

# Mediation bei Bau- und Anlagenbauprojekten

Peter Adler / Alfred Nemetschke

Die beiden Autoren sind im Rahmen ihrer jeweiligen beruflichen Tätigkeit als Mediator bzw. Rechtsanwalt in den letzten Jahren zunehmend mit der Lösung von Streitigkeiten aus „verunglückten“ Bauprojekten befasst.

Dieser Beitrag befasst sich mit den Rechtsgrundlagen und dem Ablauf von Mediationsverfahren und zeigt das – derzeit in Österreich noch weitgehend unausgeschöpfte – Potenzial von Mediation in Zusammenhang mit Bau- und Anlagenbauprojekten auf.

## 1. Verpflichtung zur Mediation?

Das mangelnde Wissen um das Institut der Mediation ist schon aus wirtschaftlichen Gründen negativ für sämtliche Beteiligten: Der Hauptvorteil der Mediation im wirtschaftsrechtlichen Bereich ist, wie die vorliegenden Statistiken zeigen, die potenzielle Ersparnis an Zeit und Kosten. Statistische Daten für Belgien und das Vereinigte Königreich zeigen Vergleichsquoten zwischen 50 % und 86 %.<sup>1</sup> Die Sache hat aber auch haftungsrechtliche Aspekte für die Entscheidungsträger, etwa am Beispiel der GmbH: § 25 Abs 1 GmbHG verpflichtet die Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft, die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Die Verantwortung des Geschäftsführers besteht gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber einzelnen Gesellschaftern oder Gläubigern der Gesellschaft. Grundsätzlich gilt auch bei einer Ressortverteilung, dass im Verhältnis zu Dritten eine Solidarhaftung aller Mitglieder des Kollegialorgans besteht. Gemäß § 25 Abs 1a GmbHG handelt ein Geschäftsführer jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Das begründet wohl für den Geschäftsführer im Falle von Streitigkeiten die Verpflichtungen,

- sich über alternative Streitbeilegungsinstrumente angemessen zu informieren und
- im Lichte der verfügbaren statistischen Daten betreffend die potenzielle Ersparnis an Zeit und Kosten („zum Wohle der Gesellschaft“) ein Mediationsverfahren zumindest ernsthaft in Erwägung zu ziehen oder begründet zu verwerfen.

Diese Verpflichtungen können sich (subsidiär) auch aus Compliance-Regeln ergeben.

Aus anwaltlicher bzw. lösungsorientierter Sicht daher, was jetzt manchen überraschen wird, die Empfehlung, vor oder spätestens bei Ausbruch von Streitigkeiten ein Mediationsverfahren in Erwägung zu ziehen. Erfahrungsgemäß

werden die Parteien, insbesondere bei komplexen Baustreitigkeiten, spätestens in der ersten Tagsatzung sowieso mit einem entsprechenden Vorschlag des Richters konfrontiert sein.

Zur Rolle des Anwalts: Ungeachtet der Tatsache, dass im Mediationsverfahren kein Anwaltszwang besteht, können Anwälte (entsprechende Lösungsorientierung vorausgesetzt) aus Sicht des Mediators durchaus einen konstruktiven und wertvollen Beitrag für eine vergleichsweise Bereinigung leisten. Jedenfalls sollte der Anwalt iZm der Klärung der Rahmenbedingungen einer Mediation, etwa der Erstellung der Mediationsvereinbarung und zur Prüfung von Verjährungsthemen, beigezogen werden. Der Anwalt kann aber aus Sicht des Mediators auch einen wichtigen Beitrag bei der Aufarbeitung und Klärung des Sachverhalts leisten. Die Erfahrung der Autoren zeigt, dass die Streitteile zu Beginn eines Mediationsverfahrens meist von völlig unterschiedlichen, einander geradezu ausschließenden Sachverhalten ausgehen. Der erste Schritt muss daher immer die Klärung und größtmögliche Außerstreitstellung des Sachverhalts sein. Dabei zeigt sich sehr oft, dass die Berichte der Projektmanagementebene an die Geschäftsführung oder den Vorstand – vorsichtig ausgedrückt – „gefärbt“ sind, jedenfalls in unterschiedlicher Ausprägung nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen. Dasselbe gilt im Übrigen auch im Verhältnis Geschäftsführung/Vorstand zu Gesellschaftern. Dieses Phänomen ist menschlich durchaus verständlich, für eine objektive Feststellung des Sachverhalts und eine vergleichsweise Bereinigung eines Streitfalles allerdings „absolutes Gift“.

