

Baumediation – Mediation bei Bau- und Architektenkonflikten

CHRISTOF WAGNER

A. EINLEITUNG

Bevor wir uns mit dem eigentlichen Thema, der speziellen Baumediation, beschäftigen, müssen wir uns die wirtschaftlichen, rechtlichen, technischen und zeitlichen Rahmenbedingungen des Baugeschehens vor Augen führen, da diese die Ursachen dafür sind, weshalb das Bauen eine der konfliktträchtigsten Tätigkeiten überhaupt ist. Isoliert betrachtet kennt jeder Bauanwalt, jeder Sachverständige und jeder Richter, der sich mit Baukonflikten beschäftigt, die einzelnen Konflikte und deren Ursachen. Die hier vorgenommene Betrachtung erfolgt jedoch systemisch unter Einbindung der Beziehungsgeflechte der Baubeteiligten.

Die durch die speziellen Rahmenbedingungen des Baugeschehens entstandenen Konflikte landen in viel zu vielen Fällen vor dem staatlichen Gericht, bei dem dann der Bauprozess durchgeführt wird, der bei dieser Diskussion den Schadensersatzprozess gegen den Architekten, den Architektenhonorarprozess oder Prozesse mit Ingenieuren und Fachplanern miteinschließt. Der Bauprozess weist gegenüber anderen Zivilprozessen wiederum Besonderheiten auf, die ihrerseits durch die Rahmenbedingungen des Baugeschehens hervorgerufen werden, die dann im Rahmen der »Zwangsjacke« der ZPO ausgetragen werden müssen.

Es ist also notwendig, die Ursachen der Konfliktentstehung bei Baukonflikten unter systemischen Aspekten zu betrachten und anschließend das »Dilemma«¹ des Bauprozesses.

Die Konflikte und ihre Ursachen beim Bauen, sowie die – negativen – Merkmale eines Bauprozesses vor dem staatlichen Gericht »schreien« geradezu nach alternativen Konfliktbehandlungsmodellen, in deren Fokus hier das Mediationsverfahren steht. Dabei hat sich gezeigt, dass die speziellen immer wiederkehrenden Merkmale von Baukonflikten spezielle Anforderungen sowohl an das Bau-Mediationsverfahren als auch an den Baumediator² stellen.

1 Kraus, Rational-Kooperatives Verhandeln, in: Jahrbuch Baurecht 1998, S. 137 ff.; ders., Zur Tätigkeit des Mediators – aufgezeigt anhand eines Falles aus der Baupraxis, in: Bauen, Planen, Recht, Festschrift für Klaus Vygen, S. 404 ff.

2 Der Begriff Mediator oder Baumediator wird im Folgenden aus Gründen der besseren Lesbarkeit geschlechtsneutral verwendet und schließt selbstverständlich die Mediatorin bzw. Baumediatorin ein.

B. BAUEN ALS KONFLIKTTRÄCHTIGES VORHABEN IM ALLGEMEINEN

Bauen ist neben dem Führen einer Ehe eine der konfliktträchtigsten Tätigkeiten, die man sich vorstellen kann. Das liegt u. a. daran, dass hinter jedem größeren Bauvorhaben eine Mehrzahl von Langzeit-Beziehungen steht. Das beginnt mit der Idee einer Person oder einer Gruppe, ein Bauwerk oder eine Anlage zu errichten. Es erstreckt sich über die Planungsphase, der sich die Ausführungsphase anschließt, es erfolgt dann die Zäsur der Abnahme, auf die eine fünfjährige Gewährleistungszeit folgt, der sich wiederum allzu oft weitere fünfjährige Gewährleistungsfristen bei den Architekten, Ingenieuren und Projektsteuerern anschließen. Wir reden also bei komplexeren Projekten durchaus über Beziehungsgeflechte über einen Zeitraum von 10, 15 oder noch mehr Jahren. Wir reden aber auch über scheinbar ganz unterschiedliche Interessen der Baubeteiligten. Bauherr, Auftragnehmer, Architekt, Sonderfachleute, Bodengutachter, Statiker etc. haben unterschiedliche Interessen, sind aber gleichzeitig aufeinander angewiesen. Bei größeren Vorhaben unterscheiden sich auch die Interessen nur auf Auftragnehmerseite, wenn z.B. unterschiedliche Konsortialpartner den AN in Form einer ARGE bilden, an der noch eine ganze Reihe von Subunternehmern »hängt«. Die zugrunde liegenden Verträge, Leistungsbeschreibungen, Pflichtenhefte usw. lesen sich wie Kriegserklärungen und nicht als das, was sie eigentlich sein sollten, nämlich Pakte zur Kooperation mit dem gemeinsamen Ziel, ein mangel freies Bauwerk zu errichten. Die Verträge sind auslegungsbedürftig und sie werden natürlich immer unterschiedlich ausgelegt. Die Leistungsbeschreibungen sind auslegungsbedürftig und werden natürlich auch immer unterschiedlich ausgelegt. Eine Vielzahl von Vertragsklauseln, gleich ob in Bauverträgen oder Ingenieurverträgen, ist unwirksam oder wird während der Projektabwicklung infolge der Rechtsprechung unwirksam. Überhaupt hat die Weiterentwicklung der Rechtsprechung während der Dauer eines Bauprojekts sehr oft weitreichende Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung von Baukonflikten. So hat etwa der BGH mit seiner Entscheidung vom 22.02.2018³ seine bisherige Rechtsprechung zur Berechnung von Schadensersatzansprüchen wegen Baumängeln, wenn diese nicht beseitigt werden, aufgegeben bzw. grundlegend geändert. Bis zu dieser Entscheidung konnte der Besteller beim Vorliegen von Baumängeln den Schadensersatzanspruch nach den fiktiven Mangelbeseitigungskosten berechnen, wenn er die Mängel nicht beseitigt. Verursacht der Mangel eine Störung des Äquivalenzverhältnisses, kann der Besteller seit dieser Entscheidung seinen Schaden in der Weise bemessen, dass er ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werks des Bauunternehmers ermittelt. Wie das in der Praxis geschehen soll, weiß bis dato niemand so richtig, es ist zumindest höchst umstritten. Die Entscheidung hatte für eine Vielzahl von Bauprozessen und Architektenprozessen zur Folge, dass die Verfahren ausgesetzt wurden und alle bis dahin auf der Basis von fiktiven Mangelbeseitigungskosten eingeholten Gerichtsgutachten Makulatur wurden. Ein weiteres bekanntes

