

# **Baubegleitende Streitbeilegung und Streit- entscheidung in Bausachen**

Prof. Stefan Leupertz  
Schiedsrichter, Schlichter, Adjudikator  
Richter am Bundesgerichtshof a. D.

## 1 Verfahrensmodelle Streitentscheidung in Bausachen - Grundlagen

Bauprozesse sind zeitaufwändig und schwerfällig. Weil sie zudem in aller Regel erst beginnen, wenn die Baumaßnahme abgeschlossen ist, liegen zwischen der Entstehung eines bauvertraglichen Streits und seiner gerichtlichen Bescheidung oft Jahre, bei größeren Prozessen über mehrere Instanzen nicht selten sogar eine Dekade und mehr. Solche Verfahren binden in erheblichem Umfang Zeit und – bei gewerblich tätigen Parteien – Personal; die dadurch bedingten Transaktionskosten sind enorm und rasch höher als der Ertrag aus einem (teilweise) erfolgreich geführten Bauprozess. Hinzu kommt, dass die staatlichen Gerichte zuweilen überfordert sind mit der Feststellung und rechtlichen Beurteilung überaus komplexer bauvertraglicher Lebenssachverhalte, wie sie sich insbesondere bei umfangreichen Nachtragsstreitigkeiten und bei Auseinandersetzungen über die Folgen von Bauverzögerungen ergeben. Es fehlt, ohne dass damit ein Vorwurf an die Richter verbunden sein muss, schlicht an rechtlichem Spezialwissen und baubetrieblicher bzw. bautechnischer Expertise.

Das alles lässt sich entgegen so mancher öffentlichen Äußerung sicher nicht zu der These verdichten, wer in Bausachen den Gang zu den staatlichen Gerichten gehe, habe bereits verloren. Gleichwohl ist es verständlich und richtig, dass die Praxis andere Konfliktlösungsmethoden verfolgt, mit denen bauvertragliche Streitigkeiten schnell und kompetent beigelegt oder entschieden werden können. Diese Konfliktlösungsmethoden, die weit mehr als in Deutschland im englischen und anglo-amerikanischen Rechtsraum zum Einsatz gelangen, werden gemeinhin unter dem Begriff „**Alternative Dispute Resolution**“ oder kurz: „**ADR**“ zusammengefasst. Zu nennen sind:

- Mediation
- Schlichtung
- Adjudikation
- Schiedsgutachten
- Schiedsgericht

Die Grenzen zwischen diesen Formen außergerichtlicher Streitbeilegung bzw. Streitentscheidung sind fließend. Während **Mediation**<sup>1</sup> und **Schlichtung**<sup>2</sup> ohne eine bindende Entscheidung des Mediators/Schlichters auskommen und ganz auf die

---

<sup>1</sup> Zur Mediation in Bausachen: Englert/Franke/Geiger, Streitlösung ohne Gericht. Schlichtung Schiedsgericht und Mediation in Bausachen, 2006, Rn 182ff.; Flucher/Kochendörfer/v. Mickwitz/Viering, Mediation im Bauwesen, 2003; Wagner, NZBau 2001, 169; ders. BauR 2004, 221

<sup>2</sup> Zur Schlichtung in Bausachen: Englert/Franke/Geiger, Streitlösung ohne Gericht. Schlichtung Schiedsgericht und Mediation in Bausachen, 2006, Rn 124ff.; Prütting, Außergerichtliche Streitschlichtung, 2003

Herbeiführung einer gütlichen Einigung der Beteiligten setzen, ist die insbesondere in England erfolgreich praktizierte **Adjudikation**<sup>3</sup> vorbehaltlich einer auch dort präferierten Einigung der Streitparteien i.d.R. auf eine rasche, jedenfalls vorläufig bindende Entscheidung des Adjudikators gerichtet. Mediation, Schlichtung und Adjudikation ist gemein, dass sie auch baubegleitend eingesetzt werden und so dabei helfen können, das Streitpotential gering zu halten und veritable Rechtsstreitigkeiten mit zementierten Rechtspositionen der Parteien gar nicht erst entstehen zu lassen. Das alles spart jedenfalls dann viel Zeit und Geld, wenn die Beteiligten grundsätzlich zur Kooperation bereit sind und keine Obstruktion betreiben wollen. Mediation, Schlichtung und Adjudikation setzen voraus, dass sie vertraglich vereinbart sind. Verschiedene Institutionen haben hierzu für die Praxis verschiedene Musterklauseln und Verfahrensordnungen bereit gestellt. Zu nennen sind:

- Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SOBau) der ARGE-Baurecht im DAV
- die Mediations- und Schlichtungsordnung der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V. (SL-Bau)
- Schlichtungsordnung, Mediationsordnung und Verfahrensordnung für Adjudikation der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS)

Darüber hinaus existieren zahlreiche weitere Verfahrensordnungen für internationale Schieds-, Mediations- und Adjudikationsverfahren.

