



# MEDIATION

**Sammlung der wichtigsten  
Rechtsvorschriften**

**Stand 2006**

Inhalt	Seite
<b>A. Mediation</b> – Eine Einführung in die Mediation im Bauwesen	
<b>I. Grundgedanken zur Mediation</b>	
1. Was ist Mediation?	10
2. Zu welchem Zeitpunkt kann Mediation eingesetzt werden?	10
3. Konfliktprävention durch Projektbegleitende Mediation	11
4. Welches Ziel verfolgt die Mediation?	11
<b>II. Die Person des Mediators</b>	
1. Welche Aufgabe hat der Mediator/die Mediatorin?	12
2. Welche Ausbildung benötigt ein Mediator?	13
3. Welche Vorteile bietet der anwaltliche Mediator?	14
4. Was unterscheidet den anwaltlichen Mediator vom verhandlungsführenden Rechtsanwalt?	15
<b>III. Was unterscheidet Mediation von anderen Streitbeilegungsverfahren?</b>	
1. Abgrenzung zu anderen Verfahren	16
2. Die Kommunikation in der Mediation	17
3. Die Prinzipien der Mediation	18
4. Gerichtsnahe Mediation	20
<b>IV. Wann ist Mediation der richtige Weg?</b>	
1. Welche Grundvoraussetzungen müssen gegeben sein?	20
2. Wann ist Mediation die geeignete Konfliktlösungsmethode?	20
3. Wann führt Mediation nicht zum Ziel?	21
<b>V. Mediation im Bauwesen</b>	
1. Der Bedarf für Mediation im Bauwesen	21
2. Mediation aufgrund einer Mediationsklausel	22
3. Projektbegleitende Mediation	23
4. Kopplung von Mediation und Schlichtungsverfahren	24
5. Kopplung von Mediation und Schiedsgerichtsverfahren	24
6. Mediation für typische Konfliktfälle im Bauwesen	25
7. Mediation bei internen Unternehmenskonflikten	28

<b>VI. Praktische Hinweise zum Mediationsverfahren</b>	
1. Wer nimmt an der Mediation teil?	29
2. Wo findet die Mediation statt?	29
3. Wer initiiert Mediation?	30
4. Der Ablauf des Mediationsverfahrens	30
<b>B. Allgemeine Auswahl an Vorschriften für die Bundesrepublik Deutschland</b>	
I. Auszug aus der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA)	35
II. Auszug aus der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)	43
<b>C. Allgemeine Auswahl an Vorschriften für die Republik Österreich</b>	
I. Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG) für die Republik Österreich	51
II. Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsordnung zum eingetragenen Mediator (ZivilMediat AV) für die Republik Österreich	69
III. Richtlinie des Beirats für Mediation über die Kriterien zur Eintragung in die Liste der Ausbildungseinrichtungen und Lehrgänge nach § 23 ZivMediatG für die Republik Österreich	77
<b>D. Europäische Vorschriften</b>	
I. Europäischer Verhaltenskodex für Mediatoren (European Code of Conduct for Mediators)	91
II. Preliminary draft proposal for a directive on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (englische Version)	97
III. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen	103

---

## Impressum

Sonderausgabe: Mediation

Copyright 2006 • Redaktionelle Verantwortung:  
HEIERMANN FRANKE KNIPP RECHTSANWÄLTE

Gestaltung und Satz: appelt mediaservice, Berlin

Druck: Holga Wende, Berlin

## Vorwort

Es gibt wohl kaum ein Bauprojekt, das reibungslos verläuft. Die Anzahl der anhängigen Baustreitverfahren ist in den letzten Jahren drastisch gestiegen. Das staatliche Gerichtswesen wird den Anforderungen und Bedürfnissen von Baubeteiligten jedoch in vielen Fällen nicht mehr gerecht. Sie empfinden Begegnungen vor Gericht als unflexibel, kosten- und zeitintensiv. Nicht selten sind die Beziehungen nach Abschluss eines Gerichtsverfahrens derart ruiniert, dass ein künftiges Zusammenarbeiten nicht mehr möglich ist. Immer öfter treiben Gerichtsprozesse Bauunternehmer in die Insolvenz, was für alle Beteiligten eine vollständige Niederlage bedeutet.

Vor diesem Hintergrund gewinnt professioneller und konstruktiver Umgang mit Baukonflikten zunehmend an Bedeutung. Die Kanzlei **HEIERMANN FRANKE KNIPP** hat sich aus diesem Grunde auf das **innovative Streitbeilegungsverfahren der Mediation** spezialisiert. Dieses bietet Baubeteiligten die Möglichkeit, schnell, unbürokratisch und kostengünstig Lösungen zu finden, die beide Konfliktparteien zu Gewinnern macht. Um ihren Sinn für Gerechtigkeit verstanden und verwirklicht zu sehen, müssen Baubeteiligte ihre Zukunft selbst in die Hand nehmen. **Unsere ausgebildeten und erfahrenen Mediatoren begleiten Sie hierbei.**

**Daneben bieten wir Ihnen kompetente anwaltliche Begleitung im gerichtlichen Mediationsverfahren.**

## Hinweis:

Die Textausführung enthält eine Sammlung praxisrelevanter Bestimmungen, die mit dem Thema Mediation in Zusammenhang stehen. Die Herausgeber übernehmen keine Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der abgedruckten Bestimmungen.

# A. Mediation

## Eine Einführung in die Mediation im Bauwesen

- I. Grundgedanken zur Mediation
- II. Die Person des Mediators
- III. Was unterscheidet Mediation von anderen Streitbeilegungsverfahren?
- IV. Wann ist Mediation der richtige Weg?
- V. Mediation im Bauwesen
- VI. Praktische Hinweise zum Mediationsverfahren

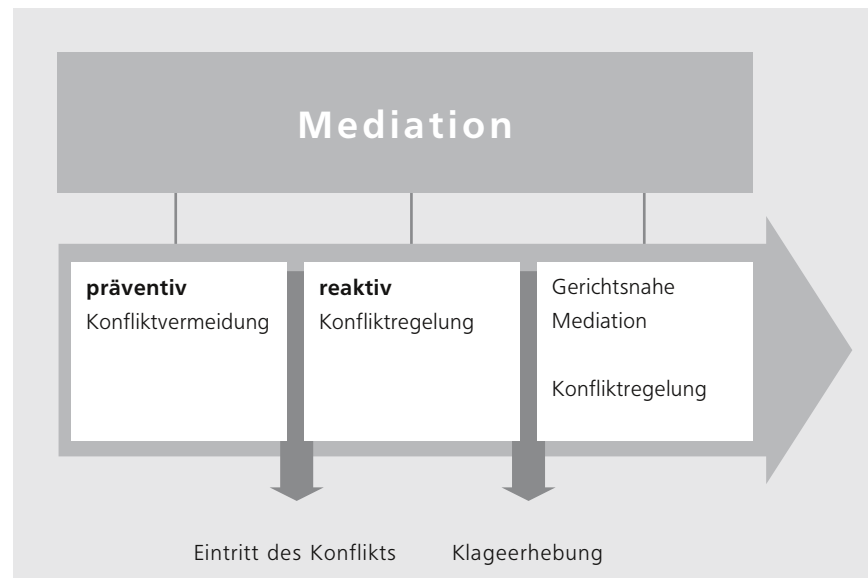
## I. Grundgedanken zu Mediation

### 1. Was ist Mediation?

Mediation leitet sich ursprünglich von dem lateinischen Wort *medius* (etwa: in der Mitte, neutral) ab. Der heute gebräuchliche Begriff Mediation wurde aus dem englischen *mediation, to mediate* (etwa: vermitteln) übernommen.

