

## Arbeitskreis VII - Außergerichtliche Streitbeilegung -

---

Arbeitskreisleiter: Rechtsanwalt **Dr. Alfons Schulze-Hagen**, Mannheim  
Stellvertreter: Rechtsanwalt **Dr. Hein-Jürgen Schramke**, Frankfurt  
Referenten: Rechtsanwalt **Dr. Jörg Risse**, Frankfurt  
Rechtsanwalt **Dr. Klaus Eschenbruch**, Düsseldorf  
Prof. **Dr. Ralf Schottke**, Neustadt  
Rechtsanwalt **Dr. Mark von Wietersheim**, Berlin  
Betreuer des Arbeitskreises: Rechtsanwalt **Dr. Alfons Schulze-Hagen**, Mannheim

### Thema

*Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung im Bauprozess durch Adjudikation-Verfahren?*

### I. Einführung

von RA **Dr. Alfons Schulze-Hagen**  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

#### Zur Person

*Geboren 1952 in Düsseldorf, Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg, München, Bonn; Referendariat, Assessorexamen und Promotion in Berlin, Rechtsanwalt seit 1980. Gründung eines eigenen Büros 1988 in Mannheim. Tätigkeitsschwerpunkte: Privates Baurecht, Vergaberecht, Architekten- und Ingenieurrecht, Schiedsgerichte. Zahlreiche Veröffentlichungen. Herausgeber der Zeitschriften IBR und IMR sowie Initiator und verantwortlicher Chefredakteur der Datenbank ibr-online.*

Eine Umfrage des Deutschen Baugerichtstages im Frühjahr 2007 hat einen hohen Bedarf außergerichtlicher Streitlösungsverfahren im privaten Bau- und Architektenrecht aufgezeigt. Die Ergebnisse bestätigen, was man längst schon weiß: Eine große Unzufriedenheit der Prozessparteien mit der Bewältigung von Bauprozessen durch staatliche Gerichte. Fast 70% der Auftragnehmer und rund 63% der Auftraggeber verbinden insgesamt negative Erfahrungen mit der Entscheidung von Baustreitigkeiten durch staatliche Gerichte. Die Dauer und die Kosten des Rechtsstreits sowie der interne Aufwand der Prozessvorbereitung sind die Hauptkritikpunkte. Bemerkenswert hoch – bei Auftragnehmern 81,45%, bei Auftraggebern fast 70% - ist die Zustimmung für ein **zwingendes** außergerichtliches Streitlösungsverfahren vor Einleitung eines Bauprozesses. Den Parteien kommt es auf eine schnelle, kostengünstige und summarische Sachverhalts- und Rechtsprüfung an. Sofern in einem solchen Vorverfahren eine Entscheidung vorgesehen ist, muss diese vorläufig bindend, jedoch korrigierbar durch die Gerichte sein.

Ein solches außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren ist die sog. ADJUDIKATION (nach dem englischen Vorbild adjudication). Adjudikation ist ein ad hoc eingeleitetes summarisches Verfahren zur außergerichtlichen Lösung einer Baustreitigkeit, welches – das ist zentral – innerhalb eines sehr engen Zeitgerüsts durchgeführt wird. Ein unparteiischer Dritter – der Adjudikator: ein Techniker, Baubetriebswirtschaftler oder Jurist – nimmt eine summarische Sachverhalts- und Rechtsprüfung vor. Er schließt - sofern keine gütliche Einigung zu Stande kommt – das Verfahren mit einer die Parteien zumindest vorläufig schuldrechtlich bindenden Entscheidung ab. Endgültig bindend wird die Entscheidung erst durch die Vereinbarung der Parteien. Den Parteien steht es frei, in der gleichen Angelegenheit ein Gerichts- oder Schiedsverfahren einzuleiten, was aber erst zulässig ist, wenn zuvor eine Adjudikation durchgeführt wurde.

Die Einführung der Adjudikation in Deutschland erfordert ein radikales Umdenken aller Beteiligten. Man denke etwa daran, dass auch Nicht-Juristen Baurechtsstreitigkeiten entscheiden sollen. Für die Benennung der Adjudikatoren muss ein funktionsfähiges Verfahren entwickelt werden. Für die Adjudikation selbst muss es eine Verfahrensordnung geben, die einerseits dem Adjudikator starke Befugnisse einräumt, um die engen Zeitvorgaben zu erfüllen, die andererseits jedoch Verfahrensgrundrechte der Beteiligten sicherstellt. Ferner muss es Instrumente zur Umsetzung bzw. Vollstreckung einer Adjudikationsentscheidung geben, ähnlich dem sog. summary judgement in England. Vor allem aber darf man von einem innerhalb kürzester Fristen zu führenden summarischen Verfahren nicht dieselbe Richtigkeitsgewähr erwarten wie von einem über Jahre geführten Hauptverfahren vor den staatlichen Gerichten, welches schließlich nach Beendigung eines Adjudikation-Verfahrens nicht ausgeschlossen ist.

