

Hans Rudolf Spiess dipl. Bauing. ETH und lic. iur.
Marie-Theres Huser* lic. iur., Rechtsanwältin
Mitarbeiter:
Franz-Xaver Ulrich* M.A. HSG, Rechtsanwalt

8034 Zürich, Postfach, Kirchenweg 5
Telefon 044 421 44 44, Telefax 044 421 44 40
www.baurecht.ch, buero@baurecht.ch
*Eingetragen im Anwaltsregister

11. Kolloquium "Baurecht heute" vom 20. Januar 2016

im Auditorium FORUM ST. PETER der Credit Suisse, Zürich

Aussergerichtliche Streiterledigung – schnell, günstig, fair?

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

Gründe für aussergerichtliche Streiterledigung

2008, anlässlich der Debatte um die neue schweizerische Zivilprozessordnung, votierte die damalige Justizministerin Bundesrätin Widmer-Schlumpf mit dem Argument "mehr schlichten als richten" für die Vorlage. Die jährlichen Statistiken der Gerichte zeigen in Bezug auf die Verfahrensdauer das folgende Bild (Beispiel Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich 2014):

Prozessdauer Bezirksgerichte

- 40% der Fälle 0.5 bis 2 Jahre
- 20% der Fälle 2 bis 4 Jahre
- 10% der Fälle über 4 Jahre

Prozessdauer Handelsgericht Zürich

- 60% der Fälle 0.5 bis 2 Jahre
- 12% der Fälle 2 bis 4 Jahre
- 4% der Fälle über 4 Jahre

Dabei ist zu berücksichtigen, dass vor Handelsgericht rund 2/3 der Fälle nicht durch ein Urteil, sondern durch Vergleich, Anerkennung oder Rückzug erledigt werden. Lediglich rund 20% der Fälle entscheidet das Handelsgericht mittels Urteil.

Freiheiten und Zwänge im Konfliktlösungsverfahren

Für die Wahl des Konfliktlösungsverfahrens sind neben Verfahrensdauer und Kosten die folgenden Faktoren wichtig:

- Verbindlichkeit:
Bei ordentlichen Gerichten besteht immer die Möglichkeit, das Urteil über zwei oder sogar drei Instanzen zu ziehen. Keine Partei ist verpflichtet, ein Urteil erster Instanz anzuerkennen. Sie kann es insbesondere mit den Rügen fehlerhafter Sachverhaltsfeststellung oder fehlerhafter Rechtsanwendung an die nächste Instanz weiterziehen. Urteile

eines Schiedsgerichts sind verbindlicher. Sie sind nur noch mit ausserordentlichen Rechtsmitteln aus besonderen Gründen, wie Verfahrensfehler oder willkürlicher Rechtsanwendung, anfechtbar. An die Begründung zur Anfechtung eines Schiedsgerichtsurteils sind hohe Anforderungen gestellt. Demgegenüber ist die Verbindlichkeit alternativer Streitschlichtungsverfahren gering. Sie setzt voraus, dass beide Streitparteien sich auf den Vorschlag der Schlichtungsstelle einigen. Eine Vergleichsvereinbarung ist dann grundsätzlich nicht mehr anfechtbar.

– **Verfahrensfreiheit:**

Das Verfahren vor staatlichen Gerichten ist durch die Zivilprozessordnung strikt geregelt. Es herrscht praktisch keine Verfahrensfreiheit. Die gesetzliche Regelung der Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 353-399 ZPO) lässt den Parteien grosse Freiheit, die Schiedsrichter und das Verfahren zu bestimmen. So kann das Verfahren im Rahmen der zwingenden gesetzlichen Vorschriften vereinfacht und beschleunigt werden, so z.B. mit der Ermächtigung der Parteien an das Schiedsgericht, nach Billigkeit zu entscheiden. Bei alternativen Streiterledigungsverfahren sind die Parteien in jeder Hinsicht frei, das Verfahren und die Person (Personen) der Schlichter sowie deren Kompetenzen zu bestimmen.