3 BGH, Urt. v. 22.02.2018 –VII ZR 46/17, BauR 2018, 815.

Beispiel ist die Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019⁴. Mit dieser Entscheidung hat der EuGH festgestellt, dass die Mindest- und Höchstsätze der deutschen HOAI gegen Europarecht verstoßen. Die Entscheidung wurde in der baurechtlichen Literatur sofort höchst kontrovers diskutiert und von der Rechtsprechung unterschiedlich interpretiert. Bereits nach den Schlussanträgen des Generalanwalts vom 28.02.2019 wurden massenhaft Architektenhonorarprozesse, sogenannte Aufstockungsprozesse, bei denen die Architekten Honorar auf Basis der Mindestsätze wegen einer Mindestsatzunterschreitung eingeklagt hatten, ausgesetzt.

Aber nicht nur die Weiterentwicklung und Änderung der Bau-Rechtsprechung während eines länger dauernden Bauprojekts und der sich daran anschließenden Gewährleistungszeit hat Auswirkungen auf Baukonflikte und führt zu großen Unsicherheiten, sondern auch sich weiter entwickelnde und geänderte anerkannte Regeln der Technik.⁵ Den anerkannten Regeln der Technik ist immanent, dass sie sich ändern und weiter entwickeln müssen, sonst gäbe es keinen Fortschritt. Eine gewisse Berühmtheit erlangte der sogenannte »Blasbachtal-Brückenfall«⁶. Die Brücke wurde nach den damals geltenden anerkannten Regeln der Technik errichtet, war aber trotzdem unter Zugrundelegung des funktionalen Mangelbegriffs mangelhaft. In der darauf folgenden Zeit wurden die anerkannten Regeln der Technik geändert.

Sehr häufig ist demnach zu beobachten, dass sowohl die rechtliche als auch die technische Situation sich seit dem Vertragsschluss geändert hat, wenn der Konflikt behandelt werden muss.

C. DER BAUPROZESS

Unter diesen Voraussetzungen,

- unterschiedliche Interessen,
- konfliktträchtige und unklare Verträge,
- geänderte Rechtsprechung,
- geänderte Technik,

treffen sich dann die Parteien vor Gericht, um einen komplexen Baukonflikt auszutragen. Den Baubeteiligten, die nicht Parteien sind, wird der Streit verkündet und sie treten auf der einen oder anderen Seite als Streithelfer auf. Die bei Bauprozessen oft sehr vielen und teilweise unvermeidlichen Streithelfer führen häufig zu einem explosionsartigen Anstieg der Verfahrenskosten und es ist zu beobachten, dass die Parteien vor Beginn eines Bauprozesses über das damit verbundene und zu erwartende

⁴ EuGH, Urt. v. 04.07.2019 – RS. C-377/17, NZBau 2019, 511.

⁵ Schon allein die Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik (a. R. d. T.) ist höchst umstritten.

⁶ OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 27.05.1981 – 17 U 82/80; Revision nicht angenommen, BGH, Beschl. v. 21.10.1992 – VII ZR 189/81.

erhöhte Kostenrisiko nicht ausreichend aufgeklärt werden. Die Baubeteiligten treffen häufig auf nicht qualifizierte Spruchkörper, weil es nicht überall erfahrene Baukammern gibt. Die Streitwerte sind sehr hoch, bei Großprojekten ist es nicht unüblich, dass schon allein der Kläger einen sechsstelligen Betrag an Gerichtskostenvorschuss einzahlen muss, damit die Millionenklage überhaupt erst zugestellt wird. Unvermeidlich in Bau- und Honorarprozessen sind die Gerichtsgutachter. Ein großes Problem bei Bauprozessen sind die Zeugeneinvernahmen, insbesondere bedingt durch lange Zeitabläufe und durch die Eigeninteressen der Zeugen. Die Zeugen sollen sich daran erinnern, was seinerzeit in den Vertragsverhandlungen ausgehandelt wurde und bei unklaren Leistungsbeschreibungen, was geschuldet sein soll. Die Zeugen sollen sich daran erinnern, was bei bestimmten Jour fixen vor vielen Jahren besprochen wurde. Jeder Zeuge hat zwangsläufig seine eigenen Interessen im Blickfeld: Der Angestellte des Subunternehmers wird in der Regel ebenso ungern zu Lasten seines Arbeitgebers aussagen, wie der Angestellte des Generalunternehmers. Die Aussage des Architekten wird davon beeinflusst, dass er sich vor dem Vorwurf von Planungs- und/oder Bauüberwachungsfehlern schützen möchte.