Der Arbeitskreis VII hat sich zur Vorbereitung des 2. Deutschen Baugerichtstages bereits mehrfach mit der Adjudikation befasst. In der Sitzung am 13./14.06.2008 werden die Teilnehmer insbesondere die Frage diskutieren, ob die nach dem englischen Vorbild gestaltete Adjudikation ein geeignetes Instrument ist, um Baurechtsstreitigkeiten besser zu lösen als in der herkömmlichen Praxis mit lang dauernden Gerichtsverfahren und ob es realistische Chancen gibt, ein solches Verfahren für sämtliche Baurechtsstreitigkeiten flächendeckend einzuführen. Wenn diese Fragen bejaht werden, wird sich die weitere Frage stellen, ob ein solches Verfahren gesetzlich geregelt oder (nur) der Vereinbarung durch die Vertragsparteien anheim gestellt werden soll.

## Literaturliste:

- Boldt, Vorläufige baubegleitende Streitentscheidung, Dispute Adjudication Boards in Deutschland, 2008;
- Schulze-Hagen, Plädoyer für Adjudikation in Deutschland, BauR 2007, 1950;
- Gralla/Sundermeier, Bedarf außergerichtlicher Streitlösungsverfahren für den Deutschen Baumarkt – Ergebnisse der Umfragen des Deutschen Baugerichtstages e.V., BauR 2007, 1961;
- Harbst/Winter, Adjudication in England – Das erste Jahrzehnt, BauR 2007, 1974;
- Schramke, Gesetzliche Regelungen für eine „Adjudikation in Bausachen?“ Tätigkeit und Vorläufige Ergebnisse des Arbeitskreises VII des Deutschen Baugerichtstages;
- Mahnken, Adjudication, Dispute Boards und die Rolle des Gesetzgebers – aus der Sicht eines Anlagenbauers;
- Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2005, § 39 Rz. 116 ff; Harbst, Adjudication-„Rough justice“ in 28 Tagen?, SchiedsVZ 2003, 68 ff;
- Borowski, Adjudication in Großbritannien – ein Modell für Baustreitigkeiten in Deutschland?, ZKM 2007, 54 ff;
- Lembcke, Deutsche Richterzeitung DRiZ 2006, 287 ff;
- Winter, Adjudication: Kulturschock oder Gebot der Stunde?, IBR 2007, 111 ff.

### Englische Literatur:

- Richis/Dancaster: Construction Adjudication, Second Edition, 2004, Blackwell Publishing;
- Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group: User Guide to Adjudication, April 2003;
- Gould/Abel, Adjudication in the UK – Recent Developments, SchiedsVZ 2005, 190 ff;

### Literatur zu Adjudication in FIDIC-Verträgen:

- Hök, Engineer and Dispute Adjudication Board in FIDIC-Verträgen: Entwicklung, Grundlagen und rechtliche Einordnung, ZfBR 2007, 416ff;
  - Hök, FIDIC Dispute Adjudication, Der FIDIC-Adjudicator, Band 15 der VBI-Schriftenreihe, 2007;
  - Schramke/Yazdani, Adjudication nach den FIDIC-Conditions of Contract – Effektiver Rechtsschutz oder Aufblähung des Streitbeilegungsverfahrens, BauR 2004, 1073 ff;
  - Schramke, Neue Formen des Streitmanagements im Bau- und Anlagenbau, Dispute Review Boards und Adjudication, NZBau 2002, 409 ff;
- mit der Übertragbarkeit des Adjudication-Verfahrens nach Deutschland beschäftigen sich unter anderem:

- Lembcke, Dispute Adjudication Vorbild für die Konfliktbewältigung in Deutschland?, NZBau 2007, 273 ff;

## II. Thesen

### 1. Thesen von Dr. Jörg Risse, LL.M.

#### Zur Person

*Rechtsanwalt in der Sozietät Baker & McKenzie, Frankfurt. 1986 - 1989 Bankausbildung, 1993 Erstes Juristisches Staatsexamen, Universität Heidelberg, 1996 Zweites Juristisches Staatsexamen, 1997 Master of Laws (LL.M.), Universität Berkeley, 1997 Anwaltszulassung, 1999 Anwaltszulassung als Attorney-at-Law (New York). Fachliche Schwerpunkte in der Deutschen und internationalen Schiedsgerichtbarkeit; Wirtschaftsmediation; Allgemeines Vertragsrecht, Bankrecht, US-Recht, Großanlagenbau. Schiedsgerichtliche Erfahrung als Parteivertreter: Zahlreiche Verfahren (ICC, DIS, ad hoc). Gegenstand der Schiedsgerichtsverfahren (in Stichworten): Internationaler Großanlagenbau, Rückabwicklung von Unternehmenskäufen, Allgemeines Vertragsrecht. Veröffentlichungen u.a.: Schriftleiter/Herausgeber der SchiedsVZ – Zeitschrift für Schiedsverfahren seit 2003; Buch „Wirtschaftsmediation“ (Verlag C.H. Beck, München, 2003); Beitrag zur Adjudikation: „Adjudication – Ein Heilmittel für Baustreitigkeiten?!, in: Nicklisch (Hrsg.), Öffentlich-private Großprojekte, 1. Auflage 2005, S. 169 ff.*

