

**Zur Tätigkeit des Mediators
– aufgezeigt anhand eines Falles aus der Baupraxis –**

A. Einführung

Der Jubilar, Vorsitzender Richter eines Bausenats beim Oberlandesgericht Düsseldorf, hat öffentlich und im persönlichen Gespräch immer wieder die Notwendigkeit von außergerichtlichen Konfliktlösungen betont und gleichzeitig bekundet, wie fragwürdig es ist, ob die Parteien in einem Bauprozess wirklich „ihr Recht“ bekommen. So liegt es nahe, für die Festschrift, die zu seinem 60. Geburtstag herausgegeben wird, ein Thema aus dem Bereich der außergerichtlichen Konfliktbehandlung zu wählen.

Im Jahrbuch Baurecht¹⁾ habe ich in der Ausgabe 1998 die Frage untersucht, ob das „rational-kooperative Verhandeln“ eine geeignete Alternative zum Bauprozess sein kann²⁾.

Ich bin dort zu dem Ergebnis gekommen, daß trotz einer Reihe von negativen Anwendungskriterien³⁾ die positiven Kriterien überwiegen. Zu diesen positiven Anwendungskriterien zähle ich insbesondere die Komplexität von Auseinandersetzungen am Bau, die Möglichkeit, interessengerechte Lösungen zu finden und die Geschäftsbeziehung aufrechtzuerhalten, aber auch die Chance, wenn schon keine Gesamtverhandlungslösung zu erreichen ist, wenigstens Teilergebnisse im Verhandlungswege zu erzielen. Von besonderem Gewicht in der Abwägung der Vor- und Nachteile erscheint mir allerdings das Dilemma des Bauprozesses⁴⁾ zu sein, das aus meiner Sicht letztlich den Ausschlag dafür gibt, auch im Bereich des Baurechts Verhandlungslösungen zu suchen, wann immer dies möglich erscheint.

Die Chance einer Verhandlungslösung birgt aber gleichzeitig das Risiko des Scheiterns von Verhandlungen in sich. Was ist zu tun, wenn Verhandlungen nicht zum Erfolg führen? Für diesen Fall gibt es zwei Möglichkeiten. Die eine besteht darin, zu Gericht zu gehen und den Konflikt entscheiden zu lassen. Das ist die herkömmliche Art, einen Streitfall auszutragen, insbesondere einen Konflikt im Baurecht. Aber es gibt noch einen anderen Weg, eine Möglichkeit, die nicht ungenutzt bleiben sollte, wenn Verhandlungen zunächst gescheitert sind. Das ist der Weg zum Mediator⁵⁾.

1) Das vom Jubilar gemeinsam mit *Kapellmann* herausgegeben wird.

2) A. a. O., Seite 137 ff.

3) Hohes Konfliktpotential und konfrontatives Verhalten am Bau, enger finanzieller Spielraum, Überschätzung des eigenen Urteilsvermögens, gegenseitiges Mißtrauen.

4) Überlange Dauer, hohe Kosten, erschwerte Sachverhaltsermittlung, häufig unkalkulierbares Ergebnis, Unzulänglichkeit des Baurechts zur sachgerechten Entscheidung komplexer Sachverhalte.

5) Der Begriff wird geschlechtsneutral verwendet, bezieht im folgenden selbstverständlich auch die Mediatorin mit ein.

Alle Welt spricht von Mediation. Mediation hat Konjunktur. Im Familienrecht gehört Mediation inzwischen zum alltäglichen Handwerkszeug des Anwalts, aber auch im Wirtschaftsrecht (insbesondere mit internationalem Bezug), im Umweltrecht, im Planungsrecht und im gewerblichen Rechtsschutz, um nur einige Gebiete zu nennen, kommt Mediation als außergerichtliche Konfliktbehandlung immer häufiger zum Einsatz. Und es vergeht kaum ein Monat ohne irgendeine Tagung zum Thema Mediation.

Über Mediation ist viel geschrieben worden, über Charakteristika und Struktur dieses Verfahrens, über dessen Vor- und Nachteile. Immer wieder wird jedoch die Frage gestellt: Worin besteht eigentlich die Tätigkeit des Mediators, wie führt er ein Mediationsverfahren durch? Auch dies wird in der Literatur, soweit ersichtlich, nur in einem theoretischen Rahmen vermittelt⁶⁾. Die einen halten die Tätigkeit des Mediators für eine Art Geheimwissenschaft, andere für eine Art „Quacksalberei“. Wollen wir deshalb anhand eines Beispielsfalles aus der Baupraxis der Frage nachgehen, wie ein Mediator ein solches Verfahren durchführt, oder genauer, wie er versuchen kann, ein solches Verfahren zum Erfolg zu führen. An dieser Stelle muß ich die hohen Erwartungen des geneigten Lesers sogleich wieder dämpfen. Zum einen kann ein solcher Beitrag nur ein unvollständiger Abriß des gewissermaßen äußeren Ablaufs eines Verfahrens unter Verzicht auf eine Auseinandersetzung mit den theoretischen Grundlagen sein. Zum anderen läßt sich wohl das Wesentliche der Arbeit des Mediators, nämlich wie er es in einer konkreten und schwierigen Verhandlungssituation anstellt, eine festgefahrene Diskussion wieder in Gang zu bringen, im Rahmen eines Aufsatzes nur unzulänglich demonstrieren.

Was will dann dieser Beitrag überhaupt? Er soll anhand eines praktischen Beispielsfalles der Frage nachgehen, ob es auch im Bereich des Baurechts lohnend sein kann, den Versuch zu unternehmen, einen Konflikt mit Hilfe einer Mediation zu lösen.

