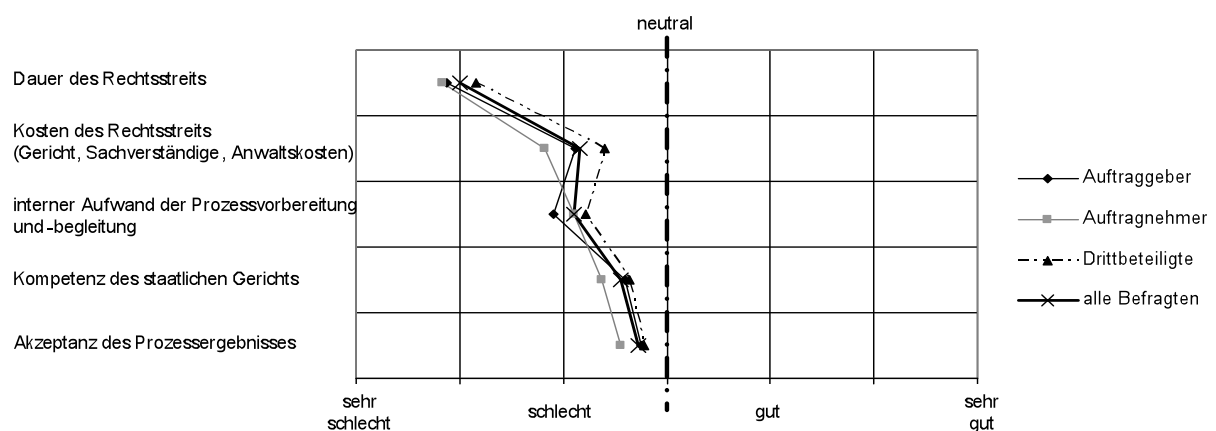


## Stellungnahme zum Arbeitspapier „Bauverfügung“ vom 22.09.2011 aus ökonomischer und rechtlicher Sicht

von  
Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator Dr.-Ing. Moritz Lembcke  
Dr.-Ing. Matthias Sundermeier

„Wir können es uns in Deutschland nicht mehr leisten, Hunderte Millionen € in jahrelangen Bauprozessen zu vernichten“. <sup>1</sup> „Die momentane konfliktbeladene Vorgehensweise beinhaltet immanente Systemfehler und ist volkswirtschaftlich kontraproduktiv“. <sup>2</sup> Der Bauprozess ist „ineffektiv und unökonomisch“. <sup>3</sup> Es ist zurecht von „unsachgemäßen Prozessergebnissen“ <sup>4</sup> die Rede. Die Verfahrensergebnisse im Bauprozess sind unkalkulierbar <sup>5</sup> und haben Lotterien-Charakter.



### Zufriedenheit der Baubeteiligten mit dem staatlichen Rechtsschutz<sup>6</sup>

Der Ausbau des staatlichen Gerichtsapparates durch eine Spezialisierung durch Baukammern, die Beteiligung von Laienrichtern<sup>7</sup> und die Beschleunigung gerichtlicher Verfahren<sup>8</sup> ist daher erstrebenswert. Der 3. Deutsche Baugerichtstag hat jedoch bereits im Jahr 2010 den Ausbau des staatlichen Rechtsschutzes für Bausachen, der von Prof. Dr. Vorwerk vorgestellt wurde, unter anderem wegen mangelnder Finanzierbarkeit durch die Länder abgelehnt.<sup>9</sup> Beschleunigung kostet nicht nur auf der Baustelle Geld. Vor diesem Hintergrund ist der Gesetzgeber bestrebt, außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren zu fördern, wie das Mediationsförderungsgesetz zeigt.<sup>10</sup> Nach der Gesetzesbegründung ist „Adjudikation“ ein wichtiges „Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“. <sup>11</sup> Adjudikation liegt auch auf der Linie der Hausherrin des BMJ: Bereits 2006 gab es eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion, wie die Bundesregierung die „Regelungen zur Adjudication des englischen Rechts“ <sup>12</sup> beurteile.

<sup>1</sup> Wagner, BauR 2004, 222 (228).

<sup>2</sup> Nußbaumer/Nübel, in: Nicklisch, S. 121 (133). Ferner Kniffka, BauR 2006 1549 (1550); Franke, in: Viering/Liebchen/Kochendörfer, S. 393 (428); Wiesel, in: Wirth, XIV. Teil, Rdn. 3.

<sup>3</sup> Kraus, in: Haft/Schlieffen, § 22 Rdn. 11.

<sup>4</sup> Schröder/Gerdes/Teubner-Oberheim, in: Kapellmann/Vygen, S. 81 (90).

<sup>5</sup> Risse/Wagner, in: Haft/Schlieffen, § 23 Rdn. 31; Hammacher, BauSV 1/2008, 48 (49); Jung/Lauenroth/Wagner, ZfIR 2008, 813 (817 f.).

<sup>6</sup> Gralla/Sundermeier, Bauingenieur 2008, 238 (242).

<sup>7</sup> Schröder/Gerdes/Teubner-Oberheim, in: Kapellmann/Vygen, S. 81 (84 ff.).

<sup>8</sup> Hierzu Vorwerk, BauR 2010, 1428 (1428 f.).

<sup>9</sup> 4. Empfehlung des AKVII/DBGT, werner-baurecht.de, Forum Baukonfliktmanagement, Materialien.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 17/5335.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 17/5335, S. 11.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 16/2115, S. 2.

Zunächst sei noch einmal verdeutlicht, dass die besondere Struktur von Bauverträgen konfliktträchtig ist (A.) und Volkswirtschaftlich das größte Wertschöpfungspotential in der Verbesserung des Rechtsschutzes, weniger in den bislang in der Arbeitsgruppe diskutierten Änderungen, zu heben ist (A.V.). Der Vorschlag einer Bauverfügung ist nicht dazu angetan, eine Beschleunigung oder Verbesserung des Rechtsschutzes herbeizuführen (C.). Dieses Ergebnis wird auch unter Berücksichtigung der ökonomischen Institutionenlehre bestätigt (B.). Dieses führt zu der Erkenntnis, dass das vom Baugerichtstag empfohlene Adjudikations-Verfahren aus ökonomischen Gesichtspunkten einer effizienten Streitbeilegung und damit dem Bedürfnis der Baubeteiligten entspricht (D.). Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine gesetzliche Adjudikation können überwunden werden (E.). Das Mediations-Verfahren muss deutlich gestärkt werden (F.). Schließlich sei ein konkreter Regelungsvorschlag unterbreitet (G.).

A. Konfliktstruktur des Bauvertrages .....	3
I. Vertragsanpassung als Ausgangspunkt der Konfliktenstehung .....	4
II. Bedarf schneller und projektbegleitender Entscheidungen .....	5
III. Erfordernis technischen Sachverständes zur Streitlegung .....	6
IV. Notwendige Bearbeitung von Einzelkonflikten .....	8
V. Beträchtliche konfliktbedingte Transaktionskosten .....	8
B. Ökonomische Anforderungen an einen verbesserten Rechtsschutz .....	10
I. Ausgleich asymmetrischer Information .....	10
II. Verhinderung von ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht .....	11
III. Absicherung spezifischer Investitionen .....	13
IV. Reduzierung von Transaktionskosten .....	14
V. Internalisierung externer Effekte .....	16
VI. Minimierung von Residualverlusten .....	17
C. Bauverfügung nicht effizient .....	18
I. Zu 5.3.1 – Eilbedürftigkeit .....	18
II. Zu 5.3.2 – mündliche Verhandlung in zwei Wochen .....	19
III. Zu 5.3.3 - Streitverkündung .....	20
IV. Zu 5.3.4 - Stärkung von § 144 Abs. 1 ZPO .....	20
V. Zu 5.3.5 – Einwendungen gegen die Auswahl des Sachverständigen .....	21
VI. Zu 5.3.6 – Fristsetzung zur Gutachtenerstellung .....	21
VII. Zu 5.3.10 – Möglichkeit des Freibeweises .....	21
VIII. Zu S. 7 Rdn. 10 – Zulassung aller Angriffs und Verteidigungsmittel .....	23
IX. Zu 5.3.12 – Hauptsacheverfahren .....	23
X. Zu 5.4.3 – keine Laienrichter .....	24
XI. Zu S. 30 Rdn. 55 – drei Berufsrichter .....	24
XII. Zu S. 27 Rdn. 47 – Anwaltsprozess .....	24
XIII. Zu S. 29 f. Rdn. 54 – Modifizierung von § 145 ZPO .....	24
D. Ökonomische Notwendigkeit für Adjudikation .....	24
I. Adjudikation .....	24
II. Effiziente Streitbeilegung durch Adjudikation gewährleistet .....	25
E. Verfassungsrechtliche Bedenken des BMJ .....	26
I. Rechtsprechungsmonopol des Staates .....	26
II. Justizgewährleistungsanspruch .....	27
1. Verhältnis von Art. 19 Abs. 4 GG und dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch .....	27
2. Erschwerung des Zugangs zur Gerichtsbarkeit .....	27
3. Effektivität des Rechtsschutzes .....	28
a) Vollendete Tatsachen durch Adjudikation .....	28
aa) Verlust von Primäransprüchen .....	28
bb) Verlust von Sekundäransprüchen wegen mangelndem Verschulden .....	28
(1) Beispiel Bauzeitverlängerung .....	29
(2) Schutz durch § 160 Abs. 2 BGB? .....	30
b) Vereitelung eines materiell-rechtlichen Anspruches .....	31
c) Anwendung des Justizgewährleistungsanspruches auf materielles Prozessrecht .....	32
III. Materielles Interimsrecht zur Verbesserung der Effektivität des Rechtsschutzes .....	33
IV. Papier des BMJ vom 19.05.2011 .....	34
1. Einwand der vollumfänglichen Überprüfbarkeit .....	34

2. Baustelle muss ruhen damit keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden .....	34
3. Primärleistungspflicht muss gerichtlich geltend gemacht werden können.....	35
V. Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum .....	36
F. Mediation.....	36
I. Mediation und Adjudikation (MedAdj) .....	37
1. Schwierigkeiten der Mediation in Bausachen .....	38
2. Positive Auswirkungen der Adjudikation auf die Mediation .....	39
II. Schlichtung hat keine eigenständige Bedeutung .....	39
III. Clearing-Instanz.....	40
G. Regelungsvorschlag für ein gesetzliches Adjudikations-Verfahren.....	40
§ 1 - Verfahren .....	40
1. Anwendungsbereich.....	40
2. Streitanzeige .....	41
3. Antragschrift und Erwiderung .....	41
4. Entscheidung .....	42
5. Verfahrensgarantien.....	44
6. Bindungswirkung .....	44
7. Anerkenntnis .....	45
8. Verfahrensende.....	45
9. Kosten .....	45
10. Gerichtliche Durchsetzung.....	46
§ 2 - Mehrparteienverfahren .....	46
§ 3 - Schiedsgutachter .....	46
1. Personen.....	46
2. Anforderungen an den Schiedsgutachter.....	46
3. Ablehnungsverfahren .....	47
4. Ersatzbenennung und –bestellung.....	47
§ 4 - Mediations-Verfahren .....	48
§ 5 - Hauptsacheverfahren .....	48

## A. Konfliktstruktur des Bauvertrages

Die Auftraggeberseite strebt Kostenminimierung, die Auftragnehmerseite Gewinnmaximierung an.<sup>13</sup> Der Gerichtsprozess wird durch ausgereifte Claim-Management Strukturen vorbereitet.<sup>14</sup> Auf jeder Seite werden Ansprüche aufgetürmt, so dass Mängel versus Nachträge schnell zu einer unentwirrbaren Gemengelage – einem „Claimgebirge“<sup>15</sup> – führen, deren Justiziabilität kaum möglich ist.<sup>16</sup> Der staatliche Bauprozess wird Baustreitigkeiten nicht gerecht, ist mit dem Justizgewährleistungsanspruch unvereinbar und damit als verfassungswidrig einzustufen.<sup>17</sup>

Dieser Umstand wird maßgeblich durch eine fragwürdige Vergabepaxis beflügelt, innerhalb derer die Auftragnehmerseite anfänglich unaukkömmliche Angebote abgibt, um den

<sup>13</sup> Hierzu v. Damm in seinem Plenarvortrag auf dem Braunschweiger Baubetriebsseminar 2007 des *Institutes für Bauwirtschaft und Baubetrieb* (IBB) der Technischen Universität Braunschweig, vgl. *Lembcke*, BauR 2007, 939 (939); v. Damm, in: IBB, S. 1 (5 f.). Ferner *Englert*, in: Festschr. Kapellmann, S. 97 (98).

<sup>14</sup> *Stubbe*, BB 2001, 685 (687); *Stubbe*, SchiedsVZ 2006, 150 (151); *Hobeck/Mahnken/Koebke*, SchiedsVZ 2007, 225 (226).

<sup>15</sup> *Stubbe*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow, S. 75 (75). „Sammelclaim“, vgl. *Risse*, in: Nicklisch, S. 169 (171).

<sup>16</sup> *Greger/Stubbe*, Schiedsgutachten, Rdn. 235.

<sup>17</sup> *Lembcke*, ZRP 2010, 260 (261 f.).

Zuschlag zu erhalten,<sup>18</sup> so dass über Nachträge das Geschäftsergebnis gerettet werden muss.<sup>19</sup> Die Durchsetzung einer berechtigten Forderung kostet den Auftragnehmer 50% des Streitwertes an nicht tenorierbaren Konfliktkosten bei vollständigem Obsiegen.<sup>20</sup> Selbst berechnete Ansprüche werden daher wegen der schwierigen Durchsetzbarkeit vom Auftraggeber zurückgewiesen.

Betrachtet man die Struktur von Baukonflikten, so wird schnell klar, warum die Unterschrift unter einen Bauvertrag in der Literatur bisweilen als „Kriegserklärung“<sup>21</sup> gewertet wird und warum ADR-Verfahren im Vergleich zu Bauprozessen erhebliche Effizienzpotenziale bieten.<sup>22</sup>

## I. Vertragsanpassung als Ausgangspunkt der Konfliktentstehung

Das Konfliktpotenzial von Bauverträgen resultiert aus der Tatsache, dass eine vollkommene Beschreibung des geforderten Leistungsinhalts und sämtlicher ausführungsrelevanten Baumstände zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kaum jemals möglich ist. Mit zunehmender technischer und organisatorischer Komplexität steigen zwangsläufig die Schnittstellenrisiken einer eindeutigen und erschöpfenden Bausolldefinition. Zudem ist die Erkundbarkeit des Baugrundes oder vorhandener Bausubstanz technisch limitiert. Daneben verhindern nicht selten auch wirtschaftliche Zwänge eine vollständige Beschreibung – so stehen die Nutzungsanforderungen an Gewerbeimmobilien oftmals erst im Zuge der Bauausführung fest, wenn die Objekte voll vermarktet sind.<sup>23</sup>

Nicht zu vergessen ist schließlich, dass Auftraggeber und Auftragnehmer im Vertrag bereits wegen der ausgeprägten Kundenspezifität von Bauleistungen faktisch als Co-Produzenten zusammenwirken müssen, deren individuelle Leistungsbeiträge eng miteinander verwoben sind. Die notwendige Kooperation der Parteien entzieht sich in ihrer Komplexität oft ebenso einer detailvertraglichen Regelung, wie sie eine hohe Störungssensitivität der Bauleistungserstellung mit sich bringt.

Selbst wenn die Parteien alle denkbaren Leistungsinhalte und Baumstände ins Kalkül ziehen und einen ‚perfekten‘ Vertrag formulieren wollten, würde dies wohl am erforderlichen Zeit- bzw. Ressourcenbedarf und dem damit verbundenen Kostenaufwand scheitern. Das hierbei entstehende Vertragswerk wäre wohl ohnehin für die Beteiligten in seinem Umfang und seiner Komplexität kaum noch handhabbar. Im ökonomischen Sinne sind Bauverträge

---

<sup>18</sup> Kniffka, BauR 2006, 1549 (1550).

<sup>19</sup> So werden etwa Pauschalpreise vereinbart, obwohl der Umfang der Aufwendungen unüberschaubar ist, vgl. Kniffka, BauR 2006 1549 (1551).

<sup>20</sup> Für eine typische Punktesache eines Globalpauschalvertrags, vgl. Sundermeier, Gestaltungsvorschläge, Kap. VII. 3.

<sup>21</sup> Schröder, BTR 2007, 94 (94).

<sup>22</sup> Grundlegend Lembcke/Sundermeier, ZfIR 2009, 888 (888 ff.).

<sup>23</sup> Gralla/Sundermeier, in: Jahrbuch Baurecht 2008, S. 87 (102 ff.); Sundermeier, Deutsches Ingenieurblatt 11/2004, 53 (54 f.).

deshalb als sog. „unvollständige Verträge“ mit Rahmencharakter zu begreifen, die über den Zeitverlauf ihrer Abwicklung wiederholt an veränderliche Projektgegebenheiten angepasst bzw. konkretisiert werden müssen.

Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass solche Vertragsanpassungen den Parteien häufig Spielräume für eine Umverteilung des Transaktionsnutzens durch sog. „opportunistisches Verhalten“ zulasten des jeweiligen Vertragspartners eröffnen. Begünstigt wird dieses Phänomen in hohem Maße durch Auslegungsspielräume der (unvollkommenen) hauptvertraglichen Vereinbarungen, die eine Verifizierung strittiger Ansprüche für die darlegungspflichtige Partei nachhaltig erschweren. Vorleistungspflichten oder Termindruck sorgen zudem besonders bei Bauverträgen für eine enge ökonomische Bindung der Parteien aneinander (*Lock-in-Effekt*). Je nach situativer Verhandlungsmacht haben die Parteien deshalb selbst bei anpassungsbedingten Ergebniseinbußen kaum eine Alternative zur Vertragserfüllung.<sup>24</sup>

## II. Bedarf schneller und projektbegleitender Entscheidungen

Die wirtschaftlichen Risiken von Vertragskonflikten verstärken sich vor diesem Hintergrund umso mehr, je länger eine Streitentscheidung auf sich warten lässt. Der ausführende Unternehmer muss strittige Zusatzleistungen vorfinanzieren, bis hierfür letztlich eine Nachtragsvereinbarung getroffen ist. Nach Fertigstellung der Leistung hat der Auftragnehmer bei den Vergütungsverhandlungen naturgemäß schlechte Karten – erhält er nicht den geforderten Preis, so kann er die strittigen Leistungsteile kaum zurückbauen und anderweitig vermarkten. Will er sich nicht mit einem ggf. erheblichen Preisabschlag begnügen, so ist er letztlich auf den Klageweg zurückgeworfen. Besonders kleine und mittelständische Unternehmen scheuen jedoch die damit verbundenen Risiken; sie sind zugunsten eines schnellen Zahlungsflusses meist zum Forderungsverzicht bereit. Hier zählt das Motto: Lieber den Spatz in der Hand als die Taube auf dem Dach.<sup>25</sup>

Auch im Hinblick auf das Projektcontrolling tut eine zeitnahe Lösung von Vertragsstreitigkeiten Not: Werden z.B. Nachtragsansprüche erst nach Baufertigstellung im Gerichtsweg geklärt, hat der Auftraggeber meist keinerlei Möglichkeiten mehr, unerwartete Budget- oder Terminüberschreitungen durch Umplanungsmaßnahmen aufzufangen. Gleiches gilt für den Unternehmer, wenn sich etwa ein vermeintlicher Anspruch auf Ausführungsfristverlängerung wegen Bauablaufstörungen als unberechtigt herausstellt – je früher die Entscheidung vorliegt, desto chancenreicher ist die Verhinderung von Fristüberschreitungen und damit einhergehender Kompensationsansprüche.<sup>26</sup> Eine schnelle,

<sup>24</sup> Vgl. zu diesen ökonomischen Charakteristika und Problemstellungen des Bauvertrags im Einzelnen Sundermeier, Gestaltungsvorschläge einer „Neuen Vertragsordnung“ für Bauleistungen, Kap. III.2 bis III.4.

<sup>25</sup> Sundermeier/Meinen, BrBp 2005, 235 (241).

<sup>26</sup> Risse, in: Nicklisch, S. 169 (171).

baubegleitende Konfliktlösung trägt insofern dazu bei, volkswirtschaftlichen Unwert durch unproduktive Kosten oder Schädigungen Drittbeteiligter weitgehend zu minimieren.