#### These 1:

*Deutschland braucht ein Verfahren, in dem rasch und zumindest vorläufig geklärt wird, ob Einbehalte berechtigt sind. Das geeignete Verfahren ist ein Adjudikation-Verfahren nach englischem Vorbild. Baurechtsstreitigkeiten entscheidet dabei*

- *ein bauerfahrener Dritter (Techniker oder Jurist)*
- *aufgrund einer summarischen Sachverhalts- und Rechtsprüfung*
- *innerhalb kürzester Fristen*
- *mit vorläufiger Bindungswirkung /Umsetzungsverpflichtung*
- *aber korrigierbar durch staatliche Gerichte*

1. „Cash Flow is the lifeblood of the construction industry“: So wird in England beschrieben, dass Bauunternehmen auf fristgerechte (Abschlag-)Zahlungen angewiesen sind. Fließen die Gelder nicht, können die Bauunternehmen Löhne, Material und Subauftragnehmer nicht mehr bezahlen. Es droht die Insolvenz, zum Schaden des Projekts (und damit des Bauherrn) und des Bauunternehmens. Wenn Bauherren Zahlungen aufgrund von (vorgeblichen) Mängeln oder verfehlten Meilensteinen zurückhalten, muss daher schnell geklärt werden, ob der Einbehalt berechtigt ist oder nicht. Das leisten die deutschen Gerichte mit jährlich 80.000 neuen Baustreitigkeiten und einer erstinstanzlichen Verfahrensdauer von deutlich über einem Jahr nicht. Deutschland braucht daher ein Verfahren, in dem rasch und zumindest vorläufig geklärt wird, ob Einbehalte berechtigt sind. Das geeignete Verfahren ist ein Adjudikation-Verfahren nach englischem Vorbild. Baurechtsstreitigkeiten entscheidet dabei

- (I) ein bauerfahrener Dritter (Techniker oder Jurist)
- (II) aufgrund einer summarischen Sachverhalts- und Rechtsprüfung
- (III) innerhalb kürzester Fristen
- (IV) mit vorläufiger Bindungswirkung /Umsetzungsverpflichtung
- (V) aber korrigierbar durch staatliche Gerichte

Bauparteien erhalten so eine zusätzliche Möglichkeit der Konflikterledigung.

