

Aussergerichtliche Streitschlichtung: effiziente Methode oder bloss ein Umweg?

Anita Lutz, *dipl. Bauingenieurin ETH, Mediatorin IRP-HSG, Zürich*

- I. Vorbemerkungen
 - A. Streit
 - B. Beizug von Dritten und Verfahrenswahl
- II. Aussergerichtliche Streitschlichtung
 - A. Die Verfahren
 - B. Effizient oder Umweg?
 1. Schneller, günstiger und nützlich
 2. Einflussnahme durch Parteien
 3. Nutzen durch Streitbeilegung
 4. Allparteiliche Haltung in schwierigen Situationen
- III. Einschätzung und Schlussbemerkung
- IV. Literatur
 - A. Literaturverzeichnis
 - B. Links

I. Vorbemerkungen

A. Streit

Bauvorhaben und deren -Abwicklung weisen ein hohes Potential für Meinungsverschiedenheiten auf. Die Differenzen umfassen Vergütung, Bestellung, technische Aspekte, das Recht, aber auch die Ablaufplanung und -organisation, Kommunikation, persönliche Aspekte, zwischenmenschliche Beziehungen etc.

In der Baubranche besteht eine entwickelte Differenzlösungskultur. Es werden erfolgreich verschiedenste Verfahren für die eigenverantwortliche und selbständige Differenz erledigung zwischen den Parteien angewandt. Für den grössten Teil der Differenzen wird eine Lösung gefunden. Wenn nicht, stehen die Meinungsverschiedenheiten weiterhin im Raum. Je nach Umgangskultur können sich Differenzen zudem zu einem Streit¹ entwickeln.

Differenzen und Streit können gering, aber auch äusserst belastend sein. Mit Eskalation eines Streits verändern sich Wahrnehmung, Denken, Fühlen, Wollen und schliesslich das Verhalten. Der Konflikt ist geprägt von Eskalationsstufe und Art und Weise der Austragung (heiss, kalt).

In der Sache haben die Parteien, deren Vertreter und Berater eigene Meinungen, Sichtweisen, Haltungen (auch Werthaltungen), Positionen und Interessen.

B. Beizug von Dritten und Verfahrenswahl

Wenn die Parteiverhandlungen bei Differenzen oder Streit nicht oder ungenügend zum Ziel geführt haben, stehen aussergerichtliche Streitschlichtungs- und gerichtliche Verfahren als nächste Schritte zur Verfügung.

Die Wahl des Verfahrens und die Benennung von Dritten oder eines Gremiums brauchen eine Einigkeit der Parteien. Wenn dies nicht ohne weiteres gelingt, kann es hilfreich sein, dafür Hilfe von in Konfliktlösung geschulten Personen zu holen. Personen, die den Streitbeilegungsprozess veranlassen oder begleiten.

Die Wahl des Streitbeilegungsverfahrens bzw. der Gang zum Gericht ist ausschlaggebend dafür, was in der Folge in welcher Art und Weise behandelt wird, ob nur eine Bearbeitung der Differenzen oder auch eine Streitbeilegung möglich ist. Die Wirkungen der Verfahren sind unterschiedlich. Die Resultate in der Sache auch. Ähnliches gilt für die Wahl der Mediatoren und Schlichterinnen.

Oft ist die Verfahrenswahl schon im Vertrag festgelegt. Gerade im eskalierten Fall ist diese Verpflichtung ein Vorteil. Trotzdem bleibt es sinnvoll, die Zweckmässigkeit für den jeweils vorliegenden Fall zu verifizieren und allenfalls etwas anderes zu vereinbaren.

Bei grossen Bauvorhaben, insbesondere im Bereich der Infrastruktur, werden teilweise präventive Verfahren mit Drittbeteiligung zur systematischen Differenzbehandlung, Streitvorbeugung und -behandlung) gewählt und durchgeführt. In diesen Verfahren ist der Prozess der Streitbehandlung schon aufgegleist, bevor der Streit besteht.