Mit zunehmender Dauer der Streitentscheidung wachsen schließlich auch die Risiken der Beweisführung. Komplexe Sachverhalte geraten auch bei sorgfältiger Dokumentation aus einer hinreichend präzisen Erinnerung der Akteure, und nicht selten scheitert eine Tatsachenaufklärung schon daran, dass die beteiligten Personen längst nicht mehr für die Parteien tätig sind.<sup>27</sup> So kann es sein, dass sich zwischen Vertragsschluss und Projekterstellung der Stand der Technik (*State of the Art*)<sup>28</sup> oder die Rechtsprechung<sup>29</sup> grundlegend verändern. Mängel werden verbaut.<sup>30</sup> Zudem fällt es den beweisbelasteten Parteien schwer, die nichtjuristischen Projektverantwortlichen verfügbar zu halten.<sup>31</sup> Zeugen erinnern sich nicht mehr an die Vorgänge. Die materielle Richtigkeit der Streitentscheidung wird deshalb über den Zeitverlauf mehr und mehr gefährdet.<sup>32</sup>

Die Projektabwicklung steht weiter unter erheblichem Zeitdruck,<sup>33</sup> jede Störung bringt die Gefahr von Verzögerungen mit sich, die regelmäßig auf verschiedene Vertragsverhältnisse ausstrahlen, so dass auch aus diesem Grund die Ausschreibung teilweise schon vor dem Vorliegen einer Baugenehmigung und eines Nutzungskonzepts beginnt.<sup>34</sup> Im schlimmsten Fall droht sogar ein Baustillstand.<sup>35</sup> Der monetäre Schaden einer verzögerten Fertigstellung kann die Entstehungskosten locker übersteigen,<sup>36</sup> etwa die verspätete Übergabe eines Flughafens oder eines Einkaufszentrums ist ruinös.<sup>37</sup> Soweit Mängel nicht zeitnah behoben werden, können erhebliche Mangelfolgeschäden entstehen, die die Baukosten weiter in die Höhe treiben.

### III. Erfordernis technischen Sachverständes zur Streitlösung

Nüchtern betrachtet, stehen bei Baustreitigkeiten nicht juristische Fragestellungen im Vordergrund, sondern technische und baubetriebliche Probleme.<sup>38</sup> In der Beurteilung der Praxis dominieren Streitigkeiten aus Nachträgen und Bauablaufstörungen, gefolgt von Konflikten um Sachmängel. Die juristischen Fragen betreffen wiederum vornehmlich

<sup>27</sup> Hobeck/Mahnken/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (227).

<sup>28</sup> Horvath, in: Nicklisch, S. 135 (145 f.); Wagner, BauR 2004, 221 (226).

<sup>29</sup> Wagner, BauR 2004, 221 (226).

<sup>30</sup> „Einbetoniert“, vgl. Risse, in: Nicklisch, S. 169 (172).

<sup>31</sup> Hobeck/Mahnken/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (227).

<sup>32</sup> Schwab/Gottwald, Verfassung und Zivilprozess, S. 57; Gerking, in: Schmidtchen/Weth, Funktionsfähigkeit der Justiz S. 35 (42).

<sup>33</sup> Vgl. Risse, in: Nicklisch, S. 169 (171); v. Gehlen, NJW 2003, 2961 (2962 f.); Westpfahl/Busse, SchiedsVZ 2006, 21 (21).

<sup>34</sup> Acker, in: Partnering und PPP, S. 135 (137).

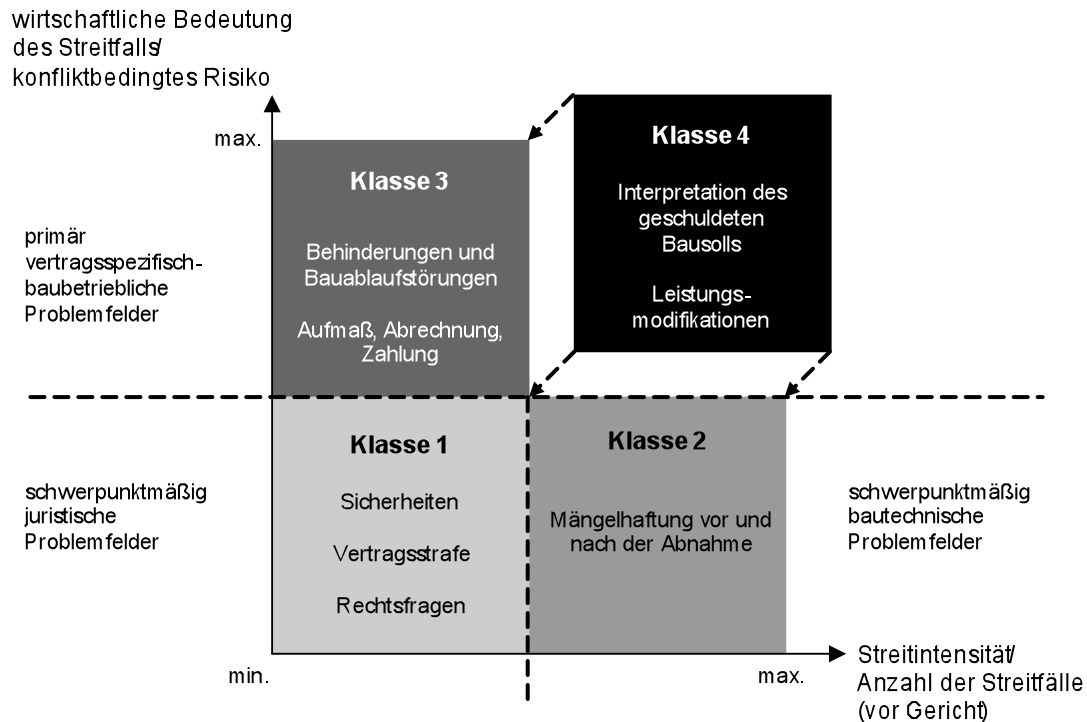
<sup>35</sup> A.A. Duve, BauR 2008, 1531 (1533): „Viele Meinungsverschiedenheiten der Vertragspartner haben auf den weiteren Bauablauf keinen Einfluss“.

<sup>36</sup> Risse, in: Nicklisch, S. 169 (171).

<sup>37</sup> Wagner, BauR 2004, 221 (227).

<sup>38</sup> Vygen, in: Festschr. Werner, S. 1 (17); Vygen, in: Vygen/Schubert/Lang, I, Rdn. 395; Hobeck/Mahnken/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (226); Gralla/Sundermeier, Bauingenieur 2008, 393 (399); Wiesel, in: Wirth, XIV. Teil, Rdn. 5; Hammacher, BauSV 1/2008, 48 (51). Aus empirischer Sicht, Rothhaupt, Außergerichtliche Streitbeilegung, S. 169, wonach nur 23% der Befragten angaben, es handele sich um rein rechtliche Fragestellungen.

Auslegungsfragen. Über 90 % aller Streitfälle am Bau werden deshalb wenigstens mittelbar durch Feststellungen von Bausachverständigen entschieden,<sup>39</sup> deren Beziehung aus der Sachlage des Streitfalls heraus meist ohne Alternative ist.<sup>40</sup> Die Qualität der Urteilsfindung in Bausachen hängt deshalb entscheidend von einer adäquaten Sachverständigeneinbindung ab.



#### Risikoklassen von Baustreitigkeiten<sup>41</sup>

Hier liegt bei den Gerichten einiges im Argen. So fehlt es Richtern nicht selten an baufachlicher Expertise, um die entscheidungsrelevanten Beweisfragen korrekt zu erfassen und zu formulieren.<sup>42</sup> Auch bei der Anleitung des bestellten Sachverständigen zeigen sich in der zivilgerichtlichen Praxis z.T. erhebliche Defizite.<sup>43</sup> Hinzu kommt, dass die Vergütungsstruktur des JVEG weder eine zügige noch qualitativ hochwertige Gutachtenerstellung zu fördern vermag. Es darf insoweit nicht verwundern, dass die Kompetenz staatlicher Zivilgerichte in Bausachen in der Praxis fast durchgängig als

<sup>39</sup> Hierzu mit empirischen Studien *Diederichs*, NZBau 2004, 490 (491), und *Breunung*, in: *Pieper/Breunung/Stahlmann*, Sachverständige im Zivilprozess, S. 127 (258 ff.).

<sup>40</sup> *Jankowski*, NZBau 2006, 96 (96); *Duve*, Streitregulierungsverfahren, 85; *Rudolph*, in: Festschr. Locher, S. 215 (215).

<sup>41</sup> *Sundermeier*, Gestaltungsvorschläge, Kap. II.1.2.3.

<sup>42</sup> *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, Rdn. 2665 ff.; *Bayerlein*, BauR 1989, 397 (399).

<sup>43</sup> *Leupertz*, in: Festschr. Motzke, S. 201 (208); *Leupertz/Hettler*, Der Bausachverständige vor Gericht, Rdn. 17; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, Rdn. 2664.

verbesserungsbedürftig bewertet wird.<sup>44</sup> Hier liegen also noch umfassende Optimierungspotenziale brach.

#### IV. Notwendige Bearbeitung von Einzelkonflikten

Die Realisierung von Bauprojekten vollzieht sich aufgrund der ausgeprägten Arbeitsteiligkeit des Planungs- und Produktionsprozesses und wegen der vielfältig miteinander verwobenen Leistungsbeiträge der Beteiligten faktisch in *netzwerkartigen* Vertragsverhältnissen mit „*vielschichtigen Risikozuweisungen*“<sup>45</sup>. Die Ursachen bzw. Einflussfaktoren von Vertragskonflikten sind deshalb oftmals multikausaler Natur.<sup>46</sup> Baustreitigkeiten sind damit schon für sich genommen einigermaßen komplex. Erschwerend kommt hinzu, dass die Vertragswerke – insbesondere auch die Klauseln der VOB/B – de facto kaum brauchbare Regularien für den zeitlichen Ablauf von Vertragsanpassungen enthalten.<sup>47</sup>

Das Resultat ist regelmäßig eine Vielzahl ungelöster Meinungsverschiedenheiten, deren Klärung von den Parteien bewusst oder unbewusst auf die „lange Bank“ geschoben wurde. Gelingt bis zur Schlussrechnung keine Einigung, so werden ggf. als „Verhandlungsmasse“ weitere Forderungen geltend gemacht oder es werden zuvor bereits nahezu geklärte Ansprüche später bestritten.<sup>48</sup> In der Befürchtung eines wirtschaftlich unbefriedigenden Projektergebnisses lassen die Parteien dann häufig ihre Zurückhaltung fahren, die sie zuvor noch vom „*unfreundlichen Akt*“<sup>49</sup> der Einleitung eines Gerichtsverfahrens abgehalten hat. Auch die Angst, von der Gegenpartei auf eine „*Schwarze Liste*“<sup>50</sup> unliebsamer Geschäftspartner gesetzt zu werden, verhindert hier kaum noch eine Eskalation des Konflikts. Gerichtsstreitigkeiten in Bausachen vereinen vor diesem Hintergrund zumeist eine Vielzahl verschiedenster Einzelstreitpunkte, die von den Parteien zum Gegenstand des Prozesses gemacht werden. Nicht selten erweisen sich diese „Punktesachen“ als nahezu injustiziabel.<sup>51</sup> Für alle Beteiligten wird oft schon das physische Bewegen der Schriftsätze zur Tortur. Baustreitigkeiten müssten daher möglichst in einer separaten Betrachtung von Einzelkonflikten bewältigt werden.

#### V. Beträchtliche konfliktbedingte Transaktionskosten

Dort, wo die Parteien nicht zu einer konsensualen Anpassung des Bauvertrags an geänderte Projektbedingungen bzw. zu einer einvernehmlichen Konkretisierung von Rechten und Pflichten finden, kommt es immer wieder zu gerichtlichen Auseinandersetzungen über die

<sup>44</sup> Gralla/Sundermeier, BauR 2007, 1961 (1965).

<sup>45</sup> Böhm, in: Böckstiegl/Berger/Bredow, S. 87 (88).

<sup>46</sup> Risse, in: Nicklisch, S. 169 (170); a.A. Duve, BauR 2008, 1531 (1533), der meint, dass „*die Häufung von Streitgegenständen meist auf eine einzige Ursache zurückzuführen*“ sei.

<sup>47</sup> Gralla/Sundermeier, in: Jahrbuch Baurecht 2008, S. 87 (122); Wirth, in: Jahrbuch Baurecht 2002, S. 87 (97)

<sup>48</sup> Sehr anschaulich, Stubbe, BB 2001, 685 (687); Stubbe, SchiedsVZ 2006, 150 (151). Ferner Hobeck/Mahnken/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (226).

<sup>49</sup> Hobeck/Mahnken/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (226).

<sup>50</sup> Horvath, in: Nicklisch, S. 135 (149). Ferner Kniffka, BauR 2006, 1549 (1550 f.).

<sup>51</sup> Greger/Stubbe, Schiedsgutachten, Rdn. 235.

strittigen Ansprüche. Auf den ersten Blick mögen diese für den Auftraggeber strukturell vorteilhaft erscheinen. Der Auftragnehmer ist vorleistungspflichtig und muss vor Abnahme die Mangelfreiheit oder etwaige Vergütungsansprüche für Nachträge beweisen, um seinen Werklohn zu erhalten. Der Auftraggeber wiederum kann sich auf ein substantiiertes Bestreiten des gegnerischen Vortrags beschränken und profitiert bis zur endgültigen Anspruchsklärung vom sog. „Justizkredit“.

Dabei wird aber verkannt, dass die Kosten der Anspruchsdurchsetzung auf dem Prozessweg Transaktionskosten sind, die der Auftragnehmer auf Dauer als Risikozuschlag in seine Angebots- bzw. Vertragspreise einfließen lassen wird. Insoweit ist der scheinbare strukturelle Vorteil eines langwierigen Bauprozesses für den Auftraggeber tatsächlich teuer erkauft. Die Vereinbarung eines ADR-Verfahrens eröffnet die Möglichkeit, diese Transaktionskosten zum Wohle aller Beteiligten nachhaltig zu reduzieren. Fallstudien zeigen, dass mit der Implementierung eines ADR-Verfahrens zwischen 50 und 70 % Einsparungen von Prozessgebühren möglich sind<sup>52</sup> - allein dies führt bei einer flächendeckenden Anwendung von Adjudikations-Klauseln zu einem volkswirtschaftlichen Einsparvolumen von € 24,0 Mrd. pro Jahr.<sup>53</sup> Weitere Effizienzpotenziale liegen im weitgehenden Verzicht auf Sachverständigengutachten, in einer reduzierten Bindung produktiver Ressourcen für die Streitführung und schließlich im Bereich der konfliktbedingten Folgekosten wie z.B. bei der Vorfinanzierung strittiger Ansprüche. So ist es etwa dem *Motorola-Konzern* durch ein systematisches Konfliktmanagement gelungen, seine Streitaustragungskosten um 75% zu senken.<sup>54</sup>

Auch *Siemens* hat als großer Auftraggeber im Anlagenbau inzwischen die Effizienzvorteile eines systematischen Konfliktmanagements realisiert, obwohl zum Stichtag 1. Juli 2007 ca. 150 (Schieds-) Gerichtsverfahren mit einem Passivprozessvolumen von rund € 4,0 Mrd. anhängig waren.<sup>55</sup> Bei näherem Hinsehen zeigt sich dieser „Justizkredit“ als teuer erkauft, werden die hierdurch erweiterten Vorfinanzierungsrisiken – wie auch die sonstigen Transaktionskosten der Streitführung – auf lange Sicht doch zwangsläufig von den Auftragnehmern auf die Vertragspreise umgelegt. Nur folgerichtig sieht die hausinterne Streitbeilegungs-*Policy* des *Siemens-Konzerns* trotz des hohen Passivprozessvolumens vor, dass Schieds- und Gerichtsverfahren nur noch als *ultima ratio* betrieben werden dürfen und vorrangig ADR-Verfahren zum Zuge kommen müssen.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> *Diederichs*, *Baumarkt + Bauwirtschaft* 5/2007, 61 (63); *Gralla/Sundermeier*, *Bauingenieur* 2008, 393 (401).

<sup>53</sup> *Diederichs*, in: *Festschr. Franke* (2009), S. 19 ff.

<sup>54</sup> *Gottwald*, *WM* 1998, 1257 (1261); *Risse/Wagner*, in: *Haft/Schlieffen*, § 23 Rdn. 112.

<sup>55</sup> *Hobeck/Mahnken/Koebke*, *SchiedsVZ* 2007, 225 (226).

<sup>56</sup> *Hobeck/Mahnken/Koebke*, *SchiedsVZ* 2007, 225 (230). Aus Anwaltssicht, vgl. *Hovard*, *SchiedsVZ* 2005, 292 (299); *Wiesel*, in: *Wirth*, XIV. Teil, Rdn. 5.

## **B. Ökonomische Anforderungen an einen verbesserten Rechtsschutz**

Die Realisierung von Bauprojekten und damit die Durchführung von Bauverträgen erfolgt im Regelfall aus wirtschaftlichen Motiven. Zumindest aber steht sie immer dort unter dem Einfluss wirtschaftlicher Zwänge, wo die Parteien nicht über unbegrenzte Mittel verfügen. Bauleistungstransaktionen können deshalb nur dann erfolgen, wenn sie als wirtschaftlich sinnvoll eingestuft werden, d.h. für die handelnden Akteure wirtschaftlich von Nutzen und mithin effizient sind.

Neben grundlegenden Rechtsprinzipien wie ‚Gerechtigkeit‘, ‚Fairness‘ etc. muss ein sach- und interessengerechter Rechtsschutz der Parteien bei der Durchführung von Bauverträgen vor diesem Hintergrund stets die – unweigerlich existierenden – ökonomischen Belange der Beteiligten berücksichtigen und sicherstellen, dass die ökonomischen Nutzenerwartungen der Parteien als Motiv des ursprünglichen Vertragsschlusses nicht durch vertragswidriges, opportunistisches Verhalten der Parteien unterminiert werden.

Ein Vorschlag zur Verbesserung des Rechtsschutzes muss sich deshalb ökonomischen Anforderungen stellen. Aus Sicht der ökonomischen Institutionenlehre gelten für die Effizienzbeurteilung des Rechtsschutzes insoweit folgende Kriterien:

### **I. Ausgleich asymmetrischer Information**

Eine wesentliche Ursache für die Entstehung von Akteurrisiken in vertraglichen Transaktionsbeziehungen liegt im Phänomen der asymmetrischen Information. Dies betrifft zunächst asymmetrische Informationsstände vor Vertragsschluss und die daraus resultierende Gefahr der Negativauslese (Adverse Selection).<sup>57</sup> Schätzt eine Partei die Leistungsfähigkeit bzw. Leistungswilligkeit der anderen Vertragspartei bei Vertragsschluss falsch ein, so drohen ihr über den Verlauf der Bauleistungserstellung erhebliche Nutzeneinbußen – aufseiten des Auftraggebers z.B. durch mangelhaft oder verspätet erbrachte Leistungen, aufseiten des Auftragnehmers insbesondere durch unzureichende Vor- und Mitwirkungsleistungen (z.B. Planungsvorgaben), Zahlungsverzögerungen oder Zahlungsausfälle.

Ähnlich ist das Ergebnis, wenn eine Partei ihre individuellen, für den Vertragspartner nicht beobacht- bzw. nicht beurteilbaren diskretionären Handlungs- und Informationsspielräume opportunistisch ausnutzt, um ihr wirtschaftliches Vertragsergebnis durch verborgene Informationen (Hidden Information) oder verborgenes Handeln (Hidden Action) zulasten der Gegenseite zu maximieren. Typische Beispiele hierfür sind etwa das – bewusste –

---

<sup>57</sup> Vgl. zu diesen Einzelrisiken *Sundermeier*, Gestaltungsvorschläge, Kap. III.3.3

Herbeiführen versteckter Mängel durch vertragswidrige Bauausführung oder die Berechnung überhöhter Preise für Nachträge.

Kritisch ist in diesem Kontext nicht allein asymmetrische Information zwischen den Vertragsseiten. Probleme ergeben sich insbesondere auch dann, wenn vertragswidriges Verhalten gegenüber Dritten wie z.B. Gerichten oder Schiedsgerichten nicht (hinreichend) verifizierbar und in dieser Konsequenz nicht sanktionierbar ist.

Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass die Prognostizierbarkeit des wirtschaftlichen Ergebnisses von Bauleistungstransaktionen durch den Eintritt dieser informationsbedingten Risiken ggf. nachhaltig gestört wird. Die logische Folge ist, dass auch ökonomisch ineffiziente Transaktionen durchgeführt werden, weil der weniger informierte Akteur durch eine zu teuer bezahlte minderwertige Leistung bzw. das Ausbleiben der Vertragserfüllung einen Nutzenverlust erleidet. Asymmetrische Information vor Vertragsschluss (ex ante) und solche nach Vertragsschluss (ex post) sind in diesem Zusammenhang gleichermaßen von Bedeutung als effizienzkritischer Faktor.<sup>58</sup> Daraus folgt unmittelbar:

Ein leistungsfähiger Rechtsschutz der Bauvertragsparteien durch Drittentscheidungen kann nur dann gewährleistet werden, wenn das Informationsgefälle zwischen den Bauprojektbeteiligten und dem entscheidungsbefugten Dritten (z.B. Gericht) weitestgehend reduziert wird. Dies setzt voraus, dass auftretende Konflikte möglichst kurzfristig nach ihrem Entstehen und unter intensiver Einbeziehung des zur Beurteilung erforderlichen baufachlichen Sachverständes gelöst bzw. entschieden werden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere über die Amtsermittlungsbefugnissen der Drittentscheider zwingend.

## **II. Verhinderung von ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht**

Markt- bzw. Verhandlungsmacht versetzt Wirtschaftsakteure in die Lage, Preise für Leistungen zu ihren Gunsten gleichsam ‚künstlich‘ zu verteuern bzw. Vertragskonditionen zum Nachteil ihrer Transaktionspartner durchzusetzen. Akteure mit geringerer Verhandlungsmacht sind deshalb gezwungen, Vertragsbedingungen bzw. Preise zu akzeptieren, die nicht ihren tatsächlichen wirtschaftlichen Präferenzen entsprechen. Die in dieser Weise abhängigen Parteien erleiden dadurch folglich Nutzenverluste, während die Akteure mit höherer Verhandlungsmacht einen entsprechenden Ergebniszuwachs erzielen. Transaktionen werden damit ökonomisch ineffizient.

Die klassische Ökonomie begegnet diesem Problem zunächst durch die Theorie des Ausgleichs von Angebot und Nachfrage im Marktwettbewerb. Notfalls werden staatliche

<sup>58</sup> Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 97

Regulative akzeptiert, um marktstrukturelle Dysbalancen (Kartelle, Monopole, Oligopole) zu nivellieren. Das Ergebnis ist letztlich ein wettbewerbliches Gleichgewicht, das auf der Ebene des Einzelvertrags das synallagmatische Äquivalent von Leistung und Gegenleistung beschreibt.

Eine wesentliche Aufgabe von Bauverträgen und ihrem Schutz durch das Rechtssystem ist es deshalb, Verschiebungen der Verhandlungsmacht zugunsten einer Vertragspartei ex post – also nach Vertragsschluss – zu unterbinden, um das synallagmatische Gleichgewicht von Bauverträgen zu bewahren. Ergeben sich nämlich Verhandlungsmachtverschiebungen, so kann dies die gestärkte Partei nutzen, um ihren wirtschaftlichen Vertragsnutzen durch opportunistisch motivierte Nachverhandlungen (Hold-Up) zu steigern, während die geschwächte Partei zwangsläufig eine Verschlechterung ihrer ursprünglichen Vertragskonditionen hinnehmen muss.

Das Problem der Verhandlungsmachtverschiebung steht insofern in enger Beziehung zum Risiko asymmetrischer Information zwischen den Vertragsparteien und Dritten. Eine Verstärkung erfährt es, wenn die Parteien zur Durchführung des Bauvertrags sog. vertragsspezifische Investitionen tätigen, die sich erst mit der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung amortisieren und für eine Drittverwendung weitgehend wertlos sind. Es leuchtet in diesem Kontext unmittelbar ein, dass sich mit steigendem wirtschaftlichem Bindungsgrad einer Partei (Lock-In-Effekt) durch solche Investitionen ihre Verhandlungsposition im Vertragsverhältnis verschlechtert. Für den Bauvertrag ist dieses Problem nicht zuletzt wegen der ausgeprägten Kundenspezifität und dem damit einhergehenden Unikatcharakter der Leistungen virulent. Einmal erbrachte (Vor-)Leistungen können deshalb bei Streit über die Vergütung als kaum aus dem Bauwerk entfernt und über den Markt an Dritte weiterveräußert werden. Ohnehin wäre dies in aller Regel nur unter hohen Kosten und oft kaum zerstörungsfrei möglich. Umgekehrt kann ein Auftraggeber bei Bauverzögerungen oder anderen Leistungsstörungen i.Allg. nicht ohne beträchtliche Zeiteinbußen und hohe Zusatzkosten den ausführenden Unternehmer wechseln. Die Sanktionierung von Vertragsbrüchen bzw. nicht ordnungsgemäßer Vertragserfüllung durch den Markt (d.h. Wechsel des Vertragspartners) ist deshalb bei Bauverträgen kaum möglich.

Das Problem dieser Bindung zeigt sich besonders, wenn es an adäquaten bzw. effizienten Überwachungs- und Durchsetzungssystemen des Vertrags mangelt. Selbst, wenn die Durchsetzung strittiger Ansprüche im Gerichts- oder Schiedsgerichtsweg prinzipiell möglich ist, wird das Rechtsschutzziel verfehlt, sobald ein möglicher Prozesserfolg z.B. durch eine überlange Verfahrensdauer wirtschaftlich abgewertet wird. Der Anspruchsgegner würde hier

buchstäblich dazu verleitet, das Verfahren opportunistisch zu verzögern (Hold-Out), um die Gegenpartei in einen für sie wirtschaftlich ungünstigen Vergleich zu zwingen. Andere Einflussfaktoren liegen in hohen Transaktionskosten für die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche mit Hilfe von Dritten wie z.B. Gerichten oder Schiedsgerichten. Stehen diese in keinem angemessenen Verhältnis zur strittigen Anspruchshöhe, wirken sie zwangsläufig als Rechtsschutzhemmnis und stärken die Verhandlungsmacht des Anspruchsgegers.

Ist der Ausgang eines Klageverfahrens bei Gerichten oder Schiedsgerichten zudem wegen der juristischen oder technischen Komplexität des Streitstoffs nur unzureichend prognostizierbar, läuft die Vertragskontrolle durch Dritte ebenfalls ins Leere. In Abhängigkeit von der Einschätzung des Prozessrisikos wird die betroffene Partei deshalb ggf. auf eine Klageerhebung verzichten, obschon ihr Anspruch grundsätzlich berechtigt ist. Dieses Resultat wird gilt z.B. auch dann zu beobachten sein, wenn (Schieds-)Richter baufachlich nicht hinreichend geschult sind, um die technisch und baubetrieblich nicht selten komplexen Sachverhalte von Bauvertragsstreitigkeiten sicher zu erfassen und zu beurteilen, obwohl diese von den Parteien fachlich ordnungsgemäß vorgetragen sind. Die Verschiebung der Verhandlungsmacht ist an diesem Punkt insofern ein Unterfall asymmetrischer Information zwischen den Konfliktbeteiligten und Dritten.

In der Summe liegt die Problematik der Verhandlungsmachtverschiebung ex post also grundsätzlich in spezifischen Investitionen einer Partei begründet; gleichzeitig steht sie in enger Verbindung mit den Einflussfaktoren asymmetrischer Information und hoher Transaktionskosten. Wesentliche Regulationsanforderungen liegen vor diesem Hintergrund insbesondere in der Etablierung eines leistungsfähigen Rechtsschutzes der Parteien für den Fall opportunistisch motivierter Vertragsbrüche. Insofern ist es erforderlich, eine zeitnahe und sachverständig fundierte Konfliktbeurteilung und ggf. –entscheidung durch Dritte sicherzustellen.

### **III. Absicherung spezifischer Investitionen**

Die Erstellung von Bauleistungen und damit auch die Abwicklung von Bauverträgen sind – wie bereits angedeutet – in ausgeprägtem Maße mit spezifischen Investitionen der Vertragsparteien verbunden. Aufgrund der Kundenspezifität bzw. Individualität von Bauwerken, der Integrativität ihres Herstellungsprozesses und nicht zuletzt wegen der meist langfristigen Dauer der Bauausführung sind solche Investitionen meist unvermeidbar. Je größer der Unterschied des spezifisch investierten Kapitals zwischen den Vertragsparteien ist, desto stärker wird die wirtschaftliche Abhängigkeit der höher investierten Partei von der Durchführung der Transaktion.

Besteht keine oder keine hinreichende bzw. gegenüber Dritten verifizierbare vertragliche Absicherung der Investitionen, eröffnet diese Abhängigkeit als sog. Lock-In-Effekt Spielräume für eine opportunistisch motivierte Nachverhandlung bzw. Änderung von Vertragskonditionen. Ist kein ausreichender Schutz spezifischer Investitionen gegen diese Form des Opportunismus' gegeben, so verhindert dies im Extremfall ein Zustandekommen der Transaktion. Zumindest wird die schwächere Partei in der Nachverhandlung bzw. Vertragsänderung wirtschaftlich ungünstigere Vertragsbedingungen bzw. höhere Risiken akzeptieren müssen und in dieser Folge Nutzeneinbußen erleiden. Beide Fälle sind ökonomisch ineffizient, weil sie eine optimale Ressourcenallokation verhindern.

Können die Parteien zudem bereits im Vorfeld des Leistungsaustausches die Gefahr von Nachverhandlungen oder Vertragsbrüchen erkennen, so werden sie versuchen, ihre ‚bedrohten‘ spezifischen Investitionen zu minimieren. Die gleiche Strategie kann daneben auch eine Reaktion auf zuvor erlittene Einbußen aus opportunistischem Verhalten sein – die Investitionsminimierung dient mithin der Kompensation früherer Verluste. Die Folge einer solchen Unterinvestition ist, dass ggf. beide Parteien das Nutzenpotenzial ihrer Transaktionsbeziehung durch einen suboptimalen Ressourceneinsatz nicht vollends ausschöpfen können – es verbleiben ungenutzte Effizienzreserven.

Eine mangelnde Absicherung spezifischer Investitionen ist insoweit nicht allein Eintrittsursache von Akteurrisiken bzw. Opportunismus, sondern – je nach Lage des Einzelfalls – durchaus auch Folge der Risikoverwirklichung. Folglich müssen im Hinblick auf eine effiziente Transaktionsgestaltung nicht nur bestehende, unvermeidbare Investitionen geschützt werden, sondern es müssen darüber hinaus hinreichende Anreize für optimale spezifische Investitionen geschaffen und erhalten werden.

#### **IV. Reduzierung von Transaktionskosten**

Transaktionskosten (TAK) entstehen allgemein als Kosten der Anbahnung, Vereinbarung und Vertragsdurchsetzung wirtschaftlicher Transaktionen. Von der Höhe dieser Kosten hängt es nicht zuletzt ab, ob die handelnden Akteure z.B. ihren Nutzen mit der Durchführung einer Bauleistungstransaktion steigern können. Zehren die TAK den wirtschaftlichen Projekterfolg beider Vertragsparteien über den Verlauf einer Transaktion vollständig auf oder führen sie sogar zu einem Nutzenverlust nur einer Partei, so wird der Leistungsaustausch ineffizient. Sehen die Beteiligten diesen Effekt bereits vor Vertragsschluss bzw. schätzen sie das Risiko hinreichend hoch ein, so wird die Transaktion ggf. wegen prohibitiv teurer TAK nicht zustande kommen. Im Extremfall werden in dieser Konsequenz auch ökonomisch wünschenswerte Geschäftsbeziehungen unterbunden. Die Höhe von Transaktionskosten ist insofern für die effiziente Abwicklung von Geschäftsbeziehungen ein maßgeblicher Faktor.

Gleichwohl wird die Höhe der TAK bei der Abwicklung von Bauleistungstransaktionen zu einem Gutteil durch Maßnahmen beeinflusst, die im Zuge der Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung zum Schutz vor Akteurrisiken aus opportunistischem Verhalten der Beteiligten getroffen werden müssen. Diese Feststellung gilt mit besonderem Gewicht für Bauverträge, die nicht nur durch eine unvollkommene Leistungsdefinition und daraus resultierenden Anpassungsbedarf an veränderte Rahmenbedingungen gekennzeichnet sind, sondern darüber hinaus auch durch eine ausgeprägte Integrativität, daraus resultierende Störungssensitivität und mithin durch ein hohes Potenzial von Akteurrisiken.

Weil Bauleistungen gleichzeitig eine hohe Kundenspezifität aufweisen und in Projektorganisation abgewickelt werden, erweisen sich demgegenüber die Möglichkeiten zur Senkung der Anbahnungs- und Vereinbarungskosten der geschuldeten Leistung an sich als eher limitiert. Das Hauptaugenmerk einer TAK-Optimierung ist bei Bauverträgen folglich auf Maßnahmen gegen Opportunismus der Vertragsparteien zu legen. Ähnlich wie spezifische Investitionen können auch Transaktionskosten in diesem Kontext sowohl als Ursache wie auch als Folge der Risikoverwirklichung auftreten:

Verzichten die Vertragspartner z.B. wegen hoher Kosten auf die (schriftliche) Dokumentation strittiger Vertragsfragen, so leidet hierunter deren Verifizierbarkeit gegenüber Dritten. Kommt es zum Streit, müssen für die Konfliktbewältigung in aller Regel zusätzliche Ressourcen aufgewandt werden, wodurch die TAK für die Vertragsdurchsetzung unausweichlich ansteigen. In der Erwartung opportunistischer Verhaltensweisen der jeweils anderen Vertragsseite werden die Beteiligten ggf. hohe Transaktionskosten für die Dokumentation der erbrachten Leistungen und für die Sicherung ihrer vertraglichen Rechtsansprüche aufwenden. Die Kostenentstehung ist mithin eine Folge (antizipiert) opportunistischen Verhaltens.

Risikofolge- und risikovermeidungsbedingte TAK stehen somit in einer Wechselbeziehung: Werden zunächst keine Kosten für vertragliche Risikoabsicherung aufgewandt, steigen sachlogisch die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts und damit der Erwartungswert risikofolgebedingter TAK – analoges gilt im Umkehrschluss. Unabhängig von der Sorgfalt der Parteien bei der Abfassung des Vertrags bedarf es deshalb stets eines kostengünstigen Rechtsschutzes, um Pflichtverletzungen, Schlechtleistungen und Vertragsbrüche zu sanktionieren.

## V. Internalisierung externer Effekte

Als externe Effekte<sup>59</sup> werden Auswirkungen des Verhaltens der Vertragsparteien bezeichnet, die nicht innerhalb ihrer Leistungsbeziehung kompensiert werden – im Negativen durch höhere Kosten wie im Positiven durch ein besseres Vertragsergebnis. Externe Effekte finden deshalb keinen Eingang in das Kosten-Nutzen-Kalkül der Akteure beim Vertragsschluss bzw. im Hinblick auf ihr Verhalten über den Vertragsverlauf. Die ökonomische Effizienzbewertung einer Transaktion wird durch starke externe Effekte ggf. grob verfälscht. Besonders negativ wirkt sich dieser Umstand aus, wenn Kosten einer Markttransaktion auf mittelbar betroffene Akteure (z.B. Anlieger einer Baustelle) oder auf die Allgemeinheit abgewälzt werden.

Es liegt nahe, dass diese Freistellung von negativen Verhaltenskonsequenzen unmittelbaren Spielraum für opportunistisches Verhalten der Parteien eröffnet. So wird etwa die Streitbereitschaft der Baubeteiligten tendenziell zunehmen, wenn sie die Folgekosten ihres Konflikts nicht in Gänze selbst tragen müssen, sondern in Teilen externalisieren können. Dies ist etwa bei einer Klärung von Baustreitigkeiten vor der staatlichen Justiz der Fall, deren Gerichtsgebühren regelmäßig nur einen Teil der tatsächlich im Justizwesen anfallenden Kosten decken, während die Deckungsfehlbeträge über die Justizetats der Landes- und Bundeshaushalte vom Steuerzahler ausgeglichen werden müssen.

Als problematisch erweist es sich zudem, wenn die Möglichkeiten der Parteien, Vertragskosten zu externalisieren, stark unterschiedlich ausgeprägt sind. Es drohen in diesem Fall ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht und letztlich Störungen des wettbewerblichen Leistungs- und Vergütungsäquivalents. Ein Beispiel für diesen Umstand ist etwa die Tatsache, dass Bundes- und Landeskörperschaften sowie die nach Haushaltsplänen des Bundes oder eines Landes verwalteten öffentlichen Anstalten und Kassen – also weite Teile der öffentlichen Bauauftraggeber – nach § 2 Abs. 1 GKG<sup>60</sup> von der Zahlung der Gerichtskosten befreit sind. Bei der Klärung von Baustreitigkeiten vor ordentlichen Gerichten verfügen viele öffentliche Auftraggeber somit über ggf. erhebliche Kostenvorteile und demzufolge über gestärkte Verhandlungsmacht gegenüber ihren (privatwirtschaftlichen) Vertragspartnern, die ggf. aus Kostengründen auf den Klageweg verzichten werden.

Externe Effekte können vor diesem Hintergrund zum Auslöser für opportunistisches Verhalten werden, wenn die Parteien sich durch die Abwälzung damit verbundener Kosten einen Vorteil verschaffen können. Gleichzeitig zieht eine solche Verwirklichung von

<sup>59</sup> Siehe hierzu Richter/Furubotn 2003, S. 109 ff.; Göbel 2002, S. 68 f., und Behrens 1986, S. 85 ff.

<sup>60</sup> Gerichtskostengesetz v. 05.05.2004, BGBl. I S. 718; zuletzt geändert durch Artikel 3 Abs. 4 G. v. 21.12.2007, BGBl. I S. 3189

Akteurrisiken häufig weitere Negativeffekte als soziale Kosten nach sich. Zu denken ist hier etwa an Umwelt- und Verkehrsbelastungen<sup>61</sup> eines Baustellenumfeldes oder wirtschaftliche Einbußen von Baustellenanliegern als Folge konfliktbedingter Bauzeitverzögerungen. Insoweit ist festzuhalten:

Ein effizienter Rechtsschutz muss sicherstellen, dass die Bauvertragsparteien die Kosten von Streitigkeiten möglichst vollständig selbst tragen, zumindest aber keine völlig unterschiedlichen Möglichkeiten erhalten, diese Kosten auf Dritte abzuwälzen.

## **VI. Minimierung von Residualverlusten**

Als Residualverluste bezeichnet man in der Ökonomik wirtschaftliche Nutzeneinbußen einer Transaktionsbeziehung, die aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem – aus Sicht des Vertragspartners – optimalen Leistungsniveau einer Partei resultieren.<sup>62</sup> Nachvollziehbar drohen solche Verluste stets dann, wenn Akteure die Erfüllung von Aufgaben bzw. die Erbringung von Leistungen an andere delegieren, deren Ziele ggf. nicht deckungsgleich mit ihren eigenen sind. Unter der Zielsetzung der Effizienzförderung durch einen optimalen Ressourceneinsatz gilt es deshalb, Verfahren und Instrumente der Konfliktbewältigung zu entwickeln, welche zu einer Minimierung des Residualverlustes beitragen.

Spielraum für opportunistisches Verhalten bzw. die Verwirklichung von Akteurrisiken durch sog. Hold-Up oder Hold-Out<sup>63</sup> eröffnet sich vor diesem Hintergrund immer dort, wo die geschuldete Leistung bzw. der Anpassungsanspruch nicht hinreichend gegenüber Dritten verifizierbar ist. Die Folge der Risikoverwirklichung sind Residualverluste, die sich je nach betroffener Partei in Baukostensteigerungen ohne (adäquate) Erhöhung der Vergütung oder in Preissteigerungen der Bauleistung ohne (entsprechende) Erweiterung der Leistung niederschlagen. Etwas anders liegen die Dinge in den Fällen, in denen eine Vertragsanpassung objektiv und nach übereinstimmender Auffassung der Parteien grundsätzlich erforderlich, aber inhaltlich noch nicht geklärt ist. Eine derartige Situation findet sich beispielsweise bei unstreitigen Behinderungen der Bauausführung. Hier existieren zumeist verschiedenste Wege zu einer optimalen Bewältigung der Bauablaufstörung, die jeweils Leistungsbeiträge beider Parteien erfordern – etwa Umstellungen des Bauablaufs, Kapazitätserhöhungen, Vorziehen von Planungsfreigaben, Einholen behördlicher Genehmigungen etc.

