
14. Kolloquium "Baurecht heute" vom 25. Januar 2024

im Auditorium FORUM ST. PETER der Credit Suisse, Zürich

Merk-würdige Erfahrungen aus Streitschlichtungen

Referat von Hans Rudolf Spiess, dipl. Bauing. ETH und lic. iur.

Inhalt

1. Erfolgsfaktoren und Schwächen der Streitschlichtung
2. Freiheiten und Zwänge im Streitschlichtungsverfahren
3. Vorgängige verbindliche Anerkennung eines Schlichtungsvorschlags
4. Schiedsklausel im Hauptvertrag
5. Schlichtungsstelle als Schiedsgericht

1. Erfolgsfaktoren und Schwächen der Streitschlichtung

Aus Erfahrung sind die **Erfolgsfaktoren** eines Streitschlichtungsverfahrens:

1. Wille der Parteien, Streitigkeiten aussergerichtlich zu lösen.
2. Kompetenz und Einigkeit der Schlichter.
3. Neutralität der Schlichter und Gleichbehandlung der Parteien
4. Zügiges Verfahren; bei grösseren und länger dauernden Bauvorhaben periodische Information der Schlichtungsstelle
5. Die Entscheidungsträger beider Parteien müssen bei den Schlichtungsverhandlungen am Tisch sein und entscheiden können.
6. Die Emotionen der Parteien sind vom Schlichtungsverfahren auszugrenzen.
7. Die Parteien legen alle Argumente und Beweise vor der Schlichtungsstelle und der Gegenpartei offen.
8. Objektive Kriterien und Billigkeit (Erfahrung und Sachkompetenz) als Massstab für den Lösungsvorschlag. Der Lösungsvorschlag der Schlichtungsstelle muss glaubhaft sein. Das heisst, die Parteien müssen ihn so einschätzen, dass ein gerichtlicher oder schiedsgerichtlicher Entscheid ähnlich, d.h. mit gleichen Wahrscheinlichkeiten für sie günstiger oder ungünstiger, herauskommen könnte.

Die **Schwächen** des Schlichtungsverfahrens sind:

- der Beizug von (Prozess)Anwälten während des Schlichtungsverfahrens
- die fehlende Verbindlichkeit des Einigungsvorschlags.
- Die ungeklärte Frage, ob Schlichter als Schiedsrichter (Schiedsgericht) einen für die Parteien verbindlichen Entscheid treffen können

2. Freiheiten und Zwänge im Schiedsverfahren

Für den Entscheid, ein Verfahren mit Schlichtung und Schiedsgericht zu vereinbaren, sind neben der gegenüber dem Gerichtsprozess kürzeren Verfahrensdauer und geringeren Kosten die folgenden Faktoren wichtig:

- **Verfahrensfreiheit:**
Das Verfahren vor staatlichen Gerichten ist durch die Zivilprozessordnung strikt geregelt. Es herrscht praktisch keine Verfahrensfreiheit. Die gesetzliche Regelung der Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 353-399 ZPO) lässt den Parteien dagegen grosse Freiheit, die Schiedsrichter und das Verfahren zu bestimmen. So kann das Verfahren im Rahmen der zwingenden gesetzlichen Vorschriften vereinfacht und beschleunigt werden, so z.B. mit der Ermächtigung der Parteien an das Schiedsgericht, nach Billigkeit zu entscheiden. Bei alternativen Streiterledigungsverfahren sind die Parteien in jeder Hinsicht frei, das Verfahren und die Person (Personen) der Schlichter sowie deren Kompetenzen zu bestimmen.
- **Konsensbereitschaft:**
Der Gang vor die staatlichen Gerichte braucht keine Konsensbereitschaft der Parteien. Staatliche Gerichte sind dann geeignet, wenn ein Organ einer Konfliktpartei sich nicht exponieren will (z.B. weil man ein Aufsichtsorgan fürchtet). Alternative Streitschlichtungsverfahren bedingen hingegen von Anfang an die Bereitschaft beider Parteien, eine einvernehmliche Lösung zu suchen und zu finden.
- **Verbindlichkeit:**
Bei ordentlichen Gerichten besteht immer die Möglichkeit, das Urteil über zwei oder sogar drei Instanzen zu ziehen. Keine Partei ist verpflichtet, ein Urteil erster Instanz anzuerkennen. Sie kann es insbesondere mit den Rügen fehlerhafter Sachverhaltsfeststellung oder fehlerhafter Rechtsanwendung an die nächste Instanz weiterziehen.