Mediation ist ein freiwilliges, außergerichtliches Verfahren, in dem Konfliktparteien (**die Medianten**) unter Einbezug eines unparteilichen Dritten (**des Mediators**) eigenverantwortlich eine Regelung erarbeiten, die möglichst vielen Interessen gerecht wird. Die Lösung ist zukunftsorientiert, sodass ein konstruktives weiteres Zusammenarbeiten der Konfliktparteien ermöglicht wird.

### 2. Zu welchem Zeitpunkt kann Mediation eingesetzt werden?



Mediation kann präventiv zur Konfliktvermeidung eingesetzt werden. Nach Eintritt eines Konfliktes kann sie zunächst außergerichtlich und schließlich in verschiedenen Bundesländern auch noch nach Klageerhebung gerichtsintern reaktiv zur Konfliktregelung eingesetzt werden.

### 3. Konfliktprävention durch Projektbegleitende Mediation

Was sich in vielen anderen Bereichen des Lebens bereits durchgesetzt und bewährt hat, findet nun auch Einzug ins Wirtschafts- und Bauwesen. Vorsorge ist besser als Nachsorge! Niemand wird heute noch ernsthaft den Sinn und Nutzen von ärztlichen Vorsorgeuntersuchungen bestreiten. Weshalb wartet man also auf das Entstehen oder sogar auf die Eskalation eines Baukonfliktes, wenn man ihn im Keim ersticken kann? Bereits aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten sollte für sämtliche Baumaßnahmen eine projektbegleitende Mediationsvereinbarung zwischen den Baubeteiligten geschlossen werden (vgl. im Einzelnen V. 3.).

### 4. Welches Ziel verfolgt die Mediation?

Ziel des Mediationsverfahrens ist es, eine Regelung zu erarbeiten, durch die alle Beteiligten gewinnen (sog. „win-win-solution“). Um dieses Ziel zu erreichen, bedient sich die Mediation der in den U.S.A. entwickelten „Harvard-Methode“, nach der Konfliktparteien nur dann optimale Ergebnisse erzielen können, wenn nicht um Positionen gefeilscht wird, sondern die dahinter liegenden Interessen zum Gegenstand der Verhandlungen gemacht werden.

#### Beispiel:

Drei Personen, A, B und C streiten um einen Kürbis. A: „Ich hatte ihn zuerst!“ B: „Ich konnte nichts dafür, dass ich zu spät gekommen bin!“ C: „Ich bin das letzte Mal schon leer ausgegangen!“ Sie müssen den Streitfall regeln, was würden Sie tun?

Eine gerechte Lösung scheint darin zu liegen, den Kürbis in drei Teile zu schneiden und jedem ein Drittel anzubieten. Jede Person würde zu einem Drittel gewinnen, jedoch zu zwei Dritteln verlieren.

Sie könnten sich der Argumentation von A, B oder C anschließen. Dann hätte jeweils einer der Beteiligten zu 100% gewonnen, jedoch zwei Parteien vollständig verloren. Auf dieser Ebene ließen sich zahlreiche andere Entscheidungsmöglichkeiten auftun und verwirklichen. Möglicherweise wäre der Kürbis zu dem Zeitpunkt, wo alle gegenseitigen Argumente ausgetauscht und bewertet sind, bereits verschimmelt. Spätestens dann hätten alle verloren (so genannte „lose-lose-solution“).

Sehr viel effektiver wäre es gewesen, die drei Personen zu fragen, aus welchem Grund sie den Kürbis haben möchten. Schnell wäre klar geworden, dass A eine Kürbissuppe aus dem Fleisch kochen, B die Kerne rösten und C aus der Schale eine Maske schnitzen wollte.

Der Kürbis hätte also so aufgeteilt werden können, dass A, B und C zu jeweils 100 % das bekommen hätten, was sie wollten (so genannte „win-win-solution“).

Dieses durchaus stilisierte Beispiel macht die Bedeutung von Interessen in einer Verhandlung deutlich und lässt sich auf sämtliche Verteilungskonflikte im Wirtschaftsleben übertragen. Es verdeutlicht, wie wichtig es ist, auf die Konfliktparteien einzugehen und eine Lösung zu suchen, die nicht allein den „objektiven“ Ausgleich sucht.

## II. Die Person des Mediators

### 1. Welche Aufgabe hat der Mediator/die Mediatorin?

#### Verfahrensverantwortung

Der Mediator leitet das Mediationsverfahren nach dem anerkannten 5-Phasen-Modell (vgl. VI. 4.). Er ist verantwortlich für die Kommunikation und den Ausgleich der Medianten, nicht jedoch für das inhaltliche Ergebnis der Konfliktregelung.

Gemeinsam mit den Medianten vereinbart er eine Verfahrensordnung, die alle Beteiligten regelmäßig überprüfen und gegebenenfalls an neue Bedürfnisse der Medianten im Zuge des Mediationsverfahrens anpassen.

#### Inhaltliche Verantwortung

Der Mediator hat keine Entscheidungsbefugnis, sondern die Aufgabe und Fähigkeit, eine effektive Verhandlungsgrundlage zu schaffen. Als „Übersetzer“ klärt er die Kommunikation und ermöglicht den Medianten, wieder ins Gespräch zu kommen (Sachverhaltsklärung), sich darüber klar zu werden, worüber sie streiten (Benennung der Konfliktthemen) und was sie im günstigsten Falle erreichen möchten (Klärung und Würdigung der einzelnen Positionen).

#### Ergebnisorientierung

Für eine ergebnisorientierte Verfahrensgestaltung benötigt der Mediator umfassende tatsächliche und rechtliche Erfahrung im Konfliktthema.

Er bewegt sich innerhalb einer weiten Spanne zwischen dem Schlichter und dem Moderator. Die Medianten positionieren den Mediator eigenverantwortlich entsprechend ihrer Bedürfnisse.

Sofern sie sich auf eine stark beurteilende Rolle des Mediators geeinigt haben, unterbreitet dieser fundierte, rechtlich abgesicherte Vorschläge auf der Grundlage eines von allen Beteiligten aufbereiteten und anerkannten Sachverhalts.