¹ *Differenzen* und *Meinungsverschiedenheiten* werden hier als unterschiedliche Sichtweise und Beurteilung in Bezug auf bestimmte Sachverhalte, Fragestellungen und Haltungen verwendet, *Streit* als das Austragen von Meinungsverschiedenheiten

II. Aussergerichtliche Streitschlichtung

A. Die Verfahren

In den weiteren Überlegungen habe ich folgende Streitschlichtungsverfahren² im Blick.

- Die klassische *Mediation*
- Privates, einstufiges *Schlichtungsverfahren*
- *Kombinierte Verfahren*, z.B. Streiterledigung gelenkt durch Mediatorin, Differenzbereinigung durch Gutachter
- *Mehrstufige Streiterledigungsverfahren*; wie z.B. Streiterledigung nach VSS Empfehlung 641 510, oder Schweizerische Mediationsordnung für Wirtschaftskonflikte der Schweizerischen Handelskammern.

Für weitere Alternativen und Informationen zu den Verfahren empfehle ich BARBARA CARL, *Aussergerichtliche Formen der Streitbehandlung im Bauvertragsrecht*³.

Die aussergerichtlichen Streiterledigungsverfahren enthalten verschiedene Techniken zur Unterstützung, welche deren Effizienz mitbegründen. Sie unterscheiden sich von den Gerichtsverfahren durch:

- Strukturierung der Parteiverhandlung und Spielregeln
- Eingübte Abläufe (wie z. B. präventiv eingesetzte Verfahren)
- Rüttelstrecken; fixe Vorstellungen und Positionen behindern Lösungsfindungen. Mit «Rüttelstrecken» werden diese aufgeweicht.
- Risiken und Chancen der Lösungen aufzeigen (BATNA und WATNA⁴)
- Anleiten der Parteien zum Mitdenken, zu Eigeninitiative, zur eigenen Lösungsfindung
- Verfahren in Schritte unterteilen, parallele Haupt- und Nebenverfahren (wie z.B. Streitbehandlungsverfahren mit Gutachten zu Einzelfragen)
- Nicht nur Differenzbereinigung, sondern auch Streitbehandlung
- Klären der erwünschten Qualitäten der Lösung (wann ist sie gut/was ist gerecht) im Mediationsverfahren.
- Der Einbezug von *Interessen, Hintergründen* und *Bedürfnissen*.
- Qualifizierbare und überprüfbare Fairnesskriterien formulieren
- Lösungsvorschläge durch Parteien erarbeiten und gegenseitig Angebote machen lassen
- Techniken zur Sammlung von vielen Lösungsoptionen, mit Wahl der Bestvariante (Erweiterung der möglichen Lösungsvarianten)
- Teillösungen zulassen
- Im Schlichtungsverfahren Vorschlag einer Lösung.

² Die *gemeinsame Expertise* und das feststellende *Schiedsgutachten* werden als Methoden zur Differenzbereinigung ohne aktive Streiterledigungskomponente hier nicht betrachtet; auch wenn die im Gutachten dargestellte Werthaltung und die Formulierung des Gutachters streitmindernd oder -fördernd wirken kann und darum sorgfältig abgefasst werden muss.

³ *Typen von Streitbehandlungsformen*, CARL, BARBARA. Aussergerichtliche Formen der Streitbehandlung im Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsgutachtens, der Mediation, der Empfehlung VSS 641 510 für Streiterledigung und weiterer Bauspezifischer Mechanismen, Zürich 2010, S. 253 ff.

⁴ BATNA «Best Alternative to Negotiated Agreement», WATNA «Worst Alternative to Negotiated Agreement», vgl. dazu: FISHER, ROGER/URY WILLIAM/PATTON BRUCE, *Das Harvard-Konzept, der Klassiker der Verhandlungstechnik*, 23. Aufl., Frankfurt a. M. 2019.

B. Effizient oder Umweg?

1. Schneller, günstiger und nützlich

Die aussergerichtliche Streiterledigung ist effizient. Denn die Parteien erhalten die Lösung *schneller* und *günstiger* als auf dem Gerichtsweg.