2. Adjudikation-Verfahren ermöglichen sofortige Sachverhaltsklärung: Baustreitigkeiten sind faktisch geprägt. Da die Streitigkeiten während eines laufenden Bauprojektes auftreten, ist die nachträgliche Feststellung von Fakten unmöglich oder erheblich erschwert, weil das Projekt fortgeführt und die festzustellenden Tatsachen „überbaut“ worden sind. Die zeitige Sachverhaltsfeststellung vor Ort und Umsetzung in eine neue (vorläufig bindende) Faktenlage leistet weder der Zivilprozess noch das Selbständige Beweisverfahren. Die Lücke schließt das Adjudikation-Verfahren.
3. Adjudikation-Verfahren bewältigen Komplexität von Baustreitigkeiten: Bei Bauprojekten treten oft komplexe und multikausale Streitigkeiten auf, etwa weil Unklarheiten im Leistungsverzeichnis, verschiedene Baumängel und Bauablaufbehinderungen gleichzeitig auftreten und sich wechselseitig beeinflussen. Um Ursache und Wirkung voneinander abzugrenzen, ist eine zeitnahe Aufnahme des Sachverhalts und eine vorläufige Entscheidung über die Auswirkungen erforderlich. Nur durch Zwischenentscheidungen im Adjudikation-Verfahren lässt sich die Komplexität überhaupt justitiabel halten. Gerichte scheitern dagegen regelmäßig mit ihrem Versuch, den Sachverhalt rückblickend und lange nach Beendigung des Bauprojekts aufzuklären.
4. Adjudikation-Verfahren schaffen Planungssicherheit: Auftraggeber wie Auftragnehmer brauchen bei Bauprojekten Planungssicherheit. Wenn etwa Streit um die Auslegung der Baubeschreibung entsteht, können die Parteien nicht bis zur rechtskräftigen Klärung durch ein OLG warten. Eine verlässliche Grundlage für die weiteren Bauarbeiten schafft nur eine vorläufig bindende Entscheidung, eben durch ein Adjudikation-Verfahren.
5. Adjudikation-Verfahren vermeiden Streitigkeiten: Manche Baustreitigkeiten sind davon geprägt, dass berechtigte Ansprüche aus taktischen Gründen abgestritten werden. Bauherren verweigern die Zahlung wegen vorgeblicher Mängel, um den auf eine Zahlung angewiesenen Bauunternehmer in einem Vergleich zu manövrieren. Oder die Baufirma weigert sich, mangelbehaftete Bauleistungen nachzubessern, hofft sie doch, dass der Bauherr den Aufwand des Prozesses scheut. Steht beiden Parteien mit einem Adjudikation-Verfahren sofort ein Streitbeilegungsmechanismus zur Verfügung, lohnen taktische Spielchen nicht mehr. Die Existenz des Adjudikation-Verfahrens vermeidet daher Streitigkeiten.
6. Adjudikation-Verfahren erleichtern Vergleichsgespräche: Manche Bauherren, insbesondere die Öffentliche Hand, widersetzen sich einem konstruktiven Vergleich allein deshalb, weil der jeweilige Entscheidungsträger für den als „an sich vernünftig“ erkannten Kompromiss keine persönliche Verantwortung übernehmen will, etwa gegenüber dem Rechnungshof. Für ihn ist es bequemer, die Entscheidung und damit die Verantwortung zur Streitbeilegung auf Anwälte und Gerichte abzuschieben („Mehr konnte ich nicht tun“). Die Entscheidung des Adjudikators schafft in solchen Szenarien ein Vergleichsereignis, bei dem sich die Parteien unter argumentativer Orientierung an dem Drittschied einigen können, etwa durch Nichtanfechtung des Entscheids oder durch einen Vergleich in der Nähe des Adjudikator-Entscheids.
7. Adjudikation-Verfahren sind qualitativ gleichwertig: Unbegründet ist die verbreitete Sorge, über ein Adjudikation-Verfahren würden Baustreitigkeiten qualitativ minderwertig gelöst. Es gibt keinen Beleg dafür, dass ein baubegleitend (= zeitnah) entscheidender Sachverständiger zu einem qualitativ schlechteren Ergebnis kommt als ein staatlicher Richter, der die Streitigkeit retrospektiv entscheiden muss. Der Adjudikator entscheidet zwar nur auf Basis einer summarisch festgestellten Tatsachen- und Rechtsgrundlage, doch kann dieser Nachteil in der Eindringtiefe durch den besseren, weil zeitnäheren Zugang zu Beweismitteln kompensiert werden. Wichtiger aber ist, dass sich die polarisierende Frage „schnelle Streitentscheidung oder qualitativ hochwertige Streitentscheidung“ in Baufällen nicht stellt. Für die am Bau beteiligten Unternehmen ist die zeitnahe Entscheidung nämlich ein zentrales, wenn nicht gar das wichtigste Qualitätsmerkmal. Ein Jahre später vom Oberlandesgericht rechtskräftig gefällttes Urteil mag in seiner Tatsachenfeststellung und rechtlichen Bewertung inhaltlich voll überzeugen, doch leidet die Gesamtqualität daran, dass die Entscheidung einfach zu spät kommt. Eine inhaltlich schlechte Entscheidung ist bisweilen besser als eine späte.
8. Von England bei Adjudikation-Verfahren lernen: In England gibt es das verbindliche Adjudikation-Verfahren für Baustreitigkeiten schon seit zehn Jahren. Die Anzahl gerichtlich ausgetragener Baustreitigkeiten ist stark gesunken, die Zahl der außergerichtlichen Einigungen stark gestiegen. Adjudikation-Verfahren haben in England somit insgesamt eine streitvermeidende Wirkung gehabt. Von diesen positiven Erfahrungen sollte auch Deutschland lernen.
9. Nachfrager wollen Adjudikation-Verfahren: Studien zeigen, dass alle Baubeteiligten mit dem Zivilprozess als Streitbeilegungsmechanismus massiv unzufrieden sind. Auch die gesetzlich geregelten Streitbeilegungsverfahren sind ein Dienstleistungsangebot an die Nachfrager (= die streitenden Parteien). Die Nachfrage wird mit dem gesetzlichen Adjudikation-Angebot befriedigt.

## These 2:

*Deutschland braucht ein gesetzlich geregeltes Adjudikation-Verfahren:*

Bei einem nur freiwillig vereinbarten Adjudikation-Verfahren bleiben zu viele Rechtsfragen ungeklärt: Wie wird ein der Spruch des Adjudikators durchgesetzt? Was passiert bei einer Ignorierung? Kann ein Adjudikation-Verfahren in AGB vereinbart werden? Wie weit reicht die Entscheidungsbefugnis des Adjudikators? Bei einer fehlenden gesetzlichen Verankerung würden Partikularinteressen regelmäßig der Vereinbarung eines Adjudikation-Verfahrens entgegenstehen. Allein die gesetzliche Regelung verschafft dem Adjudikation-Verfahren die verdiente Anerkennung als vernünftigem Streitbeilegungsmechanismus in Baustreitigkeiten. Und schließlich: Wir brauchen in Deutschland ein bisschen mehr Mut, neue Wege in der Streitbeilegung zu beschreiten. Nur die dort gemachten Erfahrungen – nicht theoretische Überlegungen – sind ein sicheres Fundament, um nach einer Erprobungsphase endgültig über gesetzlich zu verankernde, neue Streitbeilegungsverfahren zu entscheiden.