Unser Fall⁷⁾, wie er sich dem Mediator (M) bei Einleitung des Verfahrens darstellt:

Der Generalunternehmer (GU) ist mit der Errichtung eines großen Industriekomplexes in Süddeutschland beauftragt und vergibt einen wesentlichen Teil der Arbeiten an den Nachunternehmer (NU). Nach einem gestörten Bauablauf in einem ersten Bauabschnitt, dessen Ursachen im einzelnen streitig sind, nimmt der GU Einbehalte von den in einem Zahlungsplan festgelegten Abschlagszahlungen vor, die der NU nur zu einem sehr geringen Teil akzeptiert. Während der NU schließlich die Kündigung des Vertrages androht, fordert der GU den NU zur Verstärkung des Baustellenpersonals auf und droht seinerseits dem NU mit der Kündigung und Vergabe der Gesamtleistung an einen Dritten.

Nach dem Scheitern von zweiseitigen Verhandlungen schalten die Parteien auf Empfehlung ihrer jeweiligen Anwälte M ein.

6) Vgl. u. a. *Breidenbach*, in: Heussen, Hrsg. *Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement*, Köln 1997, Rn. 1639, 1667.

7) Der Fall ist mit Rücksicht auf die Parteien verfremdet.

B. Die Mediationsverhandlung

I. Vorbereitung und Mediationsvertrag

Üblicherweise dient die erste Besprechung der Beteiligten der Vorbereitung des Verfahrens und dem Abschluß eines Mediationsvertrages.

Zu diesem Zweck treffen sich M, die Parteien und deren Anwälte, nachdem M seine grundsätzliche Bereitschaft erklärt und den Anwälten den Entwurf eines Mediationsvertrages zugeleitet hatte.

Nach einem gegenseitigen Kennenlernen in lockerer Atmosphäre informiert M ganz allgemein über die Möglichkeiten und Chancen eines Mediationsverfahrens, insbesondere darüber, was ein solches Verfahren zu leisten vermag und was nicht, ferner darüber, daß von den Parteien ein bestimmtes Maß an Kooperationsbereitschaft und Fairneß erwartet werden muß, um Aussicht auf Erfolg zu haben⁸⁾.

Im Anschluß daran legen auf Anregung von M beide Parteivertreter jeweils aus ihrer Sicht den Fall in den ihnen wesentlich erscheinenden Punkten dar. Daraufhin versuchen die Beteiligten gemeinsam, das Ziel der Mediationsverhandlung zu formulieren. Sehr bald ergibt sich, daß es wohl für beide Parteien vorrangig ist, eine Kündigung der jeweils anderen Seite zu vermeiden und – schon im Hinblick auf das Renommee des GU beim Bauherrn (BH) und die hohen Vertragsstrafen im Vertrag mit diesem – den Termin für die Gesamtfertigstellung zu halten.

M erläutert sein Rollenverständnis, was je nach Wunsch der Parteien mehr passiv (als Katalysator und Verhandlungsmanager) oder mehr aktiv (beteiligt an der Suche nach Lösungsmöglichkeiten) sein kann. Die Parteien wollen dies vorerst offenlassen, was zu der nächsten Frage überleitet, nämlich nach der Rolle der beratenden Rechtsanwälte in diesem Verfahren. Je nachdem, ob sie jeweils zwischen den einzelnen Mediationssitzungen (in großer Runde) zu zweit bilaterale Verhandlungen führen oder nicht, wird sich möglicherweise eine eher aktive oder eher passive Rolle für M anbieten. In unmittelbarem Zusammenhang damit steht ferner das Neutralitätsverständnis des M, das er darlegt.

Schließlich wird der Mediationsvertrag, der den Parteien im Entwurf vorliegt, in seinen einzelnen Regelungen erörtert und auch verabschiedet⁹⁾.

8) Mediation ist eine Technik zur außergerichtlichen Lösung von Konflikten. Liegen zwei Parteien im Streit, versucht der Mediator, den Parteien neue Kommunikationsmöglichkeiten zu erschließen. Er ist Sachwalter beider Parteien, er trifft keine Entscheidungen. Die Kompetenz des Mediators liegt letztlich darin, für die Parteien neue Perspektiven zu schaffen.

9) Diese Vereinbarung hat auszugsweise folgenden Inhalt:

- (1) Die Parteien vereinbaren, ein Mediationsverfahren durchzuführen zur Beilegung der zwischen ihnen entstandenen Streitigkeit mit folgender Kurzbeschreibung: ...
- (2) Die Parteien sind verpflichtet, während des Mediationsverfahrens erlangte Informationen vertraulich zu behandeln ... Die Parteien verpflichten sich insbesondere, M in einem etwa nachfolgenden Schiedsgerichts- oder Gerichtsverfahren nicht als Zeugen für Tatsachen zu benennen, die ihm während des Mediationsverfahrens offenbart wurden.
- (3) M erklärt, daß er keine der Parteien vor Beginn des Verfahrens in derselben Angelegenheit beraten oder vertreten hat. Er bringt mit der Annahme seiner Bestellung zum Ausdruck, über hinreichend Zeit zu verfügen, um das Mediationsverfahren zügig durchzuführen.
- (4) M ist zur Unparteilichkeit und Neutralität verpflichtet. Er ist insbesondere nicht befugt, ...
- (5) M hat die Beilegung des Streitfalls zwischen den Parteien in jeder Art und Weise, die er für angemessen hält, zu fördern. Zu diesem Zweck kann er ...

