

Aktuelle Entwicklungen bei der Alternativen Streitbeilegung im Baurecht

Rechtsanwalt Dr.-Ing. Moritz Lembcke*

Gerichtsverfahren sind wegen struktureller Defizite nicht in der Lage, den Besonderheiten von Baustreitigkeiten gerecht zu werden. Trotzdem ziehen Anwälte immer wieder vor Gericht und setzen sich so nicht unerheblichen Haftungsrisiken aus. Dabei gibt es mit der Adjudikation gerade für Baustreitigkeiten eine hervorragende Vertragslösung, die nicht zwingend mit Honorareinbußen verbunden ist, sondern für nachhaltige Mandantenbeziehungen sorgen kann. Die Erforderlichkeit und verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der gesetzlichen Adjudikation hat jüngst der ehemalige Präsident des BVerfG Professor Dr. Dr. h. c. Hans-Jürgen Papier in einem Gutachten einer interessenübergreifenden Fördergemeinschaft aus der Bauwirtschaft attestiert. Demnach müsste der Gesetzgeber im Rahmen des neuen Bauvertragsrechts die Adjudikation obligatorisch vorschreiben, um den Justizgewährleistungsanspruch in Bausachen wiederherzustellen.

I. Baustreitigkeiten vor Gericht

1. Struktur von Bauverträgen

Baustreitigkeiten lassen sich auch mit ausgereiften und umfangreichen Verträgen nicht vermeiden. Dies liegt maßgeblich daran, dass sich die Baubeteiligten trotz aller Bemühungen nur auf einen groben Rahmen verständigen, das Bausoll nicht zu 100 % beschreiben können, sich die tatsächlichen Gegebenheiten später doch anders darstellen und sich die Nutzeranforderungen erst nach Vertragsschluss konkretisieren oder ändern. In diesem Rahmen versucht der Auftraggeber die Kosten zu minimieren und der Auftragnehmer den Gewinn zu maximieren – dies ist auch meist zwingend notwendig, da der Auftragnehmer häufig mit „roten Zahlen“ anbietet, um den Auftrag zu erhalten, und anschließend das Projektergebnis durch Nachträge und Einsparungen an der Qualität retten muss. Kostenintensive Claim-Managementstrukturen sind Auswüchse dieses Phänomens, die komplexe Gemengelagen von Forderungen und Gegenforderungen aufbereiten. Bereits im Vorfeld werden Vorteile unter Ausnutzung eines Informationsdefizits des Vertragspartners in die Verträgen eingebaut. Wenn dann später die Konsequenzen der einen oder anderen vertraglichen „Gemeinheit“ erkannt werden, fühlt sich der Vertragspartner „über den Tisch ge

Lembcke: Aktuelle Entwicklungen bei der Alternativen Streitbeilegung im Baurecht (NJW 1705 ▲
2013, 1704) ▼

zogen“. Damit ist dann der Grundstein gelegt, um lange und ausgiebig zu streiten.

2. Gerichtsverfahren in Bausachen

Mit einem prall gefüllten Sack an Forderungen und aufgestautem Ärger ziehen die Parteien dann vor Gericht und arbeiten sich an den strukturellen Defiziten der ZPO ab: Für die Vorbereitung müssen auf beiden Seiten bis zur erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung *interne* Kosten in Höhe von 20 % des Streitwerts¹ – ohne Kosten für Anwälte, Gericht und eigene (baubetriebliche und technische) Gutachten – aufgewendet werden. Hohe Anforderungen an die Darlegungs- und Substanziierungslast sowie die Gewähr rechtlichen Gehörs führen vor Gericht zu endlosen Schriftsatzrunden, die kaum ohne technische, baubetriebliche und juristische Expertise gelingen. Auch spezialisierte Baukammern müssen sich gerichtlicher Sachverständiger bedienen, was weitere Zeit beansprucht und die Kosten in die Höhe

treibt. Mit zunehmendem Zeitablauf nehmen die Beweis- und Insolvenzrisiken zu. Im Baurecht sind die vertretenden Rechtsmeinungen vielfältig. Die Verfahrensergebnisse sind damit unkalkulierbar und haben Lotterie-Charakter². Von „unsachgemäßen Prozessergebnissen“³ ist die Rede. Der vorsitzende Richter des *Bausenats* des *BGH* spricht in diesem Zusammenhang von „wirtschaftlichem Unfug“⁴. Nicht selten erweisen sich diese „Punktesachen“ als nicht justiziabel⁵.

Die strukturellen Defizite des Gerichtsverfahrens sind, bedingt durch die hohe Darlegungs- und Substanziierungslast, die der Beibringungsgrundsatz mit sich bringt, die Gewähr rechtlichen Gehörs, die Verifizierung des maßgeblichen Sachverhalts durch externe Dritte und durch die Überlastung der Gerichte. Deren Netto-Arbeitszeit zeigt in Bausachen deutlich, dass die Akten die meiste Zeit nicht bewegt werden. Die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien als „die“ Errungenschaften der Nachkriegszeit schlechthin führen in diesen Verfahren tatsächlich zu dem Paradoxon, dass vielfach kein effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden kann.

