher Planungs- und Baurecht, Wädenswil 1992 (2. Aufl. erscheint Mitte 1998), S. 10 f.; HALLER Walter / KARLEN Peter: Raumplanungs- und Baurecht, 2. Aufl., Zürich 1992, S. 33f.

⁷ FRITZSCHE/BÖSCH (FN 6), S. 52 f.; HALLER / KARLEN (FN 6), S. 91 f.

⁸ FRITZSCHE/BÖSCH (FN 6), S. 41 f.

⁹ STÖRI Fridolin: Grob- und Feinerschliessung durch die Grundeigentümer, in: PBG aktuell 3/96, S. 5 ff.

¹⁰ Probleme rund um den Grundstückkauf sind in KOLLER Alfred (Hrsg.): Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, behandelt.

¹¹ BÖSCH Peter: Grundbuch und Baubewilligungsverfahren, in ZBl 1993, S. 493 f.

¹² BÖSCH (FN 11), S. 487.

¹³ Fragen rund um Architekten- und Ingenieurverträge werden im Sammelband GAUCH Peter / TERCIER Pierre (Hrsg.): Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, abgehandelt.

¹⁴ LEUTENEGGER (FN 5), S. 165 ff.; MÄDER Christian, Das Baubewilligungsverfahren, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Nr. 93, Zürich 1991, S. 111 f.

¹⁵ FRITZSCHE/BÖSCH (FN 6), S. 209 f.; MÄDER Christian: Zur Bedeutung der VRG-Revision für das Raumplanungs- und Baurecht sowie das Enteignungsrecht, in: PBG aktuell 1/1998, S. 5 f.

¹⁶ 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.

¹⁷ Für Details vgl. GAUCH Peter: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996.

¹⁸ MÄDER (FN 14), S. 305 ff.

-
- ¹⁹ MÄDER (FN 14), S. 325 ff.
- ²⁰ MÄDER (FN 14), S. 355 ff.
- ²¹ HÄNNI Peter: Bauimmissionen, in: Baurechtstagung, Band I, Gesamtveranstaltungen, Fribourg 1997, S. 52 f. und SCHMID Jörg: Bauimmissionen, in: Baurechtstagung, Band I, Gesamtveranstaltungen, Fribourg 1997, S. 52 f.
- ²² Vgl. GULDENER Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 30 f.
- ²³ WEBER-DÜRLER Beatrice: Die Staatshaftung im Bauwesen, in: Baurechtstagung, Band II, Wahlveranstaltungen, Fribourg 1997, S. 55 f.
- ²⁴ Schmid (FN 21) S. 52 f.; Die Problematik des Nebeneinanders von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Immissionsnormen legen dar: RASELLI Niccolò: Berührungspunkte des privaten und öffentlichen Immissionsschutzes, in: URP 1997, S. 271 f. und ETTLER Peter: Zur Rechtswegwahl im Immissionsschutzrecht: Anmerkungen eines Prozessualisten, in: URP 1997, S. 292 f.
- ²⁵ Vgl. SOMMER Monika: Nachbarrecht, Zürich 1995 S. 39 f.
- ²⁶ Vgl. § 234 und 237 PBG; BÖSCH (FN 11), S. 483 f.
- ²⁷ Illustrative Beispiele für die Zuständigkeitsstreitigkeiten sind der Hahn im Winterthurer Einfamilienhausquartier (URP 1996 Nr. 14) oder das Walliseller Holzfass (URP 1993 Nr. 18).
- ²⁸ SCHMID Niklaus: Strafprozessrecht (Zürich 1989), S. 6 ff.
- ²⁹ Vgl. SCHMID (FN 28), S. 142 f.
- ³⁰ Vgl. dazu BÖSCH (FN 11), S. 483 f.; KÖLZ Alfred: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (Zürich 1978) N 15 ff. und N 50 ff. zu § 1 VRG.
- ³¹ KÖLZ Alfred / HÄNER Isabelle : Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtsprechung des Bundes (Zürich 1993), S. 125.
- ³² Vgl. CAVELTI Ulrich: Gültliche Verständigung vor Instanzen der Verwaltungsrechtspflege, in: AJP 1995 175 - 178; RICHLI Paul: Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, in: ZBl 1991 S. 381 ff.
- ³³ Gemäss § 270 Abs. 2 PBG können beispielsweise Nachbarn die Unterschreitung von Grenz- und Gebäudeabständen vereinbaren, solange keine feuerpolizeilichen oder wohngygienischen Probleme auftauchen.
- ³⁴ Zum Schiedsgerichtsverfahren vgl. RÜEDE Thomas und HADENFELD Reimer: Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG (2. A. Zürich 1993).
- ³⁵ Vgl. RÜEDE / HADENFELD (FN 34), S. 327 ff. und 312 ff.
- ³⁶ Vgl. RÜEDE / HADENFELD (FN 34) , S. 279 ff.
- ³⁷ Beispiel: 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).
- ³⁸ Für den Zivilprozess: GULDENER (FN 22), S. 16 f.; ZR 96 Nr. 8. Im Verwaltungsprozess gilt der gleiche Grundsatz.
- ³⁹ 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.
- ⁴⁰ Schätzung anhand der vom Verein Zürcherischer Rechtsanwälte herausgegebenen Tabellen zu den Gebührenverordnungen (Ausgabe 1997).
- ⁴¹ BREIDENBACH (FN 39), S. 107 f.
- ⁴² HAFT Fritjof: Verhandeln - Die Alternative zum Rechtsstreit - , München 1992, stellt die Kunst und die Vorteile der fairen Verhandlung meisterhaft dar; vgl. auch FISHER Roger / URY William: Das Harvard-Konzept - Sachgerecht verhandeln - erfolgreich verhandeln, 10. Aufl., Frankfurt 1991; URY William L. / BRETT Jeanne M. / GOLDBERG Stephen B.: Konfliktmanagement - Wirksame Strategien für den sachgerechten Interessenausgleich, Frankfurt 1991; PONSCHAB Reiner / SCHWEIZER Adrian: Kooperation statt Konfrontation, Neue Wege anwaltlichen Verhandeln, Köln 1997 (unterhaltsam wie ein Krimi, was für ein juristisches Buch selten ist!).
- ⁴³ MÄGLI Rolf: Konfliktbewältigung durch Verhandlungen / Werkstattbericht aus dem Kanton Solothurn, in: URP 1992, S. 192 f.; RENN Ortwin: Die Bedeutung der Kommunikation und Mediation bei der Entscheidung über Risiken, in: URP 1992, S. 275;