Nach allseitiger Unterzeichnung des Mediationsvertrages vereinbaren die Beteiligten folgendes:

- Der GU-Anwalt stellt für M sämtliche Vertragsgrundlagen zusammen, die von Anfang an Geltung haben,
- der NU-Anwalt legt M sämtliche Vereinbarungen vor, die die Parteien nach Vertragsabschluß zusätzlich getroffen haben,
- der jeweils andere Anwalt erhält Abschriften dieser Vorlagen zur gegenseitigen Kontrolle auf Vollständigkeit und Richtigkeit,
- die Parteien geben M über ihre jeweiligen Anwälte eine gedrängte Darstellung des Streitfalls aus ihrer Sicht mit den gewichtigen Streitpunkten einschließlich der wesentlichen Korrespondenz hierzu, je nach Wunsch auch mit einer komprimierten Darstellung der Rechtslage,
- M und die Anwälte verpflichten sich, innerhalb einer Woche einen Terminplan für das Mediationsverfahren unter Berücksichtigung der beiderseits möglichen Termine ihrer Parteien abzustimmen,
- an zukünftigen Mediationssitzungen sollen neben M und den jeweiligen Anwälten folgende Damen und Herren teilnehmen als Vertreter des GU ... und als Vertreter des NU ...,
- M wird heute bereits ermächtigt, Besprechungen zur Vorbereitung weiterer Mediationssitzungen mit den beiden Anwälten je nach Bedarf und seinem Ermessen abzuhalten,
- die nächste Mediationssitzung findet am ... (5 Wochen später) in ... statt. Es ist eine ganztägige Sitzung vorgesehen.

II. Bestandsaufnahme und Analyse des Streitfalls

Nach Eingang der Vertragsunterlagen und der jeweiligen Schriftsätze der Anwälte bei M dient der zweite Sitzungstag einer Bestandsaufnahme und Analyse.

M führt in den Sach- und Streitstand ein und stellt den unstreitigen und den streitigen Sachverhalt so dar, wie er sich jetzt für ihn ergibt:

Schon wenige Wochen nach Beginn der Arbeiten¹⁰⁾ kommt es zu vielerlei Behinderungen und Verzögerungen, deren Ursachen jeweils streitig sind. Ein vertraglicher Zwischentermin, der vom Bauherrn gegenüber dem GU mit einer Vertragsstrafe belegt ist, wird

(9) Soweit die Parteien dies ausdrücklich und übereinstimmend wünschen, ist M befugt, während oder außerhalb gemeinsamer Sitzungen Gespräche mit nur jeweils einer Partei oder einem der Anwälte (Einzelgespräche) zu führen. Insoweit die jeweilige Partei dies wünscht, hat er den Inhalt solcher Einzelgespräche auch gegenüber der anderen Partei vertraulich zu behandeln. Dasselbe gilt für sonstige Informationen oder Unterlagen, die ihm von einer Partei mit der Maßgabe übermittelt worden sind, diese vertraulich zu behandeln.

(10) Soweit gesetzlich zulässig, ist M nicht befugt, in einem etwaigen späteren Schiedsgerichts- oder Gerichtsverfahren als Zeuge auszusagen, soweit dies das Mediationsverfahren betrifft. Er hat bestehende Aussageverweigerungsrechte in Anspruch zu nehmen.

(11) Das Mediationsverfahren wird beendet ... a) bis d) ...

Die weiteren Regelungen betreffen Bestimmungen zur Durchführung und Beendigung des Verfahrens, zur Protokollierung einer Einigung, zur Hemmung der Verjährung, zu den Kosten, Honoraren und Vorschüssen für dieses Verfahren und schließlich zur Haftung von M.

10) Auftragsvolumen ist ein hoher zweistelliger Millionenbetrag.

nach Auffassung des GU aus Gründen, die ausschließlich vom NU zu vertreten seien, nicht eingehalten. Der GU nimmt Einbehalte in Höhe eines zweistelligen Millionenbetrages vor, u. a. für sog. durchgestellte Pönale¹¹⁾, Mängel und verminderten Leistungsstand¹²⁾.

Der NU, der nur einen kleinen Teil dieser Einbehalte akzeptiert, droht die Vertragskündigung nach entsprechender Nachfristsetzung an und rügt die Verletzung von Planungs- und Koordinationspflichten durch den GU. Darüber hinaus legt er zwei Nachtragsangebote über jeweils mehrere Millionen DM vor für geänderte und zusätzliche Leistungen sowie Mehrkosten aus Behinderungen und Beschleunigungsmaßnahmen.

Demgegenüber rügt der GU die schuldhaftige Nichteinhaltung einer Reihe von vertraglichen Zwischenfristen und fordert vom NU eine wesentliche Verstärkung des Personals auf der Baustelle¹³⁾.

Die Sitzung beginnt erwartungsgemäß in einer gespannten, geradezu knisternden Atmosphäre. Das Risiko, daß die Verhandlungen wiederum abgebrochen werden und endgültig scheitern, scheint in der Luft zu liegen.

Nach Darlegung des Sach- und Streitstandes durch M ergänzen die Parteivertreter die nach ihrer Sicht von M nicht mitbehandelten Streitpunkte und auch deren rechtliche Einordnung¹⁴⁾.

Es taucht das erste Verhandlungshindernis auf. Der NU hatte zwar die Nachfrist mit Kündigungsandrohung bis 2 Tage nach der Mediationssitzung verlängert, der GU weigert sich jedoch, unter dem Druck der Kündigungsandrohung weiter zu verhandeln. Der NU sieht, wie er erklärt, ein Risiko für seine Rechtsposition in der Aufgabe der Kündigungsandrohung und bietet an, die Kündigungsandrohung und die Nachfrist auszusetzen bis eine Woche nach Beendigung des Mediationsverfahrens. Der GU seinerseits sieht sich jedoch zu Verhandlungen unter dieser Prämisse ebenfalls nicht in der Lage. Schließlich kommt auf Vermittlung von M eine Verständigung dahin gehend zustande, daß der NU auf die Kündigungsandrohung im Hinblick auf das Mediationsverfahren verzichtet.

