

Hans Rudolf Spiess dipl. Bauing. ETH und lic. iur.
Marie-Theres Huser lic. iur., Rechtsanwältin
Mitarbeiter:
Michael P. Merz dipl. Bauing. FH und lic. iur.

8034 Zürich, Postfach, Höschgasse 66
Telefon 044 383 10 50, Telefax 044 383 27 38
www.baurecht.ch, buero@baurecht.ch

6. Kolloquium "Baurecht heute" vom 11. Januar 2006

im UBS Konferenzgebäude "Grünenhof", Nüscherstrasse 9, 8001 Zürich

Streitschlichtung – Ende einer unendlichen Geschichte

Referat von Hans Rudolf Spiess, dipl. Bauing. ETH und lic. iur.

Dass Baustreitigkeiten zu einer unendlichen Geschichte werden können, muss ich hier nicht näher ausführen. Aber können solche Geschichten mit Methoden alternativer Streitschlichtung zu einem vorzeitigen guten Ende gebracht werden?



Ich gehe der Frage nach, wann eine solche Streitschlichtung zweckmässig ist und werde anhand eines erfolgreichen Beispiels die Erfolgs- und Misserfolgskriterien aufzeigen.

In der Rechtslehre vor allem amerikanischer Hochschulen nehmen alternative Streiterledigungsverfahren einen breiten Raum ein unter dem Titel "Alternative Dispute Resolution" (ADR). Ich beschränke mich hier auf die zwei in der Schweiz bekanntesten Verfahren:

- Die Mediation und
- das Stufen- oder Phasenmodell.

Dabei ist die Mediation eigentlich nichts anderes als die mittlere Stufe des Phasen-Modells.

1. Ordentliche und alternative Streiterledigung

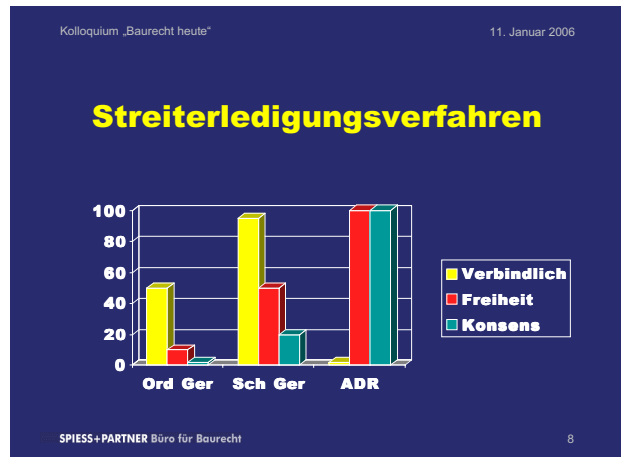
Ich will vorab einmal die alternative Streiterledigung, das Schiedsgerichtsverfahren und das ordentliche Gerichtsverfahren vergleichen hinsichtlich

- der Verbindlichkeit des Urteils bzw. Entscheids,
- der Freiheit der Parteien, das Verfahren zu bestimmen,
- der Anforderung an die Konsensbereitschaft der Parteien.

Die Grafik zeigt, dass das alternative Streitlerledigungsverfahren (ADR) den Parteien grösstmögliche Freiheit in der Gestaltung des Verfahrens gibt. Der Entscheid der Schlichtungsinstanz oder des Mediators ist jedoch meist völlig unverbindlich. Das bedeutet, dass für den Erfolg ein starker Wille zum Konsens Voraussetzung ist.

Beim Schiedsgericht (Sch Ger) dagegen ist die Verbindlichkeit hoch. Gegen einen Schiedsgerichtsentscheid sind nur ausserordentliche Rechtsmittel möglich, mit denen grobe Verfahrensfehler oder Willkür, nicht aber der materielle Inhalt des Entscheids, gerügt werden können. Die Freiheit der Parteien ist geringer als bei der alternativen Streitlerledigung. An Konsensbereitschaft braucht es ein bestimmtes Minimum, zumindest die Einigung auf ein Schiedsgericht. Das übrige Verfahren können die Parteien vereinbaren oder aber der gesetzlichen Regelung über die Schiedsgerichtsbarkeit und den Schiedsrichtern selbst überlassen.

Bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit (Ord Ger) braucht es überhaupt keine Konsensbereitschaft der Parteien. Die Freiheit der Parteien über das Verfahren zu verfügen, ist gering. Die Verbindlichkeit habe ich etwa mit 50% angenommen, da ordentliche Gerichtsverfahren in vielen Fällen über zwei Instanzen mit voller Kognition gehen und nach dem Urteil der ersten Instanz die Wahrscheinlichkeit eines anderen Urteils der zweiten Instanz besteht.



