

Standpunkt Baurecht
Festschrift für Stefan Leupertz
zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Kandel und
Prof. Dr. Rolf Kniffka

Werner Verlag 2021

Adjudikation – Quo vadis?

Die Adjudikation in Bausachen – Wo wir stehen
und wohin wir wollen

HORST G. RUSTMEIER

A. EINLEITUNG

»Remember that Time is Money.«¹

Dieser »Ratschlag an einen jungen Kaufmann« des US-Gründervaters Benjamin Franklin ist in unsere Sprache eingegangen als beliebtes geflügeltes Wort. Als er diese Formulierung im Jahr 1748 traf, begründete er sie mit einer simplen wie einleuchtenden Erwägung: Wer durch seine Arbeitskraft am Tag 10 Schilling verdienen kann, der soll sich nicht über den Verlust von 5 Schilling beklagen, wenn er den halben Tag auf der faulen Haut gelegen hat.

Das drückt im Grunde nichts anderes aus, als die Aufforderung, effizient zu handeln – gerade im Umgang mit Zeit. Effizienz als ökonomisches (und auch rechtliches) Prinzip prägt das Wirtschaftsleben und natürlich auch die Baubranche. Bauherren wie Bauunternehmer haben ein großes Interesse daran, ein Bauvorhaben in allen Phasen, von Planung über Bau bis hin zur Fertigstellung, effizient zu gestalten; dies meint getreu dem Franklin'schen Wort auch, zeitsparend vorzugehen. Langwierige gerichtliche Verfahren zur Klärung der Rechtslage machen das viel zu häufig unmöglich. Dabei gäbe es eine einfache und schnelle Alternative: Die Adjudikation.²

Wie kaum ein anderer befasst sich der Jubilar im Rahmen seiner vielfältigen Tätigkeiten intensiv und umfassend u.a. auch mit der Adjudikation. Es lag deshalb nahe, dieses Thema aufzugreifen und dem von mir sehr geschätzten Jubilar mit diesem Beitrag zu ehren.

Der Aufsatz soll einen Überblick geben über die Adjudikation: Woher sie kommt, wo wir in Deutschland diesbezüglich stehen und wohin die Reise – auch und gerade in Corona-Zeiten – gehen soll.

Auch soll aufgezeigt werden, in welchem innovationshemmenden RegelungsDickicht wir uns hinsichtlich der Streitbeilegungsverfahren in Deutschland befinden und

1 *Benjamin Franklin*, Advice to a Young Tradesman, Written by an Old One (21 July 1748), in: *Houston* (Hrsg.), *Franklin: The Autobiography and Other Writings on Politics, Economics, and Virtue*, Cambridge 2004.

2 Der Begriff der Adjudikation (Dispute Adjudication) bezeichnet ein Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung, das vor allem im angelsächsischen Rechtsraum verbreitet ist.

welche Lösungsansätze es geben könnte, um die Form der Auseinandersetzungen im zivilen Baurecht auf eine neue, partnerschaftliche Stufe zu heben.

B. ENTWICKLUNG DER ADJUDIKATION

Zunächst soll ein kurzer Überblick über die historische Entwicklung der Adjudikation gegeben werden. Dazu wird – chronologisch – zunächst auf die Ursprünge der Adjudikation im angelsächsischen Rechtsraum und anschließend kurz auf die Entwicklung weltweit und in Deutschland im Speziellen eingegangen.

I. Adjudication in den Vereinigten Staaten

Ihren Ursprung hat die Adjudikation in den Vereinigten Staaten. Dort kamen in den 1960er- und 70er-Jahren die ersten »Dispute Review Boards« (DRB) auf, weil die herkömmliche gerichtliche Konfliktlösung in Bauprozessen an ihre Grenzen stieß.³ Bei DRB handelt es sich um projektbegleitende Gremien, deren Entscheidungen nicht bindend sind.⁴ Sie verfolgen vor allem anderen den Zweck, während des Bauvorhabens zu schnellen und kostengünstigen Entscheidungen zu kommen.⁵ Eine Variante dieser DRB sind die sogenannten »Dispute Adjudication Boards« (DAB), die im Wesentlichen ähnlich funktionieren. Anders als DRB binden ihre Entscheidungen jedoch (zumindest vorläufig) die Parteien.⁶

II. Adjudication im Vereinigten Königreich

Im Vereinigten Königreich ist die sog. »Adjudication« seit 1996 als zwingendes außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren gesetzlich geregelt.⁷ Diese sollte kleinen Unternehmen den Zugang zur Justiz ermöglichen, die bis dahin wegen der hohen Prozesskosten und des großen Prozessrisikos faktisch keine Möglichkeit hatten, rechtlich vorzugehen.⁸ Hier soll im Folgenden näher auf die Regelung der Adjudication im britischen Recht und anschließend auf die Erfahrungen damit eingegangen werden.

3 *Mahnken*, McGill Journal of Dispute Resolution 5, 62, 63.

4 *Mahnken/Aldinger*, in: *Roquette/Schweiger*, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020, Adjudikation und Dispute Boards, Rn. 4.

5 *Mahnken* (Fn. 3), S. 64 f.

