

Berichte

Neue Aufgabenfelder für Rechtsanwälte? – Mediation im öffentlichen Baurecht

Von Rechtsanwalt und Notar Professor Dr. Bernhard *Stüer*, Münster/Osnabrück, und Stefan *Rude*, Berlin

In den zwanziger Jahren wurde ein später nicht ganz unbedeutender Verwaltungsrechtler in großer Mission von der Regierung in ein kleines hessisches Dorf geschickt. Der junge Jurist sollte in der Funktion eines Staatskommissars die Ordnung im Dorf wiederherstellen. Die ländliche Bevölkerung war untereinander heillos zerstritten. Anstatt naheliegende autoritäre Maßnahmen zu ergreifen, lud er zunächst die Frauen der zerstrittenen Landwirte an reich gedeckter Tafel zu einem Nachmittag mit Kaffee und Kuchen ein. Sodann wurde für die Männer des Ortes ein gemütlicher Abend in der »zuständigen Gaststätte«¹ organisiert – natürlich mit reichlich Alkohol. Auf diese Weise gelang es, persönliche Streitereien aus dem Weg zu räumen und im Gemeinderat die Sacharbeit wiederaufzunehmen. War das nur der geschickte Schachzug und das erfolgreiche Wirken eines klugen Regierungsassessors, oder nennt man das am Ende bereits Mediation?

Prof. Dr. Ulrich *Battis*, Direktor des Instituts für Deutsches und Internationales Baurecht an der Humboldt-Universität zu Berlin, der von dieser Begebenheit aus dem Leben seines unvergessenen Lehrers Prof. Dr. Hans-Julius *Wolff* zu erzählen wußte, leitete am 9. 3. 1998 in Berlin eine Vortragsveranstaltung zum Thema »Mediation im öffentlichen Baurecht«. Die Teilnehmer der Veranstaltung erhielten zunächst von Prof. Dr. Karsten-Michael *Ortloff* (VRiVG, Berlin) eine kenntnisreiche Einführung in die Thematik, bevor sich Prof. Dr. Gerd *Schmidt-Eichstaedt* (Institut für Stadt- und Regionalplanung an der TU Berlin) dem »Dritten« im Baurecht widmete und Dr. Michael *Melzer* (Ministerialrat a. D., Institut für Raum und Energie GmbH, Hamburg) von seinen Erfahrungen mit Mediation im Verwaltungsverfahren berichtete. Mediationsverfahren haben sich in neuerer Zeit besonders in Großverfahren etabliert. So sind etwa große umweltrechtliche Fachplanungsverfahren wie der Braunkohlentagebau Horno von Mediationsverfahren begleitet worden. Die Verfahren verstehen sich dabei teilweise als echte Schlichtungsverfahren, teilweise werden sie aber auch nur als verfahrensbegleitende Informations- und Abstimmungsverfahren begriffen, bei denen es darum geht, die gewonnenen Erkenntnisse auf den Prüfstand zu stellen und Einzelfragen vor allem auch durch die Einschaltung zusätzlichen Sachverständigen näher nachzugehen. Der Ertrag derartiger Verfahren ist daher auch sehr unterschiedlich, je nach dem,

mit welchen Aufgabenstellungen und Erwartungen die Beteiligten ans Werk gehen.