Das Verfahren kann auf die *wesentlichen Punkte* beschränkt werden. Diese können zuerst behandelt werden. Vielfach erledigen sich die anderen Punkte danach sehr einfach. Die im Gegensatz zum Gerichtsverfahren, wo Kläger und Beklagten unzählige auch wenig bedeutende Argumente bringen, um dem Gericht zu imponieren und ihr Anliegen wichtig zu machen. Punkte, die dann einzeln abgehandelt und abgearbeitet werden müssen.

Die *Beweisführung* kann *auf anderem, vereinfachtem Weg* erfolgen. Auf Klageschrift, Klageantwort, Replik, Duplik kann zugunsten von Zusammenfassungen oder mündlichen Informationen verzichtet werden. Die Parteien können sich zur Vereinfachung des Verfahrens darauf einigen, Meinungen der anderen Partei stehen zu lassen, ohne sie damit zu akzeptieren, auch wenn sie nicht vollständig damit einverstanden sind.

Die erwähnten Vorteile sind in komplexeren Fällen noch augenscheinlicher. Die Gerichte könnten zudem die Menge aller aussergerichtlich behandelten Fälle gar nicht bewältigen.

Es gibt aber zusätzliche *Nutzen* für die Parteien, die bisweilen weit über das Erwähnte hinaus gehen. Sie beziehen sich auf die weiteren Anliegen, Bedürfnisse und Wünsche der Parteien und der Menschen im Streit, in der Differenzbereinigung und Streiterledigung:

- *ernst genommen*, gehört und verstanden werden.
- Wunsch nach *Recht* und *Gerechtigkeit*.
- Behandlung der hinter den *Positionen* (Sichtweise, Forderungen) stehenden weiteren *unausgesprochenen Bedürfnisse und Realitäten* (z.B. Verunsicherung, finanzielle/wirtschaftliche Realitäten, Wertvorstellungen etc.)
- *Gute Informationen* in Bezug auf:
 - *Risiken und Chancen in der Sache* (resultierende Lösung)
 - *mögliche Streiterledigungsverfahren* (Typen, Ablauf, Wirkung)
 - *Risiken und Chancen der Streiterledigungsverfahren*
- *Zeit, Gelegenheit sowie Anleitung*, ihre *Sichtweise zu ändern* (sich öffnen gegenüber Argumenten der Gegenpartei; diese ernst nehmen, einordnen und eigene Lage neu beurteilen)
- *Emotionen verarbeiten*, Stress des Streits loswerden
- *Gesicht wahren*
- *Stärkung der Persönlichkeit*, des Selbstbewusstseins durch Mitwirken
- etc.

Diese Anliegen sind teilweise unausgesprochen und den Personen nicht immer voll bewusst. Das Erkennen und Einbeziehen der im Einzelfall massgebenden Anliegen kann DER Schlüsselfaktor für die Einigung sein. Der Nutzen für die Parteien und Menschen geht also über die *Einigung in der Sache* hinaus und umfasst die *Erfüllung einzelner Anliegen*.

2. Einflussnahme durch Parteien

Die Parteien können im aussergerichtlichen Verfahren *mehr Einfluss* nehmen.

Gerade in Fällen, wo die Sache nicht eindeutig und klar zu entscheiden ist, wo dem Ermessen der zugezogenen Drittperson eine grosse Bedeutung zukommt, hilft die *Nähe der Parteien zu der Drittperson* bzw. der direkte Kontakt zwischen Drittperson und Parteien. Die zu beurteilende Ausgangslage kann durch diesen Kontakt einfacher, klarer und präziser erfasst werden.

Die klassische Mediation geht vom Grundsatz aus, dass die Parteien die Probleme und auch die Lösung kennen. Das Verfahren erlaubt den Parteien

- a) zu definieren, was in Ihrem Fall die Lösung für *Qualitäten* haben muss, damit sie gut ist,
- b) mit der Suche von vielen Lösungsoptionen sich auch für *alternative, unkonventionelle Lösungsmodelle* zu öffnen,
- c) *selbst* die Lösung zu definieren.

Mit diesem Vorgehen gefundene Lösungen werden als gerecht empfunden und gut akzeptiert. Auch mediativ geführte Schlichtungsverfahren können in diese Richtung gelenkt werden.