Irgendwann sind die Ermüdungserscheinungen so groß, dass ein fauler 50:50-Vergleich geschlossen wird. Gewinner ist damit derjenige, der von Anbeginn die meisten Forderungen aufgebauscht hat – ein unter ökonomischen Gesichtspunkten fataler Anreiz (Verhinderung von Residualverlusten). Spätestens wenn der Mandant erkennt, dass er einen solchen Vergleich schon sehr viel früher hätte haben können und auf diese Weise erheblich beim Anwaltshonorar gespart hätte, wird das Mandantenverhältnis auf eine echte Belastungsprobe gestellt.

Ein auf dem Gebiet Bauwirtschaft und Baubetrieb renommierter Experte (sog. Baubetriebler) hat herausgefunden, dass die Durchsetzung berechtigter Ansprüche beim Auftragnehmer Transaktionskosten (TAK) in Höhe von 50 % des Streitwerts bei vollständigem Obsiegen auslöst⁶, obwohl Anwalts- und Gerichtskosten teilweise erstattet werden. Der verfassungsmäßig garantierte effektive Rechtsschutz in Bausachen ist aus diesem Blickwinkel nicht mehr gewährleistet, weil die Kosten außer Verhältnis zum wirtschaftlichen Erfolg stehen⁷. Aus ökonomischer Sicht ist die Absicherung spezifischer Investitionen nicht mehr gewährleistet, wenn der vorleistungspflichtige Auftragnehmer nur eine stark geminderte Gegenleistung erhält. Dieses kann zu anfänglich erhöhten Angebotspreisen führen und wirkt sich jedenfalls im Nachhinein in Gestalt eines aggressiven Nachtragmanagements und in Einsparungen an der Leistung aus. Wenn der Auftraggeber dann die Zahlungen auf Grund mangelhafter Bauleistungen völlig einstellt, kann der Auftragnehmer möglicherweise keine weiteren Leistungen erbringen, so dass der Vertragszweck gefährdet wird.

II. Alternative Streitbeilegung durch Adjudikation

1. Adjudikationsverfahren

Es geht auch anders: In der Gesetzesbegründung zum Mediationsgesetz ist „Adjudikation“ als „Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ genannt⁸. Nach klassischem Verständnis trifft ein sachverständiger Experte (Adjudikator) auf Antrag eine (vorläufig) bindende Entscheidung über Baukonflikte in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht innerhalb kürzester Frist (ca. sechs Wochen). Der Antragsgegner hat in der Regel nur eine kurze Erwidierungsfrist. Der Adjudikator nimmt überdies die Sachverhaltsermittlung eigenständig wahr (Amtsermittlung). Seine Entscheidung ist auch dann bindend, wenn diese grobe tatsächliche oder rechtliche Fehler aufweist, da die Möglichkeit einer summarischen Sachverhaltsermittlung und eine Entscheidung mit einem weitgehenden Ermessensspielraum eingeräumt ist. Diese Entscheidung kann mit gerichtlicher Hilfe zu einem Titel führen und zwangsweise im Wege der Vollstreckung durchgesetzt werden. Die Bindungswirkung besteht so lange, bis der Konflikt innerhalb eines Gerichtsverfahrens oder anderweitig endgültig beigelegt wird. In diesem nachfolgenden Gerichtsverfahren (Hauptsache- bzw. Rückforderungsprozess) wird eine *de novo*⁹ – also eine eigenständige Entscheidung – getroffen; die Adjudikations-Entscheidung ist mithin nicht Streitgegenstand, sondern der Anspruch aus dem Bauvertrag.

2. Vorteile der Adjudikation unter Effizienzgesichtspunkten

a) Aufklärungspflicht des Anwalts

Bereits § 18 III 1 VOB/B eröffnet die Möglichkeit, „Verfahren zur Streitbeilegung“ zu vereinbaren und führt zu Beratungsbedarf (§ 1 III BORA). „Den Mandanten muss der Rechtsanwalt vor Nachteilen bewahren, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind.“¹⁰ Hierzu gehören auch die finanziellen Belastungen der gerichtlichen Auseinandersetzung und etwaiger Insolvenzrisiken¹¹, da es dem Mandanten um die Maximierung wirtschaftlichen Erfolgs und die Minimierung von Risiken bei der Durchsetzung seiner Ansprüche geht. Daher müssen Anwälte gerade in Bausachen über alternative Streitbeilegung aufklären¹².

b) Effizienzkriterien

Aus Denkrichtungen wie der Neuen Institutionen Ökonomik (NIÖ), die eine ökonomische Ana