– **Konsensbereitschaft:**

Der Gang vor die staatlichen Gerichte braucht keine Konsensbereitschaft der Parteien. Staatliche Gerichte sind dann geeignet, wenn ein Organ einer Konfliktpartei sich nicht exponieren will (z.B. weil man ein Aufsichtsorgan fürchtet). Alternative Streitschlichtungsverfahren bedingen hingegen von Anfang an die Bereitschaft beider Parteien, eine einvernehmliche Lösung zu suchen und zu finden.

– **Verfahrensdauer:**

Die Verfahrensdauer pro Instanz der ordentlichen Gerichte und des Schiedsgerichts unterscheiden sich nur dann merklich, wenn in der Schiedsvereinbarung das Verfahren vereinfacht und beschleunigt wird. Wegen der zwingenden Verfahrensgrundsätze (rechtliches Gehör, Gleichbehandlung und Beweisverfahren) kann ein Schiedsgerichtsverfahren aber nur in Grenzen verkürzt werden. Auch alternative Streitschlichtungsverfahren lassen sich zwar erheblich, jedoch nicht in beliebigem Mass verkürzen. Will die Streitschlichtungsstelle einen fundierten Vorschlag unterbreiten, muss sie sich mit dem Sachverhalt und den Rechtsfragen gründlich auseinandersetzen. Bei grossen und langjährigen Bauvorhaben hat es sich bewährt, ein baubegleitendes Streitschlichtungsgremium einzusetzen, das periodisch (2 bis 4 Mal pro Jahr) über den Stand der Arbeiten und allfällige Probleme orientiert wird. So ist es möglich, dass die Streitschlichter beim Auftauchen eines Streitschlichtungsfalls über die Problemlage im Bild sind und ihren Bereitschaftsgrad rasch erhöhen können. Betrachtet man den Zeitbedarf eines Gerichtsverfahrens über alle Instanzen, wird der Vorteil der aussergerichtlichen Streitschlichtung gegenüber dem Schiedsgericht und vor allem gegenüber den ordentlichen Gerichten, einschliesslich Handelsgericht, erheblich.

Baustreitigkeiten

Bei Baustreitigkeiten zeigt es sich, dass die ordentlichen Gerichte fachlich oft überfordert sind. Der Bauprozess wird zum Gutachterprozess. Gutachten brauchen Zeit und kosten erheblich. Parteien, die mit dem Ergebnis des Gutachtens nicht zufrieden sind, können Ergänzungsfragen stellen, was das Verfahren weiter in die Länge zieht.

Handelsgerichte haben den Vorteil der Fachrichter. Fachrichter (ZH: 3 von 5 Richtern) im Spruchkörper können sich aufgrund ihrer eigenen Fachkenntnisse ein Urteil über die technischen Fragen bilden.

Die klassische Mediation, wo der Mediator lediglich die Verhandlungen zwischen den Parteien führt, im Sinne eines Moderators, ohne einen eigenen Lösungsvorschlag einzubringen, eignet sich nicht bei Geldforderungen, bei technischen Streitigkeiten (Mängel) und bei nicht verhandelbaren Themen (z.B. Flughafenausbau).

Geeignet und sehr erfolgreich ist bei Baustreitigkeiten die eigentliche Streitschlichtung, wo der Schlichter (das Schlichtungsgremium) aufgrund eines vereinbarten Verfahrens einen fundierten Lösungsvorschlag unterbreitet, den die Streitparteien dann als Vergleich vereinbaren.

Beispiel einer Streitschlichtung (Tunnel Oenzberg, 2004)

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. Die Strecke besteht aus einem Haupttunnel, dem eigentlichen Tunnel Oenzberg, und den zwei weiteren Tunnel der Regionalverbindung Langenthal-Solothurn mit den Tunneln Wolfacher Nord und Wolfacher Süd. Der Haupttunnel der Bahn 2000 unterfährt den Tunnel Wolfacher. Eine Besonderheit des Tunnels Oenzberg sind die grossen Tagbaustrecken. Probleme beim Bau ergaben sich im Oenzbergtunnel beim Nassvortrieb der Tunnelbohrmaschine (Lagerwechsel) und den dadurch bedingten Beschleunigungsmassnahmen sowie bei den Baugruben der Tagbaustrecken. Im Tunnel Wolfacher Nord erfolgte ein Tagbruch in der Grösse eines Fussballfelds.