Urteile eines Schiedsgerichts sind dagegen grundsätzlich verbindlich. Sie sind nur noch mit ausserordentlichen Rechtsmitteln aus besonderen Gründen, wie Verfahrensfehler oder willkürlicher Rechtsanwendung, anfechtbar. An die Begründung zur Anfechtung eines Schiedsgerichtsurteils sind hohe Anforderungen gestellt. Demgegenüber ist die Verbindlichkeit alternativer Streitschlichtungsverfahren gering. Sie setzt voraus, dass beide Streitparteien sich auf den Vorschlag der Schlichtungsstelle einigen. Eine Vergleichsvereinbarung ist dann grundsätzlich nicht mehr anfechtbar.

3. Vorgängige verbindliche Anerkennung eines Schlichtungsvorschlags

Streitschlichtungsverfahren, vor allem bei grösseren und lange dauernden Bauvorhaben, haben sich in letzter Zeit etabliert. Das Ziel «Streitschlichtung statt Prozess» hat sich auch der vor einiger Zeit geründete Verein «Verein BAUSCHLICHTUNG.CH» auf die Fahne geschrieben. Er vermittelt Fachleute als Schlichter und betreut die Administration in Schlichtungsverfahren. Der «Verein BAUSCHLICHTUNG.CH» erstellt auch die Schlichtungsvereinbarungen zwischen den Parteien und den Schlichtern. Darin ist eine merkwürdige Klausel, nämlich:

«Bei den Schlichtern handelt es sich ... nicht um Schiedsrichter.»

«Sofern die Parteien in dieser Verhandlung eine Einigung erzielen, wird eine schriftliche Erledigungsvereinbarung unterzeichnet, welche anschliessend von den Parteien selbständig vollzogen wird.

Falls sich die Parteien nicht einigen können, bestätigen sie mit der vorliegenden Vereinbarung, dass sie die Einschätzung der Schlichter zur Bemessung des Vergütungsanspruches verbindlich anerkennen.»

Ob sich zwei im Streit liegende Parteien im Voraus verpflichten können, sich vorbehaltlos der Einschätzung eines Schlichters oder Schlichtungsgremiums zu unterziehen, ist fraglich. Denn:

- Die Schlichtungsvereinbarung hält ausdrücklich fest, dass es sich bei den Schlichtern nicht um Schiedsrichter handle, deshalb liegt keine Schiedsvereinbarung im Sinne eines Schiedsgerichts vor.
- Nach Art. 27 ZGB kann eine Person (natürliche oder juristische) nicht auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit ganz oder zum Teil verzichten oder sich in der Freiheit in einem das Recht verletzenden Grad einschränken.
- Am ehesten würde es Sinn machen, die Einschätzung des Schlichters als Schiedsgutachten (Art. 189 ZPO) zu qualifizieren. Danach wäre das Gericht grundsätzlich an die vom Schlichter festgestellten Tatsachen gebunden, sofern kein Ausstandsgrund vorliegt und die Einschätzung ohne Bevorzugung einer Partei erstellt wurde und auch nicht offensichtlich unrichtig ist. Allerdings fehlt in der Vertragsklausel vom «Verein BAUSCHLICHTUNG.CH» der Begriff «Schiedsgutachten».
- Der «Verein BAUSCHLICHTUNG.CH» hat somit in Bezug auf diese Klausel noch eine Denksportaufgabe zu erledigen.