---

<sup>61</sup> Mit einem Modell zur Quantifizierung solcher Kosten bei Autobahn-Baumaßnahmen siehe z.B. Yu/Lo 2005, S. 327 (330 ff.). Vgl. außerdem Jiang/Adeli 2003, S. 230 (230 ff.)

<sup>62</sup> Vgl. hierzu Jensen/Meckling 1976, S. 305 (308); Göbel 2002, S. 125, und Richter/Furubotn 2003, S. 422 f.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen Kap. III.4.3.2 und Kap. III.4.3.3

Werden diese Maßnahmen nicht im erforderlichen Umfang realisiert, entstehen unweigerlich und ggf. beiden Parteien Residualverluste infolge eines suboptimalen Ressourceneinsatzes. Opportunismus kann hierbei eine Rolle spielen, zwingend ist dies gleichwohl nicht. Ohnehin wäre die Feststellung eines vertragswidrigen Verhaltens hier kompliziert, weil die intendierte bzw. geforderte Leistung – nämlich die optimale Vertragsanpassung an eine Leistungsstörung – sich kaum verifizieren ließe, weil sie schlichtweg erst in Kooperation der Parteien erarbeitet werden muss. Es bedarf im Vertrag und zur Konfliktlösung mithin eines Instrumentariums, das nachhaltige Kooperationsanreize für eine effiziente Problemlösung schafft. Die Konfliktentscheidung eines Gerichts zwischen zwei Interessenpolen (Anspruch = 0 % und Anspruch = 100 %), die regelmäßig erst weit nach Bauende ergeht, kann diesem Anspruch nicht gerecht werden, Es bedarf stattdessen einer zeitnahen Entscheidung, die den Parteien Rechtssicherheit über die Konfliktfolgen gibt und gleichzeitig Möglichkeiten eröffnet, diese Folgen im Bedarfsfall durch eigenes Handeln (z.B. Umplanungen, Umstellungen des Bauablaufs) zu minimieren. Eine sachverständige Konfliktbeurteilung ist überdies regelmäßig die Voraussetzung dafür, dass wirtschaftlich sinnvoll nutzbarer Gestaltungsspielraum innerhalb eines Konfliktes erkannt und von den Parteien genutzt werden kann. Eine effiziente Konfliktlösung setzt insoweit stets voraus, dass die wirtschaftlichen Interessen der Parteien so berücksichtigt werden, wie dies nur im Wege eines Schlichtungs- oder einer Mediationsansatzes möglich ist.

### **C. Bauverfügung nicht effizient**

Schnelle und baubegleitende Entscheidungen sind nur zu erreichen, wenn eine summarische Sachverhaltsprüfung und eine Entscheidung mit Ermessensspielraum eröffnet würde und die Möglichkeit bestünde, den Vortrag der Parteien vom Umfang her zu beschränken. Zudem muss dafür gesorgt werden, dass die Konflikte möglichst wenig komplex sind; also bereits die Einzelstreitigkeiten baubegleitend zur Lösung gebracht werden.

Der Vorschlag einer Bauverfügung geht aber genau einen entgegen gesetzten Weg, der an der unbefriedigenden Situation kaum etwas verändern mag: Die Bauverfügung soll bereits eine hohe Richtigkeitsgewähr für sich beanspruchen, die gerade keine Einschränkung des Vortrages zulässt und als Beweißmaß die volle Überzeugung des Gerichts statuiert (5.3.10). Eine Beschleunigung ist mit dem Vorschlag einer Bauverfügung nicht möglich:

#### **I. Zu 5.3.1 – Eilbedürftigkeit**

Der Anwendungsbereich der Bauverfügung für Streitigkeiten im Zusammenhang mit den de lege ferenda avisierten Anordnungsrechten ist bereits weitgehend beschränkt. Durch das Erfordernis der „Eilbedürftigkeit“ wird der Anwendungsbereich noch weiter eingeschränkt.

Das im Einstweiligen Verfügungsverfahren notwendige Korrektiv der Eilbedürftigkeit gegen einen ausufernden Rechtsschutz im Eilverfahren und der Gefahr der Vorwegnahme der Hauptsache ist auf die Bauverfügung nicht übertragbar. Darüber hinaus wird auch die Feststellung des Vorliegens der „Eilbedürftigkeit“ im Einzelfall große Schwierigkeiten bereiten. Daran ändert auch ein Katalog enumerativ aufgezählter Anwendungsfälle (S. 12 f. Rdn. 19) nichts, der zu weiteren Abgrenzungsschwierigkeiten führen würde.

Nach dem Vorschlag der Bauverfügung soll „die Entscheidung des Streits über die Höhe des jeweiligen Schadensersatzes und auch nicht (...) dessen Grund“ (S. 12 Rdn. 19) nicht eilbedürftig sein. Die Bauverfügung käme damit nahezu nie zur Anwendung, weil das Tatbestandsmerkmal der Eilbedürftigkeit offenbar sehr restriktiv verstanden wird. Der cash flow zu Gunsten der Auftragnehmer wird durch die Bauverfügung damit nicht gewährleistet.

## **II. Zu 5.3.2 – mündliche Verhandlung in zwei Wochen**

Eine Beschleunigung ist über die reine zeitliche Festlegung des Verhandlungstermins nicht zu erzielen.

Bereits de lege lata soll die Güteverhandlung und die mündliche Verhandlung so früh wie möglich stattfinden (§ 272 Abs. 3 ZPO). Schon jetzt ist es möglich, nach § 275 ZPO zu verfahren, was in Bausachen aber meistens unzweckmäßig ist.<sup>64</sup> In Bausachen kann § 275 ZPO zwar zu einer zeitnahen Terminierung führen. Die Vorteile des mündlichen Verhandlungstermins, die eine Erörterung und Eingrenzung des Prozessstoffes, eine Aussonderung unwichtiger Punkte, eine mögliche Vornahme streiterledigender Prozesshandlungen oder sogar eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites (§ 278 ZPO) ermöglichen sollen, können in Bausachen nicht fruchtbar gemacht werden. Dieses liegt maßgeblich daran, dass der Sachverhalt viel zu komplex ist, als dass dieser bereits zum frühen ersten Termin aufbereitet und erörtert werden kann und das Gericht zu diesem Zeitpunkt noch nicht auf sachverständige Expertise zugreifen kann.

Das Beschleunigungspotenzial ist allenfalls marginal, da den Parteien ausreichend rechtliches Gehör zu gewährleisten ist (§ 275 Abs. 3 ZPO). „Ein Vorbringen darf im frühen ersten Termin nicht als verspätet zurückgewiesen werden, wenn nach der Sach- und Rechtslage eine Streitbeendigung in diesem Termin von vornherein ausscheidet,“<sup>65</sup> wie es in Bausachen regelmäßig der Fall ist. In der Regel findet ein Haupttermin daher statt (§ 275 Abs. 2 ZPO), wenn nicht sogar schon von Anfang an das schriftliche Vorverfahren angeordnet wurde.

---

<sup>64</sup> Reinert, LMK 2006, 176184.

<sup>65</sup> BGH, Urteil vom 09.06.2005 -- VII ZR 43/04, NZBau 2005, 516 (516).

Eine mündliche Verhandlung binnen von zwei Wochen wird sich als reiner Durchlauftermin erweisen und die TAK unnötig in die Höhe treiben. Fraglich ist nach dem Vorschlag der Bauverfügung überdies, ob der Antragsgegner überhaupt schon Kenntnis vom Inhalt des Antrages in der mündlichen Verhandlung hat, da sich die zwei Wochen ab Eingang des Antrages bei Gericht bemessen sollen. Mit der Zustellung verkürzt sich die Vorbereitungsfrist jedenfalls erheblich, was einen Verstoß gegen § 274 Abs. 3 ZPO und Art. 103 Abs. 1 GG beinhalten dürfte.

### III. Zu 5.3.3 - Streitverkündung

Die Möglichkeit der Streitverkündung „steht einer Beschleunigung des Verfahrens regelmäßig im Wege“ (S. 22 Rdn. 34).<sup>66</sup> Diese birgt die Gefahr, dass der Streitstoff umfangreicher wird. Die Zulassung mehrerer Beteiligter steigert die Komplexität. Vor diesem Hintergrund wäre es zur Beschleunigung notwendig, die Streitverkündung nicht schon im Rahmen der Bauverfügung zuzulassen. Eine zeitnahe Streitbeilegung wirkt zudem der Gefahr divergierender Entscheidungen in Parallelverfahren entgegen, so dass das Bedürfnis einer Streitverkündung angezweifelt werden muss.

### IV. Zu 5.3.4 - Stärkung von § 144 Abs. 1 ZPO

§ 144 Abs. 1 ZPO schränkt den Beibringungsgrundsatz insofern ein, dass dem Gericht die Möglichkeit gegeben wird, sich die zum rechten Verständnis des Parteivorbringens erforderliche Anschauung oder Sachkunde von Amtswegen zu verschaffen.<sup>67</sup> Voraussetzung einer Beweiserhebung von Amts wegen ist, dass sie ihre Grundlage im streitigen und Parteivorbringen findet und nicht in die Ausforschung eines weitergehenden also anderen Sachverhalts ausufert.<sup>68</sup> Der Parteivortrag muss daher konkrete Anknüpfungstatsachen bieten und substantiiert sein.<sup>69</sup> Informationsasymmetrien können so nicht hinreichend überwunden werden.

Schon das Bedürfnis der Stärkung von § 144 Abs. 1 ZPO zeigt, dass das Gericht nicht über genügend eigene Sachkunde verfügt, sondern diese nach den zeitraubenden Regelungen der ZPO implementiert werden muss. Die Stärkung der Beweiserhebung von Amtswegen geht mit einer Stärkung von § 144 Abs. 1 ZPO nicht weit genug. Vielmehr wäre eine Amtsermittlung erforderlich unter unmittelbarer Beteiligung von Sachverständigen notwendig, um eine maximale Beschleunigung zu erreichen, die wiederum technischen Sachverstand in der Person des Entscheidungsträgers voraussetzt. Die de lege ferenda vorgeschlagene

<sup>66</sup> *Lembcke*, IBR 2007, 1317 (1317).

<sup>67</sup> *Greger*, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl., § 142 Rdn. 1.

<sup>68</sup> BGH, Urteil v. 11. 07. 2000 -- X ZR 126/98, NJW 2000, 3488 (3490).

<sup>69</sup> OLG Nauenburg, Beschluss v. 27.06.2002 -- 14 WF 83/02, FamRZ 2003, 385 (385).

Stärkung von § 144 Abs. 1 ZPO wird keine Beschleunigung bringen, da die Richter den Gebrauch weiterhin zu vermeiden versuchen werden:

Richtern fehlt es nicht selten an baufachlicher Expertise, um die entscheidungsrelevanten Beweisfragen korrekt zu erfassen und zu formulieren,<sup>70</sup> so dass auch ein Gebrauch von § 144 Abs. 1 ZPO mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre, wenn man den Gebrauch der Norm von „kann“ auf „soll“ „stärken“ würde. Eine Beschleunigung wird mit der Änderung von § 144 Abs. 1 ZPO nicht zu erreichen sein. Dieses gilt um so mehr, als Laienrichter nach dem Vorschlag einer Bauverfügung nicht vorgesehen sind (5.4.3).

#### **V. Zu 5.3.5 – Einwendungen gegen die Auswahl des Sachverständigen**

In der Praxis sind die Einwendungen gegen die Auswahl des Sachverständigen von den Fallzahlen überschaubar und kein zeitraubender Faktor in Bauprozessen. Nach dem Arbeitspapier sollen Einwendungen gegen die Auswahl des Sachverständigen binnen einer Frist von einer Woche geltend gemacht werden. De lege lata müssen Einwendungen binnen von zwei Wochen geltend gemacht werden (§ 406 Abs. 2 S. 1 ZPO). Ansonsten gilt § 230 ZPO; der Antrag wird also unzulässig.<sup>71</sup>

De lege ferenda würde insoweit eine Woche gewonnen. Die de lege ferenda mögliche Verlängerung um bis zu zwei Wochen stellt aber bei unverschuldet nicht vorgebrachter Einwendung sogar eine zeitliche Verschlechterung dar (§ 230 ZPO).

#### **VI. Zu 5.3.6 – Fristsetzung zur Gutachtenerstellung**

Ein Beschleunigung der Gutachtenerstellung durch monetäre Anreize ist zu begrüßen. Das Hauptproblem für die Dauer von Bauprozessen liegt hierin aber nicht begründet. Zeittreibende Umstände ergeben sich vielmehr daraus, dass Richtern nicht selten die baufachliche Expertise fehlt, um die entscheidungsrelevanten Beweisfragen korrekt zu erfassen und zu formulieren.<sup>72</sup> Insbesondere bei der Anleitung des bestellten Sachverständigen zeigen sich in der zivilgerichtlichen Praxis erhebliche Defizite,<sup>73</sup> so dass es in Bausachen überwiegend einer Vielzahl von Ergänzungsgutachten bedarf. Der Sachverständige muss sich also immer wieder neu einarbeiten, was viel Zeit kostet.

#### **VII. Zu 5.3.10 – Möglichkeit des Freibeweises**

Auch die Zulassung des Freibeweises wird keine spürbare Beschleunigung ergeben, so dass schon de lege ferenda die Zustimmung der Parteien notwendig ist (§ 284 S. 2 ZPO).

<sup>70</sup> Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rdn. 2665 ff.; Bayerlein, BauR 1989, 397 (399).

<sup>71</sup> Greger, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl., § 406 Rdn. 11.

<sup>72</sup> Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rdn. 2665 ff.; Bayerlein, BauR 1989, 397 (399).

<sup>73</sup> Leupertz, in: Festschr. Motzke, S. 201 (208); Leupertz/Hettler, Der Bausachverständige vor Gericht, Rdn. 17; Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rdn. 2664.

Auch für den Freibeweis gelten die allgemeinen Voraussetzungen für eine Beweisaufnahme.<sup>74</sup> Der Freibeweis führt zu keiner Durchbrechung des Beibringungsgrundsatzes, also zu keiner Beweiserhebung von Amtswegen. Der Freibeweis ermöglicht etwa eine formlose Befragung von Zeugen. Die Beschleunigung ist im wesentlichen (scheinbar) dadurch zu erlangen, dass die Beweisaufnahme nicht unmittelbar vor dem erkennenden Gericht (§ 355 Abs. 1 ZPO) und nicht in Anwesenheit der Parteien (§ 357 ZPO) durchgeführt werden muss.

Bei der Anhörung von Sachverständigen erscheint es hingegen gerade Zweckmäßig, dass die Parteien Anwesend sind (§ 357 ZPO), damit Fragen zeitnah gestellt werden können, ohne dass sich an eine Anhörung ohne Beteiligung der Parteien unzählige Schriftsatzrunden anschließen. Ohne die Anwesenheit der Parteien erleidet eine Bauverfügung de lege ferenda aber eine erhebliche Einbuße an Akzeptanz und verfehlt das Ziel, die Streitigkeit endgültig und von hoher Akzeptanz getragen zu befrieden.

Das Ergebnis der Beweisaufnahme muss auch beim Freibeweis mit den Parteien erörtert und Gelegenheit zur Verhandlung hierüber gegeben (§§ 279 Abs. 3, 285 ZPO) und nach § 160 Abs. 3 ZPO protokolliert werden,<sup>75</sup> so dass Zeitersparnisse kaum möglich würden, weil rechtliche Gehör zu gewährleisten ist. Der Freibeweis muss zudem zur vollen Überzeugung des Gerichts führen.<sup>76</sup>

Selbst im Rahmen von § 495a ZPO – der aus guten Gründen nur für Streitigkeiten bis € 600,00 gilt – ist rechtliches Gehör zu gewährleisten<sup>77</sup>, so dass die beabsichtigte Beschleunigung selbst bei Bagatellstreitigkeiten wieder relativiert wird.<sup>78</sup> „Als Verfassungsnorm (Art. 103 Abs. 1 GG) kann er vom Gesetz nicht eingeschränkt werden. Der Gesetzgeber kann den Richter zwar von der Bindung an die Vorschriften der ZPO lösen. Er bleibt aber doch in vielen Fällen im Ergebnis an sie gebunden, weil sich unmittelbar aus Art. 103 Abs. 1 GG Verfahrensregeln gleichen Inhalts ergeben. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die sich mit der Auslegung des Art. 103 Abs. 1 GG befassen, werden im vereinfachten Verfahren zur Prozessordnung. Das Ermessen des Gerichts wird dadurch in erheblichem Umfang eingeschränkt.“<sup>79</sup> Ein Beschleunigung wird nicht erreicht.

Schließlich räumt der Vorschlag einer Bauverfügung selbst ein, dass über § 495a ZPO der Amtsermittlungsgrundsatz nicht eingeführt werden darf (S. 4 Rdn. 5 Fn. 8).

<sup>74</sup> Greger, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl., § 284 Rdn. 2.

<sup>75</sup> Greger, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl., § 284 Rdn. 4.

<sup>76</sup> BGH, Beschluss v. 04.06.1992 – IX ZB 10/92, NJW-RR 1992, 1338 (1338).

<sup>77</sup> BVerfG, Urteil v. 04.08.1993 – 1 BvR 279/93, NJW-RR 1994, 254 (255); BVerfG, Beschluss v. 21.03.2006 – 2 BvR 1104/05, NJW 2006, 2248 (2249).

<sup>78</sup> Herget, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl., § 495a Rdn. 9.

<sup>79</sup> Deubner, in: MÜKo ZPO (2008), § 495a Rdn. 17.

Der Vorteil des Freibeweises für die Geschwindigkeit liegt eigentlich darin, dass auch die Glaubhaftmachung genügt.<sup>80</sup> Dieser Vorteil soll aber gerade für die Bauverfügung nicht fruchtbar gemacht werden, so dass eine Beschleunigung über die Zulassung des Freibeweises nicht zu erlangen ist.

### **VIII. Zu S. 7 Rdn. 10 – Zulassung aller Angriffs und Verteidigungsmittel**

Die Zulassung aller Angriffs- und Verteidigungsmittel – insbesondere der Widerklage oder der Aufrechnung – verlangsamt das Verfahren, weil der Streitstoff hierdurch komplexer wird. Entsprechende Ansprüche müssen daher in Parallelverfahren ausgelagert werden. Richtig ist, alle Klagearten zuzulassen, also insbesondere auch die Feststellungsklage, damit die Rechtsschutzschwelle herabgesetzt wird. In diesem Zusammenhang wäre es jedoch auch erforderlich, das Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellung abzusenken, damit die Parteien in einen Wettlauf versetzt werden können, möglichst frühzeitig und von wenig Komplexität gekennzeichnete Streitigkeiten in das Verfahren einzubringen.

### **IX. Zu 5.3.12 – Hauptsacheverfahren**

Es ist nicht erkennbar, warum das Verfahren der Bauverfügung, das bereits auf eine hohe Richtigkeitsgewähr ausgerichtet ist und als Beweismaß die volle Überzeugung des Gerichts beansprucht, noch eines Hauptsacheverfahrens bedarf. Eine „Hauptsache“ gibt es im beschleunigten Erkenntnisverfahren nach dem Vorschlag der Bauverfügung nicht. Der Vorschlag einer Bauverfügung würde faktisch eine weitere Gerichtsinstanz schaffen, die das Budget der Baubeteiligten und den Justizhaushalt weiter belasten wird. Eine Minimierung der TAK bliebe aus.

Die an das Einstweilige Verfügungsverfahren angelehnte Begrifflichkeit suggeriert zwar Schnelligkeit; gleichwohl kann innerhalb der Bauverfügung rechtliches Gehör nicht beschnitten werden (Art. 103 Abs. 1 GG). Es wäre zur Beschleunigung erforderlich ein summarisches Verfahren zu installieren. Diesem steht aber in verfassungsrechtlicher Hinsicht das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache entgegen, wie das BMK bereits zutreffend festgestellt hat.

Nicht effizient ist, dass die Klage in der „Hauptsache“ nicht vor Abnahme der Werkleistung erhoben werden darf (S. 29 Rdn. 52). Es ist gerade ineffizient den Streit über sämtliche streitige Fragen in einem Verfahren zu konzentrieren und ein komplexes Claim-Gebirge anwachsen zu lassen, das keiner mehr durchblickt. Nach Fertigstellung sind überdies keine Anpassungen mehr möglich. Es müssen durch einen verbesserten Rechtsschutz gerade

---

<sup>80</sup> BGH, Beschluss v. 16.05.1991 – IX ZB 81/90, NJW 1992, 627 (628); BGH, Beschluss v. 07.12.1999 – VI ZB 30/99, NJW 2000, 814 (814).