2. Gründe für alternative Streitlerledigung

Alternative Streitlerledigungsverfahren eignen sich in Bausachen, weil die Aufwendungen der Parteien im ordentlichen und auch im Schiedsgerichtsverfahren gross sind.

Ist einmal der Weg der alternativen Streitlerledigung gewählt, bewirkt das einen Druck auf die Parteien, einen Vergleich zu suchen, weil jede Partei ohne weiteres das zuständige Gericht oder Schiedsgericht anrufen kann und damit die Nachteile und Risiken eines ordentlichen Verfahrens in Kauf zu nehmen wären.

Streiten in Bausachen dauert lange, beinhaltet hohe Risiken – vorab finanzielle, aber auch des Images – und verursacht in der Regel hohe Kosten für beide Parteien. Ziel ist es, die Dauer der Verfahren zu verkürzen, die Risiken beider Parteien zu minimieren und die Kosten zu reduzieren.

Vorab stelle ich einmal die Behauptung in den Raum, dass es sich in Bausachen nicht lohnt, um weniger als CHF 100'000.00 zu streiten. Auch nicht für Anwälte, weil sich das Honorar im Prozess nach der Streitsumme richtet und der Aufwand für seriöse Prozessführung bei kleinen Streitwerten oft nicht entsprechend geringer ist.

Die Prozesskosten bestehen nicht nur aus den eigentlichen Verfahrenskosten, sondern auch aus Parteikosten, die nicht entschädigt werden, bspw. externe Beratungen, Privatgutachten und auch anwaltliche Kosten über die Prozessführung im engeren Sinn hinaus (z.B. Beratung, Verhandlungsführung ausserhalb des Prozesses).

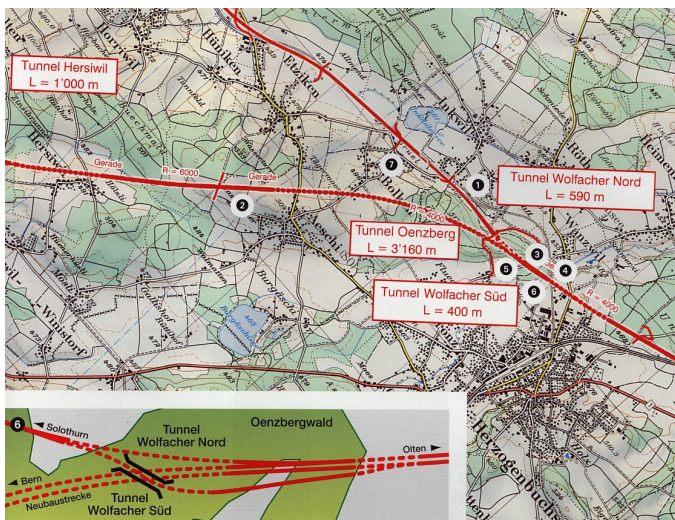
Dazu kommen die in der Regel unterschätzten internen Kosten der Parteien. Vor allem die Bindung interner Kapazitäten für die Instruktion des Anwaltes und für die Parteiaufgaben im Prozess (Teilnahme an Verhandlungen, Befragungen etc.). Diese Kapazitäten fehlen der Partei für die Ausübung des Kerngeschäfts.

Im Folgenden zeige ich die rechtliche und praktische Ausgestaltung einer alternativen Streiterledigung an einem erfolgreichen Beispiel auf.

Selbstverständlich beschränken sich meine Ausführungen auf das Verfahren. Ich werde aus Gründen der Vertraulichkeit nicht auf Inhalte des Streits oder der Streiterledigung eingehen.

3. Das Beispiel

Die SBB haben im Rahmen der Ausführung der Bahn 2000 für den Abschnitt Oenzberg mit einer Arbeitsgemeinschaft einen Werkvertrag für die Bauarbeiten der Neubaustrecke mit drei Tunnelbauten abgeschlossen.



Dieses Bild gibt Ihnen eine kurze Übersicht über den Abschnitt Oenzberg. Das Interessante daran ist, dass diese Strecke aus drei Tunnelbauten besteht, nämlich einem Haupttunnel der Bahn 2000, dem eigentlichen Tunnel Oenzberg, und den zwei weiteren Tunnels der Regionalverbindung Langenthal-Solothurn mit den Tunnels Wolfacher Nord und Wolfacher Süd. Das Spezielle an dieser Baustrecke sind die grossen Tagbautunnels und die Überführung des Tunnels Wolfacher Süd über den Tunnel Oenzberg.