Vertraglich war ein Streitschlichtungsgremium vereinbart. Das Streitschlichtungsgremium, bestehend aus einem Planer, einem Unternehmer und einem Baurechtsspezialisten wurde baubegleitend eingesetzt und ca. alle drei Monate anlässlich einer Streitschlichtungsinformationssitzung über den Stand der Bauarbeiten und allfällige Probleme orientiert. Gegen Ende der Bauarbeiten konnten sich die Vertragsparteien über einen ganzen Strauss von Nachtragsforderungen, ca. 75 an der Zahl, mit einem Streitwert von über CHF 10 Mio. nicht einigen.

Das Schlichtungsverfahren auf der Grundlage der VSS-Empfehlung "Streitschlichtung" lief in groben Zügen wie folgt ab:

- April 2004: Mitteilung an die Schlichtungsstelle, dass der Baustellenentscheidungsweg mit dem abschliessenden Chefgespräch zu keiner Einigung geführt hat und Einreichung der Forderungen durch die ARGE an die Schlichtungsstelle zur Beurteilung.
- Anordnung eines Schriftenwechsels durch die Schlichtungsstelle.
- Erste Beurteilung der Forderungen und Gegenforderungen durch die Schlichtungsstelle.
- Aufgrund dieser ersten Beurteilung folgte eine Diskussion der Schlichtungsstelle mit den einzelnen Parteien alleine. Ziel war es, einerseits offensichtlich unbegründete Forderungen (auch rein taktische) aus dem Streit zu eliminieren und andererseits die Parteien unter Ausschluss der Gegenpartei über die vorläufige Beurteilung der Schlichtungsstelle zu orientieren.
- Im Juli 2004, knapp drei Monate nach Anrufung der Schlichtungsstelle, erfolgte die erste Schlichtungsverhandlung. Die Ergebnisse waren: Erstens die Einigung auf Grundsätze zu materiell-rechtlichen Fragen (z.B. veränderte Ausführungsvoraussetzungen) und zu den Beweisaufgaben, zweitens die Triage in anerkannte und strittige Forderungen und drittens die Beweisaufgaben an die Parteien zu den strittigen Forderungen.
- Nach der ersten Schlichtungsverhandlung erfolgte ein zweiter Schriftenwechsel. Mit diesem hatten die Parteien die Beweise einzureichen.
- Aufgrund der Ergebnisse der ersten Schlichtungsverhandlung, des zweiten Schriftenwechsels und der eingereichten Beweise beurteilte die Schlichtungsstelle alle Forderungen im Detail.
- 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 auf die Entscheidungsträger reduziert. 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 die weitgehende Einigung der Parteien, mit Ausnahme von zwei strittigen Forderungen. Diese wurden der Schlichtungsstelle zur abschliessenden Beurteilung und Ausarbeitung eines begründeten Vorschlags übergeben.
- Im Dezember 2004 unterbreitete die Schlichtungsstelle den Parteien ihren Lösungsvorschlag.
- Im Januar 2005 unterzeichneten die Parteien – gestützt auf den Lösungsvorschlag – den Vergleich.