Die Mitwirkung an Lösungsfindung und Streitbeilegung in den aussergerichtlichen Verfahren *stärkt* die Menschen. Es *verbessert* auch die Beziehung unter den Parteien.

Vor Gericht muss die Streitsache auf einzelne juristisch zu beurteilende Auslegungen des Rechts heruntergebrochen werden. Die Einflussnahme der Parteien besteht in der Lieferung von vielen Argumenten. In den Akten ist schliesslich ein Riesenhaufen von «Beweisen» dokumentiert. Das in Bausachen oft nicht sehr bewanderte Gericht wird entscheiden. Dass es in solchen Situationen zu völlig «überraschenden» Urteilen kommt, ist nachvollziehbar. Aussergerichtliche Verfahren können solchen Überraschungen vorbeugen.

3. Nutzen durch Streitbeilegung

Ziel der aussergerichtlichen Streiterledigung ist, dass sich die Parteien der Differenzbereinigung ihren Streit beilegen können. Der Prozess kann einfach gestaltet werden, z. B. wenn überblickbare Sachfragen zur Diskussion stehen und der Streit wenig eskaliert ist. Bestehen jedoch festgefahrene Positionen, Tunnelblick, Stolz, aber auch komplexe, widersprüchliche Tatbestände, mehrere Kausalitäten, verschiedenste Streitfragen, persönliche Animositäten u. a. m., wird es schwieriger. In diesen Fällen braucht es mehr, um die Parteien dazu zu bringen, eine einvernehmliche Lösung zu suchen und den Streit beizulegen.

Die Parteien und die Menschen müssen im Laufe der Streiterledigung ihre Meinung und Sichtweise, ihre Haltung und ihr Verhalten verändern. Da braucht es Verfahren, die sie einbeziehen. Die Parteien sollen im Prozess laufend *neue Erkenntnisse* gewinnen, sich emotional *vom Streit lösen*, und *konstruktiv* bei der Lösung mitarbeiten. Dies wird in Mediationen und mediativ geführten Schlichtungen gefördert.

Es ist im Übrigen äusserst befriedigend, nach vorne zu schauen und auf die Lösung orientiert zu sein, im besten Fall daran mitzuarbeiten. Der dauernde und bohrende Blick in die je länger je verschwommenere Vergangenheit im Gerichtsverfahren und die Orientierung auf Rechthaben bindet viel zu viel Ressourcen.

Die Parteien können zudem am Beispiel des Streitbeilegungsverfahrens der zugezogenen Dritten *lernen* und vielleicht beim nächsten Mal selber den Streit erledigen oder diesem vorbeugen.

4. Allparteiliche Haltung in schwierigen Situationen

Bei Meinungsverschiedenheiten und Streit geht es nicht immer nur um die Auslegung des Vertrags bezüglich einer Vergütung oder darum, was der Vertragsinhalt alles beinhaltet und wer die Mehrkosten übernimmt, was ein Mangel ist etc.. Es ist auch nicht immer so, wie die Parteien behaupten, dass es ist. Es kann anders sein. Es können Schicksale mit der Sache verbunden sein, z.B. steht eine Partei je nach Ausgang der Streitsache (Vergütung) am persönlichen Ruin (Geschäfts- und Privatkonkurs). Vielleicht fühlt sich eine Partei im Streit mental schwächer als die andere bzw. schätzt ihr Gegenüber psychologisch stärker und hart in der Haltung ein. Oder eine Partei lügt, nervt, gibt sich kaum einsichtig, Lügen werden vermutet, aber können nicht bewiesen werden.

In der Streiterledigung gilt es, solche Situationen zu erkennen und bewusst zu machen. Mit schwierigen Ausgangslagen muss umgegangen und die Augen dürfen nicht verschlossen werden, wenn man zum Ziel kommen will. In solchen schwierigen Situationen braucht es erfahrene und in Streiterledigung geschulte Schlichter und Mediatorinnen mit ihrer allparteilichen Haltung, die über die neutrale Haltung hinaus geht.

III. Einschätzung und Schlussbemerkung

Die aussergerichtlichen Streitschlichtungsverfahren kommen zum Zug, wenn sich die Parteien darauf einigen, oder wenn diese für einen solchen Fall vorgängig vereinbart wurden.