Lembcke: Aktuelle Entwicklungen bei der Alternativen Streitbeilegung im Baurecht (NJW 2013, 1704) 1706 ▲
▼

lyse des Rechts verfolgt, lassen sich Effizienzkriterien gewinnen, die die Erforderlichkeit und Sinnhaftigkeit der Adjudikation unter ökonomischen Gesichtspunkten untermauern¹³ und die Aufklärungspflichten des Anwalts konkretisieren. Dabei meint Effizienz zunächst einmal nur die Maximierung des wirtschaftlichen Erfolgs und die Minimierung von Risiken und Verlusten; egal, wem diese monetär zugute kommen.

aa) Vermeidung von Beweisverlusten

Die Anspruchsdurchsetzung gelingt nur, wenn die Vorgänge auf der Baustelle beobachtet, beurteilt und so eine Nachweisführung gegenüber Dritten möglich wird (Verifizierbarkeit). Der Adjudikator ermittelt eigenständig und zeitnah den Sachverhalt und verhindert so, dass entscheidungserhebliche Tatsachen zurückgehalten oder wegen Zeitablaufs nur noch erschwert aufgeklärt werden können. Er gewährleistet so einen Ausgleich asymmetrischer Informationen. Da in Baustreitigkeiten primär technische und baubetriebliche Fragestellungen auftreten¹⁴, kann die Person des Adjudikators mit einem Sachverständigen oder Baubetriebler besetzt werden, der sich im Bedarfsfall juristische Expertise durch Subgutachter einholt.

bb) Kosten- und Schadensminimierung

Die Adjudikation trägt der Prämisse Rechnung, dass Baustreitigkeiten schnell gelöst werden müssen und trägt so zur Minimierung von Residualverlusten bei. Bleiben Entscheidungen aus, müssen Ansprüche zwischenfinanziert werden und Verzugs- und Mangelfolgeschäden vervielfältigen sich. Die Folgen eines Baustopps wegen einer ungeklärten Streitigkeit können schnell zu Verzugschäden führen, die die Baukosten übersteigen¹⁵. Zudem ist mit zunehmender Fertigstellung bzw. nach Fertigstellung eines Bauvorhabens das Budget (teilweise) verbraucht, so dass kostenoptimierende Lösungen oder Anpassungen nicht mehr möglich sind (Elbphilharmonitis).

Die Transaktionskosten werden durch die zielorientierte Bearbeitung der Adjudikation so niedrig wie möglich gehalten, ohne dass eine schlechtere Entscheidungsqualität im Vergleich zum Gerichtsverfahren zu befürchten steht. Der in Bausachen von hoher Substanziierungslast gekennzeichnete Beibringungsgrundsatz weicht umfassenden Amtsermittlungsbefugnissen. Hohe Anforderungen an die Gewähr rechtlichen Gehörs werden zu Gunsten einer summarischen Sachverhaltsprüfung und einer Entscheidung mit einem weitgehenden Ermessensspielraum zurückgestellt. Die engen Fristen des Adjudikationsverfahrens reichen in der Regel für eine gründliche Sachverhaltsermittlung aus, da wenig komplexe Einzelstreitigkeiten in das Verfahren eingespeist werden. Berücksichtigt man, dass die durchschnittliche Netto-Bearbeitungsdauer bei den Landgerichten in Bau- und Architektensachen (ohne Architektenhonorar-Streitigkeiten) nach der Pebbys-Studie¹⁶ nur

766 Minuten beträgt, hat ein Adjudikator bei einer Entscheidungsfrist von sechs Wochen knapp 20 Mal mehr Zeit zur Verfügung. Adjudikations-Entscheidungen werden vor Gericht in nur 2 % der Fälle aufgerollt – ein Beleg für die hohe Akzeptanz der Entscheidungen des Adjudikators.

Die Annahme, dass in einem Gerichtsverfahren mit rechtsstaatlichen Prinzipien eine richtige oder gerechte Entscheidung erlangt werden kann, indem der Sachverhalt als Entscheidungsgrundlage gründlich aufbereitet und eine sorgfältige Rechtsanwendung betrieben wird, ist für Baustreitigkeiten unzutreffend. Der Anspruchsteller sieht sich vielmehr mit so hohen Transaktionskosten belastet, dass die Hemmschwelle für die Inanspruchnahme von Rechtsschutz in Baustreitigkeiten derart hoch ist, dass dieser nicht in Anspruch genommen wird. Eine weitere beachtliche Hürde stellt die Substanziierungs- und Darlegungslast dar. Bis es zu einer Beweisaufnahme kommt, vergehen Jahre, so dass der Nachweis wegen Zeitablaufs häufig nicht mehr gelingt. Die Rechtsprechung und die anerkannten Regeln der Technik verändern sich. Oftmals erledigen sich Gerichtsverfahren ohnehin durch die Insolvenz einer Partei. Gerichtsentscheidungen in Bausachen bieten deshalb nicht immer eine hohe Gewähr für ihre Richtigkeit oder eine besondere Qualität. Die „Akzeptanz des Prozessergebnisses“ wird von den Bau- bzw. Verfahrensbeteiligten deshalb auch mit „schlecht“ bewertet (s. o. I 2).