#### Co-Mediation

Bei großen und komplexen Bauvorhaben arbeiten mindestens zwei Mediatoren als Team (sog. Co-Mediation) zusammen. Diese können sich gegebenenfalls auch gegenseitig vertreten.

### 2. Welche Ausbildung benötigt ein Mediator?

#### § 7a Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA)

Die Mediatorentätigkeit ist in Deutschland – wie auch in der Schweiz – bislang nicht gesetzlich, sondern allenfalls verbandsrechtlich reguliert. **Allein bei Rechtsanwälten ist die Berufsbezeichnung Mediator standesrechtlich geschützt und gewährleistet damit ein Qualitätsniveau.**

Nach § 7a Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA) darf sich Mediator nennen, wer durch geeignete Ausbildung nachweisen kann, dass er die Grundsätze und die Methodik des Mediationsverfahrens beherrscht. Als unstrittige Richtlinie gilt bundesweit derzeit eine Mindestausbildung von 90 Zeitstunden.

In Österreich gilt das am 6. Juni 2003 veröffentlichte Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG). Daneben führt das Bundesministerium für Justiz eine Liste, in die nur solche





## Mediation

Mediatoren eingetragen werden, die eine Ausbildung im Sinne des § 29 ZivMediatG abgeschlossen haben.


In Baukonflikten kommt fachspezifischen Fragen oft eine herausragende Rolle zu. Die hierfür benannten Mediatoren müssen daher unbedingt über umfassende baurechtliche Erfahrung verfügen.


### 3. Welche Vorteile bietet der anwaltliche Mediator?


Nach § 18 Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA) unterliegt ein Rechtsanwalt, der als Mediator tätig wird, allen Regeln des anwaltlichen Berufsrechts. Dies bietet den Medianten folgende Vorteile:


-  Ein Rechtsanwalt ist nach der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) kraft Amtes bereits Organ der Rechtspflege (§ 1 Abs. 3 BRAO). Im Gegensatz zu anderen Berufsgruppen kann er aufgrund seiner Tätigkeit als Mediator nicht wegen unzulässiger Rechtsberatung belangt werden.
-  Er ist unabhängiger Berater und freier Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§ 1 Abs.1 BRAO). Die für einen Mediator unabdingliche Voraussetzung der Unabhängigkeit/ Neutralität ist damit erfüllt.
-  Ein Rechtsanwalt ist berufsrechtlich verpflichtet, die in einer Mediation erlangten Informationen nicht in sonstiger Weise zum Nachteil der Medianten zu verwenden (Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, § 43 a Abs. 2 und 4 BRAO i.V.m. § 3 Abs.1 BORA)
-  Ein Rechtsanwalt kann die Medianten gegen die Folgen professioneller Fehlleistungen durch Berufshaftpflichtversicherung absichern (Pflichtversicherung nach §51 BRAO!).

## Mediation

 Im Gegensatz zu anderen Berufsgruppen kann ein Rechtsanwalt sich zulässigerweise auf sein Zeugnisverweigerungsrecht vor Gericht berufen, sollte die Mediation scheitern und es zu einem gerichtlichen Verfahren kommen. Dies stärkt das Vertrauen der Medianten.

 Ein Rechtsanwalt ist bundesrechtlich nach § 43a Abs.2 Satz 1 BRAO und standesrechtlich gemäß § 2 BORA zur Verschwiegenheit verpflichtet. Er wird damit dem Erfordernis der Vertraulichkeit in einer Mediation gerecht.

 Er ist Geheimnisträger im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 2 Strafgesetzbuch

 Im Gegensatz zu anderen Berufsgruppen hat der zum Mediator ausgebildete Rechtsanwalt die Möglichkeit, nicht nur das Mediationsverfahren durchzuführen, sondern zusätzlich auch noch das juristische Know-how zu bieten, eine Abschlussvereinbarung zu schließen, die einer rechtlichen Überprüfung standhalten und möglicherweise sogar noch notariell ausgefertigt werden kann.

### 4. Was unterscheidet den Anwaltsmediator vom verhandlungsführenden Rechtsanwalt?

Verhandelnde Anwälte legen im Gegensatz zum Anwaltsmediator Recht und Gesetz niemals ab und bleiben immer nur Vertreter einer Partei, da andernfalls Parteiverrat droht (vgl. § 43a Abs.2 Satz 1 BRAO). Aus diesem Grunde darf und kann ein Parteianwalt niemals neutral sein und als ehrlicher „Makler“ verstanden werden.

Ein Rechtsanwalt wird bei der außergerichtlichen Beratung und Vermittlung mediative Gesprächs- und Verhandlungstechniken einsetzen, jedoch ein Mediationsverfahren damit niemals ersetzen können.

## III. Was unterscheidet Mediation von anderen Streitbelegungsverfahren?

### 1. Abgrenzung zu anderen Verfahren

Gerichtsverfahren	Schiedsgericht	Schlichtungsverfahren	Mediation	Verhandlung
fremdbestimmt			eigenverantwortlich	
unfreiwillig			freiwillig	
formalisiert			formfrei	
unflexibel			flexibel	
kontradiktorisch			kooperativ	
Alles oder Nichts – Prinzip			Verteilung	

Im Gegensatz zum Gerichts- und Schiedsgerichtsverfahren liegt das Ergebnis einer Mediation allein in den Händen der Konfliktparteien. Der Mediator hat keine Entscheidungsmacht.

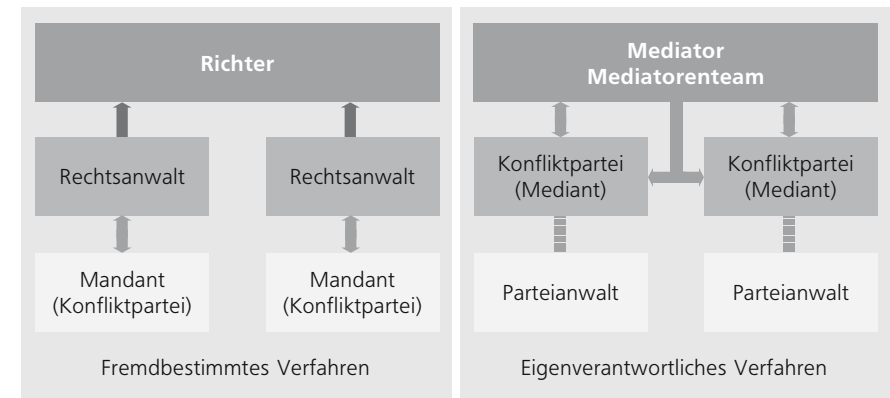
Gerichts- und Schiedsgerichtsverfahren garantieren einen Abschluss (Urteil, Schiedsspruch oder Vergleich) und bieten die Möglichkeit, die Beteiligten zur Teilnahme zu zwingen. Die Teilnahme an einer Mediation ist freiwillig.