4. Schiedsklausel im Hauptvertrag

Es empfiehlt sich eine Schiedsklausel mit den Eckpunkten der Schiedsgerichtsvereinbarung im Hauptvertrag (Werkvertrag) und in der Streitschlichtungsvereinbarung zu vereinbaren. Denn solche Vereinbarungen sind einfacher, wenn noch kein Streit entstanden ist. Die Streitschlichtungsklausel soll mindestens enthalten:

- Anzahl Schlichter (Schiedsrichter)
- Verfahrens auf der Grundlage der VSS-Norm 41 510 (2019) "Differenzenbereinigung und Streiterledigung" (ersetzt die frühere VSS-Empfehlung 641 510 (1998) "Streiterledigung")

- Kompetenz der Schlichtungsstelle als Schiedsgericht (Streitwertlimite pro Fall oder insgesamt für alle Streitfälle)
- die Ermächtigung der Schlichtungsstelle als Schiedsgericht nach Billigkeit zu entscheiden.
- die Frage, ob die Akten der Parteien und der Schlichtungsstelle beim Scheitern der Schlichtung später vor Gericht verwendet werden dürfen. Aus Erfahrung ist dies abzulehnen, weil die Parteien dadurch abgehalten werden könnten, alle Fakten offen auf den Tisch zu legen. Jedoch sollte der begründete Lösungsvorschlag der Schlichtungsstelle auch in einem Prozess von den Parteien, insbesondere hinsichtlich eines gerichtlichen Vergleichs, verwendet werden können.

Dazu die VSS-Norm 41 510, Ziff. 19

19 Urteilskompetenz der Schlichtungsstelle

Falls im Vertrag vorgesehen oder von den Parteien sonstwie ausdrücklich vereinbart, kann die Schlichtungsstelle als zuständig erklärt werden, um Streitigkeiten bis zu einem vertraglich festgelegten Streitwert als Schiedsgericht zu beurteilen. Diesfalls sind die in Art. 353ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung [2] als zwingend erklärten Verfahrensbestimmungen zu beachten.

5. Schlichtungsstelle als Schiedsgericht

5.1 Klausel in der Streitschlichtungsvereinbarung oder im Werkvertrag

In der Streitschlichtungsvereinbarung oder im Werkvertrag können die Parteien vereinbaren, dass Streitigkeiten allgemein oder bis zu einem bestimmten Streitwert durch die Schlichtungsstelle als Schiedsgericht beurteilt und entschieden werden. Das Urteil des Schiedsgerichts ist grundsätzlich abschliessend und kann nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden. Zu beachten sind die zwingenden gesetzlichen Vorschriften über die Schiedsgerichtsbarkeit. Dazu gehören zum Beispiel die Vorschriften über die Ablehnung der Schiedsrichter oder des Schiedsgerichts (Art. 367 – 371 ZPO).

5.2 Fallbeispiel

Im konkreten Fall hat der Bauherr A mit der ARGE B im Werkvertrag für Streitigkeiten den Beizug eines Vermittlers und den Abschluss einer "Vereinbarung über die Streitschlichtung" vereinbart.

Ziffer 14 Abs. 2 Werkvertrag

Entsteht zwischen den Parteien Streit, verpflichten sie sich, in direkten Gesprächen eine gütliche Einigung zu suchen. Allenfalls ziehen sie eine unabhängige und kompetente Person bei, deren Aufgabe es ist, zwischen den Parteien zu vermitteln und den Streit zu schlichten. Mit Hilfe des Vermittlers legen die Parteien das geeignete Vorgehen und die einzuhaltenden Spielregeln fest. Die Parteien haben hierzu die separate „Vereinbarung über die Streitschlichtung“ abgeschlossen (Beilage 1). Diese ist spätestens einen Monat nach Unterzeichnung der vorliegenden Werkvertragsurkunde mit den Namen der Schlichter zu ergänzen und von diesen ebenfalls zu unterzeichnen.