cc) Verfahrensbeschleunigung

Die Parteien haben einen Anreiz, möglichst zeitnah die Konflikte in das Adjudikationsverfahren einzubringen. Dabei ist die Position des Antragstellers komfortabler, da der Antragsgegner innerhalb kurzer Fristen erwidern muss, der Antragsteller hingegen seinen Antrag in aller Ruhe vorbereiten kann. Außerdem kann auch die Richtigkeit der Entscheidung von den Parteien gesteuert werden: Je mehr Einzelstreitigkeiten in das Verfahren auf einmal eingespeist werden, desto größer ist das Risiko, dass der Adjudikator seinen Ermessensspielraum ausschöpfen muss, weil die Entscheidungsfrist nicht überschritten werden darf und ein quantitativ höheres Streitaufkommen eine gründliche Sachverhaltsermittlung und rechtliche Würdigung erschwert. Im Gerichtsverfahren hingegen wird das Sammeln von Einzelstreitigkeiten auf Grund der Struktur der Verfahrenskosten belohnt: Die Gerichtskosten entwickeln sich nicht linear und sind unabhängig von der Verfahrensdauer ausgestaltet.

3. Hinweise für die Praxis

a) Gesetzliche Adjudikation

Der Deutsche Baugerichtstag hatte bereits 2008 empfohlen, die Adjudikation gesetzlich vorzuschreiben¹⁷. Auch im Rahmen der vom Bundesministerium der Justiz (BMJ) eingerichteten Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die Leitlinien für ein gesetzliches Bauvertragsrecht entwickelt, wurde eine gesetzliche Regelung intensiv diskutiert¹⁸. Das Referat für Justizverfassungsrecht attestierte der Adjudikation aber Verfassungswidrigkeit: Ein Rechtsmittel gegen die Adjudikations-Entscheidung sei nur effektiv, wenn die Baustelle angehalten würde, um vollendete Tatsachen zu verhindern. Im Auftrag einer interessenübergreifenden Fördergemeinschaft hat der ehemalige Präsident des BVerfG Professor *Dr. Dr. h. c. Hans-Jürgen Papier* ein Rechtsgutachten erstellt¹⁹. Es kommt zu dem Ergebnis, dass die gesetzliche Einführung einer verpflichtenden Adjudikation erforderlich, mit dem grundgesetzlichen Justizgewähranspruch vereinbar ist und nicht in verfassungswidriger Weise den Zugang zu den staatlichen Gerichten erschwert²⁰. Schon gar nicht schützt der Justizgewährleistungsanspruch vor dem Verlust materieller Rechtspositionen durch Zeitablauf. Damit widerspricht das Gutachten der Ansicht des

Lembcke: Aktuelle Entwicklungen bei der Alternativen Streitbeilegung im Baurecht (NJW 2013, 1704) 1707 ▲
▼

BMJ. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber die volkswirtschaftliche Dimension der Adjudikation erkennt, statt sich in wirtschaftlich unbedeutenden Änderungen zu verzetteln.

b) Einschlägige Verfahrensvorschriften

Für die umstrittene²¹ rechtsdogmatische Einordnung des Adjudikationsverfahrens ist entscheidend, dass sich das Adjudikationsverfahren vertraglich jedenfalls nicht unter Beachtung der formalisierten Vorschriften des Schiedsgerichtsrechts (§§ 1025 ff. ZPO) effizient ausgestalten lässt²². Denn nur die Regelungen der §§ 317 ff. BGB ermöglichen eine Dosierung von Verfahrensgarantien²³. Rechtliches Gehör muss nicht gewährleistet werden²⁴. Auch ein Benennungsverfahren ist für den Schiedsgutachter weder vorgesehen, noch wird eine gleichgewichtige Berücksichtigung beider Parteien bei der Benennung gefordert²⁵. Schließlich gibt es kein Ablehnungsrecht wegen Befangenheit des Schiedsgutachters²⁶. Die summarische Prüfung und der weitgehende Ermessensspielraum gewährleistet § 319II BGB. Eine Gerichtsentscheidung oder anderweitige Beilegung wirkt als auflösende Bedingung der Entscheidung des Adjudikators (§ 158 II BGB).

c) Vertragsmuster

Im Gegensatz zum Mediationsverfahren ist die Adjudikations-Verfahrensordnung für eine erfolgreiche Streitbeilegung von zentraler Bedeutung. Von dieser hängt ab, ob die Entscheidung die Parteien bindet und eine gerichtliche Durchsetzung möglich ist. Im Umlauf sind mehr oder weniger ausgereifte Adjudikations-Verfahrensordnungen²⁷, wobei die Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau/Alpha) den höchsten Verbreitungsgrad aufweist²⁸. Nicht immer werden die typischen Merkmale der Adjudikation und damit die maßgeblichen Effizienzkriterien abgebildet. Das AGB-rechtliche Transparenzgebot führt zu umfangreichen Mustern.

aa) Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau/Alpha)