-
- ⁴⁴ BÖSCH Peter: Der Nachbarstreit und dessen Beilegung (Mediation – ein neuer Weg), in: SJZ 1998, S. 77 f.
- ⁴⁵ DERENDINGER Peter: Alternative Methoden zur Beilegung von Baurechtsstreitigkeiten, in: In Sachen Baurecht, zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Beiträge aus dem Seminar für schweizerisches Baurecht, Universität Freiburg, Band 2, Freiburg 1989, S. 155 ff.; HAGER Günther: Instrumente zur Vermeidung und Beilegung von Konflikten im Industriebau, in: KOLLER Alfred (Hrsg.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, St.Gallen 1994, S. 275 ff.; WALTER Hans Peter: Der Baustreit, in: Baurechtstagung, Band I, Gesamtveranstaltungen, Fribourg 1997, S. 37 f.
- ⁴⁶ Vgl. HUBMANN TRÄCHSEL (FN 16).
- ⁴⁷ So ist das Ermessen weit bei der Ausgestaltung von Vollzugsmassnahmen, bei der ästhetischen Beurteilung oder beim Erlass von Umweltschutzmassnahmen.
- ⁴⁸ RICHLI (FN 32), S. 381 ff.
- ⁴⁹ vgl. die Ausführungen vorne S. 13 f.
- ⁵⁰ BREIDENBACH (FN 39), S. 4.
- ⁵¹ DUSS-VON WERDT Josef u.a.: Mediation in der Schweiz, Glattbrugg 1994; MÄHLER Hans-Georg / MÄHLER Gisela / DUSS-VON WERDT Josef: Faire Scheidung durch Mediation, 1. Aufl., München 1994.
- ⁵² HUBMANN TRÄCHSEL Michèle: Koordination - kein alter Hut!, in: URP 1996, S. 785 f.; KÄGI-DIENER Regula: Koordinative Verfahrensmodelle - Leitverfahren und Mittlerverfahren, in: AJP 1995, S. 691 f.; MÄGLI Rolf (FN 43); RENN Ortwin (FN 43); SEILER Hansjörg / WEBLER Thomas: Prozedurale Demokratie - Ein Beitrag zur schweizerischen Demokratiereform, in: ZSR 1994 I, S. 171 f.; WOLF Rainer: Verwaltung und Konfliktregulierung: Zwischen Verfahrensbeschleunigung, Konsensorientierung und Ausdifferenzierung des Rechts, in: GOTTWALD Walther / STREMPPEL Dieter (Hrsg.): Streitschlichtung - Rechtsvergleichende Beiträge zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, Bonn 1995, S. 161 ff.
- ⁵³ So die Definition des in Zürich 1994 gegründeten «Institutes für Mediation».
- ⁵⁴ In den USA gibt es zwar erzwungene Mediationen (vgl. die Hinweise bei SANDER Frank: Gerichtliche und aussergerichtliche Streitbeilegung - Überblick über die Erfahrungen in den USA (Deutsche Übersetzung): in: GOTTWALD Walther / STREMPPEL Dieter (Hrsg.): Streitschlichtung - Rechtsvergleichende Beiträge zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, Köln 1995, S. 37. Der bessere Weg, eine sich sträubende Partei zu einer Mediation zu bewegen, ist wohl neben Überzeugungsarbeit von Mediationsstellen der finanzielle Anreiz. Gerichtsverfahren sollten massiv