Die Beteiligten versuchen, gemeinsam eine Aufstellung derjenigen Streitpunkte, in denen die Einigung am schwierigsten erscheint, zu erarbeiten. Es sind dies insbesondere die durchgestellte Pönale des BH, die Zuordnung von Ursachen der einzelnen Behinderungstatbestände (einerseits zu Lasten des NU und andererseits zu Lasten des GU), verbunden hiermit die geltend gemachten Mehrkosten der Behinderungen und der Beschleunigungsmaßnahmen des NU, die Höhe des Einbehalts wegen geltend gemachter Mängel, die Höhe des Einbehalts wegen des gegenüber dem Zahlungsplan verminderten Leistungsstands und nicht zuletzt die Weigerung des NU, an der Vereinbarung eines neuen Terminplans mitzuwirken. Als Agenda für die weiteren Sitzungen wird vereinbart: (A) Einbehalte des GU, (B) Nachträge des NU, (C) Wie geht es weiter?

11) Der GU verlangt Zahlung/Erstattung der Vertragsstrafe, die er an den BH zu zahlen verpflichtet sei.

12) Rückstand gegenüber dem nach dem Zahlungsplan vorausgesetzten Stand für die festgelegten Abschlagszahlungen.

13) Ein ganz normaler Fall? Ja und nein. Gewöhnlich und im Baurecht regelmäßig wiederkehrend sind die typischen Streitpunkte, wie z.B. strittige Nachtragsforderungen, Vertragsstrafe, Mängelrügen etc. Nicht alltäglich sind vielleicht die Größenordnung der gegenseitigen Forderungen und die Heftigkeit, mit der gestritten wird.

14) An dieser Stelle bewahrheitet sich die Erfahrung, wie schwierig es im Einzelfall sein kann, abgegebene Parteierklärungen oder Sachverhaltsschilderungen wirklich objektiv und ohne Reduktion auf juristisch relevante Tatbestandsmerkmale irgendwelcher Anspruchsgrundlagen wiederzugeben.

Unter den Einbehalten des GU ist es bereits der erste Verhandlungspunkt, der das Risiko des Scheiterns des Mediationsverfahrens zutage treten läßt, nämlich die durchgestellte Pönale des BH. Der NU macht geltend, soweit überhaupt eine Verzögerung gegenüber dem ersten pönalisierten Zwischentermin entstanden sei, habe er diese nicht verschuldet, der GU habe seinerseits die Vertragsstrafe (noch) nicht an den BH bezahlt, nach obergerichtlichen Entscheidungen (OLG Frankfurt und OLG Dresden) könne der GU eine mit dem BH vereinbarte Vertragsstrafe nicht im Wege des Schadensersatzes gegenüber seinem NU geltend machen, insbesondere sei die Vertragsstrafenvereinbarung im Vertrag zwischen BH und GU wegen Verstoßes gegen § 9 AGB-Gesetz unwirksam. Der GU wendet ein, die Nichteinhaltung des Zwischentermines sei ausschließlich vom NU zu vertreten (nicht von anderen Nachunternehmern des GU oder dessen Planer), der Abzug der Pönale von einer der nächsten Abschlagszahlungen seitens des BH stehe unmittelbar bevor, die beiden Entscheidungen des OLG Frankfurt und diejenige des OLG Dresden seien unzutreffend, die Vertragsstrafenvereinbarung sei wirksam erfolgt. Eine Annäherung der Standpunkte beider Parteien läßt sich auch nach einer längeren Erörterung nicht erzielen. M schlägt vor, diesen Streitpunkt zunächst zu verlassen und sich mit anderen Posten aus dem Komplex „Einbehalte des GU“ zu befassen, die eher einer Verhandlungslösung zugänglich erscheinen.

In der Tat gelingt es in den darauffolgenden Stunden, eine Reihe von Teileinigungen über einzelne Posten der Einbehalte – jeweils unter dem Vorbehalt einer Gesamteinigung – zu erzielen, die jedoch betragsmäßig bei weitem nicht so sehr ins Gewicht fallen wie die vorhin genannten, zentralen Streitpunkte.

Bei den Komplexen „Mängel“ und „verminderter Leistungsstand“ tritt jedoch der Konflikt in seiner vormaligen Heftigkeit wieder voll auf. M gewährt den Parteien Auszeiten, versucht im übrigen, durch entsprechende Moderation das Gespräch nicht abbrechen zu lassen und durch entsprechende Fragestellung die Art der Einigungshindernisse¹⁵⁾ herauszufinden, um einen Lösungsansatz möglich zu machen. Denn es muß, wie *Breidenbach* sagt, die Drittintervention (des Moderators) an den Gründen für das Scheitern einer bilateralen Verhandlungslösung ansetzen¹⁶⁾.

Zunächst spricht M – sich zögernd vortastend – Hindernisse aus dem Bereich der kognitiven Einigungsbarrieren¹⁷⁾ an. Dabei vermeidet er einerseits einen Monolog, andererseits eine (voreilige) rechtliche Einschätzung. Wie so häufig in Auseinandersetzungen

15) Die Psychologen unterscheiden im wesentlichen die kognitiven und die strategischen Einigungsbarrieren/Einigungshindernisse. Sie bezeichnen solche Hindernisse, die ihren Ursprung in unserem eigenen Denken haben und nicht auf berechnende Absichten der Parteien zurückzuführen sind, als kognitive Einigungsbarrieren (zitiert nach *Duве*, Einigungshindernisse und Einigungschancen – Eine Zwischenbilanz der Verhandlungs- und Mediationsforschung in den USA, Referat auf den Kölner Verhandlungs- und Mediationstagen 1997). Diese Einigungshindernisse machen es einer Person schwierig oder gar unmöglich, eine Lösung für sich selbst als positiv zu bewerten, die aus Sicht eines Dritten ihren Interessen entspricht oder entsprechen müßte.

16) A. a. O., Rn. 1650.