Die interdisziplinär entwickelte AO-Bau/Alpha (www.ao-bau.com) sieht eine Verfahrensdauer von elf bis 19 Wochen vor, wobei der Antragsteller die Dauer beeinflussen kann. Vor Verfahrenseinleitung muss eine Streitanzeige abgegeben werden, damit der Antragsgegner, dem nur eine Erwidernsfrist von drei Wochen zusteht, mindest zwei weitere Wochen hat, um sich auf das Verfahren vorzubereiten. Diese zwei Wochen können auch für konsensuale Lösungen genutzt werden. Der Adjudikator trifft binnen sechs Wochen eine Entscheidung (§ 1 Nr. 3 III 2 AO-Bau/Alpha), die um vier Wochen mit Zustimmung des Antragstellers verlängert werden kann (§ 1 Nr. 3 III 3 AO-Bau/Alpha). Die engen Entscheidungsfristen disziplinieren die Parteien dahingehend, möglichst wenig komplexe Einzelstreitigkeiten in das Verfahren zu speisen. Auch der potenzielle Antragsgegner kann das Verfahren einleiten, weil es eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses nicht bedarf (§ 1 Nr. 1 S. 4 AO-Bau/Alpha). Der Streitgegenstand wird durch die Streitanzeige beschränkt (§ 1 Nr. 4 I 1 AO-Bau/Alpha). Aufrechnung und Zurückbehaltungsrechte können nur mit synallagmatisch eng verbundenen Ansprüchen zum Zeitpunkt der Erwidernung geltend gemacht werden (§ 1 Nr. 4 I 2 AO-Bau/Alpha), so dass die Komplexität gering gehalten wird. Der Adjudikator hat umfassende Aufklärungsbefugnisse (§ 1 Nr. 4 III AO-Bau/Alpha), wobei die Verletzung von Mitwirkungspflichten zu Lasten der sich weigernden Partei gewertet werden kann (§ 1 Nr. 4 III 5 AO-Bau/Alpha). Rechtliches Gehör steht unter dem Vorbehalt der engen Verfahrensfristen (§ 1 Nr. 5 I 3 AO-Bau/Alpha). Langwierige „Anfechtungsszenarien“ gegen die Entscheidung sind wegen des weiten Ermessensspielraums ausgeschlossen (§ 1 Nr. 6 I 1 AO-Bau/Alpha). Auch kann die Entscheidung nicht durch Aufrechnung oder Zurückbehaltungsrechte torpediert werden (§ 1 Nr. 6 III AO-Bau/Alpha). Sie ist im Urkundenverfahren gerichtlich durchsetzbar (§ 1 Nr. 10 S. 1 AO-Bau/Alpha). Fehlerhafte Entscheidungen werden dadurch abgemildert, dass der Adjudikator gegenüber den Parteien verpflichtet wird, eine Entscheidung nach billigem Ermessen zu treffen (§ 1 Nr. 6 II AO-Bau/Alpha) und die Entscheidungen auflösend bedingt durch eine Gerichtsentscheidung sind (§ 5 I 1 AO-Bau/Alpha). Der Adjudikator kann schon während des Verfahrens wegen Befangenheit abgelehnt werden (§ 3 Nr. 3 S. 1 AO-Bau/Alpha), wobei das Verfahren bis zu einer Entscheidung weiterläuft (§ 3 Nr. 3 S. 5 AO-Bau/Alpha). Die AO-Bau/Alpha ermöglicht auch eine Streitverkündung, um Regressansprüche zu sichern (§ 2). Sie eröffnet ausdrücklich die Möglichkeit für konsensuale Lösungen, da diese mit sehr

geringen Transaktionskosten einhergehen. Der Adjudikator ist dazu angehalten, die Streitigkeit einvernehmlich zu befrieden (§§ 1 Nr. 3 III 5, IV 1 AO-Bau/Alpha). Die Möglichkeit einer Mediation eröffnet § 4 AO-Bau/Alpha.

Der Entwurf einer Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten des Deutschen Baugerichtstags (AO-Bau-E/DBG) ²⁹ orientiert sich weitgehend an der AO-Bau/Alpha. Allerdings wird dem Adjudikator in dieser ein nur beschränkter Ermessensspielraum eröffnet (§ 12 II AO-Bau-E/DBG). So drohen Anfechtungsszenarien und die Gefahr erheblicher Verzögerungen.

bb) Schiedsgutachtenordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS-SchGO)