In der Mediation gibt es keine strikt zu beachtende gesetzliche Verfahrensordnung (Zivilprozessordnung), sondern die Konfliktparteien bleiben stets „Herrn des Verfahrens“. Sie bestimmen auch den Zeitpunkt und den Ort der Verhandlungen. Die „objektive Wahrheit“ orientiert sich im Gerichts- und Schiedsgerichtsverfahren anhand von Darlegungs- und Beweislastregeln, im Mediationsverfahren an einem gemeinsam erarbeiteten und anerkannten Sachverhalt.

Eine Entscheidung über den Streitgegenstand erfolgt im Gerichts- und Schiedsgerichtsverfahren ausschließlich anhand rechtlicher Gesichtspunkte und nach dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“. In einer Mediation entscheiden die Konfliktparteien darüber, welche Aspekte wie weit ent-

scheidungsrelevant sein sollen. Auch der Schlichter ist auf die Bewertung des ihm vorgetragenen Sachverhalts konzentriert. Auf dieser Ebene bezieht er Stellung, versucht zu vermitteln und unterbreitet konkrete Vorschläge. Das Ergebnis ist regelmäßig ein Kompromiss, der nur selten den Interessen der Parteien gerecht werden kann.

### 2. Die Kommunikation in der Mediation

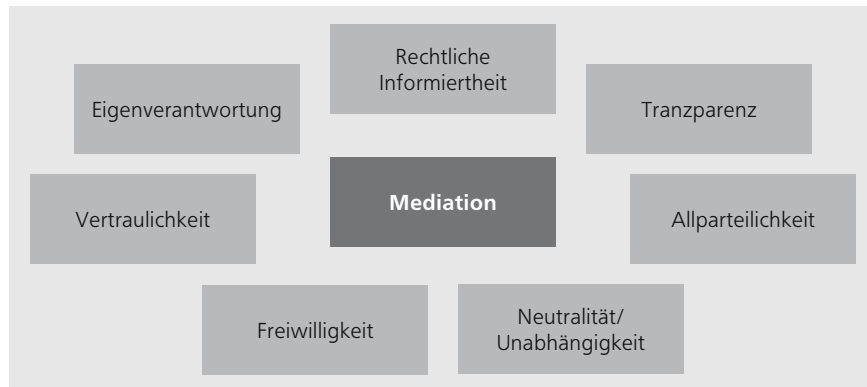


Im Gegensatz zum gerichtlichen Verfahren, in dem fast ausschließlich zwischen dem Richter und den Rechtsanwälten kommuniziert wird (die Rechtsanwälte bemühen sich, den Vorsitzenden zu überzeugen), verläuft die Kommunikation in der Mediation – gesteuert und kontrolliert durch den Mediator – direkt zwischen den Konfliktparteien. Die Rechtsanwälte übernehmen hier lediglich die „Nebenrolle“ der rechtlichen Parteiberatung. Da dem Mediator keine Entscheidungsmacht zukommt, besteht die Aufgabe der Parteianwälte allein darin, ihre Mandanten davor zu bewahren, Rechtsverluste zu erleiden.

Die durch den Mediator kontrollierte Kommunikation zwischen den Medianten ermöglicht eine **effektive und konstruktive Nutzung des Konfliktpotentials:**

- Die Parteien erleiden weder Autonomie- noch „Know-How“-Verlust
- Es entsteht kein Zeitverlust durch Übermittlung über einen Dritten
- Es wird eine maßgeschneiderte Regelung erarbeitet
- Die erarbeitete Regelung hat eine hohe Verbindlichkeit

## 3. Die Prinzipien der Mediation



### Eigenverantwortung

Die Konfliktparteien müssen in der Lage und willens sein, eigenverantwortlich zu handeln. Anders als in sonstigen Streitbeilegungsverfahren sind sie für den Beginn, den Inhalt und den Ablauf der Mediation selbst verantwortlich. Sie werden als Experten für ihre Bedürfnisse und Probleme angesehen. Nur sie sollen darüber Auskunft geben und entscheiden, welche Antworten für sie richtig sind.

### Rechtliche Informiertheit

Die Konfliktparteien sollen sich vor Beginn des Mediationsverfahrens bei ihrem jeweiligen Rechtsbeistand über ihre Rechtsposition umfänglich informieren. Der Mediator, auch wenn er Rechtsanwalt ist, darf weder rechtliche Beratung vornehmen noch rechtliche Gesichtspunkte berücksichtigen, da er anderenfalls parteilich wird. Um die Medianten zu verstehen, sollte er idealerweise jedoch über rechtliche Kenntnisse in dem Konfliktthema verfügen.

### Transparenz

Das Mediationsverfahren ist für alle teilnehmenden Personen transparent. Der Ablauf, die Terminierung und der Inhalt des Mediationsverfahrens wird im Beisein aller teilnehmenden Personen beschlossen.

Der Mediator arbeitet mit Flipcharts, damit alle Parteien über den gleichen Aufzeichnungsstand verfügen.

### Allparteilichkeit

Der Mediator muss allparteilich sein. Dies beinhaltet kongruente Aufmerksamkeit und gleiches Interesse an beiden Konfliktparteien. Er hat diese erst dann verstanden, wenn er für beide das gleiche Maß an Sympathie empfindet.

### Neutralität/ Unabhängigkeit

Der Mediator muss neutral sein, er sollte weder vor noch nach der Mediation parteilich für einen der Medianten tätig geworden sein bzw. tätig werden. Er darf keine direkten oder indirekten Interessen im Zusammenhang mit dem Konfliktthema verfolgen. Er muss frei von Vorurteilen sein.

### Freiwilligkeit

Mediation ist ein freiwilliges Verfahren. Keine der teilnehmenden Parteien darf durch äußeren Zwang zur Teilnahme verpflichtet werden. Das Verfahren kann jederzeit durch eine der beteiligten Parteien (auch durch den Mediator) abgebrochen werden.

### Vertraulichkeit

Voraussetzung für effektives Zusammenwirken der Konfliktparteien ist die Möglichkeit offener Kommunikation und umfassenden Informationsaustauschs, ohne dass die Konfliktparteien einen Missbrauch der im Mediationsverfahren erlangten Informationen befürchten müssen. Dies gilt sowohl für die Medianten untereinander als auch für den Mediator.

Einzelgespräche zwischen dem Mediator und einer Konfliktpartei dürfen grundsätzlich nur mit Zustimmung der anderen Partei erfolgen (Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit für das Verfahren der Mediation). Um dem Neutralitätsgebot der Mediation gerecht zu werden, muss sichergestellt sein, dass beide Parteien die gleiche Anzahl an Einzelgesprächen in Anspruch nehmen können. Die Vertraulichkeitsregelung muss selbstverständlich auch nach Beendigung der Mediation fortbestehen.

