

Jetzt mal praktisch: Mediation im Bauwesen
(Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator Dr.
Peter Hammacher, Heidelberg)¹

Im nachfolgenden Beitrag soll der Ablauf einer Mediation ganz praktisch geschildert werden. Wie läuft sie ab, was sind ihre Vorteile? Für wen ist sie geeignet? Wer kann sie durchführen?

I. Vorhang auf!

Nachdem sich diese Zeitschrift intensiv mit den Vor- und Nachteilen alternativer Streitbeilegungsmethoden, insbesondere der Mediation, beschäftigt hat², ist es an der Zeit zu zeigen, wie so etwas in der Praxis aussehen kann.

In diesem Fall geht es um einen Streit zwischen einem Auftraggeber, vertreten durch seinen Projektleiter Deloy und den Bauleiter Breit mit dem Projektleiter des Auftragnehmers, Herrn Müller. Aber lassen wir die Personen doch selbst zu Wort kommen:³

1. Szene: Auf der Baustelle

„Mit dem Mann kann man einfach nicht reden.“

Zornig dreht sich Müller auf der Achse um und stürmt an Deloy und Breit vorbei aus dem Baucontainer hinaus auf die Baustelle.. Nach 30 Jahren Montage weiß man, wann es genug ist. Von so einem Schnösel, der mit der VOB un-

term Arm die Baustelle leiten will, muss man sich so etwas nicht mehr gefallen lassen. Wir haben die Leistungen erbracht und wollen unser Geld! Wir können nichts dafür, wenn die Pläne das nicht hergeben.

Deloy steht wie angewurzelt im Baubüro neben seinem Bauleiter.

„Ich glaub' s nicht!“ „Haben Sie so was schon mal erlebt?“ „Da kommt dieser Zombie, der noch nie eine Uni von innen gesehen hat, und will mir weismachen, dass meine Pläne nicht stimmen.“ „Der sollte erst 'mal die Ausschreibung lesen, bevor er andere Leute anmacht!“

Deloy löst sich aus der erstarrten Haltung und beginnt wie ein Tiger im Baubüro zu kreisen.

„Ich sag' Ihnen was, Herr Breit. Bei mir hat der ausgedient.“

Breit schaut Deloy skeptisch an und schweigt. Deloy kann sich nicht beruhigen:

„Der kriegt keinen Cent auf seine Nachträge. Wenn der nicht in der Lage ist, zu kalkulieren.... Ich lass' mir jedenfalls nicht die Schuld für die Kostensteigerung in die Schuhe schieben.“

Deloy wendet sich an den Bauleiter.

„Sagen Sie, Herr Breit, wann sind die mit der Arbeit fertig? Nächste Woche ist Abnahme? Sehr schön. Wollen wir doch mal sehen, wie die ausgeht! Und auf die Schlussrechnung freue ich mich schon.“

2. Szene : In der Firma

Fünf Monate später. Deloy und Breit sitzen im Besprechungszimmer ihrer Firma und brüten über dem umfangreichen Schriftsatz des Subunternehmers. Aufgetürmt etliche Aktenordner voller Pläne, gewechselter Korrespondenz, interner Stellungnahmen. Den ganzen Vormittag verbringen sie schon damit, sich die Antworten auf die Details zurechtzulegen und nach Unterlagen zu suchen, die ihre Ansicht erhärten sollen.

„Frustrierend“, wendet sich Breit an Deloy. „Während mir draußen die Termine bei dem neuen Projekt weglaufen, soll ich hier in den Akten wühlen. Am Liebsten würde ich den

¹ Rechtsanwalt Dr. Peter Hammacher war zwanzig Jahre lang Leiter von Rechtsabteilungen national und international tätiger Unternehmensgruppen der Bau- und Investitionsgüterindustrie (Stahlbau, Anlagenbau, Kraftwerksbau, Brückenbau, Gebäudetechnik). Er ist jetzt vor allem in der Konfliktprävention als Berater, Mediator und Schiedsrichter tätig. www.drhammacher.de; www.mediation-planenundbauen.de