Die DIS-SchGO ³⁰ beinhaltet ebenfalls ein durchdachtes Regelwerk für Adjudikationsverfahren, das leider sehr formalisiert ist und kaum vom Beibringungsgrundsatz abrückt. Das Verfahren dauert höchstens sechs Monate (§ 26.2 S. 1 DIS-SchGO). Die Erwidierungsfrist ist mit sechs Wochen relativ lang (§ 9.1 DIS-SchGO). Binnen drei Wochen sind eine Replik und binnen drei weiterer Wochen eine Duplik (§ 10.1 DIS-SchGO) und weitere Schriftsatzrunden möglich (§ 10.3 DIS-SchGO). Sogar private Sachverständigengutachten können vorgelegt (§ 13.1 DIS-SchGO) und mit Fristnachlass Gegengutachten gefertigt werden (§ 13.1 I 1 DIS-SchGO), da der Adjudikator nur mit Zustimmung der Parteien Sachverständige oder Sonderfachleute hinzuziehen darf (§ 15.2 DIS-SchGO). Der Antragsgegner kann durch Verweigerung der Zustimmung das Verfahren torpedieren. Ausdrücklich werden dem Schiedsgutachter keine Amtsermittlungsbefugnisse eingeräumt (§ 15) ³¹. Rechtliches Gehör ist uneingeschränkt zu gewähren (§ 16 S. 2 DIS-SchGO). Gegenansprüche können im Rahmen der Erwidierung uneingeschränkt geltend gemacht werden (§ 21.1 S. 1 DIS-SchGO), was zu komplexen Verfahren füh

Lembcke: Aktuelle Entwicklungen bei der Alternativen Streitbeilegung im Baurecht (NJW 1708 ▲
2013, 1704) ▼

ren kann. § 23.3 DIS-SchGO ist zu entnehmen, dass Entscheidungen unverbindlich sind, wenn ein Aufhebungsgrund nach § 1059 II Nr. 2 ZPO vorliegt. Die Schiedsgutachter haften nur für Vorsatz (§ 29 DIS-SchGO).

Daneben können auch vorläufige Anordnungen getroffen werden (§ 20 DIS-SchGO). Die Verfahrensführung ist hier in das Ermessen des Adjudikators gestellt, der nicht zwingend rechtliches Gehör zu gewähren hat (§ 20.2 DIS-SchGO). Allerdings können vorläufige Anordnungen nur getroffen werden, wenn eine Katalogstreitigkeit vorliegt (§ 20.1 DIS-SchGO), was schwierige Abgrenzungsprobleme mit sich bringt. Derjenige, gegen den eine vorläufige Anordnung ergeht, wird sich immer mit dem Einwand zu verteidigen versuchen, dass ein Katalogtatbestand nicht vorlag und ihm daher die Erwidierungsfristen der §§ 9.1, 10.1 DIS-SchGO nicht gewährt wurde. Hinsichtlich der zwingenden Verfahrensregeln ist das weitgehende Verfahrensermessen des Adjudikators beschränkt ³². Fehler führen zur Unverbindlichkeit.

cc) Streitlösungsordnung für das Bauwesen (SL-Bau) der Deutschen Gesellschaft für Baurecht

Die Adjudikations-Regelungen der SL-Bau gewährleisten keine effiziente Streitbeilegung, da die Wesensmerkmale der Adjudikation nicht geregelt werden. Der „Adjudikator“ darf nur eine Entscheidung treffen, wenn eine „hohe Wahrscheinlichkeit für den Anspruch besteht“ (§ 25 II 3 SL-Bau). Die Prognoseentscheidung bezieht sich damit auf die Erwartung des gerichtlichen Ausgangs im Einzelfall ³³. In der Literatur wird dies kritisch beurteilt, weil in Baustreitigkeiten eine Prognose ex ante unmöglich ist ³⁴. Diese fordert jedenfalls eine gerichtsgleiche Tatsachenermittlung, da auf Grundlage einer summarischen Prüfung keine Prognoseentscheidung – schon gar nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit –

getroffen werden kann³⁵. Eine summarische Prüfung mit weitgehendem Ermessensspielraum findet nach der SL-Bau gerade nicht statt. Daher muss auch die Entscheidungsfristbemessung, die in das Ermessen des Adjudikators gestellt wird (§ 23 S. 2 u. 3 SL-Bau i. V. mit § 317 I BGB), entsprechend lang ausfallen.

Die SL-Bau begreift die Schlichtung als nicht bindende Empfehlung als eine weitere Säule oder eigenständiges Verfahren der alternativen Streitbeilegung neben der Adjudikation³⁶. Nach einer gescheiterten Mediation können die Parteien den Mediator aber um eine nicht bindende Empfehlung ersuchen. Eine erneute Sachverhaltsaufbereitung im Rahmen eines anschließenden Schlichtungsverfahrens wäre nicht effizient. Der Adjudikator empfiehlt den Parteien in der Praxis vor einer bindenden Drittentscheidung als wesensgleiches Minus ohnehin eine vergleichsweise Lösung, um sich eine lange Begründung seiner Entscheidung zu sparen. Die Schlichtung hat daher keine eigenständige Bedeutung.

d) Musterklausel für den Bauvertrag

Nach allem steht mit der Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau/Alpha) ein ausgereiftes Vertragsmuster zur Verfügung, das durch folgende Bezugs-klausel im Bauvertrag vereinbart wird:

§ X. Streitigkeiten. Streitigkeiten aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag werden nach der Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau/Alpha) beigelegt (www.ao-bau.com). Ein Mehrparteienverfahren i. S. von § 2 AO-Bau/Alpha wird vereinbart. Als Benennungsinstitution i. S. von § 3 Nr. 1 S. 2 AO-Bau wird die Handelskammer Hamburg (Recht und fair play)³⁷ benannt. Gebühren für die Benennung fallen nicht an und werden ansonsten von den Parteien nach Obsiegen/Unterliegen gezahlt.“

Qualifizierte Adjudikatoren und Baumediatoren findet man über folgende Institutionen, die alternativ als Benennungsinstitution vereinbart werden können und im Streitfall das passende Personal stellen:

- Verband der Baumediatoren (VdB)³⁸
- Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS)³⁹
- Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)⁴⁰
- Deutsche Gesellschaft für Baurecht (DGfBR)⁴¹
- ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltverein⁴²
- Verband der Bausachverständigen Deutschlands (VBD)⁴³
- Bundesverband öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger (BVS)⁴⁴.

Auch für Ansprüche, die durch eine Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt sind (Architekten, Ingenieure, Sonderfachplaner), kann eine entsprechende Streitbeilegungsklausel vereinbart werden⁴⁵. Allerdings befürchten die Versicherer, dass ihnen in Ermangelung von Streitverkündung Regressansprüche verlustig gehen könnten⁴⁶, so dass vorher Rücksprache mit dem Versicherer gehalten und darauf hingewiesen werden sollte, dass eine Nebenintervention nach der AO-Bau/Alpha möglich ist.

III. Zusammenfassung

Der beratende Anwalt hat seine Mandanten „konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten“ (§ 1 III BORA). Schon im eigenen Interesse (bzw. im Interesse des Berufshaftpflichtversicherers) sollten effiziente Streitbeilegungsregelungen in der forensischen Tätigkeit aufgezeigt werden. Mit Abschluss

einer Streitbeilegungsvereinbarung ist eine 1,5 Einigungsgebühr nach Nr. 1000 VV-RVG verdient. Insbesondere durch den Abschluss einer Adjudikations-Vereinbarung als Schiedsgutachtenvereinbarung wird eine Einigungsgebühr ausgelöst⁴⁷, auch wenn es zu keinem Verfahren kommt. Gesetzgeberische Intention war eine Erweiterung des Gebührentatbestands, um die außergerichtliche Erledigung zu fördern⁴⁸. Der nach Stundenhonorar tätige Anwalt wird in einem Gerichtsverfahren im Vergleich zu alternativen Streitbeilegungsverfahren ein höheres Stundenvolumen abrechnen können, wenn der Mandant nicht bemerkt, dass der Aufwand nicht erforderlich war. Allerdings ist auch hier das abrechenbare Stundenvolumen durch andere Aspekte begrenzt: Folgemandate lassen sich nur durch eine effiziente Beratung generieren. Das Gericht sollten die Baubeteiligten in ihrem ureigensten Interesse immer meiden, wenn es nur irgend geht⁴⁹. Einem systematischen Baukonfliktmanagement entspricht die Regelung von Mediation und Adjudikation (MedAdj) nach der AO-Bau/Alpha. Konsensuale Verfahren oder bilaterale Verhandlungen werden in der Praxis durch eine Adjudikationsvereinbarung beflügelt. 30 % der Adjudikationsverfahren enden nicht mit einer Entscheidung des Adjudikators⁵⁰. Die Adjudikationsverfahren in England sind daher sogar rückläufig⁵¹.

Lembcke: Aktuelle Entwicklungen bei der Alternativen Streitbeilegung im Baurecht (NJW 2013, 1704) 1709 ▲
▼

* Der Autor ist Equity-Partner der auf das Immobilien- und Baurecht spezialisierten Kanzlei *Oberthür & Partner* sowie Schriftleiter und Initiator des Forums baukonfliktmanagement.com.

1 *Jung/Steding*, BB-Beil. 2001, 2 (9, 13).

2 *Risse/Wagner*, in: *Haft/Schlieffen*, Hdb. Mediation, 2. Aufl. (2009), § 23 Rdnr. 5.31; *Hammacher*, BauSV 1/2008, 48 (49); *Jung/Lauenroth/Wagner*, ZfIR 2008, 813 (817 f.).

3 *Schröder/Gerdes/Teubner-Oberheim*, in: *Kapellmann/Vygen*, Jahrb. Baurecht 2009, S. 81 (90).

4 *Kniffka*, BauR 2006, 1549 (1552).

5 *Greger/Stubbe*, Schiedsgutachten, 2007, Rdnr. 235.

6 Für eine typische Punktesache eines Globalpauschalvertrags, vgl. *Sundermeier*, Gestaltungsvorschläge, Kap. VII 3 (im Ersch.).

7 *BVerfG*, NJW 1992, 1673.

8 BT-Dr 17/5335, S. 11.

9 *Schramke*, BauR 2007, 1983 (1986); *Harbst/Winter*, BauR 2007, 1974 (1980).

10 *BGH*, NJW 1997, 2168 (2169); NJW 1996, 2929 (2931).

11 *Fischer*, NJW 1999, 2993 (2995).