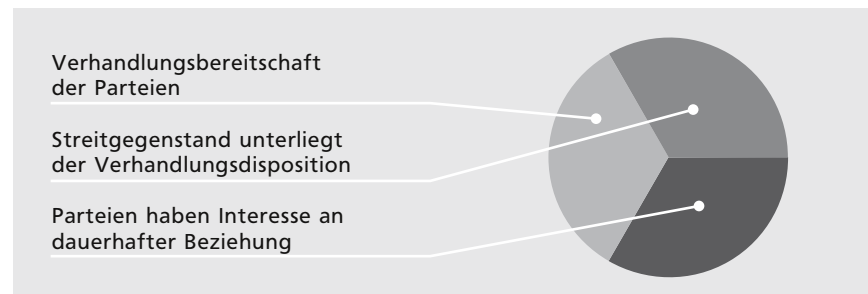
## 4. Gerichtsnahe Mediation

Mittlerweile bieten verschiedene Gerichte bundesweit gerichtsnahe (auch: gerichtsinterne) Mediation an. Hier ist als Mediator ein nicht mit der Sache befasster Richter mit einer Zusatzausbildung tätig. Klageverfahren werden nach Eingang bei Gericht auf ihre Mediationsstauglichkeit überprüft und nach Zustimmung der Prozessparteien in das Mediationsverfahren übergeleitet. Kommen die Parteien auf diesem Wege zu einer Einigung, kann der Vergleich gerichtlich protokolliert werden. Beim Scheitern der Mediation wird das Verfahren automatisch an den zuständigen Richter verwiesen und wieder aufgenommen.

In Berlin ist seit März 2006 an jedem Zivilgericht eine Mediationsabteilung eingerichtet, die sämtliche eingehenden Verfahren auf ihre Mediationsgeeignetheit überprüft.

## IV. Wann ist Mediation der richtige Weg?

### 1. Welche Grundvoraussetzungen müssen gegeben sein?



### 2. Wann ist Mediation die geeignete Konfliktlösungsmethode?

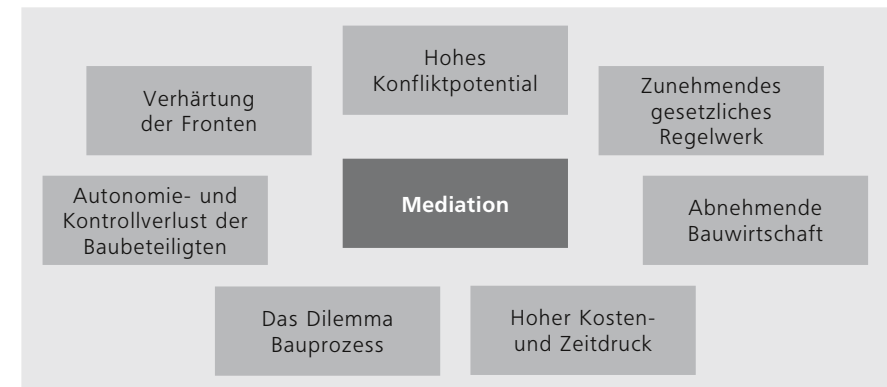
- Wenn langfristige Beziehungen nicht zerstört, sondern für die Zukunft erhalten werden sollen
- Wenn den Parteien hohe Flexibilität wichtig ist (freie Zeit-, Termin- und Sitzungsortwahl)
- Wenn die Konfliktparteien ein vertrauliches Verfahren wünschen
- Wenn die Konfliktparteien eine Lösung suchen, die nicht nur rechtlichen, sondern auch wirtschaftlichen Gesichtspunkten stand hält
- Wenn eine Verhärtung der Fronten vermieden werden soll
- Wenn eine Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen notwendig ist
- Wenn Negativpresse ausgeschlossen werden soll

## 3. Wann führt Mediation nicht zum Ziel?

- Wenn ein Präzedenzfall geschaffen werden soll
- Wenn sich eine der Parteien der Konfliktregelung verweigert
- Wenn ein Abschluss des Verfahrens garantiert sein soll
- Wenn es um die Klärung einer reinen Rechtsfrage geht
- Wenn eine rechtskräftige Feststellung erforderlich ist (z. B.: Frage der Wirksamkeit einer Vertragsbedingung)
- Wenn eine Eilmaßnahme getroffen werden muss
- Wenn Mediation im Widerspruch zum gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren steht.

## V. Mediation im Bauwesen

### 1. Der Bedarf für Mediation im Bauwesen



Bauvorhaben sind im besonderen Maße konfliktträchtig, da im Zuge der Planung, Genehmigung und Ausführung einer Baumaßnahme diverse Beteiligte mit verschiedenen Vorstellungen und Zielsetzungen aufeinander treffen. Das stetig zunehmende gesetzliche Regelwerk erhöht das Spannungsverhältnis zwischen Plan und Realität. In kaum einem anderen Bereich überschneiden sich Handlungs- und Verantwortungsbereiche in einem derart hohen Umfang. Technische, rechtliche und tatsächliche Probleme müssen unter hohem Zeit- und Kostendruck geregelt werden. Abnehmende Bauwirtschaft und zunehmende Insolvenzen verstärken die Tendenz, Streitfragen von einem Dritten klären zu lassen.

Das Anrufen der Gerichte führt nur selten zu dem gewünschten Ergebnis. Richter sind fachlich und zeitlich immer öfter überlastet und nicht in der Lage, den wirklichen Interessen der Parteien gerecht zu werden. Ein Bauprozess raubt Ressourcen, die von den Baubeteiligten auf der Baustelle dringend benötigt würden und führt grundsätzlich nicht zu einer konstruktiven Regelung des Konfliktes. Immer öfter sind weder die Richter, noch die beteiligten Anwälte, geschweige denn deren Mandanten glücklich mit dem gefundenen Ergebnis, das sich allein an rechtlichen Ausschnitten des Konfliktes orientieren darf.

Hinzu kommt, dass das Gericht grundsätzlich nur über den von der Klage umfassten Teilausschnitt eines Konfliktes urteilen kann. Gerade im Bauprozess wäre jedoch eine differenzierte Lösung, die nicht auf dem „Alles – Oder – Nichts – Prinzip“ beruht, erforderlich. Oft basiert die Entscheidung auf einem im nachhinein konstruierten Sachverhalt, der nicht der Realität entspricht.

Baustreitigkeiten werden auf eine übergeordnete Ebene verlagert, die mit der Realität nicht mehr viel gemein hat. Die Baubeteiligten fühlen sich entmündigt, weil sie die Ergebnisse eines gerichtlichen Verfahrens nicht mehr nachvollziehen können. Nicht selten sind die Fronten am Ende eines Prozesses derartig verhärtet, dass ein konstruktives künftiges Zusammenarbeiten der am Bau Beteiligten nicht mehr möglich ist.