Die zwischen den Parteien anschliessend abgeschlossene Vereinbarung über die Streitschlichtung enthielt folgende Bestimmungen über die Schlichter (Schlichtungsstelle) als Schiedsrichter:

6. Die Schlichter als Schiedsrichter

- 6.1. Kommt bei einem Streit mit einem Streitwert von weniger als CHF 1'000'000 nach erfolgter Vermittlung kein Vergleich zustande, so entscheiden die Schlichter den Streitfall als Schiedsrichter endgültig. Beträgt der Streitwert mindestens CHF 1'000'000, so können die Parteien nach einer gescheiterten Vermittlung vereinbaren, dass die Schlichter den Streit als Schiedsrichter entscheiden. Hierfür ist indessen die Zustimmung der Schlichter erforderlich.

10. Verhältnis des Schlichtungsverfahrens zu einem allfälligen ordentlichen Zivilprozess

- 10.1. Führt das Schlichtungsverfahren nicht zu einer Einigung zwischen den Parteien, darf jede Partei den ordentlichen Zivilprozess einleiten, sofern die Schlichter das Scheitern des Schlichtungsverfahrens formell festgestellt haben (vgl. Ziff. 5.6 lit. d) und der Streitwert mindestens CHF 1'000'000 beträgt (vgl. Ziff. 6.1).

Im Zuge der Bauausführung kam es zu Streitigkeiten über Nachtragsforderungen (sog. NO), bei denen im Zuge des Streitschlichtungsverfahrens keine Einigung zustande kam und der Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle von mindestens einer Partei abgelehnt wurde.

Fall A

Im Jahr 2018 reichte die ARGE die Nachtragsforderung "NO A" mit einem Streitwert von rund CHF 750'000.00 zur Schlichtung ein. Den Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle lehnte der Bauherr ab. Die ARGE wandte sich darauf an die Schlichtungsstelle als Schiedsgericht. Nach durchgeführtem Schiedsgerichtsverfahren erging im Jahr 2020 das Urteil des Schiedsgerichts. Dieses blieb unangefochten und wurde rechtsgültig.

Fall B

Im Jahr 2021 reichte die ARGE der Schlichtungsstelle ein Schlichtungsgesuch für diverse Mehrvergütungsansprüche (I – VI) mit einem Streitwert von total rund CHF 8.2 Mio. ein. Die Mehrvergütungsforderungen beruhten auf unterschiedlichen Rechtsgründen. Nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren unterbreitete die Schlichtungsstelle den Parteien je separate Einigungsvorschläge zu den einzelnen Mehrvergütungsforderungen I – VI und einen zusammenfassenden Einigungsvorschlag als Summe der einzelnen Einigungsvorschläge über alle Mehrvergütungsforderungen I – VI plus Verzugszins.

Die Parteien lehnten den Einigungsvorschlag ab. Das Schlichtungsverfahren war somit erledigt.

Im Jahr 2022 stellte die ARGE Antrag auf Durchführung eines Schiedsgerichtsverfahrens für die Forderung NO V im Streitwert von CHF 580'000.00.

Das Schiedsgericht konstituierte sich mit den Schlichtern als Schiedsrichter.

Darauf gelangte der Bauherr an das zuständige Regionalgericht Y mit dem Antrag, die Schlichter seien als Schiedsrichter für Befangen zu erklären und zu verpflichten, in den Ausstand zu treten.