17) In Betracht kommen insbesondere

- das Denken ausschließlich in Rechtspositionen, auch in Verhandlungen (typisch für Juristen),
- das Nichtakzeptieren unterschiedlicher Sichtweisen (man fühlt sich im alleinigen Besitz der Wahrheit),
- die Überschätzung des eigenen Urteilsvermögens (extrem positive Sicht der Rechtslage),
- die Emotionen und das reaktive Kommunikationsmuster (auf der gesamten Bandbreite zwischen Freundschaft und Feindschaft),

im Bereich des Baurechts scheinen die Parteien nicht in der Lage zu sein, für die Zeit der Verhandlungen das Denken in Rechtspositionen zurückzustellen. Das Geschehen auf Baustellen (insbesondere Großbaustellen) ist heute schon so stark „verrechtlicht“, daß auch Bautechniker nur noch in Rechtspositionen zu denken scheinen, wie wir es ansonsten nur bei Juristen beobachten können. Das Verharren in Rechtspositionen läßt bekanntermaßen keine wertschöpfenden Lösungen zu¹⁸⁾. Wie die Diskussion an diesem Tage zeigt, glaubt sich auch jede der beiden Parteien im Besitze der objektiven Wahrheit¹⁹⁾. Die Sachverhaltsdarstellungen sind so unterschiedlich und teilweise so gegensätzlich, wie sie nur sein können. Gleichwohl ist jede Seite davon überzeugt, daß ihre eigene Darstellung die richtige und insbesondere auch diejenige sein würde, die sich im Falle eines Rechtsstreits beweisen ließe. Dies führt zwangsläufig zu einer Überschätzung des eigenen Urteilsvermögens bezüglich der Rechtslage²⁰⁾. Für M liegt es auf der Hand, daß in diesem Mediationsverfahren viel davon abhängen wird, ob es ihm oder den Anwälten gelingen kann, den Parteien eine realistischere Sicht ihrer Rechtsposition zu ermöglichen. Gleichwohl verbietet es M der Stand des Verfahrens zum jetzigen Zeitpunkt, auf diesen Punkt einzugehen, zumal noch nicht geklärt ist, ob die Parteien eine aktivere Rolle oder gar eine rechtliche Einschätzung von M wünschen oder nicht.

So versucht M an diesem Sitzungstage, mit den Parteien insbesondere über die Einigungsbarriere „Emotionen und reaktive Kommunikationsmuster“ ins Gespräch zu kommen. Mehrfach müssen die auf der Baustelle tätigen Personen, insbesondere die Projektleiter, in ihrer Argumentation und Ausdrucksweise „gebremst“ werden, um den Gesprächsfaden nicht abreißen zu lassen. Der in hohem Maße streitige Sachverhalt legt nahe, daß sich die Emotionen im Laufe der Bauzeit hochgeschaukelt haben²¹⁾.

Mit Unterstützung von M, der Überlegungen der genannten Art immer wieder zur Sprache bringt, scheint die Verhandlung der Parteien an diesem Sitzungstag – jedenfalls

– schließlich sonstige Hindernisse dieser Art, wie Verlustangst oder reaktive Abwertung (jeder Vorschlag des anderen wird negativ beurteilt, ferner die Befürchtung, weniger zu kriegen als die andere Seite, und die unterschiedliche Bewertung von Aussicht auf Gewinn und Verlust).

Unter den vorhin genannten strategischen Einigungsbarrieren verstehen die Psychologen in erster Linie die kompetitive Strategie und den Einsatz von Verhandlungsmacht.

- 18) Kraus, a. a. O., Seite 153 ff.
- 19) Als zentrales Element der Mediation heben insbesondere *Mähler/Mähler* die Abkehr von einem objektivierenden Wahrheitsbegriff zugunsten der Akzeptanz unterschiedlicher Sichtweisen aus dem jeweiligen meist gegenwarts- und zukunftsbezogenen Interessenkontext der beiden Konfliktpartner hervor (in: *Mediation für Juristen*, Köln 1997, Seite 13, 18).
- 20) Untersuchungen haben gezeigt, daß jede Partei tendenziell eine zu optimistische Sicht von einer eventuellen Entscheidung eines neutralen Dritten hat. Der Überschätzung des eigenen Urteilsvermögens entgegenzuwirken und den Parteien eine realistischere Sicht ihrer Position zu ermöglichen, gilt als eine der wichtigsten Aufgaben des Mediators (vgl. *Breidenbach*, *Mediation*, Köln 1995, Seite 92, 93).
- 21) Für den Mediator ist klar, je feindlicher sich die Parteien gegenüberstehen, um so weniger sind sie gewillt, der Position der anderen Seite irgendeine Legitimation zuzugestehen, und um so mehr tendieren sie zu strategischen Manövern und zum Einsatz ihrer Druckmittel. Jedes Angebot, jeder Vorschlag, jede Konzession wird in diesem Lichte wahrgenommen, interpretiert und bewertet. Je negativer die andere Seite belegt ist, um so mehr nimmt man nur noch wahr, was diesen Eindruck bestätigt, und um so mehr wertet man ihre Vorschläge nicht nach dem sachlichen Gehalt, sondern entsprechend der Einschätzung ihrer Quelle. Das führt gleichzeitig dazu, daß auch die eigenen Interessen tendenziell nur in jeweiliger Reaktion auf die andere Partei gesehen werden. Dementsprechend sieht der als Verhandlungsführer eingesetzte Mediator in der Überwindung dieser Kooperationshürde, der Auflösung des affektgebundenen, reaktiven Kommunikationsmusters, ebenfalls eine ganz besonders wichtige Aufgabe (*Breidenbach*, a. a. O., Seite 89).

gegen Ende der Sitzung – in Gang zu kommen, wenn auch nur mühsam. Schließlich bekräftigen immerhin die Parteien auf Frage von M noch einmal die Bereitschaft, in diesem Verfahren weiterzumachen und eine Lösung zu suchen, die den Interessen beider Parteien gerecht werden kann. M spricht den mit den Anwälten abgestimmten Terminplan an und schlägt vor, zur Vorbereitung der nächsten Sitzung (die dann wieder mit allen Beteiligten stattfinden soll) eine oder gar zwei Besprechungen mit den Anwälten zu führen, um so den Versuch zu unternehmen, strittige Punkte für die nächste Mediationssitzung sowohl im Sachverhalt als auch möglicherweise in der rechtlichen Beurteilung vorzuklären. Dieser Vorschlag wird beiderseits akzeptiert.