Bauprozesse produzieren neben Kosten für die Rechtsanwälte, Gerichte und Sachverständige erhebliche Kosten auf der Sekundär- und Tertiärebene. Die verloren gegangene Zeit und damit einhergehende Bauverzögerungen führen letztendlich sogar zu einem Imageverlust der Beteiligten.

Mediation kann helfen, den „Teufelskreis“ im Bauwesen zu durchbrechen, indem die Parteien vor Anrufung der Gerichte eine konstruktive Regelung suchen.

### 2. Mediation aufgrund einer Mediationsklausel

Wie kommt man zur Mediation? Zunächst besteht die Möglichkeit, eine Mediationsklausel in die Vertragsmuster einzuarbeiten. Viele Unternehmen und Institutionen haben hiervon bereits Gebrauch gemacht. Diese Klausel kann allgemein gehalten werden oder individuell auf das Bauvorhaben und die jeweiligen Vertragsparteien abgestimmt sein. Sie widerspricht nicht dem Prinzip der Freiwilligkeit, da es den Parteien frei steht, den Vertrag mit Mediationsklausel zu unterzeichnen oder es zu unterlassen. Im übrigen ist bei korrekter Formulierung auch ein Verstoß gegen das Recht der Allgemeinen Vertragsbedingungen auszuschließen.

Auf der anderen Seite verbieten die Prinzipien der Freiwilligkeit und Eigenverantwortlichkeit die zwangsweise Durchführung eines Mediationsverfahrens und damit die Garantie, eine vollständige Mediation durchzuführen. Die Parteien können nicht daran gehindert werden, das aufgenommene Mediationsverfahren jederzeit als gescheitert und damit als beendet anzusehen.

Eine Mediationsklausel untersagt jedoch den Parteien die sofortige Einschaltung eines staatlichen Gerichts. Sie kann – analog eines BGH-Urteils zur Schlichtung vom 18.11.1998 – einreideweise von der beklagten Partei geltend gemacht werden, wenn ohne Mediationsversuch Klage erhoben worden ist.

Eine fundierte rechtliche Beratung ist für die Formulierung einer wirksamen Mediationsklausel unerlässlich. Sprechen Sie uns an!

### 3. Projektbegleitende Mediation

Auftraggeber im Baubereich haben die Möglichkeit, präventiv die Entstehung von Konflikten zu vermeiden, indem sie eine projektbegleitende Mediationsvereinbarung formulieren, die bereits in den konkreten vertraglichen Regelungen für die in Frage stehende Baumaßnahme eingearbeitet ist. Zeichnen sich während des Vertragsverhältnisses Konflikte ab, soll der darin bezeichnete Mediator für beide Konfliktparteien jeweils einseitig abrufbar sein.

Daneben vereinbaren die Baubeteiligten mit „ihrem“ Mediator regelmäßige Zusammentreffen, bei denen über Stand und Verlauf des Projektes berichtet wird. Oft finden sich hierbei Indizien für kommende Streitigkeiten, die zügig und unbürokratisch aus dem Weg geräumt werden können.

#### Projektbegleitende Mediation bietet folgende Vorteile:

- Projektbegleitende Mediation fördert die konstruktive Zusammenarbeit der Vertragsparteien: Sie lernen, gemeinsam für eine Konfliktsituation Lösungen zu erarbeiten
- Projektbegleitende Mediation gewährleistet zügige Konfliktprävention und Konfliktregelung: Ein Konflikt wird daran gehindert, sich auszuweiten und verliert damit die Möglichkeit, auch in wirtschaftlicher Hinsicht unüberschaubar zu werden.
- Der Mediator ist mit dem gesamten Inhalt des Bauvertrages und dem Stand des Bauablaufes vertraut und kann daher ohne weiteren Zeitverlust jederzeit zur Konfliktklärung beitragen.

- Frühzeitige Konfliktbearbeitung motiviert Mitarbeiter. Die zuständigen Personen übernehmen zu einem Zeitpunkt, an dem noch keine hohen Kosten auf dem Spiel stehen, leichter Verantwortung für Entscheidungen.
- Der stets abrufbereite Mediator ermutigt die Konfliktparteien zu deren frühzeitiger Einbindung. Sie verlieren die Scheu, sich einer Konfliktsituation zu stellen.

Auch für den Abschluss einer projektbegleitenden Mediationsvereinbarung ist eine ausführliche rechtliche Beratung erforderlich. Sprechen Sie uns an!

#### 4. Kopplung von Mediation und Schlichtungsverfahren



Oft wünschen sich die Beteiligten eines Mediationsverfahrens im Baubereich nach erfolglosen Verhandlungen einen Lösungsvorschlag des Mediators. Im Sinne effektiver Streitbeilegung muss sich der Mediator in diesem Fall von den theoretischen Ansätzen der Mediation entfernen und die Mediation mit dem Schlichtungsverfahren koppeln. Dadurch wird ihm die Befugnis eingeräumt, in Teilbereichen Lösungsvorschläge zu unterbreiten.

Entscheidend bei dieser Vorgehensweise ist, dass sie mit den Medianten bzw. zwischen den Medianten vereinbart und geregelt wurde. Ist dies erfolgt, haben die Konfliktparteien eigenverantwortlich eine praktikable Vorgehensweise beschlossen, die nicht den Grundelementen der Mediation widerspricht (vgl. dazu Teil III. 3.).

#### 5. Kopplung von Mediation und Schiedsgerichtsverfahren



Es besteht außerdem die Möglichkeit, dass der Mediator im Verlaufe des Verfahrens seine Rolle wechselt und nach Scheitern der Verhandlungen den Streit als Schiedsrichter verbindlich entscheidet (sog. „Mediation-Arbitration“). Da er mit dem Sachverhalt vertraut ist und die

möglicherweise bis dato versteckten Interessen der Parteien offen gelegt hat, erfolgt eine sehr zeitnahe Entscheidungsfindung.

Dies ist nicht unproblematisch, da die in Aussicht gestellte Möglichkeit des Schiedsgerichtsverfahrens die Mediationsverhandlungen negativ beeinflussen kann. Weshalb sollten die Parteien lange Interessen und Überlegungen austauschen, wenn ihnen in Aussicht gestellt wurde, bei Scheitern der Einigungsverhandlungen einen Lösungsvorschlag vom ehemaligen Mediator zu erhalten?

Um dieses Spannungsverhältnis sinnvoll aufzuheben, müssen die Aufgaben des Mediators und des Schiedsrichters auf zwei Personen aufgeteilt werden (sog. „Co-Med-Arb-Process“).