Von einem einheitlich anerkannten Begriff der Mediation konnte daher auch die Veranstaltung nicht ausgehen. Es mußte vielmehr zunächst einige Grundlagenarbeit zu einem weithin, erst recht in der juristischen Ausbildung, unbekanntem Instrument der Streitschlichtung geleistet werden, bevor man den Blick auf dessen Verwendungsmöglichkeiten im öffentlichen Baurecht richten konnte. Das von *Ortloff* eingeführte Konzept, das sich am amerikanischen Modell der Mediation orientierte, bildete eine tragfähige Grundlage für die weiteren Vorträge und Diskussionsbeiträge. Danach ist Mediation ein Instrument zur Lösung von Kommunikationsstörungen, das nach dem Scheitern bipolarer Verhandlungen eingesetzt wird, um einen Streit durch Konsens zu beenden. Mediation ist damit eine Alternative zur herkömmlichen Streitaustragung, die vor dem Gericht stattfindet und klassischerweise mit einem Urteil, oder wie *Ortloff* sich ausdrückte, mit einem Konsenssurrogat endet. Zwar bedient man sich bei der Streitaustragung durch Mediation auch eines Dritten, nämlich des Mediators, doch anders als der Richter besitzt dieser keine Entscheidungsmacht. Dafür hat der Mediator andere Möglichkeiten. Auf der Vortragsveranstaltung war man sich dahin gehend einig, daß der Mediator gleichwohl mehr ist als ein Moderator und Mediation mehr ist als die Bildung eines »runden Tisches mit Harmoniestreben«. *Melzers* Ausführungen beruhten nicht auf einem festfügten Begriff der Mediation. Er hielt es nicht für zwingend, daß Mediation nur nach einer bereits gescheiterten (bipolaren) Verhandlung zum Zuge kommen kann. Vielmehr erkannte er in der Mediation auch ein Instrument, das Konflikte vermeiden hilft.

Bei der Mediation geht es nicht um Sieg oder Niederlage. Während durch ein gerichtliches Urteil bestenfalls einer gewinnt und nicht selten alle verlieren, haben die (freiwillig) zur Mediation bereiten Parteien eingesehen, daß es etwas anderes, ja vielleicht sogar Besseres als Streiten geben kann, nämlich den gemeinsamen Gewinn. Ein in diesem Zusammenhang gern benutztes Bild beschreibt als Ziel der Mediation, wenn es gut geht, die Vergrößerung des aufzuteilenden Kuchens. Den Kuchen der gemeinsamen Verhandlungsmasse zu vergrößern, ist Aufgabe des Mediators. *Melzer* konnte anschaulich zeigen, wie sehr das Ergebnis der Mediation von der Fähigkeit und dem Engagement des Mediators abhängt, eigene, evtl. unerwartete Problemlösungen zu erarbeiten. Die Gewichtung der erforderlichen Qualitäten eines guten Mediators wurden von den Vortragenden unterschiedlich beurteilt. *Melzer* stellte die Sachkunde des Streitmittlers als herausragendes Kriterium dar. Er müsse die rechtlichen und tatsächlichen

¹ Der Begriff wurde in der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG betreffend die niedersächsische Rückneugliederung vom Bürgermeister der ehemals selbständigen Stadt Aschendorf geprägt, vgl. BVerfG, Urteil vom 10. 7. 1990 – 2 BvR 470/90 –, BVerfGE 82, 310 (Papenburg).

Aspekte des Streits überblicken, um selbständig Konfliktlösungsmöglichkeiten erarbeiten zu können. *Ortloff* stellte zwar nicht in Abrede, daß Kenntnis von der Streitmaterie unschädlich sei, doch hob er die kommunikativen Fähigkeiten als Erfordernis für eine erfolversprechende mediative Tätigkeit hervor. Diese Fähigkeiten seien entgegen weitverbreiteter Meinung oftmals nicht gottgegeben, sondern müßten und könnten ausgebildet werden. Dabei seien Erkenntnisse der Rechts- und Sozialpsychologie heranzuziehen. Diese seien dem herkömmlichen Juristen jedoch häufig nur als sog. Hilfswissenschaften geläufig. In der juristischen Ausbildung spiele die konsensorientierte Konfliktaustragung, wenn überhaupt, nur eine geringe Rolle. Es wurde daher allseits vor der vermessenen Vorstellung gewarnt, nur der Anwalt sei der berufene Mediator. Absolventen anderer Studiengänge als der der Rechtswissenschaften, etwa der Psychologie und der Sozialwissenschaften, aber auch Nichtakademiker, seien längst dabei, das Tätigkeitsfeld des Mediators zu besetzen. Nicht unbegründet sind wohl Bedenken, »gegnerische« Anwälte würden sich vielfach scheuen, einen dritten Anwalt als Mediator heranzuziehen, der dann womöglich die Mandanten zu sehr beeindrucken könnte. So ist man in den USA entweder Anwalt oder Mediator, aber nicht beides zugleich.