Die Streitschlichtung wurde eingesetzt, als sich die Parteien über einen ganzen Strauss von Nachtragsforderungen, rund 75 an der Zahl, insgesamt mit einem Streitwert von einigen Millionen Franken, nicht einigen konnten.

6. Kolloquium "Baurecht heute" vom 11. Januar 2006

3.1 Vertragsgrundlagen

Die Grundlagen der Vereinbarung über die Streitschlichtung waren bereits Bestandteil der Ausschreibung der Bauarbeiten. In den Besonderen Bestimmungen der Ausschreibung war festgehalten:

"Die Vertragspartner verpflichten sich, bei Streitigkeiten aus dem Werkvertrag einvernehmlich eine Einigung zu suchen, bevor sie das gemäss Werkvertrag zuständige Gericht anrufen.

Zu diesem Zweck einigen sich die Parteien, im Zuge der Vertragserfüllung erkennbare Meinungsverschiedenheiten durch nachfolgendes 3-Phasen-Modell zu bereinigen. Die Detailmodalitäten werden vor Werkvertragsunterzeichnung gemeinsam erarbeitet."

3.2 Das 3-Phasen-Modell

Dieses 3-Phasen-Modell sieht folgendes Vorgehen zur Streitbeilegung vor:

Phase 1: Der Baustellenentscheidungsweg

In dieser Phase sollen die Parteien versuchen – ohne Beizug Dritter – eine Einigung zu finden. Ist keine Einigung möglich, kann jede Partei an die Schlichtungsstelle gelangen.

Phase 2: Die Streitschlichtung

Sie ist eine Art Mediationsverfahren mit einer Schlichtungsstelle.

Phase 3: Die gerichtliche Beurteilung

Eine Partei kann den Richter erst anrufen, wenn die Streitschlichtung gescheitert ist.

Von Bedeutung ist im Weiteren die Verpflichtung beider Parteien, während der ganzen Dauer des Vertrages, in allen drei Phasen, die Erfüllung des Werkvertrags – ungeachtet der Streitpunkte – weiterzuführen. Damit werden gesetzliche Möglichkeiten beim Verzug der Gegenpartei, bspw. die Aufschiebung der Erfüllung (OR 82) oder der Rücktritt vom Vertrag (OR 107), ausser Kraft gesetzt.

3.3 Der Baustellenentscheidungsweg

Der Baustellenentscheidungsweg bezweckt die interne Streitbeilegung unter den Parteien ohne den Beizug von Dritten. Dazu ist ein Verfahren gemeinsamer Verhandlungen vorgesehen mit einem Drehbuch und genau definierten zeitlichen Meilensteinen.

Zuerst sind die Differenzen anlässlich der ordentlichen Sitzungen zu behandeln, nämlich

1. Bausitzung (kleine Bausitzung) mit dem Baustellenchef der Unternehmung und dem Chefbauleiter des Bauherrn

6. Kolloquium "Baurecht heute" vom 11. Januar 2006

2. Oberbauleitungssitzung (grosse Bausitzung) zusätzlich mit dem Projektleiter des Unternehmers sowie der Oberbauleitung und dem Abschnittsleiter des Bauherrn anderseits.

Kann an diesen Sitzungen keine Einigung erzielt werden, sind innerhalb des Baustellenentscheidungswegs zwei ausserordentliche Sitzungen vorgesehen:

3. Projektleitungssitzung

und zuletzt in dieser Phase das

4. Chefgespräch mit dem Vorsitzenden und einem Mitglied der Baukommission des Unternehmers sowie dem Gesamtprojektleiter und einem Mitglied der Leitung Grossprojekte des Bauherrn.

Erzielen die Parteien auch im Chefgespräch keine Einigung, kann jede Partei an die Schlichtungsstelle gelangen.

3.4 Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle

Voraussetzung ist, dass auch das Chefgespräch stattgefunden und nicht zur Lösung geführt hat.

Die Schlichtungsstelle muss angerufen werden, bevor eine Partei dem Gericht eine Klage einreicht.