² Schlehe, Der Bausachverständige als Schiedsgutachter und Mediator in diesem Heft; Trenczek, -ADR Mediation - faire Konfliktlösung ohne Gericht, DS 2009,66; Ulrich/Vogt, Mediation und typische Anwendungsfehler, DS 2009,263

³ aus: Hammacher/Erzigkeit/Sage, So funktioniert Mediation in Planen+Bauen, 2008, ViewegTeubner-Verlag ISBN 978-3-8343-0589-8

ganzen Kram unserem Anwalt schicken, damit der sich damit auseinandersetzt.“

„Nutzt aber nichts“ meint Deloy, „ohne uns ist der Anwalt aufgeschmissen.“

„Das Blöde ist, so ganz unrecht hat der Müller nicht – jedenfalls auf dem Papier“, stöhnt Breit, „aber sprechen wollen die mit uns auch nicht mehr, nicht nach dem ganzen Trouble.“

„Was schlagen Sie vor, Herr Breit? Alles bezahlen, damit wir unsere Ruhe haben?“ Deloy schaut gereizt zu Breit. „Das kann’s ja wohl nicht sein. Nein, nein, da müssen wir jetzt durch. Schließlich geht’s auch ums Prinzip. Für mich steht fest, dass der Sub die Pläne studieren muss, bevor er die Leistungen anbietet. Da gibt’s nur hart bleiben und durch!“

Breit stiert auf den Haufen Akten.

„Der Müller ist eigentlich ein guter Montageleiter; mit ihm und seiner Firma habe ich bisher kaum Probleme gehabt. Bei dem neuen Projekt hätte ich ihn gerne wieder dabei gehabt; aber das ging ja jetzt nicht mehr.“

Breit steht auf und blickt durch das Fenster.

„Wenn ich mir vorstelle, dass das jetzt noch monatelang so weitergehen kann, falls die tatsächlich Klage einreichen! Beim letzten Prozess musste ich unserem Anwalt zwei Jahre lang die Unterlagen sortieren und ich hätte weiß Gott Wichtigeres zu tun gehabt! Rausgekommen ist auch nichts Tolles: Fifty/Fifty – auf dringendes Anraten des Gerichtes – unser Anwalt hat nur gegrint.“

Breit wendet sich an Deloy: „Fällt Ihnen nicht was Besseres ein?“

3. Szene: Vor einem Bürogebäude

Zwei Monate später. Müller, Breit und Deloy verlassen gemeinsam ein älteres Bürogebäude und gehen ein paar Stufen herab. Sie sehen entspannt aus.

„War eine gute Idee von Ihnen, mit der Mediation“, wendet sich Müller an Deloy.

„Danke, ja ich bin auch ganz zufrieden. Es ist einfach etwas anderes, ob man alleine verhan-

delt oder ob man jemanden dabei hat, der Struktur in die ganze Sache bringt. Ich glaube, ohne ihn hätten wir das nicht hingekriegt.“

„Nein, nicht nach Ihrem Auftritt im Container“, grinst Breit und blickt erst Deloy, dann Müller an.

„Mir hat die sachliche Atmosphäre gut getan; nicht so ‚psycho‘, wie ich befürchtet hatte“, lächelt Müller.

„Aber auch nicht so gerichtsmäßig, wie damals“, wendet Breit ein und schüttelt sich.

„Jedenfalls bin ich froh, Herr Müller, dass die Sache jetzt bereinigt ist und Sie wieder im Boot sind. Federn haben wir alle lassen müssen.“

„Wichtig war auch die Diskussion über die Qualität der Ausschreibungsunterlagen“, bemerkt Deloy nachdenklich. „Da werden wir in der Tat nacharbeiten müssen, damit sich solche Probleme nicht wiederholen.“

Die Männer gehen gemeinsam zum Parkhaus.

II. Und die Moral von der Geschicht’?

Die erste und die zweite Szene kommen Ihnen bestimmt bekannt vor, aber der Schluss? Was ist da in der Mediation passiert, was ist anders?

Schon die Atmosphäre ist anders.