Ortloff unterschied zwischen Mediation im engeren Sinne und Verfahren mit mediativen Elementen, die es in diversen Konstellationen geben könne. Im baurechtlichen Verwaltungsverfahren (in anderen Rechtsgebieten, etwa im Familienrecht, ist Mediation wesentlich verbreiteter) kann man sich Mediation z. B. zur Vorbereitung eines städtebaulichen Vertrages oder auch nach gescheiterten Verhandlungen über einen solchen Vertrag vorstellen. Erweitert man den Verhandlungsbegriff, so ist Mediation auch nach Erlaß etwa einer Abrißverfügung oder nach Ablehnung einer Baugenehmigung denkbar. Handelt ein Dritter mit primär anderen Aufgaben als der der Mediation und setzt er dabei gewisse Mediationsmethoden ein, spricht *Ortloff* von einem Verfahren mit mediativen Elementen. Im baurechtlichen Verwaltungsverfahren könnte die Widerspruchsbehörde eine derartige Position einnehmen, obwohl sie mit Entscheidungsmacht ausgestattet ist. Mediative Elemente finden sich im baurechtlichen Verwaltungsverfahren, wenn man an die Möglichkeiten eines vergleichenden Verhandeln unter richterlicher Führung denkt.

Für Mediation ist hier vor allem aus Anwaltssicht ein durchaus reizvolles Betätigungsfeld. Bereits in der Mandantenberatung kann der Anwalt als Mediator auftreten, indem er sozusagen als Sparringspartner seines Mandanten die gewünschten Ergebnisse auf ihre Durchsetzbarkeit befragt und gemeinsam mit ihm überlegt, ob und wie den Belangen unter weitmöglicher Wahrung der Interessen anderer Beteiligten entsprochen werden kann. Denn die Durchsetzung eigener Interessen wird für den Mandanten um so einfacher sein, je mehr die Sicht auch der anderen Beteiligten und insbesondere auch der Verwaltung und verfahrensbeteiligter Dritter in die Beurteilung eingeht und mit je geringeren Widerständen daher zu rechnen ist. Der Anwalt wird dann auch keine überzogenen Forde-

rungen stellen, sondern nach Möglichkeit bereits zu Beginn der Verhandlung einen Weg vorschlagen, der auch aus der Sicht der anderen Beteiligten gangbar erscheint. Denn nicht die einseitige Durchsetzung von Interessen ist das Ziel, sondern ein an Ausgleich und Optimierung aller Belange orientiertes Ergebnis, mit dem jede Seite leben kann. So scheidet etwa bei vorhabenbezogenen Bebauungsplänen oder städtebaulichen Verträgen das übliche Denken in Anspruchsgrundlagen und das Modell der gerichtlichen Streitentscheidung von vornherein aus. Denn der Anspruch des Investors, über seinen Antrag auf Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans »nach pflichtgemäßem Ermessen« zu entscheiden (§ 12 Abs. 2 BauGB)², steht im Ergebnis nur auf dem Papier und ist am Ende wohl auch kaum mehr wert als ein mißratener Heiratsantrag.