Grundlagen der Streitschlichtung

Streitschlichtungsklausel im Hauptvertrag

Es empfiehlt sich eine Streitschlichtungsklausel mit den Eckpunkten der Streitschlichtungsvereinbarung im Hauptvertrag (Werkvertrag) zu vereinbaren. Denn solche Vereinbarungen sind einfacher, wenn noch kein Streit entstanden ist. Die Streitschlichtungsklausel soll mindestens enthalten:

- Anzahl Schlichter und Nominationsverfahren
- Grundzüge des Verfahrens (bei grösseren Bauvorhaben empfiehlt sich das Schlichtungsverfahren nach VSS-Empfehlung 641 510 "Streiterledigung")
- Kompetenz der Schlichtungsstelle als Schiedsgericht (Limite)

Schlichtungsstelle

Die Schlichtungsstelle kann ein Einzelschlichter (in einfacheren Fällen) oder ein Gremium sein. Die Schlichtungsstelle soll die fachliche Kompetenz und Autorität haben, den Parteien einen glaubhaften Schlichtungsvorschlag zu unterbreiten, diesen zu verhandeln und in eine Vergleichsvereinbarung umzusetzen.

Ein Dreier-Schlichtungsgremium besteht in der Regel aus je einer von jeder Partei nominierten Fachperson. Die Parteien oder die von ihnen nominierten Schlichter nominieren einen vorsitzenden Schlichter. Im Idealfall verfügt die vorsitzende Person sowohl über Fachkenntnisse auf dem Gebiet des Streitgegenstands als auch über baurechtliche Kenntnisse und Erfahrung mit Streitschlichtung.

Weitere wichtige Anforderungen an die Schlichter sind die Unabhängigkeit, auch von der nominierenden Partei, und der Grundsatz, dass die Schlichter während des ganzen Verfahrens keiner Partei Ratschläge oder Empfehlungen abgeben.

Schlichtungsvereinbarung

Aufgrund der Schlichtungsklausel im Hauptvertrag ist zwischen den Vertragsparteien und den Schlichtern eine Schlichtungsvereinbarung abzuschliessen. Diese ist so einfach wie möglich zu halten. Sie regelt

- das Verfahren, soweit nötig. Hier ist zu beachten, dass der Schlichtungsstelle die Freiheit, das Verfahren zu bestimmen, nicht unnötig eingeschränkt wird. Wird das Schlichtungsverfahren nach der VSS-Empfehlung 641 510 "Streiterledigung" geregelt, sind weitere Verfahrensregelungen kaum nötig.

11. Kolloquium "Baurecht heute" vom 20. Januar 2016

- die Entscheidungskompetenz der Schlichtungsstelle als Schiedsgericht. Hier müssen sich die Parteien einig sein, bis zu welcher Höhe die Schlichtungsstelle als Schiedsgericht endgültig entscheiden kann. Für die Festsetzung des Betrags ist zu beachten, dass bei einem zu geringen Streitwert jede Partei immer die Möglichkeit hat, durch eine Häufung von Forderungen den Streitwert mehr oder weniger leicht zu überschreiten und damit den Einsatz der Schlichtungsstelle als Schiedsgericht zu verhindern. Für die Schlichtungsstelle als Schiedsgericht ist wesentlich, dass die zwingenden Vorschriften der ZPO über die Schiedsgerichtsbarkeit eingehalten sind. Das bedeutet insbesondere die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs der Parteien und deren Gleichbehandlung.
- die Ermächtigung der Schlichtungsstelle als Schiedsgericht nach Billigkeit zu entscheiden (empfehlenswert).
- die Frage, ob die Akten der Parteien und der Schlichtungsstelle beim Scheitern der Schlichtung später vor Gericht oder Schiedsgericht verwendet werden dürfen. Aus Erfahrung ist dies abzulehnen, weil die Parteien dadurch abgehalten werden könnten, alle Fakten offen auf den Tisch zu legen. Jedoch sollte der begründete Lösungsvorschlag der Schlichtungsstelle auch in einem Prozess von den Parteien, insbesondere hinsichtlich eines gerichtlichen Vergleichs, verwendet werden können.

Wichtig ist eine Klausel in der Schlichtungsvereinbarung oder im Werkvertrag, wonach die Parteien in allen Phasen der Streitschlichtung, ungeachtet der Streitpunkte, die Erfüllung des Werkvertrags weiterführen. Damit werden die gesetzlichen Möglichkeiten beim Verzug der Gegenpartei, bspw. die Aufschiebung der Erfüllung (OR 82) oder der Rücktritt vom Vertrag (OR 107), ausser Kraft gesetzt.