## 2. Rechtsgrundlagen

§ 1 ZivMediatG<sup>2</sup> definiert in Mediation wie folgt:

„(1) Mediation ist eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen.“

Dr. Peter Adler ist eingetragener Mediator und Lektor an verschiedenen österreichischen Universitäten.

Dr. Alfred Nemetschke ist Rechtsanwalt und Partner bei der Nemetschke Huber Koloseus Rechtsanwälte GmbH in Wien.

<sup>1</sup> Aschauer in Czernich/Geimer, Streitbeilegungsklauseln im internationalen Vertragsrecht (2018) 4/III Rz 11 mwN.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG), BGBl I 2003/29.

(2) *Mediation in Zivilrechtssachen ist Mediation zur Lösung von Konflikten, für deren Entscheidung an sich die ordentlichen Zivilgerichte zuständig sind.*<sup>3</sup>

Dh, zwei (oder mehr) Parteien versuchen mit Unterstützung eines Dritten, nämlich des Mediators, einen Konflikt zu lösen. Der Mediator hat die Kommunikation zwischen den Parteien mit „anerkannten Methoden“ und „systematisch“ zu fördern. Die Parteien haben eine selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu suchen und zu vereinbaren, dh, dem Mediator kommt nicht die Funktion eines Schiedsgutachters oder Schiedsrichters zu.

Hier noch ein wichtiger Hinweis sowohl aus Sicht des Mediators als auch aus Sicht des Anwalts: In den Mediationssitzungen treffen sich grundsätzlich die Parteien, vertreten durch ihre Organe, und nicht die Anwälte der Parteien mit dem Mediator. Abgesehen von Fallkonstellationen, in denen der Mediator bestimmte rechtliche (Teil-)Aspekte mit den Anwälten in Vorbereitung einer Mediationssitzung diskutieren und abklären will, treten die Anwälte im Mediationsverfahren „in die zweite Reihe“. Erfahrungsgemäß empfiehlt es sich, diesen Grundsatz bereits in die Mediationsvereinbarung aufzunehmen.

Betreffend grenzüberschreitende Streitigkeiten ist auf die Mediationsrichtlinie<sup>3</sup> hinzuweisen, die den Rechtsrahmen für die Mediation grenzüberschreitender Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen absteckt. Diese Richtlinie wurde in Österreich umgesetzt mit dem EU-Mediations-Gesetz.<sup>4</sup>

Beide Gesetze – ZivMediatG und EU-MediatG – regeln die Verschwiegenheitspflichtung des Mediators, die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens und die Hemmung von Verjährungsfristen, letzteres auch die Vollstreckbarkeit von Mediationsvergleichen.

Der Vollständigkeit halber sei auch auf die Mediationsregeln internationaler Schiedsgerichtsinstitutionen hingewiesen, etwa die Wiener Mediationsregeln des Vienna International Arbitration Centre (VIAC).

### 3. Ablauf eines Mediationsverfahrens am Beispiel eines innerösterreichischen Streitfalles

#### 3.1. Mediationsvereinbarung

Es bedarf keiner separaten Mediationsvereinbarung, diese kann auch in die Vereinbarung mit dem Mediator aufgenommen werden. Es empfiehlt sich aber, bereits in den Grundvertrag eine entsprechende (dem Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren zwingend vorgelagerte) Mediationsvereinbarung zu treffen, weil sonst im

<sup>3</sup> Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. 5. 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl L 136 vom 24. 5. 2008, S 3.

<sup>4</sup> Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union (EU-Mediations-Gesetz – EU-MediatG), BGBl I 2011/21.

Streitfall zuerst Konsens über die Abführung eines Ad-hoc-Mediationsverfahrens erzielt werden muss, was in einer „aufgeheizten“ Stimmung manchmal gar nicht einfach bzw sogar unmöglich ist. Die Mediationsvereinbarung bedarf keiner bestimmten Form, es empfiehlt sich aber der Abschluss in Schriftform. Die Mediationsvereinbarung enthält die Verpflichtung der Parteien, im Streitfall eine einvernehmliche Lösung mit Hilfe des Mediators zu finden.

Weiters sollten Art und Umfang der Mitwirkungspflichten der Parteien (Übermittlung von Unterlagen, Teilnahme an Mediations-sitzungen, Teilnahme an Einzelgesprächen mit dem Mediator etc) in der Mediationsvereinbarung geregelt werden. Ist diesbezüglich keine Regelung getroffen, wird sich die Verpflichtung der Parteien in der Teilnahme an der ersten Mediations-sitzung erschöpfen.