## 2. Thesen von Dr. Klaus Eschenbruch

### Zur Person

*Geboren 1954 in Korschenbroich*

*Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, gleichzeitig Fachanwalt für Steuerrecht und Vereidigter Buchprüfer*

*Lehrbeauftragter der RWTH Aachen für Bauvertragsrecht*

*Partner der Anwaltssozietät Kapellmann und Partner, tätig in Düsseldorf*

*Berufsschwerpunkt: Beratung zur Strukturierung und Abwicklung großer Bauprojekte, vornehmlich im Juristischen Projektmanagement sowie Entwicklung von Vergabesystemen und deren Umsetzung, auch in PPP-Projekten*

*Hervorgetreten durch zahlreiche Veröffentlichungen, z.B. Recht der Projektsteuerung, 2. Aufl., sowie gemeinsam mit dem Mitherausgeber Prof. Dr. Racky, Partnering in der Immobilien- und Bauwirtschaft, 2008*

### These:

*Regelungen des Gesetzgebers zur außergerichtlichen Streitbeilegung vor Einleitung eines Bauprozesses im Sinne eines (Zwangs-) Adjudikation-Verfahrens nach englischem Recht sind nicht zu empfehlen*

1. Adjudikation-Verfahren sind grundsätzlich geeignete und in der internationalen Rechtspraxis bewährte Instrumente außergerichtlicher Konfliktschlichtung; die Vorteilhaftigkeit der gesetzlichen Anordnung eines Adjudikation-Verfahrens vor Einleitung eines Bauprozesses nach englischem Vorbild ist indessen nicht belegt.
2. Das falsche Thema zur falschen Zeit: Das englische Adjudikation-System ist das Produkt von und ein Lösungsansatz für bestimmte Konjunktur- und Marktverhältnisse und eingeführter Zusammenarbeit von Berufsgruppen (Housing Grants, Construction and Regeneration Act, 1996); diese Voraussetzungen sind in Deutschland entweder überwunden (Konjunktur-Zyklus) oder aber nicht gegeben (eingeführte Zusammenarbeit bestimmter Berufsgruppen).
3. Das englische Adjudikation-Verfahren hat sich international nicht durchgesetzt. Die (internationale) Baurechtspraxis wendet sich zunehmend von vorgegebenen, komplexeren Streiterledigungsmechanismen ab. Die Vertragspraxis kehrt nicht nur den staatlichen Gerichten, sondern zunehmend auch der Schiedsgerichtsbarkeit den Rücken zu. Selbst bei komplexeren Projekten sind permanent vorgehaltene Adjudikation-Boards „auf dem Rückmarsch“. Der Trend geht eindeutig in Richtung der Ad-hoc-Streiterledigung mittels projektinterner Schlichtung, Mediation und punktueller schiedsgutachterlicher Streitschlichtung.
4. Die Vertragspraxis hat unterschiedliche Systeme zur außergerichtlichen Konfliktschlichtung hervorgebracht. Jede Konfliktschlichtungsstrategie hat ihre Vor- und Nachteile und ist nur unter bestimmten kontextuellen Rahmenbedingungen vorzuzugswürdig. Eine Rechtfertigung für die Beschneidung der Vertrags- und Dispositionsfreiheit der Parteien bei der Auswahl geeigneter Konfliktschlichtungsverfahren für den jeweiligen Einzelfall ist nicht ersichtlich.

5. Empirisch abgesicherte Untersuchungen über die von vielen Seiten beklagten Effizienz Nachteile staatlicher Rechtspflege und Schiedsgerichtsbarkeit im Bausektor fehlen. Das gilt erst recht für Untersuchungen zur Vorteilhaftigkeit eines Adjudikation-Verfahrens als Konfliktschlichtungssystem für die einzelnen, sehr unterschiedlichen Arten von Streitfällen im Baurechtssektor.
6. Das Adjudikation-Verfahren nach englischem Recht lässt sich mit der EU-Rechtsentwicklung, insbesondere dem Richtlinienvorschlag des Rates über Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (2007) nur schwerlich vereinbaren. Eine zwingend vorgeschaltete Adjudikation-Lösung nach englischem Vorbild wäre ein Fremdkörper auch im deutschen Recht. Ob es angezeigt ist, die Bedeutung des Rechts im Rahmen außergerichtlicher Konfliktschlichtung zugunsten schneller Entscheidungen weiter zu beschneiden, ist eine rechtspolitische Frage, die hier nur aufgeworfen, allerdings nicht beantwortet werden soll.
7. Berufspolitisch, also aus der Sicht der Anwaltschaft, wäre eine Einführung von Adjudikation-Verfahren nach dem englischen Modell nicht zu befürworten. Ein entsprechendes Streitschlichtungssystem führte zu einer Konzentration entsprechender Streitigkeiten auf wenige große Anwaltskanzleien. Nur sie wären in der Lage, zur Behandlung der unter extremen Zeitdruck abzuwickelnden Verfahren ganze Teams bereit zu halten. Darüber hinaus ist damit zu rechnen, dass zunehmend berufsferme Adjudikatoren auftreten werden, mithin anwaltliche Aufgaben noch weitergehender substituiert werden, als dies bislang schon erfolgt.
8. Die Alternative: Der Gesetzgeber sollte Partnering-Initiativen, auch Systeme außergerichtlicher Konfliktschlichtung auf freiwilliger Basis im weitesten Sinne fördern. Dabei empfiehlt es sich, § 317 BGB dahingehend zu ändern, dass neben dem bisherigen Leitmodell schiedsgutachterlicher Klärung mit vorbehaltener Unbilligkeitskontrolle auch die Möglichkeit einer von den Parteien vereinbarten Vorschaltung einer außergerichtlichen Konfliktschlichtung vor Durchführung eines ordentlichen Verfahrens ausdrücklich vorgesehen und die Rahmenbedingungen hierfür definiert werden.