Als Resümee des zweiten Verhandlungstages können wir festhalten, daß eine gewisse Verbesserung der Kommunikation der Parteien erreicht werden konnte, ein mageres Ergebnis, aber immerhin die vage Aussicht, daß das Verfahren doch noch zu einem positiven Ergebnis oder Teilergebnis führen könnte.

III. Gesonderte Besprechungen mit den Anwälten der Parteien

In jeweils wöchentlichen Abständen finden die verabredeten Gespräche von M mit den Anwälten statt. Als Gesprächsthemen werden die Überwindung der strategischen Einigungsbarrieren, die weitere Sachaufklärung zu den Einhalten des GU, auf Wunsch der Anwälte auch deren rechtliche Beurteilung, und die Vorbereitung der Nachtragsverhandlungen vereinbart. Beide Parteivertreter, die zwischenzeitlich zweiseitige Gespräche fortgesetzt hatten, erklären übereinstimmend den Wunsch ihrer jeweiligen Mandanten, daß M eigene Lösungsvorschläge einbringen, aber keine rechtliche Bewertung vornehmen möge.

Aus Sicht von M stellt sich insbesondere die kompetitive Strategie beider Parteien als Einigungsbarriere dar, während der Einsatz von Verhandlungsmacht nicht zu einem größeren Problem zu werden scheint. Der letztgenannte Umstand ist für ein Vertragsverhältnis Generalunternehmer/Nachunternehmer ungewöhnlich, denn in vielen Fällen dieser Art hat es den Anschein, daß der Generalunternehmer über nahezu unbeschränkte Verhandlungsmacht verfügt und diese auch ohne größere Rücksicht einzusetzen bereit ist. In diesem Verfahren hier zeigt sich sehr bald ein gewisses Gleichgewicht der Kräfte aufgrund der Tatsache, daß beide Parteien jeweils die Kündigung durch die andere zu riskieren haben. Für den GU scheint dies ganz erhebliche Terminprobleme bei Einschaltung eines Ersatzunternehmers zu bedeuten, für den NU das Risiko, falls er einen wichtigen Kündigungsgrund nicht nachweisen kann, auf sehr viel höheren Kosten des Ersatzunternehmers sitzen zu bleiben. Dieses vermutete Machtgleichgewicht bringt eine gewisse Aussicht auf ein doch noch kooperatives Verhandeln der Parteien mit sich.

Von beiden Parteivertretern wird zunächst in Zweifel gezogen, daß die jeweils eigene Partei kompetitive Strategien anwende. Ein Gespräch über kompetitives Verhalten bringt schließlich die allseitige Erkenntnis, daß keine der beiden Parteien frei von solchen Strategien sein dürfte²²⁾.

22) Kompetitives Verhandeln bedeutet letztlich nichts anderes als „Streitverhalten in Verhandlungen“, das von Haft (Verhandeln: Die Alternative zum Rechtsstreit, Seite 20 ff.) als „intuitives Verhandlungsmodell“ oder als Modell der „Basarverhandlung“ bezeichnet wird. Die meisten Verhandlungen werden – wie hier – nach

Im Anschluß an diese mehr theoretischen Aspekte erörtert M mit den beiden Anwälten die Frage, welche Kooperationsgewinne in diesem Verfahren hier erzielt werden könnten. Er bittet die Parteien über deren Anwälte, ihre jeweiligen Interessen offenzulegen und Kreativität im Hinblick auf Lösungsmöglichkeiten zu entwickeln. Zunächst wird eine Erweiterung der Verhandlungs- und Gestaltungsfelder theoretisch in einem Brainstorming erörtert²³⁾. Zu diesem Zweck bittet M beide Anwälte nebeneinander vor einem Flipchart Platz zu nehmen. Zu den eisernen Regeln dieser Methode gehört es, daß alles gesagt werden kann, was einem durch den Kopf geht²⁴⁾, und erst anschließend eine Bewertung stattfinden darf. M notiert für beide gut sichtbar dasjenige, was beide nennen, muß auch gelegentlich voreilige Kritiken zurückweisen. Nach einer gemeinsamen Bewertung bleiben als erfolversprechende Ansatzpunkte:

- Einschaltung eines Schiedsgutachters zur Beurteilung und Bewertung der Mangelrügen,
- Neuverhandlung des Vertrages,
- Neuverhandlung des Terminplanes,
- Neuverhandlung des Zahlungsplanes,
- Einrichtung eines Jour-Fixe,
- Unterstützung der Parteien durch einen Sachverständigen beim Verhandeln der Nachträge,
- gemeinsame Abwehr von Ansprüchen des BH,
- Einschaltung von je einem Sachverständigen durch jede Partei, die gemeinsam Einiungsvorschläge unterbreiten,
- Auszahlung von strittigen Beträgen gegen Sicherheitsleistung,
- Erhöhung der Bauhandwerkersicherheitsleistung (§ 648 a BGB),
- einvernehmliche Vertragsaufhebung.