Der Gerichtspräsident als Einzelrichter entschied im summarischen Verfahren die Gutheissung des Gesuchs und dass die Schiedsrichter in den Ausstand zu treten haben. Seine Begründung war zusammengefasst folgende:

- Die Schiedsrichter haben sich im Zuge des Schlichtungsverfahrens bereits intensiv mit der Forderung auseinandergesetzt. Die Schiedsrichter als Schlichter hätten sich bereits in einem Mass festgelegt, das den Ausgang des Verfahrens bei objektiver Betrachtungsweise als nicht mehr offen erscheinen lässt.
- Die Schiedsrichter würden kaum anders entscheiden, als ihr Schlichtungsvorschlag.
- Der Fall A aus dem Jahr 2018 sei ein isolierter Bagatellfall gewesen. Die Streitwertgrenze von CHF 1 Mio. in der Vereinbarung über die Streitschlichtung habe sich auf solche Bagatellfälle bezogen. Im Fall B habe es sich um eine Klagenhäufung mit einem Streitwert von weit über CHF 1 Mio. (insgesamt) gehandelt.
- Mit der Durchführung des Falls A vor Schiedsgericht habe der Bauherr nicht auf sein Ablehnungsrecht nach Art. 367 Abs. 1 lit. c ZPO verzichtet. Denn es sei in der Vereinbarung nicht vorgesehen gewesen, dass die Schiedsrichter über Ansprüche mit einem Streitwert von über CHF 1 Mio. entscheiden könnten.
- Für die Abberufung der Schiedsrichter war das Regionalgericht Y als einzige Instanz zuständig. Gegen den Entscheid des Regionalgerichts Y ist rechtlich nur noch Beschwerde in Zivilsachen (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) und subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Willkür) an das Bundesgericht möglich.
- Für Streitigkeiten in Bausachen wäre es von grosser Bedeutung gewesen, wenn das Bundesgericht die Frage der Befangenheit der Schlichter als Schiedsrichter entschieden hätte. Diese Chance wurde leider im vorliegenden Fall verpasst.

5.3 Anmerkungen zum Entscheid des Regionalgerichts Y

Die Kantone bezeichnen für die Abberufung von Schiedsrichtern ein zuständiges staatliches Gericht als einzige Instanz. Im vorliegenden Fall war das ein Regionalgericht. Dieses beurteilte den Fall im summarischen Verfahren. Der Gerichtspräsident als Einzelrichter fällte den Entscheid.

- a) Rechtsmittel gegen den Entscheid des Regionalgerichts sind beschränkt. Es bleiben nur die Beschwerde an das Bundesgericht in Zivilsachen offen, wo vorausgesetzt ist, dass es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt, oder die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, wo hauptsächlich Willkür im Entscheid geltend gemacht werden können. Beide Rechtsmittel haben ausserordentlich strenge Anforderungen an die Begründung.

- b) Im vorliegenden Fall gab der Bauherr selbst die Vereinbarung über die Streitschlichtung bereits in der Ausschreibung vor, mit der Bestimmung, dass die Schlichter bis zu einem Streitwert von CHF 1 Mio. als Schiedsrichter amten und als Schiedsgericht entscheiden. Diese Vereinbarung wurde denn auch mit inhaltlich gleicher Bestimmung nach Abschluss des Werkvertrags von den Parteien und den Schlichtern unterzeichnet.
- c) Widersprüchliches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich und verstösst gegen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), wenn jemand mit seinem früheren Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, das durch die neue Handlung enttäuscht wurde (*venire contra factum proprium*). Ein Verschulden der widersprüchlich handelnden Partei ist nicht vorausgesetzt; es genügt, wenn die Verhaltensänderung objektiv betrachtet berechtigt erweckte Erwartungen enttäuscht. Der Vertrauende muss aufgrund des Verhaltens der widersprüchlich handelnden Partei Dispositionen getroffen haben, die sich nun als nachteilig erweisen (BGE 125 III 257, E.aa, mit weiteren Hinweisen).

Im vorliegenden Fall hat der Bauherr die Formulierung zur Streitschlichtung und zur Schiedsgerichtsbarkeit bis zu einem Streitwert von CHF 1 Mio. vorgegeben. Nach der Unklarheitsregel sind unklare Vertragsbestimmungen gegen den Verfasser (Bauherr) auszulegen. Mit der Ablehnung der Schlichter als Schiedsrichter verhält er sich widersprüchlich, weil ihm nicht verborgen sein konnte, dass die Schlichter als Schiedsrichter sich mit einem Fall bereits im Rahmen der Streitschlichtung befasst hatten.