Es begegnen sich nicht zwei Kriegsherren auf dem Schlachtfeld und es kommt nicht der Diener zum Herrn. Man trifft sich auf neutralem Boden auf Einladung eines Dritten. Der Mediator hat großes Augenmerk darauf gelegt, dass die Räumlichkeiten stimmen (es muss ja nicht immer ein Schloss sein, wie in der RTL-Serie "Nachbarschaftsstreit – Kolb greift ein"⁴). Die Zeit, das Licht, der Kaffee, kurz das "Setting". Der Mediator ist ein freundlicher Mensch, das färbt ab. Die Leute reißen sich zusammen, jedenfalls am Anfang.

Die Struktur des Gesprächs ist anders.

⁴ RTL ausgestrahlt im August 2009

Vielleicht würden Projektleiter, weil sie es von komplexen Bauprojekten so gewohnt sind, auch bei einem zweiseitigen Gespräch zunächst eine Agenda festlegen. Oft werden bilaterale Gespräche allerdings vor allem dazu genutzt, den geballten Zorn auf den Gesprächspartner abzuladen und Diskussionen zu führen, bei denen ein Wort das nächste gibt. Man springt von einer "Baustelle" zur anderen, ohne die Punkte sauber abzarbeiten. Das Gespräch ist ineffizient, die Parteien merken es selbst, wissen aber nicht, wie sie das ändern können und sind frustriert. Sind zwei Parteien alleine, fehlt die ordnende Hand. Hier kann der Mediator den Parteien helfen, die Punkte, um die es ihnen eigentlich geht, herauszuarbeiten. Er wird die Parteien immer wieder auf den Kern zurückführen und fruchtlose Tiraden unterbinden.

Die Rolle der Gesprächsteilnehmer ist anders.

Oft ist es so, dass in zweiseitigen Verhandlungen die Auftraggeberseite zugleich die Rolle des Gesprächsleiters übernimmt. Das geschieht mitunter unbewusst: der Projektleiter des AG muss seinen Standpunkt vertreten, sein Chef lehnt sich scheinbar zurück, hört sich die Sache an, moderiert und tut so, als würde er von einer höheren Warte aus, objektiv entscheiden können. Kann er aber nicht: so ist das Gespräch einmal dadurch belastet, dass die Auftraggeberseite die Konstellation nicht akzeptiert, zum anderen dadurch, dass der Auftraggeber einen Spagath zwischen der Vertretung seiner Interessen und der Berücksichtigung auch der Interessen des Auftragnehmers unternimmt, den er nicht leisten kann. Durch die Einschaltung des allparteilichen Mediators entfällt beides, und oft empfindet es gerade der Mächtigere als echte Entlastung, sich nur auf seine Interessen konzentrieren zu können.

Die Gesprächsteilnehmer begegnen sich auf Augenhöhe. Gut, Machtgefälle gibt es immer, ob am Bau oder in der Ehe. Aber der Mediator wird dafür sorgen, dass die Suche nach einer Lösung nicht davon dominiert wird. Zum einen kann in der Mediation deutlich werden, dass der Mächtigere gar nicht so stark ist, wie er glaubt, weil er nämlich auf den anderen angewiesen ist. Zum anderen geht es in der Mediation um eine interessen- und sachorientierte

Konfliktlösung. Wer ohnehin nur vorhat, eine Entscheidung mit Gewalt zu erzwingen, ist hier fehl am Platze.

Die Kommunikation ist anders.

Wie laufen denn Streitgespräche üblicherweise ab? Die erste Partei sagt etwas, was sie die andere Partei angreift, oder was die andere Partei als Angriff versteht. Und noch während die erste Partei spricht, beginnt die andere Partei bereits ihre Antwort vorzubereiten. Sie hört nur noch mit halbem Ohr zu, denn ihre ganze Aufmerksamkeit gilt ihrem Gegenangriff. Kaum trägt sie vor, ist die erste Partei schon wieder dabei sich zu rüsten, usw., usw. Wenn Sie Talk-Shows kennen, wissen Sie was ich meine. Was für eine Zeit- und Ressourcen-Verschwendung!