#### 6. Mediation für typische Konfliktfälle im Bauwesen

##### Behinderungen und Verzögerungen

Hohes Konfliktpotential besteht, sofern der ursprünglich konzipierte Terminplan wegen Nachtragsleistungen oder wegen unerwarteter **Behinderungen** (z. B. Witterung) während des Bauvorhabens nicht eingehalten werden kann. Kollision mit anderen Bauunternehmern und daraus resultierende **Verzögerungen** sind die Folge.

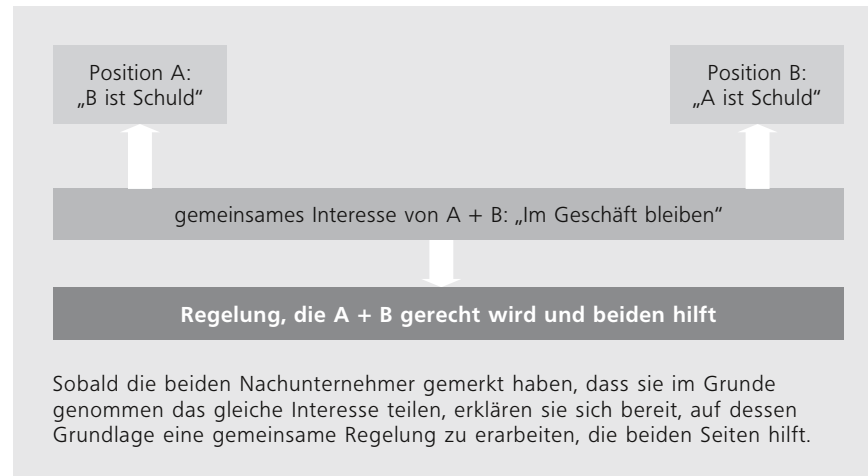
##### Beispiel:

Eine erheblich verspätete Bauleistung kann den Verlust eines Folgeauftrags bedeuten. Vor diesem Hintergrund streiten sich zwei Nachunternehmer eines Generalunternehmers über die Ursächlichkeiten und Verantwortlichkeiten einer Bauverzögerung. Natürlich vertreten sie unterschiedliche Standpunkte: Nachunternehmer A ist der Auffassung, Nachunternehmer B und andere Gründe seien Schuld. Nachunternehmer B vertritt genau die gegenteilige Meinung. Die Verhandlungen sind blockiert. Der Bau steht still.

Die Positionen von A und B entsprechen im juristischen Sinn ihren Ansprüchen, die sie als Folge von diversen Unstimmigkeiten im Zuge der Auftragsausführung für sich behaupten. Die Klärung der Verantwortlichkeiten durch ein Gericht bedeutet Zeit- und Geldverlust und würde in diesem Fall folglich mehr schaden als nützen.

## Mediation

Der eingeschaltete Mediator deckt die hinter den Auffassungen (Positionen) stehenden Interessen auf. Schnell ist klar, dass der Streit um die Schuldfrage oder die Frage der Verantwortlichkeit am Kern der eigentlichen Interessen der beiden Nachunternehmer vorbeigeht: Diese sind die pünktliche Gesamtfertigstellung des Bauwerks, einen zufriedenen Auftraggeber und schließlich damit die Chance, am Markt zu bestehen.



Die Praxis zeigt, dass Bauverzögerungsnachträge nach Abschluss des Bauvorhabens oft nicht mehr justiziabel sind. Die durch Verzögerung entstandenen **Sekundär- und Tertiärschäden** sind erst recht nicht mehr kalkulierbar. Erfahrene Baubeteiligte sehen sich gezwungen, präventiv strenge Dokumentationen des Bauablaufes sowie regen Schriftwechsel mit ihren Vertragsparteien zu führen und verlieren damit viel Geld und Zeit.

Mediation sollte projektbegleitend zur Konfliktprävention eingesetzt werden: **Bauverzögerungen** können baubegleitend eingegrenzt bzw. schnell, kostengünstig und interessengerecht geregelt werden.

## Mediation

### Nachtragsforderungen

Die momentane Wettbewerbssituation verleitet den Auftragnehmer regelmäßig, zu niedrige Preise anzubieten. Im Zuge des Bauvorhabens versucht er nicht selten, seine bisherige Kalkulation durch nachträgliche Zusatzaufträge und Nachträge aufzubessern.

Im Zuge der **Nachtragsstellung und Überprüfung** kann Mediation umfassend die Vielzahl von Interessen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht aufdecken und damit zu einer neuen Kommunikation der Baubeteiligten führen.

### Mängel

Geklärt werden muss zunächst, ob bzw. inwieweit und in welchem Umfang ein Mangel tatsächlich besteht. Im Anschluss wird ermittelt, wer von den vielen am Bau beteiligten Personen für diesen Mangel verantwortlich ist. Kompliziert wird es, wenn sich verschiedene Bauunternehmer zu einer Gemeinschaft zusammengeschlossen haben (sog. Baukonsortien) und nicht mehr klar erkennbare Trennungslinien zwischen den Tätigkeitsbereichen der einzelnen Unternehmen vorhanden sind. Möglicherweise haben die ausführenden Unternehmen des Projektes sogar wegen Insolvenz oder Kündigung bereits gewechselt, womit Ursächlichkeiten unmöglich rekonstruierbar sind.

Mediation kann helfen, den Umfang und die Ursachen von **Baumängeln** zu eruieren, um anschließend eine konstruktive Regelung für deren Beseitigung zu finden.

### Vertragsstrafe

Die Vereinbarung von **Vertragsstrafen** ist mittlerweile üblich. Für Auftragnehmer bedeutet sie eine erhebliche wirtschaftliche Bedrohung. Für den Auftraggeber bedeutet sie rechtliche und finanzielle Unsicherheit, weil sie nur im Ausnahmefall wirksam gezogen werden kann.

Ziel einer Vertragsstrafe ist es, eine rechtzeitige Fertigstellung des Bauvorhabens zu erreichen. Das Mittel richtet sich allein gegen den Auftragnehmer und funktioniert als Druckmittel bereits dann nicht, wenn der Auftragnehmer durch nicht zu vertretende oder sogar durch auftraggeberseitige Umstände behindert wird.

In einer baubegleitenden Mediation kann ein „Druckmittel“ für den Auftraggeber vereinbart werden, das nicht dem **Risiko der Unwirksamkeit einer Vertragsstrafenvereinbarung** unterliegt und den Auftragnehmer nicht in wirtschaftliche Not geraten lässt.

### Abnahme

Die **Abnahme** der Bauleistung ist für den Auftraggeber die letzte Möglichkeit, die Leistungen des Auftragnehmers zu rügen und ordnungsgemäße Leistungserbringung zu fordern. Für den Auftragnehmer, der bis dahin in Vorleistung gegangen ist, ist sie die Voraussetzung für den erhofften Geldeingang.