Ablauf des Schlichtungsverfahrens nach VSS-Empfehlung 641 510 "Streiterledigung"

Das VSS-Modell sieht drei Phasen der Streitbeilegung vor:

- Phase 1: Baustellenentscheidungsweg
Die Parteien verpflichten sich, Streitigkeiten vorerst möglichst unter sich zu bereinigen. Zur Erleichterung der internen Streitbeilegung wird ein Verfahren gemeinsamer Verhandlungen festgelegt, mit einem Drehbuch und zeitlich definierten Etappen. Damit soll die Gefahr, eine Streitigkeit zu verschleppen, gebannt werden. Der Abschluss des Baustellenentscheidungswegs bildet das sogenannte Chefgespräch. Es ist eine zusätzliche Schwelle, weil die Streitigkeit durch die obersten Entscheidungsträger beider Vertragsparteien behandelt werden muss, bevor das Schlichtungsverfahren eingeleitet werden kann.
- Phase 2: Schlichtungsverfahren
Erst wenn auf dem Baustellenentscheidungsweg mit abschliessendem Chefgespräch keine Lösung gefunden werden kann, können die Parteien an die Schlichtungsstelle gelangen.

11. Kolloquium "Baurecht heute" vom 20. Januar 2016

- Phase 3: Ordentliches Gericht oder Schiedsgericht
Erst wenn die Phasen 1 und 2 erfolglos durchlaufen sind, können die Parteien entweder das vereinbarte Schiedsgericht anrufen oder an das ordentliche Gericht gelangen. Die VSS-Empfehlung enthält auch Bestimmungen für das Schiedsgerichtsverfahren.

Zeit und Kosten des Schlichtungsverfahrens

Der Zeitfaktor ist ein wesentlicher Erfolgsfaktor des Schlichtungsverfahrens. Dieses muss zügig und gründlich durchgeführt werden. Einfachere Fälle sollen innert weniger als 6 Monaten, komplexere Fälle innert 12 Monaten einem Lösungsvorschlag zugeführt werden.

Die Kosten der Schlichtungsstelle bestimmen sich nach dem Aufwand und den Auslagen der Mitglieder. Die Ansätze sind in der Streitschlichtungsvereinbarung oder in separaten Verträgen mit den Schlichtern zu vereinbaren. Die Kosten des Schlichtungsgremiums übernehmen die Parteien je zur Hälfte.

Eigene Kosten trägt jede Partei selbst. Es empfiehlt sich zu vereinbaren, dass im Falle des Scheiterns des Schlichtungsverfahrens die Parteien im Prozess keine Entschädigungen für Kosten im Zusammenhang mit dem Schlichtungsverfahren geltend machen können.

Erfolgsfaktoren

Die Erfolgsfaktoren des Schlichtungsverfahrens sind Folgende:

1. Kompetenz und Einigkeit der Schlichter
2. Objektive Kriterien und Massstäbe für den Lösungsvorschlag
3. Neutralität der Schlichter und Gleichbehandlung der Parteien
4. Zügiges Verfahren; bei grösseren und länger dauernden Bauvorhaben periodische Information der Schlichtungsstelle
5. Die Entscheidungsträger beider Parteien müssen bei den Schlichtungsverhandlungen am Tisch sein und entscheiden können.
6. Die Emotionen der Parteien sind vom Schlichtungsverfahren auszugrenzen.
7. Die Parteien legen alle Argumente und Beweise vor der Schlichtungsstelle und der Gegenpartei offen.
8. Der Lösungsvorschlag der Schlichtungsstelle muss glaubhaft sein. Das heisst, die Parteien müssen ihn so einschätzen, dass ein gerichtlicher oder schiedsgerichtlicher Entscheid ähnlich, d.h. mit gleichen Wahrscheinlichkeiten für sie günstiger oder ungünstiger, herauskommen könnte.