Anschließend erörtern die Anwälte die Einbehalte des GU. Es handelt sich um 23 Einzelposten, von denen der Einbehalt wegen verminderten Leistungsstands, der Einbehalt wegen Mängeln und die durchgestellte Pönale betragsmäßig jeweils im Millionenbereich liegen, andere Einzelposten dagegen teilweise „lediglich“ fünfstellige Beträge ausmachen. Die Anwälte können sich über einige Einzelposten bald verständigen, auch was deren Höhe anbelangt. Aber schon beim Einbehalt wegen verminderten Leistungsstands zeigen sich völlig unterschiedliche Auffassungen.

Mehr oder weniger „anverhandelt“ wird auch eines der beiden Nachtragsangebote des NU (mit insgesamt 32 Einzelpositionen).

dem Prinzip Streit geführt. Die Parteien nehmen ihre jeweiligen Positionen ein, also häufig Extrempositionen, die oft nichts anderes als Wunschvorstellungen sind, die wir in die Zukunft projizieren. Diesen Vorstellungen steht ein ganz reales Hindernis im Wege, nämlich in der Person unseres Verhandlungspartners, der eine ganz andere Vorstellung (Wunschvorstellung) von der Zukunft hat, die er uns in seiner eigenen Extremposition mit aller Deutlichkeit vor Augen führt. Der kompetitive Verhandler versucht, ausschließlich die eigene Position durchzusetzen bzw. zu verbessern. Er kalkuliert den Einsatz von Informationen, stellt auch Positionen verkürzt oder unrichtig dar, um besser dazustehen. Angebote der anderen Seite werden von ihm regelmäßig herabgewürdigt, um mehr herauszuschlagen. Eigene Angebote werden als das äußerste Limit bezeichnet, um nicht weiter nachgeben zu müssen (vgl. auch *Breidenbach* in: *Heussen*, a. a. O., Rn. 1640, 1663).

23) Zu dieser Methode vgl. *Kraus*, a. a. O., Seite 156 ff.

24) Vom englischen *brainstorm* = Geistesblitz.

In der zweiten Besprechung mit den Anwälten werden auch die einzelnen Positionen des zweiten Nachtragsangebotes erörtert (mit 21 Positionen). Sehr bald stellt sich heraus, daß der Sachverhalt zu einzelnen Positionen in hohem Maße streitig ist. Der GU-Anwalt rügt insbesondere, durch Änderungen und Zusatzleistungen bedingte Mehrkosten seien nicht aus der Auftragskalkulation heraus entwickelt und entsprechend nachgewiesen. Auf Vorschlag von M können sich die Anwälte wenigstens darauf verständigen, daß die Bautechniker der beiden Firmen in den kommenden drei Wochen versuchen sollen, die einzelnen Nachtragspositionen der Höhe nach weiter zu klären, auch wenn vorläufig die Berechtigung dem Grunde nach offenbleiben muß. Die Berechtigung dem Grunde nach soll dann in der nächsten Mediationssitzung, die wieder mit allen Beteiligten stattfindet, weiter verhandelt werden.

Die Anwälte und M vertagen sich in diese Sitzung, die nach dem Terminplan in zwei Wochen stattfinden soll.

IV. Vier weitere Mediationssitzungen innerhalb von 9 Wochen

Es ist hier nicht der Raum, um den Fortgang der Verhandlungen in diesen weiteren Sitzungen im einzelnen darzustellen. Beide Parteien scheinen nach wie vor ihre Rechtsposition zu überschätzen, auch ist es für M nicht ganz leicht, die hinter den Verhandlungspositionen stehenden Interessen ausfindig zu machen, um zu Kooperationsgewinnen zu gelangen. Immerhin werden mit Blick auf die Komplexität des Streitfalls sowie im Hinblick auf den faktischen Zwang zur weiteren Zusammenarbeit und zur Termineinhaltung folgende Themen in die Verhandlungen eingebracht, die nur mittelbar mit den zunächst gegenseitig geltend gemachten Ansprüchen zu tun haben und neue Verhandlungsfelder eröffnen können:

- Der NU wird zwei neue Terminpläne aufstellen, einen unter Fortschreibung der ursprünglichen Ausführungszeiten für Teilleistungen und einen „forcierten“ unter entsprechender Verstärkung der Belegschaft, Einführung von Nachtschicht und Einsatz von zusätzlichem Baugerät,
- Vorlage eines Beschleunigungsnachtrags für den Forcierungs-Terminplan,
- Aufstellung eines neuen Zahlungsplanes,
- Einschaltung eines von beiden Seiten akzeptierten Sachverständigen als Schiedsgutachter,
- Gründung eines Projektteams, bestehend aus jeweils zwei Vertretern der Parteien und (fakultativ) zusätzlich den jeweiligen Anwälten,
- gerichtliche Klärung der durchgestellten Pönale.

Diese Themen werden teilweise von M, teilweise von den Anwälten ins Gespräch gebracht und scheinen durchaus Möglichkeiten eines Kooperationsgewinnes zu beinhalten, insbesondere die vom GU signalisierte Bereitschaft, für die Einhaltung des Forcierungs-Terminplanes eine Beschleunigungsvergütung zu zahlen²⁵⁾.

Zwischendurch handelt M mit den Parteien und ihren Anwälten einen weiteren Ablaufplan der Einzelschritte bis hin zur angestrebten Vereinbarung aus. Danach werden

25) Wenn auch nicht in der geltend gemachten Höhe.

Arbeitsgruppen gebildet, die den Forcierungs-Terminplan auch im Detail gemeinsam erörtern und verifizieren, die die Nachträge der Höhe nach weiterverhandeln und dem Gremium nach Möglichkeit einen gemeinsamen Vorschlag unterbreiten sollen, schließlich eine weitere Arbeitsgruppe, die den Auftrag erhält, einen neuen Zahlungsplan – abgestimmt auf den Forcierungs-Terminplan – auszuarbeiten.