Anreize für eine baubegleitende Streitbeilegung geschaffen werden. Diesem steht ein Verbot der baubegleitenden Streitbeilegung diametral entgegen. Insoweit zeigt sich besonders deutlich, dass der Vorschlag der Bauverfügung die ökonomischen Rahmenbedingungen in keiner Weise berücksichtigt.

#### **X. Zu 5.4.3 – keine Laienrichter**

Die Beteiligung von Laienrichtern würde entgegen des Vorschlages einer Bauverfügung die Effizienz steigern.<sup>81</sup> In der Praxis ist festzustellen, dass die Richter oftmals in Ermangelung von technischem Sachverstand nicht in der Lage sind, die richtigen Beweisfragen zu stellen. Nach einer Umfrage der Bergischen Universität Wuppertal<sup>82</sup> finden Sachverständigengutachten ohnehin zu 91% der Fälle unmittelbaren Eingang in das Urteil, so dass Sachverständige unmittelbar an der Entscheidung beteiligt werden müssten.

#### **XI. Zu S. 30 Rdn. 55 – drei Berufsrichter**

Die Effektivität wird sicherlich nicht durch drei Berufsrichter erhöht. Dieses treibt nur die TAK der Bauverfügung in die Höhe. Eine Internalisierung externer Effekte gelingt mit dem Vorschlag nicht.

#### **XII. Zu S. 27 Rdn. 47 – Anwaltsprozess**

Eine Minimierung der TAK für die Baubeteiligten lässt sich nicht mit dem generellen Postulat des Anwaltsprozesses vereinbaren. Ein effizientes Verfahren muss vielmehr so ausgestaltet werden, dass auf Anwälte weitgehend verzichtet werden kann.

#### **XIII. Zu S. 29 f. Rdn. 54 – Modifizierung von § 145 ZPO**

Es ist sinnvoll die Möglichkeit der Abtrennung von Streitgegenständen zu eröffnen um der Komplexität der Streitigkeit entgegenzuwirken. Zu beachten ist jedoch, dass dieses zu einem höheren Verfahrensaufkommen und einer Mehrbelastung des Justizhaushaltes der Länder führen würde.

### **D. Ökonomische Notwendigkeit für Adjudikation**

#### **I. Adjudikation**

Innerhalb des Adjudikations-Verfahrens trifft nach klassischem Verständnis ein meist sachverständiger Adjudikator auf jederzeit möglichen Antrag einer Partei eine Entscheidung über alle Baukonflikte in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in kürzester Frist, die mit gerichtlicher Hilfe zwangsweise durchgesetzt werden kann (Vollstreckungsprozess). Der Antragsgegner hat nur eine kurze Erwidierungsfrist. Der Adjudikator nimmt überdies die

---

<sup>81</sup> Schröder/Gerdes/Teubner-Oberheim, in: Kapellmann/Vygen, S. 81 (84 ff.).

<sup>82</sup> Diederichs, NZBau 2004, 480 (481).

Sachverhaltsermittlung eigenständig war (Amtsermittlung). Seine Adjudikations-Entscheidung ist auch dann bindend, wenn diese grobe tatsächliche oder rechtliche Fehler aufweist. Die Bindungswirkung dauert so lange an, bis innerhalb eines (Schieds-) Gerichts- oder eines anderen ADR-Verfahrens der Konflikt endgültig beigelegt wird. Innerhalb dieses nachfolgenden Gerichtsverfahrens (Hauptsache- bzw. Rückforderungsprozess) wird eine *de novo*<sup>83</sup> Entscheidung getroffen; die Adjudikations-Entscheidung bleibt also unberücksichtigt.

In England ist das Adjudication-Verfahren seit 1998 gesetzlich normiert und ein großer Erfolg.<sup>84</sup> Adjudikations-Entscheidungen werden dort nur in ca. 2 % der Fälle einer weiteren gerichtlichen Auseinandersetzung unterzogen.

## II. Effiziente Streitbeilegung durch Adjudikation gewährleistet

Durch Adjudikation wird eine effiziente Streitbeilegung sichergestellt.

Innerhalb von Baukonflikten stehen nicht juristische Fragestellungen im Vordergrund, sondern technische und baubetrieblichen Fragestellungen.<sup>85</sup> Da die Person des Adjudikators auch mit einem Bausachverständigen oder einem Tandem aus Jurist und Sachverständigem besetzt werden kann, der überdies mit Amtsermittlungsbefugnissen ausgestattet ist, können *Informationsasymmetrien* überwunden werden.

Die Streitbeilegung durch Adjudikation ist wesentlich kostengünstiger, so dass hierdurch das *Machtgefälle* zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber wegen vereinfachter Durchsetzung berechtigter Forderungen egalisiert werden kann. Zugleich können die *Transaktionskosten* minimiert werden.

Auch wird durch Adjudikation eine *Absicherung spezifischer Investitionen* erlangt, da durch hierdurch der *cash flow* gesichert wird. Im Gegensatz zum Gerichtsverfahren sind die Konfliktkosten besser kalkulierbar, da das Adjudikations-Verfahren innerhalb einer bestimmten Frist eine Entscheidung hervorbringt und die Einzelstreitigkeiten erledigt werden: Innerhalb eines Gerichtsverfahrens bedeutet ein Ausstieg den Verlust aller angehäuften Ansprüche, wenn diese gemeinsam geltend gemacht werden.

Mit Adjudikation wird eine *Internalisierung externer Effekte* möglich: Die Verlagerung der Streitbeilegung in den privaten Bereich trägt zu einer Minimierung der sozialen Kosten bei, da die Justiz in Bausachen nicht kostendeckend arbeitet.

Schließlich werden *Residualverluste* minimiert. Die Parteien haben einen Anreiz, möglichst zeitnah die Konflikte in das Adjudikations-Verfahren einzubringen. Zum einen ist die Position

---

<sup>83</sup> Schramke, BauR 2007, 1983 (1986 Fn. 5); Harbst/Winter, BauR 2007, 1974 (1980).

<sup>84</sup> Harbst, SchiedsVZ 2003, 68 (68 ff.).

<sup>85</sup> Vygen, in: Festschr. Werner, S. 1 (17); Vygen, in: Vygen/Schubert/Lang, I, Rdn. 395; Hobeck/Mahnken/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (226); Gralla/Sundermeier, Bauingenieur 2008, 393 (399); Wiesel, in: Wirth, XIV. Teil, Rdn. 5; Hammacher, BauSV 1/2008, 48 (51). Aus empirischer Sicht, Rothhaupt, Außergerichtliche Streitbeilegung, S. 169, wonach nur 23% der Befragten angaben, es handele sich um rein rechtliche Fragestellungen.

des Antragstellers „attraktiver“, da der Antragsgegner innerhalb kurzer Fristen erwidern muss, der Antragsteller hingegen seinen Antrag in aller Ruhe vorbereiten kann. Je mehr Einzelstreitigkeiten in das Verfahren eingespeist werden, desto größer ist zudem das Risiko, dass der Adjudikator seinen Ermessensspielraum ausschöpft und eine weitgehend summarische Prüfung erfolgt, was einen weiteren Anreiz bietet, die Streitigkeiten baubegleitend zu klären. Im Gerichtsverfahren ist die Kostenstruktur hingegen so angelegt, dass die Partei, die Streitigkeiten sammelt, belohnt wird: Die Gerichtskosten entwickeln sich nicht linear, woran auch der Vorschlag einer Bauverfügung nichts ändern will.

## E. Verfassungsrechtliche Bedenken des BMJ

Weiterhin stellt sich aber die Frage der Vereinbarkeit des Adjudikations-Verfahrens mit dem Rechtsprechungsmonopol des Staates (I.) und dem Justizgewährleistungsanspruch (II.). Die Effektivität des Rechtsschutzes fordert nach Ansicht des BMJ scheinbar, dass keine vollendeten Tatsachen durch Adjudikation geschaffen werden dürfen (II. 3.).

### I. Rechtsprechungsmonopol des Staates

Außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren sind „auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung“<sup>86</sup>, so dass ein Adjudikations-Verfahren nicht das Rechtsprechungsmonopol des Staates berührt.<sup>87</sup> Bei Adjudikation handelt es sich nicht um Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG, so dass der Adjudikator weder Richter im Sinne des GG sein muss, noch rechtliches Gehör im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG<sup>88</sup> gewährleisten muss. Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG ist nur die „der Rechtskraft fähige,<sup>89</sup> (letz-)verbindliche (Streit-)Entscheidung in einzelnen Rechtssachen<sup>90</sup> ausschließlich nach rechtlichen Maßstäben, d. h. die Feststellung und der Ausspruch dessen, was im konkreten Fall rechtens ist,<sup>91</sup> insbesondere deren Gesetzesanwendung“.<sup>92</sup>

Die Entscheidung des Adjudikators ist nur vorläufig bindend und materiell-rechtlich zu verorten,<sup>93</sup> so dass es sich nicht um eine „(letz-)verbindliche (Streit-)Entscheidung“ handelt und folglich auch nicht „der Rechtskraft fähig“ ist. Die Adjudikations-Entscheidung ist auch nicht vollstreckbar, sondern kann ihrerseits einen Anspruch begründen und zu einem Titel führen.

<sup>86</sup> BVerfG, Beschluss v. 14.02.2007 -- 1 BvR 1351/01, Juris Rdn. 35 = NJW-RR 2007, 1073 (1073 ff.).

<sup>87</sup> *Lembcke*, BauR 2010, 1122 (1122 f.). Für die Schlichtung, *Stadler*, NJW 1998, 2479 (2484).

<sup>88</sup> *Lembcke*, IBR 2007, 1017 (1017). Für die Schlichtung, *Stadler*, NJW 1998, 2479 (2487).

<sup>89</sup> BVerfG, Urteil v. 08.02.2001 -- 2 BvF 1/00, BVerfGE 103, 111 (137); *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 92 Rdn. 11 u. 15.

<sup>90</sup> BVerfG, Beschluss v. 30.11.1955 -- 1 BvO 2/52, BVerfGE 4, 358 (363); BVerfG, Urteil v. 08.02.2001 -- 2 BvF 1/00, BVerfGE 103, 111 (137 f.); *Arndt*, NJW 1959, 605 (607); *Wolf*, ZZP 99 (1986), 361 (372).

<sup>91</sup> BVerfG, Urteil v. 28.11.1957 -- 2 BvL 11/56, BVerfGE 7, 183 (188 f.); BVerfG, Urteil v. 08.02.2001 -- 2 BvF 1/00, BVerfGE 103, 111 (137 f.).

<sup>92</sup> *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 51, Art. 92 Rdn. 38.

<sup>93</sup> *Lembcke*, BauR 2009, 19 (24) m.w.N. in Fn. 59.

Adjudikation ist auch nicht eine vorgelagerte Gerichtsinstanz, da diese im Gegensatz zum Einstweiligen Rechtsschutz der §§ 935 ff. ZPO keine Zustände sichern soll, sondern eine vorläufige Befriedigung intendiert ist, was im Rahmen des Einstweiligen Rechtsschutzes eine absolute Ausnahme ist.<sup>94</sup> Die Adjudikations-Entscheidung ist auch nicht Gegenstand der Beurteilung in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren, da in diesem eine de novo Entscheidung getroffen wird,<sup>95</sup> so dass Streitgegenstand der wieder auflebende Anspruch aus dem Bauvertrag ist. Daher scheidet auch die Notwendigkeit eines Hauptsacheverfahrens aus.

## II. Justizgewährleistungsanspruch

### 1. Verhältnis von Art. 19 Abs. 4 GG und dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch

„Die Bedeutung der grundgesetzlichen Gewährleistung liegt vornehmlich darin, die ‚Selbstherrlichkeit‘ der vollziehenden Gewalt im Verhältnis zum Bürger zu beseitigen“<sup>96</sup>. Art. 19 Abs. 4 GG bietet einen weitgehenden Schutz aufgrund historischer Erfahrungen des Risikos von Missachtung des Rechts durch übergeordnete, mit Zwang ausgestattete Verwaltung.<sup>97</sup> Auch im Privatrecht soll der Rechtssuchende zwar so weit wie möglich davor bewahrt werden, dass durch die sofortige Vollziehung einer Maßnahme Tatsachen geschaffen werden, die für den Fall, dass sich die Maßnahme als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können.<sup>98</sup> Allerdings ist vor dem Hintergrund, dass hoheitliche Maßnahmen im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG immer grundrechtsrelevant sind der Justizgewährleistungsanspruch im Bereich von Art. 19 Abs. 4 GG gewichtiger im Vergleich zum Allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch im Privatrecht,<sup>99</sup> bei dem es in der Regel nur um Erwerbchancen geht, die von Art. 12 Abs. 1 GG nicht erfasst sind.<sup>100</sup>

### 2. Erschwerung des Zugangs zur Gerichtsbarkeit

Selbstverständlich darf die staatliche Gerichtsbarkeit nicht durch Adjudikation ersetzt werden.<sup>101</sup> Erschwerungen des Zugangs sind aber möglich.<sup>102</sup> Insbesondere eine zeitliche Verzögerung der Inanspruchnahme staatlicher Gerichtsbarkeit für die Dauer eines

<sup>94</sup> *Drescher*, in: MüKo ZPO, 3. Auf. 2007, § 938 Rdn. 12 ff.

<sup>95</sup> *Schramke*, BauR 2007, 1983 (1986 Fn. 5); *Harbst/Winter*, BauR 2007, 1974 (1980).

<sup>96</sup> BVerfG, Beschluss v. 19.06.1973 -- 1 BvL 39/69, 1 BvL 14/72, BVerfGE 35, 263 ff. = Juris Rdn. 36; BVerfG, Urteil v. 12.01.1960 -- 1 BvL 17/59, BVerfGE 10, 264 (267).

<sup>97</sup> BVerfG, Beschluss v. 13.06.2006 -- 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 ff. = Juris Rdn. 51.

<sup>98</sup> BVerfG, Urteil v. 16.10.1968 -- 1 BvR 241/66, BVerfGE 35, 263 (274); BVerfG, Beschluss v. 24.04.1974 -- 2 BvR 236/74, BVerfGE 37, 150 (153); BVerfG, Beschluss v. 19.10.1977 -- 2 BvR 42/76, BVerfGE 46, 166 (178); BVerfG, Beschluss v. 25.10.1998 -- 2 BvR 745/88, BVerfGE 79, 69 (74); BVerfG, Beschluss v. 16.05.1995 -- 1 BvR 1087/91, BVerfGE 93, 1 (13).

<sup>99</sup> BVerfG, Beschluss v. 13.06.2006 -- 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 ff. = Juris Rdn. 70

<sup>100</sup> BVerfG, Urteil v. 16.10.1968 -- 1 BvR 241/66, BVerfGE 24, 236 (251); BVerfG, Urteil v. 01.02.1973 -- 1 BvR 426/72, BVerfGE 34, 252 (256).

<sup>101</sup> *Lembcke*, NVwZ 2008, 42 (44).

<sup>102</sup> *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 48, Art. 20 Rdn. 134.

Adjudikations-Verfahrens lässt sich verfassungskonform regeln.<sup>103</sup> Der Gesetzgeber kann sogar außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren obligatorisch als Prozessvoraussetzung vorschreiben.<sup>104</sup>

### 3. Effektivität des Rechtsschutzes

Aus dem Justizgewährleistungsanspruch quillt auch das Effektivitätsgebot des Rechtsschutzes. Das bedeutet, dass der Rechtsschutz nicht nur eine theoretische Möglichkeit darstellt, sondern auch tatsächlich eine wirksame gerichtliche Kontrolle ermöglicht wird.<sup>105</sup> Und zwar Vollständig - „das heißt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.“<sup>106</sup> Aus dem Justizgewährleistungsanspruch folgt damit das Verfassungsgebot, möglichst zu verhindern, dass durch die sofortige Vollziehung Tatsachen geschaffen werden, die auch dann nicht mehr rückgängig gemacht werden können, wenn sie sich bei richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweisen.<sup>107</sup> Der Rechtsweggarantie kommt also die Aufgabe zu, irreparable Entscheidungen, wie sie durch die sofortige Vollziehung einer Maßnahme der Exekutiven eintreten können, soweit wie möglich auszuschließen.<sup>108</sup>

#### a) Vollendete Tatsachen durch Adjudikation

##### aa) Verlust von Primäransprüchen

Im Rahmen des Adjudikations-Verfahrens kann es zum Verlust von Primäransprüchen kommen. Hat der Adjudikator über die Rechtsfolgen einer Anordnung des Auftraggebers zu entscheiden, weil streitig ist, ob diese „zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich“ ist (§ 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B) und wird der Auftragnehmer im Adjudikations-Verfahren nicht zur Leistung verpflichtet, kann der Auftragnehmer innerhalb des Gerichtsverfahrens nicht mehr die Leistung geltend machen, da er diese aller Voraussicht nach zu diesem Zeitpunkt bereits anderweitig vergeben hat. Er kann dann allenfalls noch einen Schadensersatzanspruch geltend machen, weil er die Leistung teurer einkaufen musste.

##### bb) Verlust von Sekundäransprüchen wegen mangelndem Verschulden

<sup>103</sup> *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikations-Verfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, IBR 2011, 1244 (1244) – nur online.

<sup>104</sup> BVerfGE, Beschluss v. 14.02.2007 – 1 BvR 1351/01 = NJW-RR 2007, 1073 (1073 ff.); EuGH, Urteil v. 18.03.2010 – Rs. C-317/08, IBR 2010, 723 (m. Anm. *Lembcke*).

<sup>105</sup> BVerfG, Beschluss v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, 1 BvL 14/72, BVerfGE 35, 263 ff. = Juris Rdn. 36; BVerfG, Urteil v. 10.11.1964 – 2 BvL 14/61, BVerfGE 18, 203 (212).

<sup>106</sup> BVerfG, Beschluss v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, 1 BvL 14/72, BVerfGE 35, 263 ff. = Juris Rdn. 36; BVerfG, Urteil v. 10.11.1964 – 2 BvL 14/61, BVerfGE 18, 203 (212).

<sup>107</sup> BVerfG, Urteil v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 ff. = Juris Rdn. 213; BVerfG, Urteil v. 18.07.1973 – 1 BvR 23/73, BVerfGE 35, 382 (401 f.); BVerfG, Beschluss v. 24.04.1974 – 2 BvR 236/74, BVerfGE 37, 150 (153).

<sup>108</sup> BVerfG, Urteil v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 ff. = Juris Rdn. 213; BVerfG, Beschluss v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, BVerfGE 35, 263 (274); BVerfG, Beschluss v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30 (67 f.).

Problematisch erweisen sich insbesondere Adjudikations-Entscheidungen, die einer Partei Rechts vermitteln; gleichwohl nach der auflösenden Bedingung in Gestalt des Gerichtsurteils im Nachhinein eine Pflichtverletzung dieser Partei begründen und somit eigentlich die Möglichkeit von Schadensersatzansprüchen gegen die Partei eröffnet werden.<sup>109</sup> Für diesen Fall liegt jedoch überwiegend kein Verschulden der pflichtwidrig handelnden Partei vor, so dass durch die Adjudikations-Entscheidung vollendete Tatsachen geschaffen werden, weil der Schadensersatzanspruch *de lege lata* abgeschnitten ist.

### (1) Beispiel Bauzeitverlängerung

Ordnet der Adjudikator eine Bauzeitverlängerung an, die an die Stelle der ursprünglich vertraglich vereinbarten Bauzeit tritt und wird diese Entscheidung *ex tunc* durch ein Gerichtsurteil (Bedingungseintritt) aufgehoben, so hat der Auftragnehmer durch die Anordnung des Adjudikators zwischenzeitlich den Vorteil erlangt, seine Werkleistung innerhalb eines längeren Zeitfensters zu erbringen, als zunächst vereinbart. Mit Bedingungseintritt und Auflösung der Adjudikations-Entscheidung kommt eine bereicherungsrechtliche Rückforderung für den Auftraggeber in Betracht (§§ 158 Abs. 2, 159 i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 2 BGB).<sup>110</sup> Erlangtes „etwas“ kann die (teilweise) Befreiung von einer Schuld sein<sup>111</sup> - hier die Befreiung von den zunächst vereinbarten Ausführungsfristen. Ob diese auch Vermögenswert haben, ist für die Kondition unerheblich.<sup>112</sup> Die ursprüngliche Vertragsfrist wäre im Beispiel der Bauzeitverlängerung daher nach § 818 Abs. 1 BGB wieder durch den Auftragnehmer einzuräumen. Der Einwand der Entreicherung ist grundsätzlich ausgeschlossen (§ 820 Abs. 1 S. 2 BGB).<sup>113</sup> In dieser Folge würde bei Überschreitung der Ausführungsfristen dem Auftraggeber eigentlich ein Schadensersatzanspruch aus § 5 Abs. 4, i.V.m. § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B erwachsen. Die Überschreitung der Vertragsfrist ist als Pflichtverletzung zu werten.<sup>114</sup> Die Pflichtverletzung „entsteht“ folglich rückwirkend durch Auflösung der Adjudikations-Entscheidung und „wiederaufleben“ der vertraglichen Terminvereinbarungen des Bauvertrages.