#### 3.2. Prüfung der Mediationsfähigkeit

In einem nächsten Schritt wird determiniert, ob der Konflikt mediationsfähig ist. Es ist daher zu klären,<sup>5</sup> ob ein Konflikt vorliegt, für dessen Entscheidung an sich ein ordentliches Zivilgericht zuständig ist. Der Streitfall muss nicht vergleichsfähig sein. Ein Mediationsverfahren kann sich selbst dann als sinnvoll erweisen, wenn den Parteien die Vorstellungskraft fehlt, dass ein Vergleich überhaupt möglich ist. Nicht jedes Mediationsverfahren muss mit einem Vergleich enden. Oft ist schon viel gewonnen, wenn Teilaspekte oder Sachverhaltelemente geklärt werden können, die Streitthemen (erstmal) strukturiert aufbereitet werden, Verständnis für die wechselseitigen Positionen gefördert und/oder die Beziehungsebene zwischen den Beteiligten verbessert werden kann. Die Erfahrung lehrt auch, dass ein Mediationsverfahren enorm hilfreich für den Abschluss eines Vergleichs im nachfolgenden Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren sein kann. Und wie jeder weiß: Die wenigsten gerichtlichen Auseinandersetzungen in Bausachen enden mit einem Urteil, weil sich an irgendeinem Punkt der Auseinandersetzung (manchmal früher, manchmal später) die Erkenntnis durchsetzt, dass die Kosten in keiner Relation mehr zum Prozessrisiko stehen.

#### 3.3. „Anerkannte Methoden“

Der erfahrene Bau-/Immobilienmediator weiß, dass der Sachverstand bei den Streitparteien zusammen genommen oft höher ist als bei jedem zugezogenen externen Sachverständigen. Zur Nutzung dieses „internen“ Sachverständigen zu motivieren ist Aufgabe des Mediators. In Einzelgesprächen, Lokalaugenscheinen, Technikergesprächen, evtl auch unter Hinzuziehung externer Expertise (ohne Entscheidungsgewalt!) wird ein möglichst klares und umfassendes Bild des Sachverhalts erarbeitet. Aus Sicht des Anwalts sollte der Mediator jedoch diesbezüglich keinen Restriktionen unterworfen werden. Ein Mediations-

<sup>5</sup> Siehe § 1 Abs 2 ZivMediatG.

verfahren ist ein „Lebewesen“, das sich in ganz unerwartete Richtungen (positiv wie negativ) entwickeln kann. Der Mediator sollte größtmögliche Bewegungsfreiheit haben, um auf unerwartete Entwicklungen rasch reagieren zu können.

#### 4. Exkurs: Vergleichsgebühr nach dem Gebührengesetz

Gemäß § 33 TP 20 GebG unterliegen außergerichtliche Vergleiche einer Gebühr von zwei Prozent vom Gesamtwert der von jeder Partei übernommenen Leistungen.

Mangels Definition des außergerichtlichen Vergleichs im GebG ist auf § 1380 ABGB zurückzugreifen.<sup>6</sup> Gemäß § 1380 ABGB ist der Vergleich ein zweiseitig verbindlicher Neuvertragsvertrag, durch den strittige oder zweifelhafte Rechte dergestalt bestimmt werden, dass jede Partei sich verpflichtet, wechselseitig etwas zu geben, zu tun oder zu unterlassen. Es muss also ein Streit oder eine Ungewissheit vorliegen, der durch ein beiderseitiges Nachgeben bereinigt wird. Ein solches beiderseitiges Nachgeben ist also Voraussetzung für das Vorliegen eines gebührenpflichtigen Vergleichs.

Ein Mediationsvergleich ist daher so zu gestalten, dass die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse unter Anleitung des Mediators von den Parteien gemeinsam festgestellt werden. Es ist jedenfalls darauf zu achten, dass kein beiderseitiges Nachgeben vorliegt.

Als alternative Strategien zur Gebührenvermeidung kommen auch schriftliches Angebot und stillschweigende Annahme sowie die sogenannte Anwaltskorrespondenz in Frage.