Die Vereinbarung zur Streitschlichtung enthält die Klausel, dass Dispute mit einem Streitwert von weniger als CHF 100'000.00 durch die Schlichtungsstelle abschliessend beurteilt werden. Dass bei Grossbauvorhaben diese an und für sich recht stattliche Summe von CHF 100'000.00 keine grosse Bedeutung hat, ist offensichtlich. Es ist immer möglich, Forderungen so einzureichen, dass dieser Streitwert überschritten wird.

Die Schlichtungsstelle setzte sich zusammen aus

- einem Bauingenieur,
- einem Unternehmer,
- und einem Baurechtsspezialisten.

Die Schlichtungsstelle bestimmte selbst den Vorsitzenden. Sie zog einen Sekretär bei. Der Sekretär erwies sich mit seiner 10-jährigen Erfahrung auf dem Gebiet des Spezialtiefbaus in diesem Schlichtungsverfahren von grossem Nutzen.

Das Schlichtungsverfahren, die Pflichten der Parteien und der Schlichtungsstelle sowie deren Honorierung und die Kostentragung sind in einem Vertrag zwischen den Werkvertragsparteien einerseits und den Mitgliedern der Schlichtungsstelle anderseits geregelt.

6. Kolloquium "Baurecht heute" vom 11. Januar 2006

Hauptsächliche Aufgabe der Schlichtungsstelle ist es, aufgrund der Forderungen und Begründungen der Parteien, der Akten der Phase 1 "Baustellenentscheidungsweg" und weiterer Informationen einen begründeten Vorschlag zur Beilegung des Streits zu erarbeiten.

Die Vereinbarung sieht dazu eine Frist von in der Regel 20 Tagen vor. Für kompliziertere Streitfälle können das Verfahren und die Fristen durch die Schlichtungsstelle im Einverständnis mit den Parteien festgelegt werden.

Die Arbeitsweise der Schlichtungsstelle beschränkt sich in der nicht strittigen Phase auf jährlich zwei Informationstage auf der Baustelle. Diese dienen dazu, die Mitglieder der Schlichtungsstelle über den Stand der Arbeiten und allfällige Streitfragen, die in der ersten Phase behandelt werden, zu informieren.

Für die Verfahrensleitung verfügt die Schlichtungsstelle über die Freiheit, eigene Regeln zu erlassen. Das ermöglicht ihr, situativ entsprechend der Streitfrage einen Lösungsweg vorzuschlagen.

Die Mitglieder der Schlichtungsstelle dürfen während der ganzen Bauzeit keine Ratschläge an die Parteien erteilen. Das gilt auch für nicht strittige Fragen.

Hauptaufgabe im strittigen Verfahren ist die Beurteilung der Forderungen. Dass die Arbeit der Schlichtungsstelle vertraulich sein muss, versteht sich von selbst.

Das Schlichtungsverfahren lief in groben Zügen geschildert wie folgt ab:

- Im April 2004 wurden der Schlichtungsstelle von einer Partei Forderungen zur Beurteilung eingereicht.
- Die Schlichtungsstelle verfügte darauf einen Schriftenwechsel.
- Dann nahm sie eine erste Beurteilung der Forderungen und Gegenforderungen vor.
- Aufgrund dieser ersten Beurteilung folgte eine Diskussion der Schlichtungsstelle mit den Parteien einzeln. Ziel war es, einerseits offensichtlich unbegründete Forderungen (auch rein taktische) aus dem Streit zu eliminieren und andererseits die Parteien unter Ausschluss der Gegenpartei über ihre vorläufige Beurteilung der Forderungen zu orientieren.
- Die erste Schlichtungsverhandlung erfolgte knapp drei Monate nach Anrufung der Schlichtungsstelle. Ergebnisse waren erstens die Einigung auf Grundsätze, beispielsweise zu materiellen Fragen und zu den Beweisaufgaben, zweitens die Triage in anerkannte und strittige Forderungen und drittens die Beweisaufgaben der Parteien zu den strittigen Forderungen.
- Nach der ersten Schlichtungsverhandlung erfolgte ein zweiter Schriftenwechsel.
- Aufgrund der Ergebnisse der ersten Schlichtungsverhandlung, des zweiten Schriftenwechsels und der eingereichten Beweise beurteilte die Schlichtungsstelle alle Forderungen im Detail.