Das bedeutet keinesfalls schon prima vista, dass diese Zeugen alle lügen. Es ist aber eine uralte psychologische Erkenntnis, dass die Interessen («Wünsche») eines Zeugen dessen Erinnerungsvermögen maßgeblich und massiv beeinflussen («der Wunsch ist der Vater des Gedankens»). Ein weiteres Problem bei Zeugenbeweisen ist, zum einen bedingt durch die langen Zeitabläufe und zum anderen durch die Mobilität von Führungspersonal in Unternehmen, die mangelnde Verfügbarkeit von Zeugen. Der Zeuge, der vor einigen Jahren Baustellenleiter bei einer Baustelle am Potsdamer Platz war, arbeitet schon seit einiger Zeit bei einer anderen Firma in Kuwait. Wenn er überhaupt noch ausfindig gemacht werden kann, muss er zum Prozess eingeflogen werden, und an was er sich dann noch erinnert, steht in den Sternen.

Deshalb hat der vor einigen Jahren verstorbene Prof. Vygen, ehemals Vorsitzender Richter eines Bausenats am OLG Düsseldorf, über den Zeugen im Bauprozess einmal gesagt:

»Der Zeuge im Bauprozess erinnert sich nicht mehr oder er ist verstorben oder er lügt.«

Ein weiteres Problem bei Bauprozessen sind neben den direkten Kosten die sogenannten Transaktionskosten. Darunter sind die Kosten zu verstehen, die einer Partei oder einem Streithelfer dadurch entstehen, dass sie bzw. ihr Personal ihren Anwälten zuarbeiten müssen, damit diese ordnungsgemäß schriftsätzlich vortragen können. Diese Kosten werden regelmäßig betriebswirtschaftlich nicht erfasst und sie sind auch nicht erstattungsfähig. Es liegt aber auf der Hand, dass etwa ein Bauleiter, der sehr viel Zeit mit einem Anwalt verbringt, damit dieser Schriftsätze anfertigen kann oder gemeinsam Unterlagen durchgearbeitet werden können, Geld kostet, ohne dass dabei Gewinne erwirtschaftet werden.

Nicht vergessen werden dürfen die bei Bauprozessen, einschließlich Architektenhonorar-Prozessen häufig eingesetzten Privatgutachter. Diese werden notwendig, damit etwa ein ordnungsgemäßer Vortrag zu Mängeln oder z.B. zur

Höhe eines sich aus der HOAI ergebenden Architekten- oder Ingenieurhonorars erst erfolgen kann. Der schriftsätzliche auf ein Privatgutachten gestützte Sachvortrag ist sogenannter qualifizierter Parteivortrag, mit dem sich das Gericht und der Gerichtsgutachter befassen müssen. Die Kosten für Privatgutachter sind nicht immer erstattungsfähig, auch wenn der BGH seine Rechtsprechung zur Erstattungsfähigkeit von Privatgutachterkosten mittlerweile gelockert hat.⁷ Jedenfalls erhöhen die Privatgutachterkosten im Bauprozess häufig zusätzlich die mit dem Bauprozess verbundenen Kosten.

Es lässt sich also konstatieren, dass das Bauen – systemisch betrachtet – sehr häufig Konflikte hervorbringt, für die der Bauprozess vor dem staatlichen Gericht nicht das geeignete Konfliktbehandlungsverfahren darstellt.

D. RECHTLICHE GRUNDLAGEN DER MEDIATION

Im Gegensatz zu vielen Baubeteiligten, Unternehmern und den Bauanwälten hat die höchstrichterliche Rechtsprechung, der europäische Richtliniengeber und der deutsche nationale Gesetzgeber das Potential und die mit der Mediation einhergehenden Möglichkeiten längst erkannt, judiziert und legitimiert.

So hat der BGH bereits in der sogenannten *Kooperationsentscheidung vom 28.10.1999*⁸ für die Vertragsparteien eines VOB/B-Vertrags postuliert, dass diese zur Kooperation verpflichtet sind. Seit dieser Entscheidung steht fest, dass sich eine Partei Nachteile einhandeln kann, wenn sie sich vor Beginn eines Rechtsstreits einer sachlichen Verhandlung verschließt.

Mediation ist nichts anderes, als durch einen professionellen Dritten – eben dem Mediator – unterstütztes Verhandeln. Heute kann man infolge der seit der Kooperationsentscheidung des BGH ergangenen Judikatur davon ausgehen, dass die Verhandlungspflicht für alle Verträge am Bau gilt, insbesondere auch für Architekten- und Ingenieurverträge.⁹

Das europäische Parlament und der Rat der europäischen Union haben am 21.05.2008 die sogenannte Mediationsrichtlinie¹⁰ erlassen. Sie gilt für grenzübergreifende Streitigkeiten und verpflichtet den nationalen Gesetzgeber zur Umsetzung.

Der nationale deutsche Gesetzgeber hat daraufhin am 26.07.2012 das sogenannte Mediationsgesetz (MedG)¹¹ verabschiedet. Das Mediationsgesetz ist die Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren (ZMediatAusV) vom 21.08.2016¹². Die Verordnung soll Ausbildungs- und Qualitätsstandards von Mediatoren sicherstellen und ist Grundlage dafür, dass

7 BGH, Beschl. v. 20.12.2011 – VI ZB 17/11.

8 BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, BauR 2000, 409, BauR 2000, 777, BGHZ 143, 89.

9 Z. B. OLG Koblenz, Urt. v. 08.07.2007 – 5 U 877/06, für den Architektenvertrag.

10 Richtlinie 2008/52/EG.

11 Art. 1 des Gesetzes vom 21.07.2012, Bundesgesetzblatt Teil I S. 1577 ff.

12 BGBl. I S. 1994.

sich jemand mit einer der Verordnung entsprechenden Aus- und Fortbildung »zertifizierter Mediator« nennen darf. Die Verordnung ist mit Vorsicht zu genießen, worauf Fritz/Pielsticker¹³ zutreffend hinweisen. Die Parteien können sich m. E. nicht darauf verlassen, quasi automatisch auf einen hochqualifizierten Mediator zu treffen, nur weil dieser die Anforderungen der ZMediatAusbV erfüllt. Erst recht gilt dies, wenn es um die speziellen Anforderungen an einen Baumediator geht (siehe dazu nachfolgend Kap. F).