### 3. Thesen von Dr. Mark von Wietersheim

#### Zur Person

*seit 1996 in Berlin als Rechtsanwalt zugelassen, seit 2000 Syndikus bei der Deutsche Bahn AG.  
Leiter des Teams Recht Infrastruktur Region Ost, Berlin  
Vertreter der Deutsche Bahn AG im Hauptausschuss Allgemeines des DVA  
Autor mehrerer Bücher zu VOB/B, BGB-Werkvertragsrecht und Vergaberecht.  
Veröffentlichungen u.a. in BauR, IBR, MDR, Financial Times Deutschland.  
Lehrauftrag für Privates Baurecht an der FH Osnabrück*

#### Interessenlage

Der DB-Konzern ist der größte deutsche Einzel-Auftraggeber im Baubereich. Pro Jahr wird eine Vielzahl von Bauverträgen abgeschlossen und durchgeführt. Im Verhältnis zu dem großen Bauvolumen gibt es vergleichsweise wenig Streitige Auseinandersetzungen.

Kommt es jedoch zu Streitigkeiten mit Auftragnehmern, sind diese für beide Seiten belastend, insbesondere im Falle einer gegenseitigen Blockade. Für DB haben die Einhaltung von Zeit- und Kostenvorgaben eine ganz besondere Bedeutung, die Anforderungen des Betriebes und des Zuwendungsrechts über ihre ganz eigenen Zwänge aus.

Beide Vertragspartner sind an einer schnellen, effektiven und kostengünstigen Streitlösung interessiert. Der grundsätzlich bewährte gerichtliche Rechtsschutz wird diesen Anforderungen nicht in allen Fällen gerecht. Es wird daher ein Bedarf für andere, ergänzende Methoden der Streitvermeidung und -entscheidung gesehen. Insbesondere ein Abschichten komplexer Fragestellungen scheint erstrebenswert.

#### Ausgangspunkt: Das englische Modell

Ausgangspunkt der Überlegungen ist das englische Modell<sup>1</sup>. Dieses Modell sieht auf gesetzlicher Grundlage nicht abdingbare Regelungen über Adjudikation-Verfahren vor.

<sup>1</sup> dargestellt z.B. in: Lembcke in MDR 2006, S. 1329; Herbst, SchiedsVZ 2003, S. 68.

Ganz grob gesprochen ist Adjudikation im englischen Recht ein Verfahren der außergerichtlichen Entscheidungsfindung. Auf Anrufung einer Partei eines Vertrages über Bauleistungen muss ein Adjudikator innerhalb von 28 Kalendertagen über die vorgetragene Streitigkeit entscheiden. Die Entscheidung des Adjudikators kann in einem gerichtlichen Verfahren für vollstreckbar erklärt werden. Bis zu einer anderweitigen gerichtlichen Entscheidung bindet die Entscheidung des Adjudikators die Vertragspartner.

Gegenstand des Verfahrens und des Schiedsspruches können alle Arten von Streitigkeiten und Ansprüchen sein, also nicht nur Zahlungsansprüche, sondern auch Feststellungen über Unwirksamkeit oder Wirksamkeit von Erklärungen etc..

## **Zu übernehmende Rahmenbedingungen:**

Das englische Modell lässt sich nicht 1:1 auf das deutsche Recht übertragen.

Bei allen Vorteilen einer schnellen Entscheidung müssen Auftraggeber wie Auftragnehmer die damit verbundenen Risiken einer oft nicht umkehrbaren Entwicklung berücksichtigen. Zu berücksichtigen ist besonders, dass in Deutschland ein weitgehend effektiver und im Vergleich zu England kostengünstiger<sup>2</sup> gerichtlicher Rechtsschutz besteht. Auch verfügt Deutschland nicht über vergleichbare Erfahrungen – und vermutlich auch nicht über Personalressourcen – betreffend unabhängige Dritte wie dem englischen professional engineer.

Zu übernehmen sind folgende Rahmenbedingungen:

1. Das Verfahren muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Anderenfalls drohen Rechtsunsicherheiten wegen AGB-rechtlichen Fragen sowie Lücken im Zusammenspiel mit Vorschriften, z.B. solchen der ZPO oder des RBerG.
2. Das Adjudikation-Verfahren muss sich widerspruchsfrei in den grundsätzlich bewährten gerichtlichen Rechtsschutz einfügen.
3. Eine materielle oder formelle Präklusion, eine Beweislastumkehr oder eine Ausforschung darf sich aus einem Adjudikation-Verfahren nicht ergeben.
4. Das Adjudikation-Verfahren muss bei aller Beschleunigung rechtliches Gehör der Parteien sicherstellen.
5. Die Durchführung eines Adjudikation-Verfahrens darf nicht nach Art der Güteverfahren nach § 15a EGZPO zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung eines gerichtlichen Verfahrens sein.
6. Die Durchführung muss auch bei fehlender Mitwirkung des Antragsgegners gesichert sein.