- d) Kann der von der Schlichtungsstelle als Schiedsgericht beurteilte Fall A als isolierter Bagatellfall betrachtet werden? Meines Erachtens klar nicht. Denn es liegt in der Natur eines langjährigen Bauprojekts, dass eine Mehrzahl von Schlichtungsfällen zu behandeln ist. Im Voraus wird nie klar sein, wie viele Streitfälle mit welchen Streitwerten es sein werden. Es kann eine Mehrzahl von Einzelfällen je mit Streitwerten unter der Streitwertgrenze für das Schiedsgericht sein, aber auch Streitfälle mit grösseren Streitwerten. Ziffer 6.1 der Streitschlichtungsvereinbarung sieht die Schlichter als Schiedsrichter vor "bei einem Streit mit einem Streitwert von weniger als CHF 1 Mio.". Der Begriff "bei einem Streit" ist zwar auslegungsbedürftig, bezieht sich aber nach allgemeinem Verständnis und grammatikalischer Auslegung auf den Einzelfall, nämlich den Streit um eine bestimmte Forderung. Sonst müsste im Plural von "Streiten" oder "strittigen Forderungen" und von einem "Streitwert von 'insgesamt' weniger als CHF 1 Mio." gesprochen werden.
- e) Im Fall B handelte es sich um verschiedene Mehrvergütungsansprüche aus unterschiedlichen, unabhängigen Rechtsgründen.
- f) In Bezug auf die mögliche Vorbefassung der Schlichter ist entgegenzuhalten, dass das Schlichtungsverfahren und das Schiedsgerichtsverfahren eine unterschiedliche Beurteilungstiefe haben. Während im Schlichtungsverfahren die Schlichter ihre eigene Fachkenntnis und Erfahrung einbringen können, hat das Schiedsgericht ein formelles Beweisverfahren durchzuführen und ist an die Beweisanträge der Parteien gebunden. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass der Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle und das Urteil des Schiedsgerichts auf unterschiedlichen Grundlagen beruhen und demnach eine Vorbefassung nicht erstellt ist.

- g) Folgte man der Auffassung des Regionalgerichts Y würden Referentenaudienzen oder Hauptverhandlungen vor Gericht mit Einigungsvorschlägen des Gerichts bereits zu einer Vorbefassung der Richter führen. Das hätte insbesondere für Handelsgerichte, welche in der Regel versuchen, die Streitigkeiten durch Vergleiche zu erledigen, erhebliche Folgen.
- h) Völlig schleierhaft ist, inwiefern sich das abgeschlossenen Schiedsgerichtsverfahren im Fall A vom Verfahren im Fall B unterscheiden soll. In beiden Verfahren lag ein isolierter Nachtrag zugrunde, der einen Streitwert von unter CHF 1 Mio. aufwies. In Kenntnis darüber, dass die Schlichter in einem allfälligen späteren Schiedsverfahren als Schiedsrichter urteilen werden, erklärt der Bauherr mit der Einlassung auf das Schiedsgerichtsverfahren im Fall A zumindest stillschweigend auf die Geltendmachung eines Ablehnungsgrunds zu verzichten (Art. 367 Abs. 1 lit. c ZPO). Das ist zulässig.
- i) Mit Blick auf die recht grosse Zahl laufender Streitschlichtungsverfahren, denen Streitschlichtungsvereinbarungen mit analogen Bestimmungen zur Schiedsgerichtsbarkeit zugrunde liegen, hätte ein höchstrichterlicher Entscheid des Bundesgerichts klärend wirken können. Im Sinne der Rechtsfindung wäre es wünschenswert, die Frage der Vorbefassung der Schlichter als Schiedsrichter zu klären.

Zürich, 25. Januar 2024