Das Mediationsgesetz hatte auch Änderungen bzw. Ergänzungen in der ZPO zur Folge. Danach soll gem. § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO eine Klageschrift die Angabe enthalten, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen. Diese Soll-Vorschrift wird in der Praxis größtenteils ignoriert.

Gemäß § 278a Abs. 1 ZPO kann das Gericht den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. Sollten sich die Parteien für die Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung entscheiden, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens gem. § 278a Abs. 2 ZPO an.

Gemäß § 278 Abs. 5 ZPO kann das Gericht bei Einverständnis der Parteien eine Güteverhandlung vor einem hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) bestimmen. Der sogenannte Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation dafür einsetzen. Dieses Verfahren nennt sich landläufig »innergerichtliche Mediation«. Die sogenannten Güterichter haben in der Regel eine Mediationsausbildung, die jedoch von höchst unterschiedlicher Dichte und Dauer ist. Es ist auch zu beobachten, dass die sogenannten innergerichtlichen Mediationen von Gericht zu Gericht in ihrer Qualität extrem unterschiedlich sind. Es gibt innergerichtliche Mediationen, die von Richtern und Richterinnen durchgeführt werden, die über eine fundierte Mediationsausbildung verfügen, es gibt aber auch innergerichtliche Mediationen, die die Bezeichnung »Mediation« nicht verdienen.

Die einschlägigen Regelungen in der ZPO zur Mediation sind in mehrfacher Hinsicht paradox. Der schwerwiegendste Fehler besteht darin, dass man ein (außergerichtliches) Streitbeilegungsverfahren, hier also die Mediation, in einen Rahmen implementiert hat, zu dem das Mediationsverfahren die Alternative (zum staatlichen Gericht) darstellen soll. Die Ursache dafür ist, dass es den professionellen außergerichtlichen Mediatoren und den dafür eingerichteten Organisationen/Institutionen seit Anfang der Jahrtausendwende nicht gelungen ist, die Mediation als Streitbeilegungsverfahren neben dem staatlichen Gericht in der Gesellschaft zu etablieren.

Ein weiteres Handicap der innergerichtlichen Mediation besteht darin, dass sie überhaupt nur dann stattfinden kann, wenn bereits eine Klage eingereicht wurde, die

13 Fritz/Pielsticker, Kommentar zur Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren – ZMediatAusbV –, 2018, Vorwort, S. V.

entsprechende Kosten seitens Gericht und der Anwälte verursacht hat, die unwiederbringlich verloren sind. Gleichwohl soll die innergerichtliche Mediation hier nicht aus dogmatischen Gründen verteufelt werden. Der Versuch einer innergerichtlichen Mediation ist als Alternative zum Führen eines langjährigen Bauprozesses empfehlenswert. Die Anwälte sollten sich aber erkundigen, über welche Ausbildung bzw. Mediations-Kompetenz der vorgesehene Güterichter bei dem angerufenen Gericht verfügt. Wenn nicht gewährleistet ist, dass bei dem angerufenen Gericht ein in Bau-sachen erfahrener Richter mit fundierter Mediationsausbildung zur Verfügung steht, sind die Parteien besser beraten, gemeinsam das Ruhen des Verfahrens zu beantragen und einen außergerichtlichen Baumediator mit dem Versuch einer Konfliktlösung zu beauftragen.

Grundsätzlich kann konstatiert werden, dass die innergerichtliche Mediation ohnehin nur zum Zuge kommt, wenn »das Kind bereits in den Brunnen gefallen« ist, sprich: Wenn schon eine Klage eingereicht wurde, ohne dass vorher eine außergerichtliche (Bau-) Mediation mit einem professionellen Baumediator versucht wurde.

E. GRUNDZÜGE DES MEDIATIONSVERFAHRENS

Mediation ist kurz gesagt die *außergerichtliche Konfliktlösung durch Zubilfenahme eines nicht entscheidungsbefugten Dritten*, der hierfür in Mediations- bzw. Verhandlungstechnik ausgebildet ist.

Im Unterschied zur Gerichtsbarkeit bzw. Schiedsgerichtsbarkeit trifft der Mediator keine Entscheidung, sondern unterstützt die Parteien in ihrem Bemühen, eine Lösung zum beiderseitigen Vorteil zu finden.

Das Ziel eines Mediationsverfahrens ist der *Abschluss einer bindenden Vereinbarung*.

Es handelt sich um ein *freiwilliges* Verfahren, dessen Kontrolle in jeder Phase bei den Parteien liegt. Jede Partei kann das Verfahren jederzeit beenden.

Das Verfahren ist *vertraulich* (im Gegensatz zu einem Gerichtsverfahren, das vom Grundsatz der Öffentlichkeit beherrscht wird¹⁴).

Das Verfahren ist *nicht förmlich*, obwohl es bestimmten Regeln folgt, die zu Beginn – jedenfalls dann, wenn es sich um ein Verfahren größeren Umfangs handelt – in einem Mediationsvertrag zwischen den Parteien und dem Mediator festgelegt werden sollten. In der Regel wird eine Mediation unter der Ägide einer bestimmten Verfahrensordnung durchgeführt.

Im Gegensatz zu einem Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren werden in der Regel *keine Beweise* erhoben, es gibt *keine Darlegungs- und Beweislast*, es gibt *kein verspätetes Vorbringen* und es ergeht – selbstverständlich – *kein Urteil*.