## **Erforderliche Anpassungen:**

1. Es muss sichergestellt sein, dass nur geeignete Personen Adjudikatoren werden. Anders als in England, gibt es historisch keine Erfahrungen mit einem unabhängigen professional engineer.
2. Eine Vollstreckung von Adjudikation-Entscheidungen muss möglich sein, aber nur gegen Sicherheitsleistung. Die Übertragung des Insolvenzrisikos darf nicht aufgrund einer summarischen Entscheidung erfolgen.
3. Es muss eine effektive Regelung über Schadensersatz der in der Adjudikation unterlegenen, vor Gericht erfolgreichen Partei geben.
4. Das Adjudikation-Verfahren darf nicht mit einem Rechtsmittelverzicht (wie z.B. beim Modell des Alliance Contracting) verbunden werden. Dies würde nur dazu führen, dass einseitig die Partei mit dem größeren Einigungsdruck benachteiligt wird.
5. Ein Adjudikator darf nur Entscheidungen treffen, die in das System des gerichtlichen Rechtsschutzes passen, also Gegenstand einer Leistungs- oder Feststellungsklage sein könnten.
6. Es muss für die Parteien möglich sein, den Adjudikator bei Befangenheit abzulehnen.
7. Offensichtliche Fehler etc. müssen einer Vollstreckbarerklärung auf jeden Fall entgegenstehen, z.B. orientiert an § 319 Abs. 1 BGB
8. Es muss eine angemessene Lösung für das „ambushing“-Problem gefunden werden (ambushing: überfallartiges Einreichen langfristig vorbereiteter Schriftsätze, so dass Umfang und Zeitpunkt der Einreichung dem Antragsgegner keine angemessene Verteidigungsmöglichkeit lassen).

<sup>2</sup> Winter stellt in IBR 2007, S. 111 dar, dass bei 1 mio £ Streitwert Anwaltskosten von bis zu 500.000 £ entstehen können.

9. Die Kosten des Verfahrens müssen sich in das deutsche System der Kostentragung und Kostenhöhe einfügen.
10. Die Einbindung Dritter muss gewährleistet sein, z.B. nach Art der Streitverkündung.

## 4. Thesen von Prof. Dr.-Ing. Ralf Schottke

### Zur Person

*Professor für Baubetriebswirtschaft und Baurecht an der Leuphana Universität Lüneburg*

*Geschäftsführender Gesellschafter des IBB – Institut für Baubetriebswirtschaft und Baurecht GmbH*

*1. Vorsitzender und Schlichter des Vereins zur Förderung der Alternativen Streitbeilegung im Bauwesen e. V.*

*Leiter der Interdisziplinären Tagung für Baubetriebswirtschaft und Baurecht*

*Mitglied im wissenschaftlichen Beirat Tiefbaubetriebswirtschaft Centrum für deutsches und internationales Baugrund- und Tiefbaurecht e. V. (CBTR)*

*Mitglied des Instituts für Baurecht Freiburg i. Br.*

*Mitglied im Arbeitsausschuss VOB/C DIN 18312 des DVA (Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss)*

*Autor zahlreicher Veröffentlichungen*

*Abwicklung eines Streitvolumens von ca. 300 Mio. € als gerichtlich bestellter Sachverständiger, Parteiengutachter, Schlichter, Schiedsgutachter und Schiedsrichter in Schiedsgerichtsverfahren*

### Thesen

#### 1. Ausgangssituation

Die von vornherein eindeutigen Fälle werden in der Praxis zu nahezu 100% direkt ohne Dritte von den Beteiligten gelöst.

Die nicht eindeutigen Problemfälle, die im Baubereich Streit verursachen, sind davon geprägt, dass

- a) komplexe technisch-baubetriebswirtschaftlich-juristische Problemstellungen vorliegen, für die es nur teilweise eindeutige Lösungsansätze gibt.
- b) die Verhandlungen aus emotionalen Gründen und fachlicher Unsicherheit der Beteiligten festgefahren sind.
- c) vorgesetzte Dienststellen sowie die Angst vor Rechnungsprüfungsämtern und Revisionsabteilungen konstruktive Lösungen verhindern.

Folgende Ausführungen gelten nur für die nicht eindeutigen Fälle. Es wird versucht, die allgemeingültige Problematik von Baustreitigkeiten zu klassifizieren und daraus abzuleiten, inwieweit durch außergerichtliche Streitbeilegung diese Problematik gemindert werden kann..