Jedoch wird sich der Auftragnehmer oftmals exkulpieren können, weil kein Verschulden vorliegt (§§ 286 Abs. 4, 280 Abs. 1 S. 2 BGB). „Die Rückwirkung hat zunächst keine Auswirkungen auf die Verhaltenspflichten der Parteien im Zeitraum vor der endgültigen“ Entscheidung, „weil diese grundsätzlich allein von den tatsächlichen Kenntnismöglichkeiten bestimmt werden“.<sup>115</sup> Bezugspunkt ist die zu diesem Zeitpunkt noch geltende Adjudikations-

<sup>109</sup> Köntges/Jurowich, *Baumarkt + Bauwirtschaft*, 6/2008, 42 (45).

<sup>110</sup> Lembcke, *BauR* 2009, 19 (24).

<sup>111</sup> RG, *BayZ* 1930, 374 (374).

<sup>112</sup> Lorenz, in: Staudinger (2007), § 812 Rdn. 65.

<sup>113</sup> Lieb, in: MüKo BGB, § 820 Anm 2: „*Haupanwendungsfall*“ für auslösend bedingte Verpflichtungen.

<sup>114</sup> A.A. Boldt, Vorläufige baubegleitende Streitentscheidung, Rdn. 880, die meint, die Pflicht läge in der Befolgung der „falschen“ Adjudikations-Entscheidung. Diese entfaltet jedoch von Anfang an keine Bindungswirkung, vgl. Lembcke, *ZGS* 2010, 261 (261 f.).

<sup>115</sup> Habersack/Tröger, *DB* 2009, 44 (46).

Entscheidung. Der Auftragnehmer kann „de facto erst nach der Erstellung des Urteils erkennen, welche Verbindlichkeiten ihr tatsächlich oblagen“.<sup>116</sup> Es wird schwierig sein, ein Verschulden zu begründen und nur bei offensichtlich, nach gerichtlichen Maßstäben unwirksamen Adjudikations-Entscheidungen eine Sorgfaltspflichtverletzung des der Entscheidung folgenden Auftragnehmers anzunehmen sein (§ 276 Abs. 1 BGB).<sup>117</sup> Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Partei auf die privatgutachterlichen Feststellungen vertrauen darf.<sup>118</sup> Insbesondere Bauzeitverlängerungen infolge von Behinderungssachverhalten sind komplexere Entscheidungen, deren Fehlerhaftigkeit regelmäßig erst nach eingehender Prüfung feststellbar ist. Dem Auftragnehmer kann aber nicht zugemutet werden, zunächst die Anordnung der Bauzeitverlängerung nach Maßstäben zu überprüfen, die ein Gericht zu einem ganz anderen Zeitpunkt und in einem ganz anderen Zeitrahmen anlegen würde. Dieses wird schon in zeitlicher Hinsicht meistens unmöglich sein, so dass die Befolgung einer in engen Fristen ergehenden und sofort zu befolgenden Adjudikations-Entscheidung regelmäßig kein Verschulden begründet.<sup>119</sup>

## **(2) Schutz durch § 160 Abs. 2 BGB?**

Das gesetzlich angeordnete Schuldverhältnis in der Schwebezeit zwischen Adjudikations-Entscheidung und auflösender Gerichtsentscheidung nach § 160 Abs. 2 BGB würde nur in Ausnahmefällen Schutz vor vollendeten Tatsachen gewähren. Der durch die Adjudikations-Entscheidung vorläufig Berechtigte wäre nur dann zum Schadensersatz gegenüber dem bedingt Berechtigten verpflichtet, wenn das Recht durch Bedingungseintritt automatisch vom Vorberechtigten auf den Nachberechtigten „übergeht“.

Hat der Adjudikator zwischen A und B entschieden, dass A Eigentümer eines Baugerätes ist und entscheidet das Gericht nun, dass B Eigentümer ist, so fällt das Eigentum automatisch dem B zu. Hat A in der Interimszeit das Baugerät komplett verschlissen oder ist es ihm gestohlen worden, so haftet er dem B, wenn er dieses verschuldet hat (§§ 160 Abs. 2 i.V. 160 Abs. 1 S. 1 BGB). Allerdings muss sich in diesem Fall der A exkulpieren, da sein Verschulden vermutet wird (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB analog).<sup>120</sup>

Bei einer Bauzeitverlängerung, die A vom Adjudikator zugebilligt bekommen hat und später gerichtlich anders entscheiden wird, liegen die Dinge aber anders. A verliert die Bauzeitverlängerung, die jedoch nicht der B erhält. Insoweit ist der B gerade nicht als Nachberechtigter anzusehen. § 160 Abs. 2 BGB vermittelt daher nur in Ausnahmefällen Schutz.

<sup>116</sup> Habersack/Tröger, DB 2009, 44 (49).

<sup>117</sup> Ebenso lässt die rückwirkende Geltung (ex tunc) eines Schiedsgutachtens keinen nachträglichen Verzug zu, vgl. Rieble, in: Staudinger (2004), § 315 Rdn. 277; Habersack/Tröger, DB 2009, 44 (49).

<sup>118</sup> OLG Brandenburg, Urteil v. 05.11.2009 --12 U 112/08, IBR 2010, 3822 (m. Anm. Lichtenberg).

<sup>119</sup> Etwas zu weitgehend, Stubbe, Adjudikation – noch Klärungsbedarf?, IBR 2010 - nur online, Rdn. 9, der bei der Beachtung einer Adjudikations-Entscheidung ein Verschulden grundsätzlich ausschließt.

<sup>120</sup> Bork, in: Staudinger (2003), § 160 Rdn. 12.

## b) Vereitelung eines materiell-rechtlichen Anspruches

Es gibt demnach Fallkonstellationen, die de lege lata sogar Sekundäransprüche endgültig ausschließen. Die aus dem Justizgewährleistungsanspruch quellende Effektivität ist dennoch nicht betroffen. Sie gewährleistet nur, dass ein materiell-rechtlicher Anspruch nicht durch Zeitablauf oder den Schuldner vereitelt wird. Sie „gewährleistet nicht selbst den sachlichen Bestand oder Inhalt einer als verletzt behaupteten Rechtsstellung (...); dieser Bestand und sein Inhalt richtet sich vielmehr nach der Maßgabe der Rechtsordnung im übrigen“<sup>121</sup>, also dem materiellen Recht. „Der Gesetzgeber befindet (...) darüber, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zustehen und welchen Inhalt es haben soll.“<sup>122</sup> Dieses kann etwa den Verlust einer materiell-rechtlichen Rechtsposition vorsehen, wenn nicht binnen kurzer Fristen Einwände erhoben werden.<sup>123</sup> Für die Effektivität es Rechtsschutzes ist nur maßgeblich, dass eine tatsächliche Prüfung erhalten bleibt, „ob ein Sachverhalt unter den Tatbestand der Vorschrift fällt und welche Rechtsfolgen sich daran anknüpfen“<sup>124</sup>.

Es ist daher für den Justizgewährleistungsanspruch unerheblich, dass das materielle Recht in Gestalt des Adjudikations-Verfahrens einen Reflex auf das Prozessrecht übt, indem es Tatsachen schafft, die nicht mehr gerichtlich überprüfbar sind (vgl. § 319 Abs. 2 BGB). „Hieraus entspringende Folgen (...) sind nicht dem gerichtlichen Verfahrensrecht zuzuordnen; sie haben ihren Ursprung in materiellrechtlichen (...) Sachnormen“<sup>125</sup>. Es handelt sich bei Adjudikation um ein interimistisches Zwischenrecht und damit einen vorläufigen Rechtsschutz,<sup>126</sup> der auch in den §§ 648, 648 a, 1051, 1067, 1389, 2128, 883 f., 899 und 1134 Abs. 2 BGB angelegt ist.<sup>127</sup> Auch bei den possessorischen Besitzschutzansprüchen der §§ 858 ff. BGB handelt es sich um materiell-rechtliches Interimsrecht.<sup>128</sup>

Der Justizgewährleistungsanspruch ist nicht berührt, wenn materiell-rechtliche Ansprüche Einschränkungen beinhalten oder unter bestimmten Voraussetzungen gänzlich entfallen.<sup>129</sup> Er gewährleistet nur, dass bestehende materiell-rechtliche Ansprüche effektiv durchgesetzt werden können.

Damit zeigt sich zugleich, dass die Bewältigung des Problems endgültiger Tatsachen de lege ferenda vom materiellen Recht zu bewältigen ist. Natürlich müssen solche materiellen Regelungen im Übrigen verfassungskonform ausgestaltet werden.<sup>130</sup> Von den

<sup>121</sup> BVerfG, Beschluss v. 08.07.1982 -- 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 = Juris Rdn. 77.

<sup>122</sup> BVerfG, Beschluss v. 13.06.2006 -- 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 ff. = Juris Rdn. 54.

<sup>123</sup> BVerfG, Beschluss v. 08.07.1982 -- 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 = Juris Rdn. 76.

<sup>124</sup> BVerfG, Beschluss v. 08.07.1982 -- 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 = Juris Rdn. 80.

<sup>125</sup> BVerfG, Beschluss v. 08.07.1982 -- 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 ff. = Juris Rdn. 82.

<sup>126</sup> Zu dieser Terminologie *Drescher*, in: MüKo ZPO, 3. Auf. 2007, Vorb. §§ 916 ff. Rdn. 6.

<sup>127</sup> *Schlosser*, in: Festschr. Henckel (1995), S. 737 (738 f).

<sup>128</sup> Hierzu *Schlosser*, in: Festschr. Henckel (1995), S. 737 ff.

<sup>129</sup> BVerfG, Beschluss v. 08.07.1982 -- 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 ff. = Juris Rdn. 82.

<sup>130</sup> BVerfG, Beschluss v. 08.07.1982 -- 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 ff. = Juris Rdn. 84.

veröffentlichten<sup>131</sup> Adjudikations-Ordnungen hat bislang lediglich die Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau / Alpha)<sup>132</sup> eine entsprechende Risikoverteilung vorgenommen, wonach das Risiko endgültiger Tatsachen zwischen den Parteien hälftig verteilt wird (§ 5 Abs. 2 AO-Bau / Alpha).

Theoretisch könnte man sich gedanklich von der Verquickung von Prozessrecht und materiellem Recht lösen: Es wäre auch denkbar, dass eine Adjudikations-Entscheidung automatisch mit Fertigstellung der Baumaßnahme erlischt. Dann wird noch offenkundiger, dass die Schaffung von Tatsachen ein rein materiell-rechtliches Problem ist.

### **c) Anwendung des Justizgewährleistungsanspruches auf materielles Prozessrecht**

Selbst wenn man aber der Ansicht ist, der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch übe auch Vorwirkungen auf ein materielles Prozessrecht, wie es für Verfahren einer staatlichen Stelle im Vergaberecht angenommen wird,<sup>133</sup> ergibt sich kein absolutes Verbot der Schaffung vollendeter Tatsachen. Vielmehr liegt es im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, das Interesse des Antragstellers an einer schnellen Entscheidung und vorläufiger Rechtssicherheit dem Interesse des Antragsgegners an der Verhinderung vollendeter Tatsachen überzuordnen.<sup>134</sup> „Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich nicht dazu verpflichtet, eine auch faktisch realisierbare Möglichkeit eines Primärrechtsschutzes (...) zu schaffen,“<sup>135</sup> so dass das Problem vollendeter Tatsachen jedenfalls über Sekundäransprüche gelöst werden kann.

Hinzu kommt, dass selbst bei Geltung von Art. 19 Abs. 4 GG nur eine summarische gerichtliche Prüfung erforderlich wäre: „Andererseits gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen im Verwaltungsprozess nicht schlechthin. Überwiegende öffentliche Belange können es rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Einzelnen einstweilen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des allgemeinen Wohls rechtzeitig in die Wege zu leiten.“<sup>136</sup> Es ist mit Art. 19 Abs. 4 GG zu vereinbaren, wenn Fachgerichte in einem Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nur einer summarischen Prüfung unterziehen und bei offenem Ergebnis dieser Prüfung die Entscheidung auf der Grundlage einer Interessenabwägung treffen.<sup>137</sup> Selbst eine endgültige Grundrechtsverletzung wird demnach dann hingenommen, wenn eine summarische Prüfung vorläufig keine Grundrechtsverletzung festzustellen vermag.

---

<sup>131</sup> werner-baurecht.de, Forum Baukonfliktmanagement, Verfahrensordnungen.

<sup>132</sup> www.ao-bau.com.

<sup>133</sup> BVerfG, Beschluss v. 13.06.2006 -- 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 ff. = Juris Rdn. 73.

<sup>134</sup> Für das Vergaberecht BVerfG, Beschluss v. 13.06.2006 -- 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 ff. = Juris Rdn. 74.

<sup>135</sup> BVerfG, Beschluss v. 13.06.2006 -- 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 ff. = Juris Rdn. 74.

<sup>136</sup> BVerfG, Urteil v. 15.12.1983 -- 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 ff. = Juris Rdn. 213.

<sup>137</sup> BVerfG, Beschluss v. 14.05.1985 -- 1 BvR 233/81, BVerfGE 69, 315 (363); BVerfG, Beschluss v. 18.07.1983 -- 1 BvR 23/73, BVerfGE 35, 382 (402).

### III. Materielles Interimsrecht zur Verbesserung der Effektivität des Rechtsschutzes

Die Katze würde sich gewissermaßen in den eigenen Schwanz beißen, wenn man die Forderung aufstellen würde, die Effektivität des Rechtsschutzes fordere, dass ein Rechtsmittel gegen die Adjudikations-Entscheidung seinerseits so effektiv sein müsse, dass die Verhinderung des Eintrittes vollendeter Tatsachen vollständig gewährleistet bleiben müsse und zu diesem Zweck die Baustelle so lange still stehen müsse, bis ein Gericht entschieden habe. Effektivität bedeutet nicht eine prozessrechtliche Konservierung eines status quo, wie bereits das im BGB angelegte System von Sekundäransprüchen zeigt. In letzter Konsequenz greift sogar das Prozessrecht auf Sekundäransprüche zurück (§§ 717 Abs. 2 S. 1, 945 ZPO). Adjudikation soll gerade durch ein Interimsrecht bis zur endgültigen Gerichtsentscheidung eine vorläufige Rechtsposition vermitteln und den Rechtsschutz so erweitern. Es soll eine materielle Rechtsposition durch materielles Prozessrecht vorläufig durchsetzbar werden.

Diesem steht schon denklogisch entgegen, dass dieses Rechtsinstitut zur Verbesserung des Rechtsschutzes Hürden auferlegt werden, die die beabsichtigte Verbesserung ad absurdum führen würden – und das mit der Rechtfertigung, ein effektiver Rechtsschutz sei anderenfalls in Gefahr. Ein effektiver Rechtsschutz wird in Bausachen durch Adjudikation vielmehr erstmalig hergestellt, da der Bauprozess in seiner jetzigen Ausgestaltung verfassungswidrig ist.<sup>138</sup> „Der Justizgewährleistungsanspruch ermöglicht und verlangt in Lagen, in denen unterschiedliche Interessen Mehrerer betroffen sind, keine schlichte Maximierung der Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen Rechtssuchenden. Er zielt vielmehr auf eine sachgerechte Gewichtung und Zuordnung der betroffenen rechtlich geschützten Belange.“<sup>139</sup>

Eine solche Auffassung verkennt mit der Prämierung des status quo überdies völlig, dass es sich bei der Adjudikations-Entscheidung um materielles Recht handelt, aus dem eine Vollstreckung nicht unmittelbar ermöglicht wird, so dass es auch keines Suspensiveffekte im Hinblick auf die Adjudikations-Entscheidung oder gar des Anspruches aus dem Bauvertrag im allgemeinen bei der Einlegung von Rechtsmitteln bedarf, was in der abenteuerlichen Annahme gipfelt, die Baustelle müsse bis zur gerichtlichen Klärung gestoppt werden.

Mit der Prämierung des status quo wird auch verkannt, dass nicht nur durch die materiell-rechtliche Regelung eines Interimsrechts vollendete Tatsachen geschaffen werden können, sondern vor allem auch durch die Nichtregelung eines solchen. Tatsachen und irreparable Zustände werden dann durch Zeitablauf geschaffen.<sup>140</sup> Die Verhinderung vollendeter Tatsachen kann nicht Ziel des Justizgewährleistungsanspruches sein, „soll dieser nicht auf

<sup>138</sup> *Lembcke*, BauR 2010, 1122 (1123 f.); *Lembcke*, ZRP 2010, 260 (260 ff.).

<sup>139</sup> BVerfG, Beschluss v. 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 ff. = Juris Rdn. 68.

<sup>140</sup> *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 20. El. 2010, § 80 Rdn. 70.

etwas unmögliches gerichtet werden.“<sup>141</sup> Mit einer schnellen Entscheidung soll Adjudikation gerade den Eintritt vollendeter Tatsachen verhindern.

#### IV. Papier des BMJ vom 19.05.2011<sup>142</sup>

##### 1. Einwand der vollumfänglichen Überprüfbarkeit

*Aus verfassungsrechtlicher Sicht müsste sichergestellt werden, dass dem Gericht eine vollumfängliche Prüfung der Entscheidung/des Gutachtens ermöglicht wird, d.h. sich die gerichtliche Tätigkeit nicht nur auf die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Gutachtens beschränkt. Denn die Entscheidung des Adjudikators stellt rechtsprechende Tätigkeit dar, die, wenn sie schon ermöglicht werden soll, in vollem Umfang gerichtlicher Nachprüfung unterliegen muss; denn die Rechtsschutzgarantie umfasst „eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung eines Streitgegenstandes... durch den Richter“ (BVerfGE 112, 185, 207).*

- Adjudikation ist keine Rechtsprechung: Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG ist nur die
  - oder Rechtskraft fähige (BVerfGE 103, 111, 137)
  - (letz-)verbindliche (Streit-)Entscheidung (BVerfGE 4, 358, 363 )
  
- Adjudikation beinhaltet keinen Einstweiligen Rechtsschutz (§§ 935 ff. ZPO)
  - Es ist nicht die Sicherung des status quo sondern die vorläufige Befriedigung intendiert
  - Adjudikation = materielles, interimistisches Zwischenrecht
  - Eine Art „Vorwegnahme der Hauptsache“ ist ausgeschlossen

##### 2. Baustelle muss ruhen damit keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden

<sup>141</sup> Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsverfahrensgesetz, 20. El. 2010, § 80 Rdn. 72.

<sup>142</sup> I B 3 – 3430/25 – 1 – 11 389/2011, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Vorschlag zur Ausgestaltung eines Streitbeilegungsmechanismus im Hinblick auf einseitige Anordnungen des Bestellers.