Für eine aussergerichtliche Streiterledigung braucht es aber nicht nur die vertragliche sondern auch die mentale und emotionale Bereitschaft der Parteien für das Verfahren und ihren persönlichen Beitrag. Die Beteiligten müssen vorbereitet werden, damit sie sich auf die Mediatoren und Schlichterinnen und deren Vorgaben einlassen können. Eine gewisse Resultatoffenheit ist zwingend.

Sind die Parteien nicht allein Entscheid- oder voll handlungsfähig, z. B. die öffentliche Hand ist involviert, ein Konkursverfahren am Laufen, Versicherungen sind im Hintergrund u. a. m., sind die Voraussetzungen für die Anwendung aussergerichtlicher Verfahren zuerst zu schaffen: Einbezug von weiteren Entscheidungsträgern, Eingrenzung der zu erledigenden Punkte u. a. m. Vor diesem Effort scheuen sich leider viele, oder es wird behauptet, dass dieser zugegebenermassen schwierige Weg nicht gangbar sei.

Nach meiner Einschätzung fehlt, vertieftes Wissen über die Verfahren bei vielen Bausachverständigen, Juristen und Bauherrschaften. Die verschiedenen Formen der aussergerichtlichen Streiterledigung sind allgemein noch ungenügend bekannt. Auch die Vorstellung über den Ablauf und noch mehr über die Wirkung ist ungenügend, teilweise abstrus. Es werden darum nicht alle möglichen Verfahren in Betracht gezogen und die Eignung der Verfahren falsch eingeschätzt.

Ich bin überzeugt, dass noch mehr Überzeugungskraft und Hartnäckigkeit investiert werden muss, um Parteien vom Beschreiten des Gerichtswegs abzuhalten. Hier sind wir als Berater und Beraterinnen der Parteien gefordert. Wenn die Argumente allein nicht genügen, sollten in Streitbehandlung ausgebildete Personen zugezogen werden, um dem aussergerichtlichen Weg nochmals eine Chance zu geben. Ich behaupte, auch bei den verhältnismässig wenigen durchgeführten gerichtlichen Verfahren wären aussergerichtliche Verfahren meist der «bessere» Lösungsweg gewesen.

Die «weichen» Faktoren in den aussergerichtlichen Verfahren haben eine grosse Bedeutung. Die Parteien behaupten oft, es gehe nur um die jeweilige Sache. In vielen Streitfällen ist es aber gerade nicht so. Es wird keine Lösung gefunden, weil eben auch noch Anderes behandelt werden müsste. Hier sind die aussergerichtlichen Verfahren zweckmässig. Die Schlichterinnen und Mediatoren können einen Weg gehen, der diese hintergründigen, noch unerkannten, schwelenden Umstände soweit nötig einbeziehen.

Die Wahrscheinlichkeit, dass wir eben diese Wirkung der Behandlung von «weichen» Faktoren unterschätzen, steht 95 zu 5. Dies schlicht aus dem Grund, weil wir deren Wirkung selber noch zu wenig erlebt haben, sie nicht sehen wollen oder können (blind) oder wir kein Interesse daran haben. Lasst uns darüber nachdenken!

IV. Literatur

A. Literaturverzeichnis

CARL BARBARA, Aussergerichtliche Formen der Streitbehandlung im Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsgutachtens, der Mediation, der Empfehlung VSS 641 510 für Streiterledigung und weiterer Bauspezifischer Mechanismen, Zürich 2010

FLUCHER THOMAS/KOCHENDÖRFER BERND/VON MINCKWITZ, URSULA/VIERING, MARKUS.G. Mediation im Bauwesen, Berlin 2003

GLASL FRIEDRICH/BALLREICH RUDI, Mediation in Bewegung, 2. Auflage, Stuttgart 2007

FISHER ROGER/URY WILLIAM/PATTON BRUCE, Das Harvard-Konzept, der Klassiker der Verhandlungstechnik, 23. Aufl. Frankfurt a. M. 2019

B. Links

www.baummediation-sdm.ch