Der Mediator hat die Aufgabe, den Verhandlungsprozess zu fördern, er überwacht die Fairness des Verfahrens und hilft bei Lösungen. Wesentliche Aufgabe des

Mediators ist es, von seinem Standpunkt der absoluten *Neutralität* und *Unparteilichkeit* aus die Problemlöseressourcen der Parteien auszuschöpfen und ihnen die Möglichkeit zu geben, diese optimal zu nutzen. Der Mediator ist gegenüber Dritten zur *Verschwiegenheit* verpflichtet. Die Verschwiegenheitspflicht des Mediators ist in § 4 MedG geregelt. Davon gibt es eine Ausnahme in § 4 Nr. 1 MedG, die sehr wichtig ist. Nach dieser Regelung gilt die Verschwiegenheitspflicht nicht, soweit es um die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung oder zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung geht. Hintergrund dieser Regelung ist, dass der Gesetzgeber zwar einerseits einen Vertraulichkeitsschutz in der Mediation gewährleisten wollte, aber andererseits einen der größten Vorteile der Mediation gegenüber dem Zivilprozess, die Schnelligkeit des Verfahrens, gleichermaßen sicherstellen wollte¹⁵. Deswegen soll sich die Verschwiegenheitspflicht auf Erkenntnisse des Mediationsverfahrens erstrecken, nicht jedoch auf das gefundene Ergebnis, das schnellstmöglich umgesetzt und gegebenenfalls auch vollstreckt werden soll¹⁶. In den Verträgen über die Durchführung einer Mediation wird in der Regel zwischen den Medianten und den Mediatoren vereinbart, dass die Mediatoren und die Medianten zur Verschwiegenheit verpflichtet sind und die Medianten die Mediatoren, wenn die Mediation scheitern sollte, in einem anschließenden Gerichtsverfahren nicht als Zeugen benennen dürfen. Aber Achtung: Verstoßen beide Medianten im Falle des Scheiterns einer Mediation gegen diese Regelung und benennen die Mediatoren in einem anschließenden Gerichtsverfahren als Zeugen, müssen die Mediatoren aussagen (§§ 383 Abs. 1 Nr. 6, 385 Abs. 2 ZPO)¹⁷.

In der Mediation besteht die Möglichkeit zu *Einzelgesprächen*. Wenn Einzelgespräche stattfinden, muss der Mediator am Ende eines jeden Einzelgespräches verbindlich abklären, welche Informationen er anschließend in Gegenwart der anderen Partei offenlegen darf und welche (zunächst noch) nicht.

I. Ablauf einer Mediation

Das eigentliche Mediationsverfahren beginnt mit der *Eröffnung* durch den Mediator, der die Charakteristika des Verfahrens erklärt, den Abschluss des Mediationsvertrages und den Ablauf des Verfahrens mit den Parteien erörtert. Bei der Wirtschaftsmediation und bei komplexen Konflikten im privaten Baurecht ist es in der Regel notwendig, dass die Parteien eines Mediationsverfahrens anwaltlich vertreten sind.

Anschließend erfolgt in der *ersten Phase* die gemeinsame Erörterung der Sach- und Rechtslage, in der Regel beginnend mit dem Anwalt, der im Falle eines Prozesses Klägervertreter wäre. Dessen Darstellung wird anschließend vom Mediator solange zusammengefasst und präzisiert, bis die Richtigkeit und Vollständigkeit von der Partei bestätigt wird.

¹⁵ Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, Rn. 14 zu § 4 MedG.

¹⁶ Etwa im Rahmen eines Anwaltsvergleichs gem. § 796a ZPO.

¹⁷ Landgericht München I, Hinweis v. 21.06.2018 – 8 O 8966/17.

Anschließend erfolgt dieselbe Prozedur mit der anderen Seite. Die solcherart herausgearbeiteten gegensätzlichen Standpunkte werden anschließend vom Mediator noch einmal gegenübergestellt und verglichen.

In der *zweiten Phase* versucht der Mediator durch kreatives Fragen die Interessenlage der Parteien zu erforschen. In dieser Phase erfolgt eine Differenzierung und Ablösung von Positionen und Interessen. Diese Phase ist besonders kritisch, sie erfordert Fingerspitzengefühl des Mediators und Mut der Parteien, weil sie ihre Interessen offenlegen müssen. In dieser Phase finden die meisten Einzelgespräche statt, sofern die Parteien sie zugelassen haben.

Wenn diese Phase beendet ist, beginnt mit der *dritten Phase* das Brainstorming auf der Suche nach Optionen. Die Amerikaner haben dafür den Ausdruck »Kuchenvergrößerung« geprägt. In dieser Phase ist es jeder Partei erlaubt, jede auch noch so utopische und in den Augen der anderen Partei inakzeptable Option zu äußern. Im Rahmen des Brainstormings dürfen diese Optionen (noch) nicht bewertet werden. Ein wesentlicher Vorteil der Mediation besteht darin, dass Themen außerhalb des eigentlichen Konflikts für die Konfliktbehandlung herangezogen werden können (z.B. Kompensationsgeschäfte).

Erst in der *vierten und vorletzten Phase*, der eigentlichen Problemlösung, werden die gesammelten Optionen bewertet. Aufgabe des Mediators und der Parteien ist es, die Bewertung anhand objektiver Kriterien vorzunehmen. Mit den nach objektiven Kriterien ausgewählten Optionen wird anschließend versucht, einen für beide Parteien akzeptablen Vorschlag zu erarbeiten.

Zur Kontrolle der beabsichtigten Lösung wird zuletzt die jeweils beste Alternative (BATNA = Best Alternative To Negotiation Agreement) dazu entwickelt und mit dem Vorschlag verglichen. Kommt es zu einer Einigung, wird diese in der *fünften und letzten Phase* in einer bindenden Vereinbarung festgehalten. Die Mediation ist beendet.