12 *Riebesell*, IBR 2010, 1036 Rdnr. 17; *Lembcke*, JurBüro 2010, 175 (176).

13 *Sundermeier*, in: *Fritz/Pielstricker*, MediationsG, 2013, S. 759 ff.

14 *Vygen*, in: *Festschr. f. Werner*, 2005, S. 1 (17); *Hobeck/Mahnken/Koebke*, SchiedsVZ 2007, 225 (226); *Gralla/Sundermeier*, Bauingenieur 2008, 393 (399); *Hammacher*, BauSV 1/2008, 48 (51).

15 *Risse*, in: *Nicklisch*, Öffentlich-private Großprojekte – Erkenntnisse aus nationaler und internationaler Sicht, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 2004, S. 169 (171).

16 Arthur Anderson Business Consulting, Nr. B 4, abrufbar unter www.richterverein.de/j2000/pebbsy/190_Pbb_LG_Ri.pdf.

17 Zum Diskussionsstand *Lembcke*, ZRP 2010, 260 (260 ff.).

18 *Lembcke*, NJW-aktuell Heft 4/2013, S. 14.

19 Veröffentlicht unter www.werner-baurecht.jurion.de.

20 So schon *Marquardt*, IBR 2011, 1244; *Lembcke*, BauR 2011, 1897 (1897 ff.); *ders.*, ZfIR 2012, 667 (667 ff.).

- 21 Zum Streitstand vgl. *Lembcke*, in: *ders.*, Hdb. Baukonfliktmanagement, 2013, S. 223 ff.
- 22 *Musielak/Voit*, ZPO, 6. Aufl. (2008), § 1025 Rdnr. 20.
- 23 *Lembcke*, IBR 2008, 1198; *ders.*, ZfIR 2008, 36.
- 24 BGHZ 6, 335 = NJW 1952, 1296.
- 25 BGHZ 101, 307 = NJW 1987, 2818; *Priebe*, werner-baurecht.de, Forum Baukonfliktmanagement, 26. 6. 2009, S. 10; *Staudinger/Rieble*, BGB, Neubearb. 2004, § 317 Rdnr. 40; a. A. *Köntges/Mahnken*, SchiedVZ 2010, 310 (314).
- 26 *BGH*, NJW-RR 1994, 1314; *OLG München*, NJOZ 2008, 1079 = IBRRS 64198 (m. Anm. *Lembcke*, IBR 2008, 301); *OLG Hamm*, Urt. v. 16. 10. 2006 – 17 U 30/06, BeckRS 2007, 12847. Zu den weiteren Umständen, die für die §§ 317 ff. BGB sprechen, vgl. *Lembcke*, IBR 2008, 1014.
- 27 Veröffentlicht unter werner-baurecht.de, Forum Baukonfliktmanagement, Verfahrensordnungen.
- 28 LG Hamburg, Urt. v. 6. 12. 2012 – 313 O 243/12, BeckRS 2013, 07121, mit Anm. *Miernik*, IBR 2013, 2557.
- 29 *Lembcke*, in: *ders.* (o. Fußn. 21), S. 435 ff.
- 30 *Stubbe*, in: *Lembcke* (o. Fußn. 21), S. 563 ff.
- 31 Auch *Stubbe*, in: *Lembcke* (o. Fußn. 21), S. 587 geht davon aus, dass die Parteien den Sachverhalt durch eigenen Vortrag einbringen.
- 32 *Lembcke*, in: *Lembcke* (o. Fußn. 21), S. 71.
- 33 *Lembcke*, in: *Lembcke* (o. Fußn. 21), S. 553.
- 34 *Illies*, werner-baurecht.de, Forum Baukonfliktmanagement v. 13. 10. 2010, S. 10.
- 35 *Lembcke*, in: *Lembcke* (o. Fußn. 21), S. 548.
- 36 *Englert/Schalk*, BauR 2009, 874 (875 ff.).
- 37 www.hk24.de/recht_und_fair_play/schiedsgerichtemediationschlichtung.
- 38 www.verband-der-baumediatoren.de.
- 39 www.joinricsineurope.eu.
- 40 www.dis-arb.de.
- 41 www.dg-baurecht.de.
- 42 www.arge-baurecht.de.
- 43 www.vbd-ev.de.
- 44 www.bvs-ev.de.
- 45 *Lembcke*, VersR 2010, 723.
- 46 *Meckling-Geis/Wendt*, VersR 2011, 577.
- 47 *KG*, JurBüro 1985, 1499; MDR 1979, 592.
- 48 OVG Greifswald, Beschl. v. 15. 2. 2011 – 2 O 31/10, BeckRS 2011, 51521.
- 49 *Kraus*, in: *Haft/Schlieffen* (o. Fußn. 2), § 22 Rdnr. 45.
- 50 Vgl. *Borowsky*, Zeitschrift für Konfliktmanagement (ZKM) 2/2007, S. 54 (57).
- 51 *Harbst/Winter*, BauR 2007, 1974 (1981).