*Problematisch ist bei diesem Streitschlichtungsmodell, dass die Entscheidung von den Parteien „zunächst beachtet“ werden muss. Dies impliziert eine Verpflichtung zu deren zeitnahe Umsetzung. Gerichtliche Kontrolle im einstweiligen Rechtsschutzverfahren kann aber nur dann effektiv sein, wenn die Ausführungen am Werk, um deren Zumutbarkeit im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gestritten wird, während des gerichtlichen Verfahrens ruhen. Anderenfalls werden durch den Weiterbau Tatsachen geschaffen, die sich nicht oder nur mit zusätzlichen Kosten wieder beseitigen lassen. Unbeschadet dessen kann natürlich nicht ausgeschlossen werden, dass die Parteien beim Gericht nicht nur eine vorläufige Aussetzung des Adjudikatorenspruchs beantragen, sondern diesen insgesamt zur gerichtlichen Überprüfung stellen.*

- Ein Suspensiveffekt im materiellen Recht wäre ein Novum, da von diesem kein unmittelbarer Zwang ausgeht, da keine unmittelbare Vollstreckung möglich ist
- Die Effektivität des Rechtsschutzes fordert keine Konservierung von Tatsachen, denn auch im Einstweiligen Verfügungsverfahren oder dem gerichtlichen Bauprozess im Allgemeinen wird die Baustelle mit Klageerhebung nicht angehalten

### **3. Primärleistungspflicht muss gerichtlich geltend gemacht werden können**

*Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen grundsätzlich keine Bedenken, das Problem „materiellrechtlich“ zu lösen, indem einer der beiden Vertragsparteien ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zuerkannt und die andere auf Sekundäransprüche beschränkt wird, die gerichtlich geltend zu machen sind. Soll allerdings der Auftragnehmer schon gegen die „Primärleistungspflicht“ Einwände erheben können (z.B. Unzumutbarkeit), muss für diese auch eine Möglichkeit zur gerichtlichen Geltendmachung bestehen.*

- Primär- und Sekundäransprüche können im Hinblick auf den Justizgewährleistungsanspruch uneingeschränkt geltend gemacht werden, da
  - bereits im materiellen Recht (Adjudikation) der Verlust von Primäransprüchen angelegt wäre
  - der Justizgewährleistungsanspruch (Effektivität) gewährleistet nur, dass materiellrechtliche Ansprüche nicht vereitelt werden (BVerfGE 61, 82)
- Selbst bei Vorverfahren staatlicher Stellen, ist ein Primärrechtsschutz verfassungsrechtlich nicht gewährleistet (BVerfGE 116, 135)

## V. Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

Die Empfehlungen<sup>143</sup> des Arbeitskreises VII (AKVII) des Deutschen Baugerichtstages (DBGT) sind ohne weiteres umsetzbar, denn selbst unter der hier verneinten Annahme, dass der Justizgewährleistungsanspruch auf ein materielles Prozessrecht anwendbar wäre, hätte der Gesetzgeber „bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes (...) die verschiedenen betroffenen Interessen unter Beachtung der Eigenarten der jeweiligen Konfliktlage aufeinander abzustimmen.“<sup>144</sup> „Einzubeziehen ist das Interesse des Rechtssuchenden an einem effektiven Schutz seiner subjektiven Rechte. Der Gesetzgeber ist auch bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes dazu berufen, die miteinander kollidierenden und verflochtenen Interessen in einen Ausgleich zu bringen (...)“.<sup>145</sup>

Der Gesetzgeber kann daher zur Verbesserung des Rechtsschutzes und Herstellung verfassungsmäßiger Zustände in Bausachen insbesondere das Interesse des im Adjudikations-Verfahren Unterliegenden, dass keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden, dem Interesse des Obsiegenden an einem effektiven Rechtsschutz überordnen und den Unterliegenden auf Sekundäransprüche verweisen. Deren Absicherung wird durch die Sicherheitsleistung gewährleistet (vgl. Empfehlung 1. i) und 2. des AKVII /DBGT). Der Gesetzgeber wird eine interessengerechte Risikoverteilung für nach bisheriger Rechtslage verlustig gehende Sekundäransprüche finden müssen (vgl. § 5 Abs. 2 AO-Bau / Alpha).<sup>146</sup>

Staatlicher Rechtsschutz kann auch bei gesetzlicher Adjudikation jederzeit in Anspruch genommen werden (Empfehlung 1. b des AKVII/DBGT). Es bedarf keines Suspensiveffektes beim Einlegen von Rechtsmitteln, da aus der Adjudikations-Entscheidung kein unmittelbarer Zwang abgeleitet werden kann. Soll der Adjudikations-Entscheidung keine Titelfunktion zukommen und ein Titel erst im Rahmen eines Gerichtsverfahrens ermöglicht werden, so kann in diesem Vollstreckungsverfahren eine summarische Mindestprüfung zum Schutz vor willkürlichen Entscheidungen erfolgen. Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Adjudikations-Entscheidung in einem separaten Verfahren, wie in der 3. Empfehlung des AKVII/DBGT vorgesehen, ist überflüssig. Keinesfalls bedarf es eines Rechtsmittels gegen die Adjudikations-Entscheidung unter dem Blickwinkel der Vorwegnahme der Hauptsache, da Adjudikation keine Rechtsprechung im Sinne des GG ist und prozessual nichts vorwegnehmen kann.

## F. Mediation

„Tatsache ist, dass die Adjudikation die Mediation nicht ersetzen kann und umgekehrt die Mediation nicht die Adjudikation“.<sup>147</sup> „Es gibt kein Instrument, das für jeden Konflikt geeignet

<sup>143</sup> werner-baurecht.de, Forum Baukonfliktmanagement, Materialien.

<sup>144</sup> BVerfG, Beschluss v. 13.06.2006 -- 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 ff. = Juris Rdn. 73.

<sup>145</sup> BVerfG, Beschluss v. 13.06.2006 -- 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 ff. = Juris Rdn. 69.

<sup>146</sup> www.ao-bau.com.

<sup>147</sup> Wagner, BauR 2009, 1491 (1491).

wäre; es gibt aber für jeden Konflikt ein geeignetes Instrument der außergerichtlichen Streitbeilegung“. <sup>148</sup> Systematisches Konfliktmanagement bedeutet einen Umgang mit Konflikten, der in einer bewussten Entscheidung liegt, bestimmte Verfahren zu verwenden und diesen Prozess gezielt steuert. <sup>149</sup>

### I. Mediation und Adjudikation (MedAdj)

Einem systematischen Baukonfliktmanagement entspricht grundsätzlich ein hybrides Verfahren aus Mediation und Adjudikation (MedAdj<sup>150</sup>). <sup>151</sup> Innerhalb von MedAdj muss eine Partei jederzeit das Adjudikations-Verfahren einleiten können. Ergänzend muss den Parteien das Mediations-Verfahren bereit stehen, dessen Betreiben allerdings auch im konkreten Konfliktfall den Konsens beider Parteien voraussetzt. Das Mediations-Verfahren kann dann vor, während oder nach dem Adjudikations-Verfahren betrieben werden. Es besteht auch die Möglichkeit innerhalb eines Mediations-Verfahrens einen Teilvergleich zu schließen und die offenen Streitigkeiten innerhalb eines Adjudikations-Verfahrens zu klären, <sup>152</sup> so dass innerhalb des Mediations-Verfahrens eine Sachverständigenentscheidung implementiert wird. <sup>153</sup> Auch eine bereits getroffene Adjudikations-Entscheidung kann wiederum als Ausgangspunkt für eine Mediation dienen (*settlement event*). Es ist auch denkbar, das Mediations- und Adjudikations-Verfahren personenidentisch zu besetzen. <sup>154</sup> Der Gesetzgeber muss daher Anreize schaffen, damit möglichst bereits das Mediations-Verfahren die Streitigkeit befriedet, ohne dass es zur Adjudikation kommt. Es wäre insbesondere erstrebenswert ein (erfolglosen) Mediations-Versuch zur Zulässigkeitsvoraussetzung eines Bauprozesses zu erheben.

Für Baukonflikte werden auch sog. Kaskadenmodelle diskutiert, <sup>155</sup> im Zuge derer eine Eskalationsleiter von Mediation, Schlichtung, Adjudikation und Schiedsgerichtsbarkeit nacheinander durchlaufen werden muss. Ein solches Modell ist aber nicht effizient, weil es ein Bedürfnis gegeben kann sogleich mit der Adjudikation zu beginnen und auch noch nach dieser wieder in die Mediation zu gehen. <sup>156</sup> Die Schlichtung hat zudem keine eigenständige Bedeutung. <sup>157</sup>

<sup>148</sup> Troja/Stubbe, ZKM 4/2006, 121 (125); Stubbe, SchiedsVZ 2009, 321 (324).

<sup>149</sup> Kirchhoff, ZKM 4/2007, 108 (109, Fn. 10). Ferner Stubbe, SchiedsVZ 2009, 321 (321 ff.).

<sup>150</sup> Lembcke, BauR 2010, 1 (1).

<sup>151</sup> Wagner, BauR 2009, 1491 (1491); Englert/Schalk, BauR 2009, 874 (874 ff.); Jung/Lembcke/Sundermeier/Steinbrecher, ZKM 2010, 50 (50 ff.). Zur Mediation Wagner, BauR 2004, 221 (221 ff.); zur Kurzmediation Bubert, werner-baurecht.de, Forum Baukonfliktmanagement, Aufsatz vom 16.09.2009. Der Adjudikator kann sich auch mediativer Techniken bedienen, so dass keine Kombination, sondern eine Synthese erfolgt Berger, RiW 2001, 881 (885). Ferner Kleine, SchiedsVZ 2008, 145 (146).

<sup>152</sup> Vgl. OLG Hamburg, Urteil v. 11.09.1998 -- 11 U 102/98, NZG 1999, 202 (202 ff.).

<sup>153</sup> Vgl. Enaux, in: Festschr. Franke, S. 47 (51).

<sup>154</sup> Haft, Forum Baukonfliktmanagement, werner-baurecht.de, 25.05.2009, S. 2.

<sup>155</sup> Englert/Schalk, BauR 2009, 874 (877).

<sup>156</sup> Lembcke, Festschr. Blecken 2011, Bd. II, S. 417 (418).

<sup>157</sup> Siehe unten F. II.

## 1. Schwierigkeiten der Mediation in Bausachen

Baustreitigkeiten stellen an den Mediator ganz besondere Herausforderungen.<sup>158</sup>

- Baukonflikte sind meist weitgehend *eskaliert*, bevor diese innerhalb eines Mediations-Verfahrens gelöst werden sollen. Der Ton auf der Baustelle ist ein ganz besonderer.<sup>159</sup> Dieses liegt maßgeblich an dem ausgeprägten Machtungleichgewicht der Baubeteiligten. Für den Mediator ist es daher nicht einfach, die Streitigkeit von Konfliktstufe 6 oder höher herunterzuholen und die Parteien wieder aneinander anzunähern. So ist das Resultat einer Mediation in Bausachen oftmals, dass „die Verhandlungsbarrieren »Positionsdenken« und »kompetitive« Strategie nicht (...) wesentlich abgebaut werden“ konnten.<sup>160</sup>
- Das ausgeprägte *Machtgefälle* ist eine weitere Schwierigkeit für das Mediations-Verfahren. Der Auftraggeber erhofft sich große Vorteile, wenn er sich nicht auf eine zeitnahe Einigung mit dem Auftragnehmer einlässt. Der Auftragnehmer ist bis zur Abnahme beweibelastet und gerät durch zunehmenden Zeitablauf mehr und mehr in Liquiditätsnot. Der „Justizkredit“ bedeutet für den Auftraggeber einen Zinsvorteil. Auch hat der Auftraggeber kein besonderes Interesse daran, die Geschäftsbeziehung zum Auftragnehmer für künftige Geschäfte unbelastet zu halten, weil er sich ohnehin aussuchen kann, mit wem er in der Zukunft kontrahiert.
- Weiter ist der *Verhandlungsspielraum* der Baubeteiligten nach Fertigstellung des Bauvorhabens sehr begrenzt. Das kalkulierte Budget kann dann nicht mehr durch andere Anpassungen gehalten werden. Kompensationsgeschäfte sind für den Auftraggeber meist wenig interessant, weil er dann wieder in dem Dilemma steckt, vom Liquiditätsfluss abgeschnitten zu sein.
- Die *Komplexität* der Streitigkeiten führt auch im Mediations-Verfahren dazu, dass die Parteien überhaupt nicht absehen können, wie ein Gericht über ihre Ansprüche befinden würde. Eine realistische Einschätzung der eigenen Position ist nicht möglich, so dass nicht beurteilt werden kann, was eine Nichteinigung innerhalb des Mediations-Verfahrens für Folgen nach sich zieht. Daher werden die scheinbaren Forderungen lieber in der Bilanz erhalten.

<sup>158</sup> *Lembcke*, ZKM 2009, 122 (122 ff.).

<sup>159</sup> *Wiesel*, in: Wirth, XIV. Teil, Rdn. 77.

<sup>160</sup> *Kraus*, in: Haft/Schlieffen, § 22 Rdn. 92.

## 2. Positive Auswirkungen der Adjudikation auf die Mediation

Die Rahmenbedingungen für ein erfolgreiches Mediations-Verfahren werden durch die Vereinbarung eines Adjudikations-Verfahrens wesentlich verbessert, weil hierdurch eine gleichgewichtige Verhandlungsstärke zwischen den Parteien hergestellt wird, so dass man von einem „heilsamen Einigungsdruck“<sup>161</sup> sprechen kann. Beiden Parteien droht ein schneller Endpunkt durch eine Adjudikations-Entscheidung – auch der unkooperativen. Verzögerungstaktiken und die Motivation für die Inanspruchnahme eines Justizkredits schwinden schon im Vorwege.

Durch das Erfordernis, Streitigkeiten zeitnah in das Adjudikations-Verfahren einzubringen, wird eine Eskalation vermieden.<sup>162</sup> Konflikte befinden sich so erst auf unterer Eskalationsstufe, wenn sie im Mediations-Verfahren anlanden, so dass es für den Mediator wesentlich einfacher<sup>163</sup> ist, die Parteien aneinander anzunähern und Vertrauen herzustellen, so dass die Parteien ihre Interessen offen legen können. Daneben wird der Verhandlungsspielraum durch die zeitnahe Konfliktlösung erweitert. Innerhalb des Mediations-Verfahrens, das schon während der Projekterstellung angestrengt wird, können noch Anpassungen vorgenommen werden ohne das Budget zu sprengen. Streitigkeiten, die von geringerer Komplexität gezeichnet sind, können zudem von den Parteien wesentlich realistischer eingeschätzt werden. So wird es dem Mediator innerhalb des Mediations-Verfahrens wesentlich besser gelingen, den Parteien ihre Nichteinigungsalternative vor Augen zu führen.

Konsensuale Verfahren werden in der Praxis durch eine Adjudikations-Vereinbarung beflügelt.<sup>164</sup> Die Vermeidung eines Adjudikations-Verfahrens wirkt gewissermaßen als *Incentive*.<sup>165</sup> Die Adjudikations-Verfahren in England sind daher rückläufig, weil die Parteien vermehrt konsensuale Lösungen für ihre Konflikte suchen.<sup>166</sup>

## II. Schlichtung hat keine eigenständige Bedeutung

Vielfach wird Schlichtung als eine weitere Säule oder eigenständiges ADR-Verfahren begriffen.<sup>167</sup> Für Baukonflikte ist diese Sichtweise aber nur eine theoretische. Nach einer gescheiterten Mediation können die Parteien den Mediator um eine nicht bindende

<sup>161</sup> *Kraayvanger/Richter*, SchiedsVZ 2008, 161 (165).

<sup>162</sup> *Bubert*, Forum Baukonfliktmanagement, werner-baurecht.de, 16.09.2009, S. 5.

<sup>163</sup> *Grieger*, in: Festschr. Franke, S. 91 (94).

<sup>164</sup> 30 % der Adjudication-Verfahren enden nicht mit einer Entscheidung des Adjudicators, vgl. *Borowsky*, ZKM 2/2007, 54 (57); *Risse*, in: Nicklisch, S. 169 (176 f.); *Harbst/Winter*, BauR 2007, 1974 (1983); *Gralla/Sundermeier*, Bauingenieur 2008, 393 (398 f.); *Duve*, in: Breyer, S. 125; *Schröder/Gerdes/Teubner-Oberheim*, in: Kapellmann/Vygen, S. 81 (93).

<sup>165</sup> *Risse*, in: Nicklisch, S. 169 (179).

<sup>166</sup> *Harbst/Winter*, BauR 2007, 1974 (1981).

<sup>167</sup> *Englert/Schalk*, BauR 2009, 874 (875 ff.).

Empfehlung ersuchen. Eine erneute Sachverhaltsaufbereitung im Rahmen eines anschließenden Schlichtungs-Verfahrens wäre nicht effizient.

Der Adjudikator empfiehlt den Parteien vor einer bindenden Drittentscheidung als wesensgleiches Minus ohnehin, wie der Streit im Wege einer Vereinbarung beizulegen sein könnte, um sich eine lange Begründung seiner Entscheidung zu sparen. Aus ökonomischer Sicht bedarf es hierfür aber keines gesonderten Schlichtungs-Verfahrens, weil die Schlichtung im Adjudikations-Verfahren aufgeht.

### **III. Clearing-Instanz**

Eine Clearing-Instanz im Sinn eines Konfliktlotsens<sup>168</sup> oder eines Konfliktmanagers zur Kanalisierung des Konfliktes hin zum „passenden“ ADR-Verfahren zu installieren, ist eine sinnvolle Vorgehensweise, wenn die zu erwartenden Konflikte so unterschiedlich sind, dass ein systematisches Konfliktmanagement nur in einem gewissen Rahmen möglich ist oder man AGB-Konflikte von Anbeginn ausschließen will, da die Verfahrensordnung von der Institution eingebracht wird. Wenn eine Institution ein breites Spektrum an Konfliktlösung anbietet - beispielsweise von IT- bis Baustreitigkeiten. Dann muss erst ein passendes Verfahren ausgesucht werden, so dass gewissermaßen eine Streitbeilegung über die Streitbeilegung erfolgen kann. In Bausachen erscheint der Einsatz einer Clearing-Instanz aber wenig effizient, da ein systematisches Baukonfliktmanagement weitgehend spezifiziert werden kann, so dass kein Rahmen verbleibt, der durch eine Clearing-Instanz ausgefüllt werden müsste.

Eine Clearing-Instanz ist aus ökonomischer Sicht nur dann effizient, wenn diese Instanz die Parteien nicht nur darüber berät, welches ADR-Verfahren zu Anwendung kommen sollte, sondern in letzter Konsequenz die zu durchlaufenden ADR-Verfahren – jedenfalls wenn konsensuale Versuche gescheitert sind – im Sinn von § 317 Abs. 1 BGB anordnen können muss, damit eine Streitbeilegung garantiert wird.

## **G. Regelungsvorschlag für ein gesetzliches Adjudikations-Verfahren**

### **§ 1 - Verfahren**

#### **1. Anwendungsbereich**

(1) Dieses Schiedsgutachtenverfahren gilt für alle Streitigkeiten im Sinne von § 348 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 c ZPO zwischen Unternehmern. (2) Der Schiedsgutachter entscheidet auch über seine Zuständigkeit. (3) Das Schiedsgutachtenverfahren umfasst insbesondere

---

<sup>168</sup> Greger/Stubbe, Schiedsgutachten, Rdn. 230 f.

Feststellungen, sowie Vertragsänderungen und –ergänzungen durch den Schiedsgutachter. (4) Das Schiedsgutachtenverfahren kann jederzeit von einer Partei betrieben werden, wenn diese ein allgemeines Rechtsschutzinteresse hat; ein rechtliches Interesse im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO bedarf es grundsätzlich nicht. (5) Es können neben diesem Schiedsgutachtenverfahren jederzeit andere außer- oder gerichtliche Verfahren betrieben werden.

## **2. Streitanzeige**

- (1) (1) Eine Streitigkeit muss gegenüber der gegnerischen Partei und dem benannten Schiedsgutachter schriftlich angezeigt werden (Streitanzeige). (2) Ist noch kein Schiedsgutachter benannt, wird dieser spätestens mit Verfahrenseinleitung entsprechend § 3 Nr. 4 benannt und bestellt.
- (2) Eine Streitigkeit liegt vor, wenn eine Partei schriftlich gegenüber der anderen Partei einen Anspruch geltend gemacht oder die Feststellung eines Rechtsverhältnis oder rechtserheblicher Tatsache oder einzelner Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses zur Feststellung angetragen hat und der Anspruch oder die Feststellung von der anderen Partei nicht binnen angemessener Frist schriftlich anerkannt bzw. festgestellt wurde.
- (3) (1) Die Streitanzeige enthält die Parteien, die Bezeichnung des Streitgegenstandes, Ort und Zeitpunkt der Streitigkeit, das Verfahrensbegehren, sowie den Sachverhalt und eine rechtliche Würdigung. (2) Die Substantiierungslast ist am möglichen Dokumentationsstand einer sorgfältigen Partei zu messen.