II. Dauer und Kosten

Im Allgemeinen wird davon ausgegangen, dass ein Mediationsverfahren zwischen einem halben Tag und einigen wenigen Tagen in Anspruch nimmt. Lediglich bei sehr großen Mediationen muss unter Umständen mit monatelangen Verhandlungen und mehreren Sitzungen gerechnet werden. Die solchen großen Mediationsverfahren zugrundeliegenden Konflikte würden allerdings im Falle einer prozessualen Auseinandersetzung mehrere Jahre dauern und unter Umständen auch mehrere Prozesse nach sich ziehen.

Was die Kosten des Mediators anbelangt, so wird in der Regel nach Zeithonorar abgerechnet. Die Stunden- oder Tagessätze werden im Mediationsvertrag zwischen dem Mediator und den Parteien vereinbart. Im Allgemeinen tragen die Parteien die Kosten des Mediators als Gesamtschuldner zu gleichen Teilen und ihre Anwaltskosten selbst.

Ein Mediationsverfahren mit hohem Gegenstandswert ist üblicherweise wesentlich kostengünstiger als ein entsprechendes Gerichtsverfahren. Die Kostenersparnis resultiert zu einem großen Teil aus einer Einsparung bei den Transaktionskosten, also den indirekten Verfahrenskosten, die z.B. bei Prozessen dadurch entstehen, dass Ingenieure die Anwälte über lange Zeit hinweg mit Informationen versorgen müssen.

F. SPEZIELLE BAUMEDIATION

Konflikte sind so vielfältig wie Menschen selbst. Baukonflikte werden aber von einer überschaubaren Zahl immer wiederkehrender Themen beherrscht (Mängel, »Nachträge«, Verzug, unterschiedliche Auslegung der Leistungsbeschreibung etc.). Die an diesen Konflikten beteiligten Personen haben Hintergründe, Profile und Interessen, die mitunter über Jahrzehnte hinweg durch das Baugeschehen und die Rollen, die sie dabei einnehmen, geprägt sind.

Dies führt zu speziellen Anforderungen an die Baumediation und stellt auch spezielle Anforderungen an den Baumediator.

Die an einem Baukonflikt beteiligten Personen erwarten in der Regel, dass der Baumediator mit dem Geschehen am Bau genauso vertraut ist, wie sie selbst. Sie erwarten auch, dass das Fachvokabular sowohl in technischer als auch in rechtlicher und baubetrieblicher Hinsicht von den die Baumediation durchführenden Personen beherrscht wird.

Ein Anwalt-Mediator, der nicht weiß, was eine weiße Wanne ist, würde nicht akzeptiert werden. Umgekehrt erwartet man von dem Ingenieur-Mediator, dass er nicht nur die VOB Teil C, sondern auch die VOB Teil B kennt.

I. Mediation und Konfliktmanagement in der Bau- und Immobilienwirtschaft e. V.

Aufgrund der Tatsachen, dass

- Bauen äußerst konfliktträchtig ist,
- der Bauprozess kein geeignetes Konfliktbehandlungsverfahren für Baukonflikte darstellt und
- Baukonflikte und die an ihnen beteiligten Personen bestimmte »Beschaffenheitsmerkmale« aufweisen,

wurde 2007 der Verband der Baumediatoren e. V. gegründet, der heute unter der Bezeichnung Mediation und Konfliktmanagement in der Bau- und Immobilienwirtschaft e. V. (MKBauImm e. V.) auftritt.

Die Organisation wurde von einer bundesweit verteilten Gruppe von Baujuristen und Mediatoren gegründet, mit dem Ziel, den Baubeteiligten Bauprozesse zu ersparen und sie professionell bei der Lösung von Baukonflikten zu unterstützen.

Die Organisation verfügt mittlerweile über ca. 80 bundesweit verteilte und vernetzte ausgebildete Baumediatoren mit unterschiedlichen Quellberufen. Die ausgebildeten Mediatoren sind beispielsweise Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht, Bausachverständige, Architekten, Ingenieure oder Hochschullehrer im Bau- und Immobilienbereich. Die Profile dieser Baumediatoren können im Mediatorenpool auf der Homepage des Verbandes www.MKBauImm.de eingesehen werden.

Die von einem Baukonflikt betroffenen Parteien können sich entweder auf einen der im Mediatorenpool gelisteten Baumediatoren verständigen oder sich bei der Auswahl von der dafür zuständigen Stelle des Verbandes beraten lassen. Die Baumediatoren – gleich wie sie gefunden wurden – nehmen dann vor Übernahme der Mediation selbständig eine unverzichtbare Kollisionsprüfung vor, damit ihre Allparteilichkeit¹⁸ gewährleistet ist.

Der MKBauImm e. V. verfügt – wie andere Mediationsorganisationen und Verbände auch – über eine eigene Verfahrensordnung, nach deren Richtlinien und Regelungen eine Baumeditation durchgeführt wird. Die Verfahrensordnung für die Durchführung der Baumeditation ist sozusagen das Pendant zur ZPO bei dem Bauprozess vor dem staatlichen Gericht.

II. Zur Auswahl des Baumediators

Die Auswahl des Baumediators hängt von einigen wichtigen Faktoren ab.

Was kennzeichnet den Konflikt bzw. welche Themen sollen mediiert werden?