Das **Schiedsgutachten**<sup>4</sup> hat mit den vorgenannten Streitlösungsmodellen gemein, dass seine Einholung keinem gesetzlich geregelten Verfahren unterliegt und insoweit allein die rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen der Parteien maßgebend sind. Es unterscheidet sich von ihnen dadurch, dass es in dem durch §§ 317ff. BGB vorgegebenen Umfang Bindungswirkung entfaltet.

Völlig anders konzipiert ist das klassische **Schiedsgerichtsverfahren**, das gewissermaßen an die Stelle des Erkenntnisverfahrens vor den staatlichen Gerichten tritt. Hierzu findet sich, soweit nationales Recht anwendbar ist, in den §§ 1025ff. ZPO ein detailliert ausgestalteter Regelungskanon, der allerdings Raum lässt für die rechtsgeschäftliche Vereinbarung anderer bzw. ergänzender Verfahrensregeln.

---

<sup>3</sup> Zur Adjudikation: Lembcke, NZBau 2007, 273; ders. ZfIR-Report 2007, 76; Schramke NZBau 2002, 409; vgl. auch die Berichte aus dem Arbeitskreis VII – Außergerichtliche Streitbeilegung – der Baugerichtstage 2008 und 2010 in BauR 2008, 1768 ff. und BauR 2010, 1421 ff.

<sup>4</sup> Zum Schiedsgutachten: Roquette/Otto, C. VII. 3., S. 544 Rn 1; Koeble BauR 2007, 116

## **2    Regelungskonzept „Bauverfügung“ der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJ**

### **2.1   Grundsätzliches / Problemlagen**

Die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht hat unter dem 18. Juni 2013 ihren Abschlussbericht zur Neugestaltung des gesetzlichen Bauvertragsrechts vorgelegt (abrufbar unter [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de)). Wichtige Eckpfeiler des dort entwickelten Regelungskonzepts sind gesetzliche Bestimmungen zum einseitigen Anordnungsrecht des Bestellers und zur Preisberechnung bei Mehr- oder Minderaufwand. Die Erwägungen hierzu beruhen auf einer Abwägung der widerstreitenden Interessen und letztlich auf dem Grundgedanken der Zumutbarkeit, der wiederum entscheidend davon beeinflusst wird, ob der Unternehmer für angeordneten Mehraufwand eine angemessene Vergütung erhält. Eine andere, weiterführende Frage ist es, inwieweit dem Unternehmer trotz der Aussicht auf eine gesicherte Vergütung anordnungsbedingte Eingriffe in seine unternehmerische Dispositionsfreiheit zugemutet werden können.

Bei alledem hat sich die Erkenntnis ergeben, dass nicht nur die Höhe der Vergütung für angeordneten Mehraufwand ein wesentliches Kriterium dafür ist, dem Besteller solche Anordnungen zu gestatten. Von großem, vielleicht sogar von überragendem Interesse für den Unternehmer ist es, zeitnah eine Vergütung für Mehraufwand zu erhalten. Das ist nach derzeitiger Praxis oft nicht der Fall. Vielmehr erhält der vorleistungspflichtige Unternehmer bei Streit über die Höhe seiner Nachtragsforderung zunächst oft überhaupt keine Vergütung für zusätzliche erforderliche oder geänderte Leistungen, die er dann in oft jahrelangen Prozessen gerichtlich durchsetzen muss. Die dadurch hervorgerufene Entziehung von dringend benötigter Liquidität ist nicht hinnehmbar und begründet ein wichtiges Argument gegen die Zubilligung eines umfassenden einseitigen Anordnungsrechts. Die Arbeitsgruppe im BMJ hat es sich deshalb im Interesse der Sicherung des Liquiditätsflusses zum Ziel gesetzt, mit der Schaffung einer so genannten Bauverfügung ein Streitbeilegungsverfahren einzuführen, in dem vorläufig bindend geregelt wird, ob der Unternehmer nachträgliche Leistungsanordnungen des Bestellers ausführen muss und welche Vergütung er hierfür beanspruchen kann.