Der Mediator hat sein Handwerk gelernt. Er verfügt über einen Koffer mit Kommunikationswerkzeugen, mit denen er die Parteien dazu bringt, aktiv zuzuhören, und zu lernen, den Standpunkt des anderen zu verstehen. Verstehen heißt nicht, dass man den Standpunkt der anderen Seite akzeptieren muss. Aber Verständnis ist die Grundlage jeder Problemanalyse und jeder Suche nach einer Lösung für den Konflikt.

Die Wahrnehmung des Gesprächspartners ist anders

Natürlich gab es auch in dieser Mediation spannende Momente, in denen die unterschiedlichen Standpunkte aufeinanderprallten und in denen die Emotionen überhand zu gewinnen drohten. Das ist normal. Schließlich geht es um wichtige Dinge: Beide Projektleiter stehen unter dem Druck ihrer Chefs, das Projekt erfolgreich abzuwickeln, sonst drohen ihnen Konsequenzen bis hin zum Verlust des Arbeitsplatzes. Beide Projektleiter haben einen Ruf als gute Baustellen-Manager zu verlieren. Beide Projektleiter brauchen eine Lösung, die ihnen hilft das Gesicht zu wahren. Beide Projektleiter wissen, dass sie und ihre Unternehmen künftig wieder miteinander Geschäfte machen möchten.

Nanu? Der "gegnerische" Projektleiter hat dieselben Probleme wie man selbst? Die gleichen Bedürfnisse und Sorgen? Wenn die eigenen Anliegen berechtigt sind und der Projektleiter

auf der anderen Seite dieselben Anliegen hat, wie kann man dann dessen Anliegen ignorieren? Man erwartet Respekt und Wertschätzung für die eigenen Anliegen und möchte fair behandelt werden. Wenn sich der andere in einer ähnlichen Situation befindet, dann kann man das nur erreichen, wenn man die gleiche Aufmerksamkeit auch dem anderen zollt!

Diese Einsicht kann das Ergebnis der von dem Mediator gesteuerten Verhandlung sein. Damit ändert sich die Wahrnehmung des anderen. Je nachdem wie weit die Eskalation des Konfliktes bereits fortgeschritten war⁵, wird der Gesprächspartner nun nicht mehr als Inbegriff des Bösen angesehen, als "Typen wie diese", denen eigentlich nur noch "Ding"-Qualität zugesprochen werden kann. Es erscheint der Mensch hinter der Funktion, dem es genauso schwer fällt, die Situation zu meistern, wie man selbst. Deshalb muss man den anderen nicht lieben. Aber es verändert sich der Umgang mit der Person und seinen Worten. Die Diskussion geht weiter, jetzt aber mit mehr Respekt und damit mit neuen Chancen für eine Einigung.

Der Fokus der Auseinandersetzung ist anders.

Keine Rede von Schlechterfüllung des Vertrages? von Verletzung von Mitwirkungspflichten, Kooperationspflichten, Prüf- und Hinweispflichten, zusätzlichen Leistungen nach § 2 Nr. 6 VOB/B etc, etc, ? Doch, sicher auch! Aber die Schuldzuweisungen stehen hier nicht im Vordergrund. In einer juristisch geführten Auseinandersetzung würde es vor allem darum gehen, festzustellen, ob die eine Seite gegen die andere einen Anspruch hat. Natürlich wird auch in der Mediation keine Partei eine Vereinbarung abschließen, von der sie nicht überzeugt ist, dass es die bessere Alternative zu einem Rechtsstreit ist⁶. Deshalb wird und sollte sie sich auch über ihre Rechte informieren. In der Mediation steht aber die gemeinsame Suche nach einer

Lösung im Vordergrund. Es soll weitergehen! Dabei muss beiden Parteien klar sein, dass sie dafür auch etwas tun müssen, auch bezahlen. Aber wo kriegt man schon etwas umsonst?