Geht es ausschließlich um eine Vielzahl von Mängeln (sogenannte Punktesachen), wird man einen Sachverständigen-Mediator wählen. Bei Punktesachen werden im Allgemeinen sogenannte »Pakete« geschnürt und die Kriterien für die Pakete zuvor im Einvernehmen mit den Parteien festgelegt. Bei irreparablen Mängeln oder Mängeln, die mit vernünftigem wirtschaftlichen Aufwand nicht zu beseitigen sind bzw., bei denen ein Gericht möglicherweise den sogenannten Unverhältnismäßigkeits-Einwand durchgehen lassen würde, werden Minderungs-Methoden festgelegt (z.B. Aurnhammer-Methode). Jedenfalls wird bei einem schwerpunktmäßig mit Mängeln besetzten Konflikt in der Regel der Sachverständigen-Mediator gegenüber einem Anwalt-Mediator geeigneter sein.

Geht es nur um einen Konflikt über die Schlussrechnung oder um die Höhe von Nachträgen, die dem Grunde nach unstrittig sind, wird ein Mediator mit baubetrieblichem Hintergrund (Sachverständiger für Abrechnungsfragen) geeignet sein.

Geht es allerdings um die Rechtsfrage, ob ein Nachtrag bereits dem Grunde nach gerechtfertigt ist, oder ob die vermeintliche Nachtragsleistung bereits im Hauptauftrag enthalten ist, wird man nicht um die Hinzuziehung eines juristischen Mediators herumkommen.

18 In der Baumeditation hat sich der Begriff Allparteilichkeit gegenüber dem Begriff Neutralität durchgesetzt, weil an Baumeditationen sehr oft mehr als zwei Parteien/Beteiligte teilnehmen.

Sehr oft fordern die Parteien von sich aus »Beschaffenheitsmerkmale« des Mediators.

Beispiele:

- In einem norddeutschen Konfliktfall wollten die Medianten einen Mediator aus Süddeutschland mit der Begründung, er solle möglichst »weit weg« von der Baustelle sein.
- In einem ebenfalls in Norddeutschland stattfindenden Konflikt über Architektenhonorar verlangten die Parteien einen Mediator mit »hochprofessionellen mediativen Fähigkeiten«, weil die anwaltlich begleiteten Parteien für die juristischen Probleme bereits »selbst« ausreichend qualifiziert seien. Vergütungsfragen der Architekten und Ingenieure sind aber sehr häufig sowohl Sachverständigenfragen als auch Rechtsfragen. Soweit es um das Preisrecht der HOAI geht, ist der Sachverständige gefragt, soweit es um die Auslegung des Architekten- oder Ingenieurvertrags als Werkvertrag geht, handelt es sich um eine Rechtsfrage. In diesem Fall hat ein Mediator mit dem Quellberuf ö. b. u. v. Sachverständiger für Architekten- und Ingenieurhonorare die Mediation erfolgreich durchgeführt.

III. Zugang zur Baumediation

Als äußerst bewährt hat es sich erwiesen, in den Bauverträgen, den Architekten- und Ingenieurverträgen, sowie bei allen anderen Verträgen am Bau Mediationsklauseln¹⁹ zu integrieren. Durch Vereinbarung einer Mediationsklausel in den Verträgen, etwa anstelle einer Gerichtsstands- oder Schiedsgerichtsklausel, verpflichten sich die bei einem Bauprojekt vertraglich gebundenen Parteien eine Baumediation durchzuführen, bevor sie sich vor Gericht streiten.

Das hat in mehrfacher Hinsicht Vorteile, von denen hier nur zwei benannt werden sollen.

Zum einen wird den Parteien auf vertraglicher Ebene der Zugang zur Baumediation ermöglicht bzw. geebnet.

Zum anderen – und das ist systemisch betrachtet noch viel wichtiger – erinnern sich streitende Baubeteiligte, wenn der Konflikt ausgebrochen ist, an etwas, was sie vertraglich gemeinsam zu einer Zeit vereinbart hatten, in der sie sich noch nicht gestritten haben.

Dies ist nicht nur für die Bauanwälte wichtig, die sich gerne auf Verträge berufen oder über deren Auslegung sie gerne streiten, sondern auch für die Parteien: Ohne eine Mediationsklausel müsste im Konfliktfall eine Partei der anderen Partei die Durchführung einer Baumediation vorschlagen (sogenannte ad hoc-Mediation). In diesen Fällen ist regelmäßig das reaktive Abwehrverhalten zu beobachten, sprich: Da der Vorschlag von der »Gegenseite« kommt, kann er nicht gut sein und wird von vorneherein schon deshalb abgelehnt.

¹⁹ Beispiel: Musterklausel des MKBauImm e. V., einsehbar auf www.MKBauImm.de.

IV. *Verfahrensgestaltung*

Wie bereits oben unter Buchstabe C dargestellt, unterliegt der Bauprozess vor dem staatlichen Gericht der »Zwangsjacke« der ZPO. Die Verfahrensgestaltung einer Baumediation kann demgegenüber unter Federführung des Mediators mit den Parteien gemeinsam vereinbart werden.

Unter dogmatischen Gesichtspunkten wird bisweilen vertreten, dass sich die Mediation von einer Schlichtung dadurch unterscheidet, dass der Schlichter einen Vergleichsvorschlag unterbreiten dürfe, wenn die Parteien sich nicht einigen können, und der Mediator nicht. Das ist falsch. Der Baumediator kann – selbstverständlich – für den Fall, dass die Parteien sich nicht einigen können, einen unverbindlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten.²⁰ Entgegen aller mediations-dogmatischen Meinungen hat beispielsweise *Kraus* eine Baumediation durchgeführt, bei der auf Wunsch der Parteien eine Zeugeneinvernahme zur Findung einer besseren Entscheidungsgrundlage durchgeführt wurde²¹. Ohne weiteres möglich ist auch die Hinzuziehung von Privatgutachtern oder sonstigen Beteiligten, wobei darauf zu achten ist, dass alle in das Bau-Mediationsverfahren einbezogenen Personen schriftlich auf ihre Verschwiegenheit zu verpflichten sind.