verteuert und damit Mediationen und andere alternative Streitbeilegungsmethoden attraktiver gemacht werden (vgl. STOCK Johannes: Der Geschäftsanfall der Zivilgerichte und die Filterwirkung aussergerichtlicher Konfliktbearbeitung, in: GOTTWALD Walther / STREMPPEL Dieter (Hrsg.): Streitschlichtung - Rechtsvergleichende Beiträge zur aussergerichtlichen Streitbeilegung (Köln 1995) S.135).
- ⁵⁵ Dem Problem der Teilnehmerauswahl widmen sich SCHULZE-FIELITZ Helmuth: Der Konfliktmittler als verwaltungsverfahrenrechtliches Problem, in: HOFFMANN/RIEM, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. II, Baden-Baden 1990, S. 79 und WOLF (FN 52), S. 180 ff.
- ⁵⁶ vgl. PEER Constantin: Methoden der Mediation und Konfliktlösung, Vortragsunterlage, Zug 1995; WALL James A. / LYNN Ann: Mediation - A current Review, In: Journal of conflict resolution, March 1993, S. 182 f.
- ⁵⁷ Gewisse Regelungen hat sich für den Bereich des Immaterialgüterrechts die WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO) mit den «WIPO Mediation Rules» (Genf 1996) gegeben. Die WIPO hat auch einen «Guide to WIPO mediation» (Genf 1996) herausgegeben.
- ⁵⁸ Die folgende Beschreibung stellt ab auf ein Arbeitspapier des CENTER FOR DISPUTE SETTLEMENT und die Hinweise bei: BÜHRING-UHLE Christian: Alternative Streitbeilegung in Handelsstreitigkeiten, in: GOTTWALD Walther / STREMPPEL Dieter (Hrsg.): Streitschlichtung - Rechtsvergleichende Beiträge zur aussergerichtlichen Streitbeilegung (Köln 1995) 65 f.; V. HOYNINGEN-HUENE Dagmar: Mediation - Eine Alternative zum gerichtlichen Verfahren, in: JuS 1997, S. 352 ff. Ergänzende Hinweise verdanke ich Dr. Alfred Rudolf, Zürich. Vor allem liess ich mich durch die von der Firma Egger, Philips und Partner AG für Mediationsseminare ausgearbeiteten Kursunterlagen inspirieren. Den Verfassern dieser Unterlagen (Ueli Egger, Francis Jaquenod und Thierry Barth) gebührt ebenfalls Dank. Aus diesen Unterlagen stammt auch die folgende Grafik.
- ⁵⁹ VON TOBEL Urs: Wohnen: Dein Nachbar, das feindliche Wesen, in: Beobachter Nr. 8/1997 24 ff. berichtet immerhin vom Einsatz von Schlichtern in Baugenossenschaften und bei der Liegenschaftenverwaltung der Stadt Zürich, welche sich mit gewissem Erfolg um die klassischen Waschküchenstreitigkeiten kümmern.
- ⁶⁰ Vgl. das illustrative Beispiel bei HAFT (FN 42), S. 107.
- ⁶¹ Vgl. RICHLI (FN 30) S. 395 f.; KNAPP Blaise: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 4. Aufl., Basel 1992, N 1521 f.
- ⁶² So auch für den Zivilprozess BREIDENBACH (FN 39) 299 f.