Ob der neue § 4 b BauGB ein Einfallstor für Mediation im öffentlichen Baurecht sein kann, wurde überwiegend skeptisch beurteilt. Nach dieser Vorschrift kann die Gemeinde einem Dritten die Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten der Bauleitplanung nach den §§ 3 bis 4 a BauGB übertragen. Unklar ist noch, wer dieser Dritte sein soll bzw. sein darf. Die Analyse der Verwendung des Begriffes »Dritter« im BauGB durch *Schmidt-Eichstaedt* ergab, daß es dort mindestens zwei verschiedene Modelle des »Dritten« gibt. Der »zivilrechtliche« Dritte steht außerhalb eines Vertragsverhältnisses und außerhalb eines städtebaulichen Vertrages zwischen Gemeinde und Investor. Dieser »zivilrechtliche« Dritte findet sich z. B. in den §§ 159 Abs. 3, 160 Abs. 4, 161 Abs. 1 BauGB. Der »öffentlich-rechtliche« Dritte steht außerhalb eines Über- und Unterordnungsverhältnisses, das etwa zwischen der Gemeinde und Bürgern bestehen kann. Bei § 4 b BauGB stellt sich die Frage, ob ein Vorhabenträger, ein Vertragspartner der Gemeinde nach § 11 BauGB, zugleich ein Dritter im Sinne des § 4 b BauGB sein kann; ob die Gemeinde also dem Investor die Vorbereitung und Durchführung der Bürger- und Trägerbeteiligung in einem Bauleitplanverfahren übertragen darf, das dessen Vorhaben betrifft. Nach *Schmidt-Eichstaedt* ist das grundsätzlich möglich, doch müsse die Gemeinde sorgfältig abwägen, ob der Vorhabenträger tatsächlich ein geeigneter Dritter i. S. des § 4 b BauGB ist (vgl. »geeigneter Beauftragter« i. S. des § 167 Abs. 1 BauGB). Je umstrittener das Vorhaben ist, desto eher werden daran Zweifel aufkommen müssen. In der Diskussion wurde deutlich, daß die Gemeinde vielfach nicht gut beraten ist, wenn sie dem Vorhabenträger die Durchführung von Verfahrensschritten überläßt. Selbstverständlich darf dieser keine materiellen Entscheidungsbefugnisse wahrnehmen. Mit Mediation in einem eng verstandenen Sinne hat § 4 b BauGB wohl wenig zu tun. Aber es fehlt weiterhin an einer Definition der Mediation, die eine genaue Zuordnung erlauben würde. In Diskussionsbeiträgen wurde vor einer einengenden Reglementierung der Mediation gewarnt, eine Definition könne bereits der Anfang davon sein.

² Bernhard *Stüer*, Bau- und Fachplanungsrecht, 2. Aufl. 1998, Rdnr. 487.

Das Prozessieren wird immer weniger attraktiv, wird vielfach beklagt. Das liegt zunächst an der »Dreiklassengesellschaft« der Verwaltungsprozesse. Über Großverfahren urteilt erst- und letztinstanzlich das *BVerwG*. Bedeutendere Prozesse, vor allem in Fachplanungsverfahren, entscheidet das *OVG* als Tatsacheninstanz und das *BVerwG* – bei Zulassung der Revision – als Revisionsinstanz. Das Gros aller durchschnittlichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren vom kleinen Nachbarstreit bis zur Abrißverfügung bei Schwarzbauten beginnt demgegenüber nach der 6. VwGO-Novelle beim Einzelrichter der ersten Instanz und endet dort auch zumeist. Wenn der Prozeß dort nicht abgeschlossen ist und wider Erwarten ein Zulassungsantrag Erfolg hat und er zu einer Quote von ca. 10 % der Fälle gehört, steht der endgültige Ausgang des Prozesses zumeist selbst nach Jahren noch nicht fest. Statt die Akte in solchen Fällen sofort als erledigt ins Archiv bringen zu lassen oder eine kanonische Frist zu verfügen (»Wiedervorlage in 300 Jahren«), könnte hier eine außergerichtliche Streitentscheidung durchaus ihre Chancen haben. Aber Mediation muß gelernt sein, worauf auch *Battis* in seinem Schlußwort aufmerksam machte. Vor allem müssen die Anwälte, wenn sie sich die-

ser Aufgabe stellen, von Grund auf umdenken. Denn es geht dann in erster Linie nicht darum, Ansprüche des Mandanten durchzusetzen, sondern nach vermittelnden Lösungen zu suchen. Auch die alte Anwaltsweisheit, »wenn du gewinnen kannst, darfst du dich nicht vergleichen«, hat dann für das Verwaltungsrecht weitgehend ausgedient³. Nicht anwaltliche Haudegen, sondern der smarte Konfliktmittler sind da wohl in Zukunft eher gefragt. Aber vielleicht wäre das ja ein durchaus sympathischer Zug in der Veränderung des Anwaltsbildes, die seit den Bastille-Entscheidungen des *BVerfG*⁴ mit der Etablierung großer überörtlicher Anwaltsfirmen, einer bröckelnden Singularzulassung und dem Fall des anwaltlichen Werbeverbotes – von manchem eher skeptisch beurteilt – allenthalben um sich gegriffen hat.