6. Kolloquium "Baurecht heute" vom 11. Januar 2006

- Diese Beurteilung der Schlichtungsstelle war Grundlage für die zweite Schlichtungsverhandlung im November 2004. Am Morgen der zweiten Schlichtungsverhandlung hatten die Parteien die Möglichkeit zur Beurteilung der Schlichtungsstelle ausführlich Stellung zu nehmen. Am Nachmittag wurde der Kreis der Teilnehmenden auf Seiten beider Parteien reduziert auf die Entscheidungsträger. In dieser (zweiten) Runde der zweiten Schlichtungsverhandlung war nicht mehr die materielle Diskussion der Forderungen das Ziel, sondern die Einigung über alle Forderungen. Das Ergebnis der zweiten Schlichtungsverhandlung war eine weitgehende Einigung der Parteien bis auf zwei strittige Forderungen. Diese wurden der Schlichtungsstelle zur abschliessenden Beurteilung und Ausarbeitung eines begründeten Vorschlags übergeben.
- Die Schlichtungsstelle unterbreitete den Parteien ihren Vorschlag im Dezember 2004.
- Im Januar 2005 konnte darauf gestützt der Vergleich abgeschlossen werden.

4. Erfolgsfaktoren / Misserfolgskfaktoren

Die Erfolgsfaktoren einer alternativen Streitschlichtung können folgendermassen zusammengefasst werden:

1. An den entscheidenden Verhandlungen müssen die Entscheidungsträger der Parteien persönlich anwesend sein. Es gibt kein "Rückfragen". Die Parteien haben sich in ihren Standpunkten festzulegen.
2. Die Fachkompetenz der Mitglieder der Schlichtungsstelle. Die Schlichtungsstelle muss die strittigen Frage materiell beurteilen und sachgerechte Lösungsvorschläge unterbreiten. Verhandlungspsychologie ist wohl in der Durchsetzung der Schlichtungsstelle von einer gewissen Bedeutung, nie aber für sich allein ein Erfolgsfaktor. Ohne eine materielle Beurteilung der Streitfragen hat eine Streitschlichtung wenig Aussichten auf Erfolg. Das bestätigen unsere Erfahrungen aus Mediationen. Die gescheiterte Flughafenmediation ist ein öffentlich bekanntes Beispiel.
3. Konsens im Team der Schlichter ist zentral. Die Schlichter müssen die Parteien von der materiellen Richtigkeit ihrer Beurteilung überzeugen können.
4. Das Aufrechterhalten des Zeitdrucks und die Vorgabe angemessener, aber kurzer Fristen sind wichtig. Dauern Schlichtungsverfahren zu lange oder sind die einzelnen Schritte des Schlichtungsverfahrens zu weit auseinander, schwindet die Konsensbereitschaft bzw. werden immer wieder neue Argumente der Parteien einfließen.
5. Und nicht zuletzt sind Grundsätze, welche die Schlichtungsstelle vorschlägt und auf welche sich die Parteien im Laufe des Verfahrens einigen, von grosser Bedeutung. Diese Grundsätze dienen dazu, das Verfahren immer wieder auf die Richtschnur zurückzuführen.

6. Kolloquium "Baurecht heute" vom 11. Januar 2006

Entsprechend sind Misserfolgskriterien in Schlichtungsverfahren:

- Der fehlende Wille der Parteien zum Konsens. Fehlt die Konsensbereitschaft, braucht ein alternatives Streitbeilegungsverfahren gar nicht erst in Angriff genommen zu werden. Es verursacht nur Zeitverlust und Kosten.
- Die lange Dauer eines Verfahrens fördert den Misserfolg.
- Wenn die Schlichter keine materielle Beurteilung vornehmen, eine solche nicht vornehmen wollen oder können, sind die Voraussetzungen, eine Einigung zu finden, gering.
- Uneinigkeit im Team der Streitschlichter lässt sich in den Verhandlungen nicht verbergen. Die strittigen Parteien werden je in ihren Auffassungen bestärkt, so dass der Wille zur Einigung schwindet.

5. Fazit

Erfahrungsgemäss gilt es immer zu beachten, dass einvernehmliche Lösungen letztlich ausgehandelt werden. Damit beide Seiten das Gesicht wahren können, ist ein zumindest kleines Entgegenkommen jeder Partei nötig. So wird eine Konsenslösung wohl immer innerhalb der Bandbreite von 1/4 bis 3/4 aller Forderungen liegen müssen.

Zusammenfassend und auf einen einfachen Nenner gebracht ist Streitschlichtung erfolgreich, wenn ein Vergleich zustande kommt und wenn die Dauer und die Kosten des Verfahrens im Verhältnis zum Streitwert günstig sind. Oder kurz zusammengefasst: Wenn die Streitparteien zähneknirschend zufrieden sind.

11. Januar 2006

Hans Rudolf Spiess