Wie die Vereinbarung aber am Ende aussieht, das haben die Parteien selbst in der Hand. Mit Hilfe des Mediators entwickeln sie Szenarien, wie die gemeinsamen und die unterschiedlichen Interessen bei der Lösungssuche am besten zu berücksichtigen sind. Sie können Risiken und Vorteile von Optionen abwägen, die Auswirkungen auf bestehende und künftige Projekte und ihre persönliche Situation bewerten. Wenn am Schluss eine Vereinbarung zustande gekommen ist, dann, weil die Parteien sie gut überlegt haben und Verantwortung für das Ergebnis des Entscheidungsfindungsprozesses übernehmen. Mediation ist nichts für Menschen, die Entscheidungen über ihr Leben lieber anderen überlassen, zum Beispiel den Juristen.

Epilog: Und wo bleibt der Sachverständige?

Der Sachverständige ist, wie der Mediator, permanent mit Konflikten befasst. Er erlebt sie hautnah bei den Ortsterminen und fasst sich dabei gelegentlich an den Kopf: wieso streiten sich die Parteien überhaupt wegen so etwas? Sehen die denn nicht, dass der Aufwand für Streit und Gutachten zu dem möglichen Ergebnis außer Verhältnis steht? Warum erkennen sie nicht, dass die Lösung für eine Einigung doch mit den Händen zu greifen wäre?

Manch' einer möchte dann am liebsten die Parteien zusammenrufen, ordentlich die Meinung sagen und ihnen dann seine Lösung präsentieren, damit der Streit schnell zu Ende ist. Das kann gut sein für die Parteien, wenn es denen nur um eine Entscheidung geht und befriedigend für den Sachverständigen, hat aber mit einer nachhaltigen Konfliktbearbeitung durch die Parteien selbst nichts mehr zu tun.

Was passiert, wenn der Sachverständige einen substantiellen Beitrag zur Konfliktlösung leisten will, ohne dass die Parteien ihn gebeten haben, eine solche Rolle einzunehmen, zeigt eine Ent-

⁵ vgl. zum Eskalationsmodell: Sage in Hammacher/Erzigkeit/Sage, So funktioniert Mediation im Planen+Bauen, Seite 81

⁶ sogenanntes BATNA, best alternative to negotiation agreement, nach Fisher/Ury/Patton, Getting to Yes, 1981

scheidung des OLG Celle⁷ in einem selbständigen Beweisverfahren wegen Baumängeln:

Der Sachverständige rief den Anwalt des öffentlichen Auftraggebers an und schlug ihm vor, parallel zu seiner Gutachtenerstellung dem Auftragnehmer bereits Gelegenheit zur Mängelbeseitigung zu geben. Das Beweisverfahren diene doch der Mängelbeseitigung und diese liege schließlich auch im Interesse des Auftraggebers. Das wollte der Anwalt jedoch nicht. Es stehe dem Auftraggeber schließlich frei, Drittfirmen mit der Mängelbeseitigung zu beauftragen und den Auftragnehmer auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen. Der Sachverständige schilderte, dass das im schlimmsten Falle die Insolvenz der Prozessbeteiligten bedeuten könne und dass ein öffentlicher Auftraggeber so etwas doch auch berücksichtigen müsse. Der Prozessbevollmächtigte ließ sich nicht von seiner Haltung abzubringen. Der Sachverständige reagierte verärgert und beendete kurz angebunden das Telefongespräch. Ergebnis: Befangenheitsantrag des Prozessbevollmächtigten und Beschluss des Gerichts, der Sachverständige habe die Grenzen des ihm vom Gericht erteilten Auftrages erheblich überschritten. Wahrscheinlich gut gemeint - aber das Aus für den Sachverständigen!

Im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens sind dem Sachverständigen eben enge Grenzen gesetzt, die er nicht überschreiten darf. Gleiches gilt in einem Schiedsverfahren und im Prinzip auch in der Mediation, wenn die Parteien sich lediglich auf die technische Klärung einer Sachfrage durch den Sachverständigen geeinigt haben⁸.