3 Bernhard *Stüer*, *Anwaltsverfahren*, NJW 1995, 2142.

4 *BVerfG*, Beschluß vom 14. 7. 1987 – 1 BvR 537/81 –, *BVerfGE* 76, 171 = DVBl. 1988, 188 – Sachlichkeitsgebot; Beschluß vom 14. 7. 1987 – 1 BvR 362/79 –, *BVerfGE* 76, 196 = NJW 1988, 194 – Werbeverbot.

Rechtsprechung

Entscheidungen

■ 1. Art. 1, 2, 5 RL 76/207/EWG

Eine nationale Regelung, die einer Frau den Anspruch auf Beurteilung und damit eine Möglichkeit zum beruflichen Aufstieg deshalb nimmt, weil sie dem Betrieb wegen eines Mutterschaftsurlaubs ferngeblieben ist, verstößt gegen Art. 2 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 1 der RL 76/207/EWG des Rates vom 9. 2. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen.

EuGH, Urteil vom 30. 4. 1998 – C-136/95 –

Die Kl. wurde 1973 von der französischen CNAVTS als technische Bedienstete eingestellt und 1983 zur Sachbearbeiterin für Rechtsfragen befördert. Sie fehlte wegen Krankheit vom 4. bis 13. 2., vom 3. bis 16. 3. und vom 16. 5. bis zum 12. 6. 1983. Anschließend nahm sie vom 13. 6. bis zum 1. 10. 1983 Mutterschaftsurlaub und danach vom 3. 10. bis zum 16. 11. 1983 Mutterschaftsurlaub bei halben Bezügen.

Unter Berufung auf Kap. XIII der MusterbetriebsO lehnte die CNAVTS eine Beurteilung der Kl. für das Jahr 1993 mit der Begründung ab, sie erfülle wegen ihrer Fehlzeiten nicht die Voraussetzungen i.S. dieser Vorschrift, d.h., sie sei keine 6 Monate anwesend gewesen. In dem von der Kl. dagegen eingeleiteten Gerichtsverfahren hat die Cour de Cassation dem EuGH folgende Frage vorgelegt:

Sind die Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 und ggf. 2 Abs. 4 der RL 76/207/EWG vom 9. 2. 1976 dahin auszulegen, daß sie es verbieten, einer Frau den Anspruch auf Beurteilung und infolgedessen die Möglichkeit zum beruflichen Aufstieg zu nehmen, weil sie dem Betrieb wegen eines Mutterschaftsurlaubs ferngeblieben ist?

Der EuGH hat die Frage wie aus dem Leitsatz ersichtlich beantwortet.

Aus den Gründen:

(24) Die RL läßt nationale Vorschriften zu, die den Frauen Sonderrechte wegen Schwangerschaft und Mutterschaft sichern, z.B. einen Anspruch auf Mutterschaftsurlaub (siehe Urteil vom 8. 11. 1990, C-179/88, *Handels- und Kontorfunktionäres Forbund*, Slg. 1990, I-3979, Rdnr. 15). (25) Außerdem behält Art. 2 Abs. 3 der RL den Mitgliedstaaten das Recht vor, Vorschriften zum Schutz der Frau »bei Schwangerschaft und Mutterschaft« beizubehalten oder einzuführen. Damit ist in bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz die Berechtigung des Schutzes zum einen der körperlichen Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft, zum anderen der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit anerkannt, die an die Schwangerschaft und Entbindung anschließt (s. insbesondere Urteile vom 12. 7. 1984, C-184/83, *Hofmann*, Slg. 1984, 3047, Rdnr. 25, vom 5. 5. 1994, C-421/92, *Habermann-Beltermann*, Slg. 1994, I-1657, Rdnr. 21, und vom 14. 7. 1994, C-