Mediation bei **Abnahme** ermöglicht die Aufhebung des enormen Spannungsverhältnisses zwischen der Abnahmehandlung und deren Rechtsfolgen. Die Beteiligten können sich dabei auf eine Vorgehensweise einigen, die beiden Seiten die Angst vor erfolgter bzw. nicht erfolgter Abnahme nimmt.

### Zahlungen

Im Zuge des Bauvorhabens geht der Auftragnehmer in erhebliche finanzielle Vorleistung. Um keinen Vertrauensverlust zu erleiden, muss er sich darauf verlassen können, dass seine **Rechnungen** (Abschlags- und Schlussrechnungen) zeitnah beglichen werden.

**Zahlungsziele** können in einer Mediation so vereinbart werden, dass die Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer gewahrt bleiben.

## 7. Mediation bei internen Unternehmenskonflikten

Unternehmensinterne Konflikte entstehen entweder innerhalb oder unterhalb einzelner Abteilungen.

Da die Konfliktbeteiligten auf eine weitere Zusammenarbeit innerhalb des Unternehmens angewiesen sind, ist eine Regelung bzw. Lösung des möglicherweise schon seit langem

schwelenden Konfliktes und die Wiederherstellung der Kommunikation zwischen den Konfliktparteien erforderlich. Nur dann werden die Mitarbeiter für das Unternehmen ihren höchstmöglichen Einsatz bringen können.

Konfliktbewältigung kann auch hier **reaktiv** zu einem Zeitpunkt stattfinden, an dem der Konflikt einen Umfang eingenommen hat, der nicht mehr ignoriert werden kann. Sie kann jedoch auch **präventiv** eingesetzt werden, indem eventuelle Konfliktquellen vermieden, ausgeschaltet oder bewältigt werden. Im letzteren Stadium können Konflikte als Chance wahrgenommen werden, die künftige Zusammenarbeit kreativ und konstruktiv zu gestalten. Viele Unternehmen machen mittlerweile von unternehmensbegleitender Mediation Gebrauch.

## VI. Praktische Hinweise zum Mediationsverfahren

### 1. Wer nimmt an der Mediation teil?

Neben dem Mediator/ Mediatorenteam nehmen an dem Verfahren die Konfliktparteien (die sog. Medianten) und gegebenenfalls deren Parteianwälte teil.

Der Erfolg einer Mediation steht und fällt mit der Grundeinstellung der Verfahrensbeteiligten und deren Kommunikationsbereitschaft. Die teilnehmenden Personen sollen nicht nur mit dem Bauvorhaben und den konfliktverursachenden Umständen vertraut sein, sondern gleichzeitig auch über die nötige fachliche Kompetenz ihrer eigenen Partei verfügen. Gleichzeitig (und wenn nicht in einer Person verfügbar, dann zusätzlich) sollte der Parteivertreter entscheidungs- und abschlussbefugt sein. Die Verhandlungsergebnisse dürfen keinesfalls an dem Widerspruch Dritter scheitern, da dies bereits im Zuge der Verhandlungen erhebliche Unsicherheit mit sich brächte.

**Mediation ist „Chefsache“.** Beide Parteien müssen durch technisch und fachlich kompetente Vertreter besetzt sein, die verbindliche Entscheidungen treffen können.

### 2. Wo findet die Mediation statt?

Eine Mediation findet idealer Weise in neutralen Räumlichkeiten statt. Benötigt wird ein Zimmer für die gemeinsame Verhandlungsführung, in dem ein Tisch für sämtliche Beteiligte Platz finden muss. Daneben sollte es zwei abgegrenzte Räume für Einzelgespräche des Mediators mit den Konfliktparteien geben.

### 3. Wer initiiert die Mediation?

Sofern man nicht aufgrund einer Mediationsklausel auf das Verfahren „gestoßen“ wird, kann Mediation jederzeit – auch noch nach Rechtshängigkeit eines Klageverfahrens – zur Regelung eines bestehenden Konfliktfeldes bei der Gegenseite angeregt werden. Projektbegleitende Mediation kann in jedem Stadium eines Bauvorhabens vereinbart werden. Am effektivsten ist sie jedoch, wenn sie schon bei Baubeginn eingesetzt wird.

Sprechen Sie uns an, wenn Sie hierzu Fragen haben.

### 4. Der Ablauf des Mediationsverfahrens

Die Mediation ist zwar nicht an eine starre Verfahrensordnung gebunden, orientiert sich jedoch an einer klaren – wenn auch nicht schematischen – Struktur. Der klassische Verlauf gliedert sich in fünf Phasen.

#### Phase 1: Das Arbeitsbündnis

In der ersten Phase klärt der Mediator mit den Medianten alle notwendigen Grundfragen (Zeitrahmen, Kosten, Ort, Verschwiegenheit u.s.w.). Die Medianten klären ihn kurz über den Inhalt des Konfliktes oder der Problematik auf.

Am Ende schließen die Medianten mit dem Mediator eine förmliche Mediationsvereinbarung/ einen Mediatorenvertrag. **Hinsichtlich des notwendigen Inhalts dieser Vereinbarung ist eine ausführliche rechtliche Beratung erforderlich.**

#### Phase 2: Die Bestandsaufnahme

In der zweiten Phase des Mediationsverfahrens tragen die Konfliktparteien bzw. deren Anwälte ihre Standpunkte zum Konfliktthema vor. Gegebenenfalls nehmen die Parteienanwälte jeweils eine Einschätzung der Erfolgsaussicht eines gerichtlichen Verfahrens vor. Der Mediator führt anschließend ein ausführliches Gespräch mit jeweils einem Medianten im Beisein des anderen Medianten, fasst die klärungsbedürftigen Themen zusammen, konkretisiert diese und schreibt sie thesenartig auf ein Flip-Chart.

#### Phase 3: Die Konfliktbearbeitung

In dieser Phase werden die hinter den Positionen tatsächlichen Interessen und Bedürfnisse eruiert. Entscheidend ist eine verständliche Aufarbeitung, damit die Parteien die gewonnenen Aspekte in eine spätere Entscheidung einfließen lassen können. Am Ende der Phase 3 wissen alle Beteiligten, worüber die Parteien in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht streiten. Sie kennen die Kriterien, die eine künftige Regelung des Konfliktes erfüllen muss.

#### Phase 4: Die Einigung

Phase 4 beginnt mit der kreativen Suche nach Lösungsoptionen auf der Grundlage eines Brainstormings. Anschließend folgt deren Bewertung sowie rechtliche und tatsächliche Überprüfung.

#### Phase 5: Die Abschlussvereinbarung

In der fünften und letzten Mediationsphase erarbeiten die Medianten gemeinsam mit dem Mediator und den jeweiligen Parteienanwälten einen rechtsverbindlichen Vertrag. Die sofortige Vollstreckbarkeit kann vereinbart werden.

Anna Wellmann LL.M.,  
Rechtsanwältin und Wirtschaftsmediatorin  
April 2006