Während der Verfahrensgegenstand bei dem Bauprozess vor dem staatlichen Gericht von dem Streitgegenstand bestimmt wird, können in der Baumediation die Parteien autonom bestimmen, welche Konflikte mediiert werden sollen und welche nicht. Bei komplexen Baukonflikten mit Behinderungen, Verzug, »Nachträgen«, Auslegung der Leistungsbeschreibung usw. können abgegrenzte Themen bzw. Streitpunkte mediiert werden, während andere vor Gericht ausgetragen werden. Der Vorteil liegt darin, dass sich die Komplexität, die Zeit und die Kosten des Bauprozesses dadurch reduzieren lassen. Ein wesentlicher Vorteil der Baumediation liegt auch darin, dass sich auch Aspekte von anderen »Baustellen«, bei denen sich die Beteiligten nicht streiten, für die Konfliktlösung bei der »Baustelle« nutzen lassen, bei der der Konflikt ausgebrochen ist. Das kommt besonders bei größeren Firmen, größeren Architektur- und Ingenieurbüros zum Tragen, die häufig auch bei anderen Projekten zusammenarbeiten.

V. *Einzelgespräche in der Baumediation*

Die Baumediation ist ein (spezieller) Unterfall der Wirtschaftsmediation. In der Wirtschaftsmediation hat sich mittlerweile die herrschende Meinung durchgesetzt, dass Einzelgespräche (sogenannter caucus) ein wichtiges Tool zur Konfliktlösung sind. Einzelgespräche finden mittlerweile nicht nur auf der Ebene »Mediator-Mediant«

20 Im Muster-Mediatorinnenvertrag des MKBauImm e. V. können die Parteien dies beispielsweise ankreuzen.

21 Dies kann aufgrund des Vertraulichkeitsgrundsatzes der Mediation hier nicht vertieft dargestellt werden.

statt, sondern auch auf den Ebenen »Anwalt-Mediator und Parteianwalt«, sowie auf der Ebene »Sachverständiger-Mediator und Privatgutachter« (jeweils mitunter auch ohne Partei).

VI. Baumediation mit öffentlichen Auftraggebern

Bei Baukonflikten mit öffentlichen Auftraggebern wird häufig angeführt, dass öffentliche Auftraggeber sich nicht auf ein Bau-Mediationsverfahren einlassen könnten, weil sie der Rechnungsprüfung/Revision unterliegen. Die öffentlichen Auftraggeber, so wird argumentiert, bräuchten ein Urteil, weil nur dieses der Revision standhielte. Das ist falsch. Richtig ist, dass ein Mediationsergebnis wie auch ein Vergleich vor dem staatlichen Gericht der Rechnungsprüfung standhalten muss. Hier zeigt sich eine Parallele zum Bauvergaberecht, dem der öffentliche Auftraggeber unterworfen ist. Gemäß § 16d VOB/A (Wertung) muss der öffentliche Auftraggeber genaue und strenge Regeln beachten, um nachprüfungssicher zu dokumentieren, welchem Bieter er den Zuschlag erteilt hat (Ergebnis der öffentlichen Ausschreibung).

Die oben in Kap. E Ziff. I a. E. beschriebene Best Alternative To Negotiation Agreement (BATNA) ist damit vergleichbar mit den Wertungskriterien des vergaberechtlichen § 16d VOB/A bei einer Baumediation mit einem öffentlichen Auftraggeber. Die Wertung des Zuschlags im Vergabeverfahren bei einem öffentlichen Auftraggeber entspricht letztendlich der »Wertung« des Mediationsergebnisses einer Baumediation mit einem öffentlichen Auftraggeber und damit der BATNA.

Eine weitere Parallele zum Vergaberecht bei einer Baumediation mit einem öffentlichen Auftraggeber findet sich in § 20 VOB/A in Bezug auf die Dokumentationspflichten. In der Baumediation mit einem öffentlichen Auftraggeber ist es von essentieller Bedeutung, dass der Ausgang des Konflikts einschließlich aller daraus hervorgehenden Risikobewertungen bis hin zu dem gefundenen Ergebnis dokumentiert werden. Der Revisor oder die mit der Rechnungsprüfung befasste Stelle muss anhand der Dokumentation der Baumediation nachvollziehen können, aufgrund welcher Überlegungen und Risikobewertungen der öffentliche Auftraggeber in der Baumediation zu dem bestimmten Ergebnis gekommen ist.

Werden also die einschlägigen Kriterien und Vorgaben der §§ 16d, 20 VOB/A in der Baumediation beachtet, wird auch der öffentliche Auftraggeber keine Rechtfertigungsprobleme haben, sich auf eine Baumediation einzulassen.

G. FAZIT

Die an einem Baukonflikt Beteiligten und deren Anwälte sind gut beraten, wenn sie vor dem Gang zum staatlichen Gericht eine Konfliktlösung mit Hilfe eines dafür speziell ausgebildeten Baumediators versuchen. Nach dem Scheitern von bilateralen Verhandlungen hört man häufig von den Parteianwälten das Argument nach dem

Motto »Wenn wir es nicht geschafft haben, wird es der Mediator auch nicht schaffen.«

Dabei wird ausgeblendet, dass die bilateralen Verhandlungen in der Regel vergangenheitsbezogen (»wer ist schuld?«) und an Rechtspositionen orientiert geführt werden, während die Baumediation zukunftsorientiert und interessenbasiert konzipiert ist.

Jedenfalls lohnt es sich grundsätzlich immer, vor dem Gang zum staatlichen Gericht eine Baumediation zur Konfliktlösung zu versuchen. Selbst wenn sie scheitert, ist damit in der Regel nur ein Bruchteil der Kosten entstanden, die ein Bau-Rechtsstreit verursacht.