### **2.2   Die Bauverfügung**

Die wichtigste neue Erkenntnis der Arbeitsgruppe betrifft den in der Praxis zu Recht beklagten Umstand, dass die zeitnahe Bezahlung berechtigter Nachträge nicht funktioniert. Die Beseitigung der dadurch bedingten Störung des Liquiditätsflusses ist ein zentrales Problem für die Schaffung eines ausgewogenen Bauvertragsrechts und

zugleich ein wichtiges Argument für die Rechtfertigung des Gesetzgebungsvorhabens. Wenn es gelingt, die mit enormen Transaktionskosten verbundenen Auseinandersetzungen der Bauvertragsparteien um die Bezahlung von Nachträgen zu entschärfen, ist für die Praxis viel gewonnen. Als probates Mittel hierfür erscheint die Einführung eines Eilverfahrens zur vorläufigen Entscheidung über die maßgeblichen Streitpunkte.

Zum Gegenstand und zur Wirkungsweise eines gerichtlichen Schnellverfahrens hat die Arbeitsgruppe folgende Gesichtspunkte herausgearbeitet:

- In der Zivilprozessordnung (ZPO) soll eine besondere Form eines beschleunigten Erkenntnisverfahrens („Bauverfügung“) geschaffen werden.
- Der Anwendungsbereich soll die nachfolgenden Streitigkeiten im Rahmen des einseitigen Anordnungsrechts des Bestellers umfassen:
  - Bei einer Vertragsänderung durch den Besteller besteht Uneinigkeit über die Zumutbarkeit der Anordnung.
  - Die Parteien streiten darüber, ob Anordnungen des Bestellers zur Art der Ausführung der Bauleistung und zur Bauzeit durch besonders schwerwiegende Gründe gerechtfertigt sind.
  - Besteller und Unternehmer können sich nicht über die Mehr- oder Mindervergütung einigen.
- Das Verfahren über die Bauverfügung soll sich überwiegend an dem Verfahren der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) orientieren, ergänzt um einzelne Spezialvorschriften, die teilweise an das Verfahren der einstweiligen Anordnung im Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 49 ff. FamFG) angelehnt sind. Dabei sollen folgende zentralen Verfahrensvorschriften gelten:
  - Der Antragsteller muss die Eilbedürftigkeit der geforderten Entscheidung (Verfügungsgrund) glaubhaft machen. Ist die Bautätigkeit begonnen worden, wird die Eilbedürftigkeit vermutet.
  - Als Beweismaß soll die Glaubhaftmachung ausreichen. Das Gericht kann sich nicht nur der Strengbeweismittel, sondern auch des Freibeweises bedienen. Anders als im Verfahren der einstweiligen Verfügung sollen nicht nur präsente Beweismittel zugelassen sein.
  - Über den Antrag auf Erlass einer Bauverfügung ist grundsätzlich mündlich zu verhandeln; das Gericht kann hiervon Ausnahmen machen. Der Termin soll binnen zwei Wochen ab Antragseingang stattfinden.
  - Das Gericht soll bereits zum ersten Termin einen Sachverständigen beziehen. Im Hinblick auf eine schnelle Terminierung soll ggf. auch die Möglichkeit eröffnet werden, dass ein Gutachten im Termin zunächst mündlich vorgetragen und erst danach schriftlich vorgelegt wird.

- Mit der Anordnung eines schriftlichen Gutachtens setzt das Gericht gleichzeitig eine Frist, innerhalb der das Gutachten zu erstellen ist.
  - Die Bauverfügung unterliegt keiner weiteren Überprüfung im Rechtsmittelzug.
- Entsprechend dem Vorbild von § 1032 ZPO soll vorgesehen werden, dass eine wirksame Vereinbarung über ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren Vorrang hat und dem Erlass einer Bauverfügung entgegensteht.