## **3. Antragsschrift und Erwidern**

- (1) (1) Zur Verfahrenseinleitung übersendet die Partei, die eine Entscheidung über eine Streitigkeit begehrt (Antragsteller) der anderen Partei (Antragsgegner) und dem benannten Schiedsgutachter schriftlich einen Antrag (Antragsschrift). (2) Dieser enthält neben den Angaben seiner Streitanzeige einen entsprechend weitergehend substantiierten Sachverhalt, eine rechtliche Würdigung, sowie die Beweisunterlagen und darf den Streitgegenstand grundsätzlich nicht erweitern. (3) Die Antragsschrift darf frühestens nach 2 Wochen, muss spätestens aber 6 Wochen nach dem Zugang der Streitanzeige übersendet werden. (4) Mit Verfahrenseinleitung wird die Verjährung entsprechend § 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB gehemmt.

- (2) (1) Der Schiedsgutachter hat sich auf die Antragsschrift innerhalb von 2 Tagen zu erklären, ob er den Auftrag annimmt; insbesondere ob er unabhängig und unparteilich ist. (2) Innerhalb von weiteren 3 Tagen wird der Schiedsgutachter von beiden Parteien bestellt. (3) Wenn der Schiedsgutachter den Auftrag nicht annimmt findet eine Ersatzbenennung statt (§ 3 Nr. 4).
- (3) (1) Innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Antragsschrift erwidert der Antragsgegner hierauf und übersendet die Erwidерung dem Antragsteller und dem Schiedsgutachter. (2) Der Schiedsgutachter trifft spätestens innerhalb von 6 Wochen nach Eingang der Erwidерung eine Entscheidung der Streitigkeit. (3) Auf Vorschlag des Schiedsgutachters kann die Entscheidungsfrist um bis zu 4 Wochen verlängert werden, wenn der Antragsteller zustimmt. (4) Der Schiedsgutachter kann insbesondere Teilentscheidungen vor Ablauf der jeweiligen Frist erlassen. (5) Der Schiedsgutachter kann den Parteien jederzeit schlichtende Empfehlungen unterbreiten, wie die Streitigkeit durch eine Parteivereinbarung beendet werden könnte.
- (4) (1) Für die Fristberechnung ist der Zugang der Schriftsätze maßgeblich. (2) Der Schiedsgutachter entscheidet nach freiem Ermessen darüber, ob verspätet eingegangene Schriftsätze berücksichtigt werden und ob verspätetes Vorbringen gewertet werden kann.
- (5) (1) Trifft der Schiedsgutachter eine Entscheidung außerhalb der Entscheidungsfrist, kann jede Partei ein neues Schiedsgutachtenverfahren nach dieser Verfahrensordnung unter Beteiligung eines neuen Schiedsgutachters einleiten. (2) Es gilt von beiden Schiedsgutachtenverfahren das Schiedsgutachten, welches den Parteien zuerst zugeht; im Zweifel die Entscheidung des älteren Schiedsgutachtenverfahrens.

#### **4. Entscheidung**

- (1) (1) Für Streitgegenstände, die nicht in der Streitanzeige enthalten waren, ist der Schiedsgutachter nur entscheidungsbefugt, wenn diese neuen Streitgegenstände im Einvernehmen mit dem Antragsteller und dem Schiedsgutachter in das laufende Verfahren aufgenommen wurden. (2) Dieses gilt nicht für die Aufrechnung und für Zurückbehaltungsrechte, die synallagmatisch eng miteinander verbunden sind, wenn diese in der Erwidерung geltend gemacht wurden. (3) Die Verfahrensfristen bleiben für diese Fälle grundsätzlich unberührt.

- (2) (1) Im Zuge der Entscheidungsfindung hat der Schiedsgutachter den Parteivortrag im Wesentlichen zu beachten und zu würdigen. (2) Die Parteien verpflichten sich wahrheitsgemäß vorzutragen und keine Tatsachen zu unterdrücken.
- (3) (1) Zur Entscheidungsfindung hat der Schiedsgutachter den Sachverhalt auch eigenständig aufzuklären. (2) Er entscheidet auf Grund des Sachverhaltes, wie er sich zum Zeitpunkt der Entscheidung darstellt und kann auch nach Aktenlage entscheiden. (3) Die Parteien sind zur Mitwirkung verpflichtet. (4) Diese Mitwirkungspflicht findet ihre Grenze im subjektiven Wissen der Partei und in der Zumutbarkeit der Mitwirkung. (5) Eine allgemeine Aufklärungspflicht der nicht darlegungs- und beweispflichtigen Partei besteht nicht. (6) Insbesondere Betriebsinterna, die grundsätzlich geeignet sind, die Erfolgsaussichten der Partei im Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen, werden durch den Schiedsgutachter auf die Verwendbarkeit hin geprüft. (7) Der Schiedsgutachter beachtet die Verschwiegenheitspflichten der zu befragenden Parteien oder Dritten. (8) Verweigert eine Partei die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht, so kann dieses als Beweisvereitelung gewertet werden, es sei denn es handelt sich um befangene Zeugen. (9) Soweit eine Partei durch den Schiedsgutachter angeforderte Unterlagen nicht vorlegt, Ortsbesichtigungen oder Untersuchungen vereitelt, kann dieses gegen diese Partei gewertet werden.
- (4) (1) Der Schiedsgutachter entscheidet die Streitigkeit kraft seines Amtes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. (2) Die Entscheidung des Schiedsgutachters ist innerhalb der Entscheidungsfrist schriftlich zu begründen und beiden Parteien zu übersenden. (3) Auf Antrag einer Partei kann der Schiedsgutachter binnen einer Frist von einer Woche ab Zugang der Entscheidung Schreib- und Rechenfehler korrigieren.
- (5) (1) Wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass ein Hauptsacheverfahren (§ 5) wegen Insolvenzgefahr der im Schiedsgutachtenverfahren obsiegenden Partei ausbleibt, ordnet der Schiedsgutachter eine Sicherheitsleistung an, wenn dieser Antrag spätestens mit Ablauf der Erwiderungsfrist gestellt wurde. (2) Dieser schriftliche Antrag muss begründet werden und ist mit entsprechenden Beweisunterlagen zu versehen. (3) Die Sicherheitsleistung bemisst sich nach dem Wert des in der Entscheidung des Schiedsgutachters befundenen Anspruches. (4) Im Zweifel liegen die

Voraussetzungen nicht vor. (5) Hat der Schiedsgutachter eine Sicherheitsleistung angeordnet oder ist ein Antrag auf Sicherheitsleistung gestellt, ist die Bindungswirkung der Entscheidung des Schiedsgutachters durch die Leistung der Sicherheit oder die ablehnende Entscheidung über den Antrag auf Sicherheitsleistung aufschiebend bedingt.

## **5. Verfahrensgarantien**

- (1) (1) Der Verfahrensablauf steht grundsätzlich im freien Ermessen des Schiedsgutachters. (2) Der Schiedsgutachter kann den Umfang der Antragschrift beschränken, wenn dieser eine fristgerechte Entscheidung gefährdet oder die gegnerische Partei unangemessen in der Erwiderng benachteiligt. (3) Die Gewähr rechtlichen Gehörs neben Antragschrift und Erwiderng der Parteien liegt im freien Ermessen des Schiedsgutachters, das durch das Erfordernis einer fristgerechten Entscheidung begrenzt wird. (4) Die Parteien werden innerhalb des Schiedsgutachtenverfahrens gleich behandelt. (5) Der Schiedsgutachter kann Einzelgespräche führen. (6) Der Schiedsgutachter soll die Parteien auf Gesichtspunkte in Antrag und Erwiderng hinweisen, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat.
- (2) (1) Die Parteien können sich jederzeit durch Dritte vertreten lassen. (2) Vertreter müssen jederzeit eine Bevollmächtigung nachweisen können.
- (3) (1) Die Parteien vereinbaren Vertraulichkeit des Verfahrens. (2) Alle Unterlagen können innerhalb des Hauptsacheverfahrens (§ 5) vorgelegt werden. (3) Der Schiedsgutachter und seine Experten können innerhalb des Hauptsacheverfahrens als Zeugen benannt werden.

## **6. Bindungswirkung**

- (1) (1) An Entscheidungen des Schiedsgutachters sind die Parteien vor Fertigstellung des gesamten Bauvorhabens grundsätzlich in den Grenzen von § 319 Abs. 2 BGB in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gebunden. (2) Bei Verfahrensverstößen muss die Entscheidung zur Unverbindlichkeit auf dem Verfahrensverstoß beruhen. (3) Entscheidungen, die von einem abgelehnten Schiedsgutachter getroffen wurden, sind ungeachtet des Beruhens der Entscheidung auf diesem Verfahrensverstoß nicht bindend. (4) Im Zweifel führt ein Verfahrensverstoß nicht zur Unverbindlichkeit des

Schiedsgutachtens. (5) § 318 Abs. 2 S. 2 BGB wird entsprechend § 124 Abs. 1 BGB abbedungen.

- (2) (1) Der Schiedsgutachter ist im Verhältnis zu den Parteien verpflichtet eine Entscheidung nach billigem Ermessen zu treffen. (2) Der Schiedsgutachter haftet gemäß § 276 BGB. (3) Die Bindungswirkung nach § 1 Nr. 6 Abs. 1 S. 1 bleibt hiervon unberührt.
- (3) (1) Gegen die Entscheidung des Schiedsgutachters können Einreden nur erhoben werden, wenn diese durch ein Schiedsgutachten nach dieser Verfahrensordnung bereits entschieden wurden, unbestritten sind oder ein rechtskräftiges Urteil oder eine Parteivereinbarung vorliegt. (2) Selbiges gilt für die Aufrechnung.
- (4) (1) Die Entscheidung des Schiedsgutachters wird der Benennungsinstitution unter Beachtung der Geheimhaltungsinteressen der Parteien durch den Schiedsgutachter 4 Wochen nach Zugang der Entscheidung zur Veröffentlichung übersendet. (2) Sie wird mit „Entscheidungsdatum/ Schiedsgutachter“ zitierfähig individualisiert. (3) Dieses gilt nicht, wenn eine Partei der Veröffentlichung nach Zugang der Entscheidung innerhalb von 3 Wochen gegenüber dem Schiedsgutachter widerspricht.

## **7. Anerkennung**

(1) Der Antragsgegner kann jederzeit das Verfahrensbegehren des Antragstellers schriftlich anerkennen. (2) Dieses Anerkenntnis ist entsprechend § 5 Abs. 1 auflösend bedingt, es sei denn das Anerkenntnis ist als endgültiges abgegeben worden.

## **8. Verfahrensende**

(1) Das Schiedsgutachtenverfahren wird mit Zugang der Entscheidung des Schiedsgutachters, durch ein Anerkenntnis oder durch eine gütliche Vereinbarung beendet. (2) Das Verfahren wird auch beendet, wenn der zugrunde liegende Bauvertrag wirksam gekündigt wurde oder wenn eine Partei insolvent geworden ist und der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat.

## **9. Kosten**

(1) Die Kosten des Schiedsgutachters und seiner Experten, sowie solche seiner Benennung tragen die Parteien im reziproken Verhältnis des jeweiligen Obsiegens / Unterliegens. (2)

Insoweit gelten die §§ 91 ff. ZPO entsprechend. (3) Zahlt ein Gesamtschuldner das Schiedsgutachterhonorar über seine Quote hinaus, ist dieser verpflichtet Einwendungen gegen das Schiedsgutachterhonorar zu prüfen. (4) Eine schuldhafte Verletzung dieser Pflicht führt zum Ausschluss des Ausgleichsanspruchs gegenüber dem anderen Gesamtschuldner. (5) Weitere Kosten tragen die Parteien selbständig.

## **10. Gerichtliche Durchsetzung**

(1) Die obsiegende Partei kann im Zuge der gerichtlichen Durchsetzung der Entscheidung des Schiedsgutachters (sog. Vollstreckungsprozess) das Schiedsgutachten im Urkundenprozess als zulässiges Beweismittel vorlegen. (2) Wenn das Gericht im Vollstreckungsprozess zur Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens gelangt ist, trifft es eine Entscheidung nach billigem Ermessen, es sei denn, dass für diese ein Sachverständigengutachten eingeholt werden muss. (3) Eine gerichtliche Durchsetzung ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger insolvent geworden ist und der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat.

## **§ 2 - Mehrparteienverfahren**

Die Parteien können ein Mehrparteienverfahren vereinbaren.

## **§ 3 - Schiedsgutachter**

### **1. Personen**

(1) Der Schiedsgutachter kann bereits mit Vertragsschluss benannt werden. (2) Dieses gilt auch für die Benennungsinstitution. (3) Haben die Parteien keine Benennungsinstitution benannt, entscheidet die örtlich zuständige Industrie- und Handelskammer als Benennungsinstitution. (4) Der Schiedsgutachter kann jederzeit nach vorheriger Anzeige gegenüber den Parteien Experten benennen. (5) Die Parteien haben sich innerhalb von 2 Tagen darüber zu erklären, ob gegen die Benennung des Experten Einwände bestehen.

### **2. Anforderungen an den Schiedsgutachter**

(1) (1) Als Schiedsgutachter sollte nur benannt und bestellt werden, wer über mehrjährige Berufserfahrungen in der Baupraxis verfügt. (2) Als Experte darf nur

benannt werden, wer die für seine Hilfstätigkeit notwendige Qualifikation nachweisen kann. (3) Soweit der Experte nicht über die notwendige Qualifikation verfügt, findet ein Ablehnungsverfahren statt, es sei denn, die mangelnde Qualifikation war den Parteien bekannt oder infolge von Fahrlässigkeit unbekannt.

- (2) (1) Schiedsgutachter und Experten müssen während des gesamten Verfahrens unparteiisch und unabhängig sein. (2) Begründete Zweifel an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit ergeben sich nicht alleinig aus dem Umstand, dass der Schiedsgutachter durch eine Partei im Vertrag bereits vorgegeben wurde. (3) Der Schiedsgutachter ist verpflichtet alle Umstände jederzeit offen zu legen, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken könnten. (4) Er ist auch verpflichtet über seine Experten solche Umstände jederzeit offen zu legen.

### **3. Ablehnungsverfahren**

(1) Schiedsgutachter oder Experten können während des Verfahrens abgelehnt werden, wenn diese nicht unabhängig oder unparteilich sind oder aus Sicht einer verständigen Partei begründete Zweifel an ihrer Qualifikation bestehen. (2) Die Besorgnis der Befangenheit genügt nicht. (3) Der Ablehnungsantrag muss ohne schuldhaftes Zögern nach Kenntnisnahme oder fahrlässiger Nichtkenntnisnahme der den Ablehnungsgrund begründenden Tatsachen gegenüber dem Schiedsgutachter gestellt werden. (4) Über die Ablehnung des Schiedsgutachters und von Experten entscheidet der Schiedsgutachter innerhalb von 2 Tagen. (5) Hält er das Ablehnungsbegehren im Zusammenhang mit seiner Person für unbegründet, entscheidet die Benennungsinstitution auf Antrag des Schiedsgutachters oder einer Partei innerhalb von 5 Tagen endgültig. (6) Das Ablehnungsverfahren führt nicht zum Ruhen des Verfahrens.

### **4. Ersatzbenennung und –bestellung**

- (1) (1) Die Ersatzbenennung erfolgt durch Antrag einer Partei auf Benennung eines Schiedsgutachters bei der Benennungsinstitution, wenn sich die Parteien nicht innerhalb von 2 Tagen nach der Entscheidung des Schiedsgutachters oder der Benennungsinstitution über das Ablehnungsgesuch auf einen neuen Schiedsgutachter geeinigt haben. (2) Dem Antrag ist je nach Verfahrensstand die Streitanzeige oder die Antragsschrift beizufügen. (3) Die Parteien verpflichten die Benennungsinstitution einen Schiedsgutachter innerhalb von 5 Tagen zu benennen. (4) Der Schiedsgutachter wird von den Parteien aufgefordert, sich hierauf innerhalb von weiteren 2 Tagen darüber zu erklären, ob er den Auftrag annimmt, insbesondere

ob er unabhängig und unparteilich ist. (5) Wenn der Schiedsgutachter den Auftrag nicht annimmt, findet eine erneute Ersatzbenennung nach dieser Vorschrift statt. (6) Die Ersatzbenennung gilt auch für den Fall der Kündigung des Schiedsgutachtervertrages oder dem Tod oder der Erkrankung des Schiedsgutachters von mehr als zwei Wochen. (7) Das Schiedsgutachtenverfahren bleibt durch eine Ersatzbenennung unberührt. (8) Dem neuen Schiedsgutachter bleibt jedoch die vollständige Entscheidungsfrist erhalten.

- (2) (1) Innerhalb von weiteren 3 Tagen nach der Ersatzbenennung wird der Schiedsgutachter von beiden Parteien bestellt. (2) Verweigert eine Partei die ihr obliegende Mitwirkungspflicht zu Bestellung innerhalb dieser Frist, kann die andere Partei den Schiedsgutachter ohne die sich weigernde Partei einseitig bestellen.

#### **§ 4 - Mediations-Verfahren**

(1) Der Schiedsgutachter wirkt innerhalb des Schiedsgutachtenverfahrens jederzeit auf eine gütliche Vereinbarung hin. (2) Auf Vorschlag des Schiedsgutachters oder einer Partei kann ein Mediationsverfahren angestrengt werden, wenn beide Parteien diesem zustimmen. (3) Der Mediator sollte vom Schiedsgutachter personenverschieden sein. (4) Erklärungen oder offen gelegte Unterlagen der Parteien oder andere Umstände, die innerhalb des Mediationsverfahrens erstmalig bekannt werden, sind innerhalb des Schiedsgutachtenverfahrens und anderen Drittscheidungsverfahren nicht verwertbar, es sei denn, diesem stehen gewichtige übergeordnete Interessen der Parteien entgegen. (5) Unterlagen der Parteien oder andere Umstände, die im Zuge der Amtsermittlung durch einen Dritten bekannt werden, bleiben hiervon unberührt. (6) Der Mediator und andere am Mediationsverfahren beteiligte Parteien oder Dritte können insoweit nicht als Zeugen benannt werden. (7) Die Fristen dieser Verfahrensordnung bleiben vom Mediations-Verfahren grundsätzlich unberührt. (8) Kommt innerhalb des Mediations-Verfahrens keine Vereinbarung zwischen den Parteien zu Stande, bleibt es den Parteien unbenommen, den Mediator mit einer nicht bindenden Schlichtungsempfehlung zu beauftragen.

#### **§ 5 - Hauptsacheverfahren**

- (1) (1) Das Schiedsgutachten nach dieser Verfahrensordnung ist durch die Verkündung einer erstinstanzlichen Gerichtsentscheidung eines staatlichen Gerichts oder eines vollstreckbaren Schiedsgerichtsurteils im Hauptsacheverfahren auflösend bedingt,

wenn in der Sache entschieden wurde. (2) Das (Schieds-) Gericht ist nicht an die Feststellungen oder rechtlichen Beurteilungen des Schiedsgutachters gebunden, sondern trifft eine neue Entscheidung. (3) Innerhalb des Hauptsachverfahrens ist der Urkundenprozess ausgeschlossen, es sei denn, der Kläger kann seinen Bereicherungsanspruch ohne Vorlage des Schiedsgutachtens und des Schiedsgutachtenvertrages nach dieser Verfahrensordnung nachweisen. (4) Vertragsstrafen wegen Verzuges mit der Befolgung des Schiedsgutachtens können nicht zurückgefordert werden, wenn das Schiedsgutachten nach § 319 Abs. 1 S. 1 BGB bindend ist.

- (2) Trifft das (Schieds-) Gericht hinsichtlich einer Streitigkeit, die der Schiedsgutachter entschieden hatte, eine insoweit abweichende Entscheidung im Hauptsacheverfahren und kann die im Hauptsacheverfahren nunmehr obsiegende Partei einen Schadensersatzanspruch wegen fehlendem Verschulden der im Schiedsgutachtenverfahren obsiegenden Partei nicht geltend machen, weil diese auf das Schiedsgutachten vertrauen durfte, so haftet die ehemals obsiegende, im Hauptsacheverfahren nunmehr unterliegende Partei der ehemals unterliegenden, im Hauptsacheverfahren nunmehr obsiegenden Partei verschuldensunabhängig in Höhe der Hälfte des entstandenen Schadens.
- (3) (1) Im Hauptsacheverfahren im Zusammenhang mit einer vertragsändernden oder vertragsanpassenden Entscheidung des Schiedsgutachtens ist dieses Schiedsgutachten für die Parteien nicht bindend, wenn es nicht der Billigkeit entspricht. (2) Die Bestimmung erfolgt für diesen Fall unmittelbar durch Urteil (§ 319 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. BGB).