Wenn der Sachverständige also über seine Rolle hinaus auch Verantwortung für den Prozess der Konfliktlösung übernehmen will, geht dies nur, wenn die Parteien sich darauf verständigt haben. Es kommen in Betracht:

1. Ein Sachverständiger wird von den Parteien im Rahmen eines Schiedsverfahrens zum Schiedsrichter ernannt. Das wird in einer juristisch geprägten Szene eher selten der Fall sein, ist aber keineswegs ausgeschlossen, z.B. in einem mit zwei Personen besetzten Kollegium, in der eine schwerpunktmäßig den rechtlichen und der andere schwerpunktmäßig den technischen Part übernimmt.

2. Dem Sachverständigen wird von den Parteien aufgrund seiner Fachkompetenz partielle Entscheidungsmacht eingeräumt. Das kann geschehen, indem der Sachverständige von den Parteien mit der Erstellung eines Schiedsgutachtens beauftragt wird, dem sie sich unterwerfen. In diese Kategorien gehört auch die Bestellung als Schlichter oder wie jetzt m.E. zu Recht verstärkt diskutiert wird, als Adjudikator⁹. Dies kann auch jenseits von Großprojekten für die Konfliktbeilegung fruchtbar sein. Bauträger z.B., die die Baubegleitung und Begleitung der Abnahme durch einen neutralen Sachverständigen versprechen, könnten mit den Käufern auch vereinbaren, dass der Sachverständige im Falle von behaupteten Mängeln diese auf ihre Relevanz prüft, ggf. die Nacherfüllung anordnet oder sie bewertet und einen Minderwert zuspricht.

3. Ein Sachverständiger wird selbst zum Mediator - alleine oder in einem Mediationsteam, z.B. zusammen mit einem Juristen. Dann muss er sich aber darüber im Klaren sein, dass - anders als bei den streitigen Verfahren - die Parteien die Lösung ihres Konfliktes selbst erarbeiten sollen. Der Mediator ist nicht berufen, Recht zu sprechen oder einen Kompromissvorschlag auf der Basis seiner Bewertung des Streitstoffes zu unterbreiten, es sei denn die Parteien wünschen dies. Damit bleibt die Verantwortung für die Bewältigung des Streitstoffes bei den Parteien, der Mediator übernimmt die Verantwortung für den Lösungsprozess. Der Mediator muss deshalb in erster Linie Fähigkeiten der Prozesssteuerung, Kommunikation, Einfühlung etc. besitzen; das sind Fähigkeiten, die man z.T. erlernen

⁷ OLG Celle vom 15.05.2007, DS 2007,389

⁸ Hammacher, Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit Bau-Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren, Schiedsverfahren und in der Mediation, in: Der Bausachverständige 2008 Heft 3,46

⁹ Lembcke, Systematisches Konfliktmanagement durch den Bausachverständigen als Adjudikator, DS 2009,217

kann, ohne dabei unbedingt Kenntnisse zu dem streitigen Thema haben zu müssen. Branchenkenntnis oder Sonderkenntnisse in der zu behandelnden Materie wirken sich jedoch positiv auf die Verhandlungsführung, vor allem auf die Akzeptanz des Mediators aus. Die Parteien fühlen sich besser verstanden, wenn ihre Probleme auf Sachverständnis auch der Mediatoren treffen und diese durch die richtige Umformulierung der Fragen auch die andere Partei für das Thema interessieren können. Wenn der Sachverständige sich entsprechend hat ausbilden lassen, kann er deshalb durchaus ein guter Mediator sein, sofern er das Verfahren nicht mit seiner - bei Sachverständigen gelegentlich anzutreffenden - außergewöhnlichen Persönlichkeit, dominiert. Arbeitet der Sachverständige mit einem Co-Mediator im Team können sich die Mediatoren gegenseitig stützen, kontrollieren und gemeinsam fruchtbare Ideen entwickeln, wie sie die Verhandlungen der Parteien zu einem guten Abschluss führen können.

Dr. Peter Hammacher, Rechtsanwalt, Mediator, Schiedsrichter
Hangäckerhöfe 7, 69126 Heidelberg, www.drhammacher.de
Stahlbau, Anlagenbau, Maschinenbau, Kraftwerksbau, Brückenbau