### 3 Alternative: Außergerichtliche (baubegleitende) Adjudikation

Der Begriff *Adjudikation (Dispute Adjudication)* beschreibt ein vor allem im angelsächsischen Rechtsraum verbreitetes Verfahren zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten zwischen zwei oder mehreren Vertragspartnern. Es setzt eine entsprechende **vertragliche Vereinbarung** der beteiligten Parteien voraus, die schon im Bau- bzw. Anlagenbauvertrag getroffen werden kann. Durchgeführt wird das Adjudikationsverfahren von einem oder mehreren Adjudikatoren, dem ***Dispute Adjudication Board (DAB)***. Über die Ausgestaltung des Adjudikationsverfahrens im Einzelnen und die Besetzung des DAB entscheiden die Parteien, ggfls. ebenfalls schon bei Abschluss des Bauvertrages. Das ermöglicht die Vereinbarung individuell auf die Bedürfnisse der Parteien zugeschnittener Verfahrensregeln, die allerdings in jedem Fall rechtsstaatlichen Grundanforderungen genügen sollten.

Ziel der *Dispute Adjudication* ist es, einen eventuellen Streit über die Abwicklung des Bau- oder Anlagenbauvertrages möglichst rasch durch kompetente Fachleute entscheiden zu lassen. Darin liegt der Unterschied zur klassischen **Schlichtung**, die auf eine gütliche Einigung der Parteien abzielt und dem Schlichter in aller Regel nicht die Kompetenz für eine die Parteien bindende Entscheidung verleiht. Vom **Schiedsgericht** unterscheidet sich die *Dispute Adjudication* vor allem durch die Rechtsnatur und die Bindungswirkung der vom DAB zu treffenden Entscheidung. Sie ist – je nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien - nur vorläufig bindend und unterliegt grundsätzlich der Überprüfung durch die ordentlichen Gerichte, deren Anrufung allerdings zumindest für die Dauer des Adjudikationsverfahrens suspendiert ist. Die **Durchsetzung** einer (vorläufig) bindenden Entscheidung des DAB erfolgt nicht notwendig im Wege der Vollstreckung mit staatlicher Hilfe. Es reicht ggfls. aus, dass die Nichtbefolgung der Entscheidung des DAB kraft vertraglicher Vereinbarung der Parteien eine **schwere Verletzung vertraglicher Pflichten** darstellt, die mit Sanktionen (Schadensersatz, Kündigung aus wichtigem Grund, Vertragsstrafe etc..) belegt werden kann.

Besonders effektiv kann die Adjudikation als **baubegleitendes Streitvermeidungs- und Streitbeilegungsinstrument** eingesetzt werden. Bei größeren Baumaßnahmen lohnt sich die Implementierung eines DAB als sogenanntes „**Stand-by-Board**“, das die Baumaßnahme von Anfang an begleitet und bei Bedarf ganz kurzfristig schon für eine mediative Streitschlichtung hinzugezogen werden kann. Scheitern die Einigungsversuche, entscheidet das DAB auf einer zweiten Stufe den Streit nach obigen Kriterien. Hierfür bedarf es in aller Regel sowohl juristischen als auch bautechnischen bzw. baubetrieblichen Sachverstands. Deshalb sollte das baubegleitend eingesetzte DAB mit jeweils mindestens einem **Fachjuristen** und einem ebenso hochqualifizierten **Ingenieur** besetzt sein.

Die Vorteile eines solchen baubegleitenden Streitbeilegungsverfahrens sind immens. Schon sein Vorhandensein hält die Parteien dazu an, unnötigen Streit zu vermeiden. Weil es eine rasche Beendigung etwaiger Auseinandersetzungen über die Abwicklung des Bauvertrages gewährleistet, wird vermieden, dass die **Baumaßnahme zum Erliegen** kommt, weil die Parteien sich über die Parameter für ihre Fortführung nicht einigen können. Bei Streit über die **Höhe von Nachtragsforderungen** ergeht zeitnah eine vorläufig bindende Entscheidung über den zu zahlenden Betrag; so wird dringend benötigte **Liquidität** sichergestellt, was am Ende der Qualität der Bauleistungen zugutekommt. Und nicht zuletzt: Die mit enormen **Transaktionskosten** verbundene nachläufige gerichtliche Klärung bauvertraglicher Streitigkeiten entfällt weitgehend.

Mehr zum Thema Adjudikation unter <http://www.werner-baurecht.jurion.de/meine-inhalte/foren/baukonfliktmanagement/>