Die Verhandlungsführer der beiden Parteien sowie deren Anwälte und M verhandeln gleichzeitig weiter über die Installierung eines Projektteams, die Einschaltung eines Sachverständigen als Schiedsgutachter und die durchgestellte Pönale. Als schwierig erweisen sich neue Problemstellungen, vor allem, welche Kompetenzen der Schiedsgutachter haben soll. Relativ einfacher scheint es demgegenüber zu sein, die Regelungen für das Projektteam und den Jour-Fixe zu verhandeln sowie die Regeln für die Ausklammerung der durchgestellten Pönale zu verabreden. Da der NU in Sachen Pönale zu keinem Kompromiß bereit ist, andererseits die Nichtigkeit der Vertragsstrafenvereinbarung im sogenannten Bauherrnvertrag mit Nachdruck geltend macht, bietet sich an, diese Rechtsfrage der Entscheidung des ordentlichen Gerichts zu überlassen. Die – vorläufig skizzierte – Vereinbarung hierzu sieht eine Feststellungsklage vor. In diesem Prozeß kann der GU dem BH den Streit verkünden. Es wird festgelegt, daß keine Partei weitere Streitgegenstände in dieses Verfahren einbringen darf, auch keine Gegenrechte irgendwelcher Art geltend machen kann, um es in jenem Prozeß bei dieser einen Rechtsfrage nach Möglichkeit zu belassen.

Nach zwei Sitzungen haben auch die Arbeitsgruppen ihre Konzepte und Vorschläge fertiggestellt, so daß die beiden letzten Sitzungen, die wieder in beiderseits voller Besetzung stattfinden, insbesondere den Verhandlungen über die Einbehalte des GU, über die Nachtragsforderungen des NU, die Höhe der Beschleunigungsvergütung und den Forcierungs-Terminplan sowie den angepaßten Zahlungsplan vorbehalten bleiben.

Eine einzige Position aus einem der beiden verhandelten Nachträge bleibt bis zuletzt offen; darüber können sich die Parteien mangels technischer Aufklärung nicht verständigen. Alle anderen Streitpunkte und zusätzlich einbezogenen Verhandlungsfelder können schließlich am Ende der 4. Sitzung (also insgesamt gesehen in der 6. Sitzung) in eine Vereinbarung einfließen. Diese Vereinbarung betrifft u.a. Regelungen zur weiteren Projektabwicklung (Abgrenzung des Bausolls, Festlegung neuer Termine und Fristen, Einschaltung eines Sachverständigen als Schiedsgutachter, Installierung eines Projektteams und eines Jour-Fixe), zu Einbehalten des GU (endgültige Einbehalte, vorläufige Einbehalte wegen Mängeln, Einbehalte wegen durchgestellter Pönale), zu Nachträgen des NU, zu den Zahlungen des GU (Umstellung des Zahlungsplans, Fälligkeiten der Nachtragsvergütungen) sowie zu sonstigen Punkten (weiteres Verfahren hinsichtlich der durchgestellten Pönale, weitere Zusammenarbeit etc.).

C. Was ist das Resümee?

Unterziehen wir dieses Mediationsverfahren und sein Ergebnis einer kritischen Würdigung, läßt sich wohl folgendes sagen:

1. Manches ist nicht optimal gelaufen. Insbesondere konnten die Verhandlungsbarrieren „Positionsdenken“ und „kompetitive Strategie“ nicht oder nicht wesentlich abgebaut werden. Jedoch kam allen Beteiligten das oben angesprochene Machtgleichgewicht (bei-

derseitige Kündigungsandrohung, faktischer Zwang zur weiteren Zusammenarbeit) als glücklicher Umstand zu Hilfe, gleichwohl Verhandlungsgewinne zu erzielen.

2. Als solche Verhandlungsgewinne lassen sich insbesondere werten die Neuverhandlung des Terminplans (einschließlich Forcierung) und des Zahlungsplans sowie eines Teils weiterer Vertragsregelungen, ferner die Installierung eines sog. Projektteams und die Vereinbarung von Jour-Fixes, die Beauftragung eines Schiedsgutachters, die endgültige Verhandlung und Regelung der Einbehalte (mit zwei Ausnahmen), die abschließende Verhandlung der beiden Nachtragsangebote mit einer Vielzahl von Positionen (mit nur einer Ausnahme) sowie des Forcierungs-Nachtrages, schließlich die Modifizierung der weiteren Zusammenarbeit.

3. Es mag zunächst paradox erscheinen und doch möchte ich es ebenfalls als Verhandlungsgewinn bewerten, daß es möglich war, die strittige Rechtsfrage der durchgestellten Pönale, über die keine Einigung in Sicht war und die auch zeitweise ein Weiterverhandeln blockierte, auszuklammern und einer Entscheidung durch das ordentliche Gericht zu überlassen. Denn häufig können wir beobachten, daß die Parteien ernsthafte Verhandlungen erst gar nicht beginnen im Bewußtsein dessen, daß sie sich über einen der Streitpunkte ohnehin nicht einigen können.

4. Als größten Verhandlungsgewinn will ich es jedoch beurteilen, daß es den Parteien gelungen ist, die beiderseits angedrohte Vertragskündigung mit einem sich daran anschließenden und viele Jahre dauernden Rechtsstreit bei ungewissem Ausgang und sehr hohem Risiko für beide Parteien zu vermeiden. Erst an dieser Alternative, die für beide Seiten ganz offensichtlich nur schwer zu vermeiden war, läßt sich der Wert des Verhandlungsergebnisses angemessen würdigen.

5. Am Schluß waren beide Parteien relativ zufrieden. So können wir am Ende des Mediationsverfahrens konstatieren, daß es auch im Bereich des Baurechts lohnend sein kann, den ernsthaften Versuch zu unternehmen, eine Verhandlungslösung mit Hilfe einer Mediation zu erzielen.

Quod erat demonstrandum.