#### 2. Nichtjustiziabilität und Entnervtheit als Ursache für Vergleiche

Die nicht eindeutigen Fälle können häufig als nicht justiziabel bezeichnet werden. Unter dem Begriff nicht justiziabel ist zu verstehen, dass eine Behandlung des Falles mit allen erforderlichen technischen, baubetriebswirtschaftlichen und juristischen Facetten nicht bzw. nur mit unververtretbarem Aufwand möglich ist.

Die Konsequenz ist, dass auch vor Gericht nach dem Austausch mehrerer hundert Seiten Schriftsätze Vergleiche angestrebt werden. Das „Festbeißen“ erfolgt meistens bereits auf der juristischen Ebene. Die baubetriebswirtschaftlichen Probleme werden im Regelfall nicht mehr oder nur am Rande behandelt.

Die Vergleiche vor Gericht sind häufig gewaltsame Abbrüche, die dem alleinigen Wunsch entspringen, das Problem los zu werden. Die Beteiligten neigen entnervt dazu, dem Ende mit Schrecken den Vorrang vor dem Schrecken ohne Ende einzuräumen.

#### 3. Ermessensspielräume als systemimmanenter Inhalt von Baustreitigkeiten

Die Nichtjustiziabilität wird davon begleitet, dass die technische, die juristische und die baubetriebswirtschaftliche Bewertung Ermessensspielräume beinhaltet. Auch bei perfekter Aufbereitung und Darlegung der Ansprüche lässt sich dieses Problem aber nicht gänzlich vermeiden.



Zu dieser allgemeingültigen Problematik wird im Arbeitskreis ein überschaubares Beispiel vorgetragen.

#### 4. Problembewältigung unter Nutzung der Ermessensspielräume

In der Praxis wird die Nutzung der Ermessensspielräume mit dem System „Geben und Nehmen“ einer Lösung zugeführt. Die Nutzung der Ermessensspielräume erfolgt demzufolge nicht einseitig zugunsten einer Partei, sondern durch den gegenseitigen Ausgleich der Vor- und Nachteile. Selbstverständlich spielt bei diesem System das Verhandlungsgeschick und die Fachkenntnis der Beteiligten eine wesentliche Rolle.

#### 5. Reduktion der Ermessensspielräume als Voraussetzung für ordnungsgemäße Verhandlungen

Es gilt grundsätzlich, dass die Ermessensspielräume so weit wie möglich und mit vertretbarem Aufwand zu verringern sind. Das in der Praxis weit verbreitete übliche Nebel-Verstreuen durch unscharfe Aussagen, verbunden mit dem Versuch, aus dem Nebel heraus Kompromisse zu erreichen, die nicht sachgerecht sind, zwingt dazu, Minimalanforderungen an die Vortragsqualität der Darlegungspflichtigen zu definieren.

Dennoch verbleibt aber auch bei guter Vorbereitung und Darlegung der Ansprüche nahezu immer ein Anteil, der einer subjektiven Bewertung unterliegt. Insofern stellen sich die Notwendigkeit der substantiierten Darlegung und der verbleibende Ermessensspielraum als grundlegendes systemimmanentes Problem bei Baustreitigkeiten dar.

#### 6. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

- a) Die konträren Aspekte – präzise Darlegung der Ansprüche und dennoch verbleibende Ermessensspielräume – sind das Grundproblem komplexer technisch-juristisch-  
baubetriebswirtschaftlich geprägter Baustreitigkeiten.
- b) Aus der interdisziplinär ausgerichteten Problemeigenschaft der Baustreitigkeiten ergibt sich die objektive Notwendigkeit eines neutralen, vom Gericht unabhängigen Klärungsversuches.
- c) Die Bauprobleme werden eher noch komplexer und nicht einfacher. Auch die Weiterentwicklung der Rechtsprechung, der normativen Rechtsregelungen und baubetriebswirtschaftlicher Methoden wird das schwieriger Werden nicht nachhaltig vermeiden, sondern maximal ausgleichen.
- d) Die Praxis zeigt, dass eher die Uneinsichtigen zu einer neutralen Sicht angeregt werden müssen.
- e) Erst durch eine gesetzliche Regelung bzgl. außergerichtlicher Streitbeilegung werden die Beteiligten gezwungen, sich im Rahmen eines neutralen Gespräches eine neutrale Meinung von der Problematik zu bilden.
- f) Ohne ein Gesetz wird es nur überflüssige Diskussionen darüber geben, ob eine außergerichtliche Streitbeilegung durchzuführen ist oder nicht.
- g) Gesetzliche Regelungen, die die Beteiligten dazu veranlassen, unter Führung von fachkompetenten Moderatoren oder Schlichtern, die Vor- und Nachteile der einzelnen Positionen sowie die Ermessensspielräume zu bewerten, sind grundsätzlich zu befürworten. Diese Auffassung korrespondiert im Übrigen mit dem in der Rechtsprechung gefestigtem Ansatz, bei Bauobjekten gemäß VOB/B kooperieren zu müssen.
- h) Eine zügige außergerichtliche Streitbeilegung kann als eine qualifizierte Risikoeinschätzung bezeichnet werden, die aufwändigere Gerichtsverfahren ersetzt.