#### 5. Begleitende Mediation bei Bau- oder Infrastrukturprojekten

Die beiden Autoren haben im Zuge der verschiedenen Mediationsverfahren die Überlegung „geboren“, ob nicht bei komplexen Bau- oder Infrastrukturprojekten in sämtlichen Verträgen eine verpflichtende Mediation, und zwar gleich ab dem Zeitpunkt des Entstehens eines Konfliktes zwischen zwei oder mehreren Beteiligten („Klassiker“: Schnittstellen Bauherr – Planer – Generalunternehmer), sinn- und vorteilhaft sein könnte. Analysiert man die Entstehungsphase von Konflikten, bemerkt man schnell, dass es mit E-Mail-Eskalationen beginnt und sehr rasch zu wechselseitigen Schuldzuweisungen führt, die den Bauablauf stören und lähmen. In der Bauphase geht es jedoch geradezu um die Vermeidung von jeglichen Störungen eines geordneten Ablaufs.

Aus rechtlicher Sicht ist festzuhalten, dass kein Einwand gegen eine begleitende Mediation zu erkennen ist. Es liegt ein (wenn frühzeitig erkannt und behandelt noch ganz überschaubarer) in der Regel mediationsfähiger Konflikt zwischen zwei oder mehreren Parteien vor, der überdies meist seine Ursache in irrigen oder unvollständigen Vorstellungen einer oder mehre-

rer Seiten über den Inhalt des Planer- oder Bauvertrags, den Sachverhalt oder die rechtlichen Rahmenbedingungen hat: aus Sicht des Mediators geradezu der Idealfall für eine Mediation.

In der Praxis hat sich (sowohl aus Sicht des Mediators als auch aus Sicht des Anwalts als Vertreter einer Partei) bereits erwiesen, dass es geradezu Wunder wirken kann, wenn der Mediator die Streitparteien „an den Tisch bittet“ und vorschlägt, dass

- der Sachverhalt gemeinsam festgestellt und
- die entsprechenden Vertragsbestimmungen gemeinsam gelesen werden.

Immer wieder zeigt sich, dass Beteiligte „keinen blassen Schimmer“ über den Inhalt des anzuwendenden Vertrags haben, sondern stattdessen „vorgehen wie immer“ oder in Kommunikationsketten wesentliche Teile des Sachverhalts verloren gehen. Viele Konflikte können bereits an der Wurzel bereinigt werden. Manche Themen können unter Wiederherstellung des „Baustellenfriedens“ eingegrenzt, isoliert und später gelöst werden.

Als vorteilhaft hat sich auch eine enge (vertragsrechtliche) Abstimmung und Zusammenarbeit zwischen Projektsteuerung und Mediator erwiesen.

Das setzt jedoch voraus, dass das Thema begleitende Mediation bereits bei der Erstellung sämtlicher Verträge iZm dem Bauvorhaben berücksichtigt und umgesetzt wird. Falls/wenn alle Beteiligten zustimmen, ist auch eine Ad-hoc-Mediation betreffend einzelne Konflikte möglich.

#### AUF DEN PUNKT GEBRACHT

Es hat sich gezeigt, dass die Mediation ein wert- und sinnvolles Instrument sein kann, komplexe Streitfälle (insbesondere auch Streitfälle mit einer Vielzahl von Beteiligten mit leider üblicherweise völlig unabgestimmten Vertragsnetzwerken) in einer für alle Beteiligten akzeptablen und letztlich vorteilhaften Weise einer Lösung zuzuführen. Dabei geht es nicht nur um den konkreten Streitfall, sondern ist auch der eherne Grundsatz „*Man trifft sich immer zweimal im Leben*“ zu berücksichtigen: Gerade in der Bauwirtschaft treffen sich die selben Player immer wieder. Es ist daher durchaus mehr als einen Gedanken wert, im Zuge eines aktuellen Streitfalles auch Auswirkungen auf die zukünftigen Beziehungen zwischen den Streitparteien zu beachten (und zu bewerten).

Es hat sich aber auch gezeigt, dass Entscheidungsträger von an Bauprojekten Beteiligten das Instrument der Mediation entweder gar nicht kennen oder davon nur cursorische, manchmal sogar falsche, Vorstellungen haben. Mediation wird oftmals nur mit familienrechtlichen Streitigkeiten assoziiert. In Österreich wird daher das Potenzial der Mediation in zivil- und handelsrechtlichen Streitigkeiten weitgehend übersehen bzw bei Weitem nicht ausgeschöpft.

<sup>6</sup> VwGH 9. 11. 2000, 2000/16/0348.