6 *Peters*, American Journal of Construction Arbitration & ADR 2017, 1, 4; dort näher zu den Eigenarten der amerikanischen Adjudikation.

7 *Kooble*, in: *Kniffka/Kooble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 13. Teil Rn. 118.

8 *Teubner Oberheim/Schröder*, NZBau 2011, 257, 258 m.w.N.

1. Rechtlicher Rahmen der Adjudication

Die Adjudication ist geregelt in Sec. 108 und Sec. 108A des Housing Grants, Construction and Regeneration Act von 1996.⁹ Dieser sieht vor, dass jede Partei eines Bauvertrages zu jeder Zeit einen Antrag auf Adjudication zur Lösung einer vertraglichen Streitigkeit stellen kann. Das beinhaltet nicht nur die Zeit des aktiven Bauvorhabens, sondern im Grunde jede Streitigkeit bis zur Verjährung der vertraglichen Ansprüche.¹⁰ Besonders bemerkenswert ist, dass die Aufnahme einer Adjudication-Klausel in Bauverträge¹¹ zwingend ist.¹² Gemäß Sec. 108 (5) HGCRA gilt bei Nichtaufnahme einer solchen Klausel ein standardmäßiges »Scheme« mit Mindestanforderungen, das den Parteien ebenfalls eine Adjudication erlaubt.

Beantragt eine Partei die Adjudication, so wird binnen sieben Tagen ein Adjudicator benannt und diesem der Fall übergeben, Sec. 108 (2) (b) HGCRA. Dieser hat von da an 28 Tage Zeit, seine Entscheidung zu fällen, Sec. 108 (2) (c) HGCRA. Diese Frist kann jedoch verlängert werden: Der Adjudicator kann sie mit Willen der antragstellenden Partei um 14 Tage, die Parteien sie durch Vereinbarung im Konfliktfall beliebig verlängern. Als Ausgleich für diesen straffen Zeitplan wird dem Adjudicator weitgehende Freiheit bei der Gestaltung des Verfahrens eingeräumt.¹³ Zudem ist er gemäß Sec. 108 (4) HGCRA von der Haftung befreit.

Die Entscheidung des Adjudicators ist gemäß Sec. 108 (3) HGCRA vorläufig bindend. Diese kann zwar gerichtlich (oder schiedsgerichtlich) jederzeit angefochten werden; die Parteien können sie jedoch durch Vereinbarung als endgültig bindend akzeptieren. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang weiter, dass ein Adjudication-Verfahren nach britischem Recht keine Sperre der normalen Gerichtsbarkeit bewirkt; das heißt die abgeschlossene Durchführung einer Adjudication ist nicht etwa Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage vor ordentlichen oder Schiedsgerichten. Vielmehr kann in derselben Sache – auch während der Adjudication – geklagt werden.¹⁴

Die Entscheidung des Adjudicators ist im Wege eines »summary judgment« vollstreckbar.¹⁵ Dabei handelt es sich um ein beschleunigtes Verfahren, bei dem lediglich überprüft wird, ob wesentliche Verfahrensgrundsätze eingehalten wurden.¹⁶ Eine Prüfung des materiellen Rechts bleibt im Zuge dessen vollständig aus.¹⁷

9 Abrufbar unter <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/53/contents>>; hier kurz HGCRA.

10 *Koebler* (Fn. 7), Rn. 122.

11 Zum Begriff des Bauvertrags (»construction contract«), vgl. Sec. 104 HGCRA.

12 *Teubner Oberheim*, Endbericht des Projekts »Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?«, S. 9.

13 Näher hierzu *Borowsky*, ZKM 2007, 54, 55.

14 *Teubner Oberheim* (Fn. 12), S. 10.

15 *Macob Civil Engineering Ltd v Morrison Construction Ltd*.

16 *Teubner Oberheim* (Fn. 12), S. 10.

17 *Bouygues UK Ltd v Dahl-Jensen UK Ltd*.

2. Bewertung der britischen Adjudication

Zur Bewertung der gesetzlichen Adjudication im Vereinigten Königreich wird im Folgenden zunächst auf positive und anschließend auf negative Aspekte eingegangen.

a) Positive Aspekte

Das Streitbeilegungsinstrument der Adjudication wurde grundsätzlich gut angenommen. Jährlich wurden bis zu über 2000 Verfahren anhängig gemacht, wobei der Trend zuletzt wieder positiv ist.¹⁸ Beachtenswert ist zudem, dass die Zufriedenheit mit dem Streitbeilegungsinstrument insgesamt sehr hoch ist.¹⁹ Die Adjudication wird als faires, schnelles und kostengünstiges Verfahren wahrgenommen.²⁰

b) Negative Aspekte

Im deutschen Schrifttum wird bisweilen behauptet, die britische Justiz sei in Bau-sachen durch den Rückgang von Prozessen in astronomischen Höhen entlastet worden.²¹ Diese Behauptung hält der Faktenlage nicht stand. Zwar ist ein Rückgang der Bauprozesse um gut ein Drittel zu beobachten; jedoch ist unklar, ob und wenn inwieweit dies überhaupt mit der Einführung der Adjudication zusammenhängt.²²

Hinzu kommt, dass über die Jahre die Adjudications-Verfahren zunehmend komplexer und rechtlich komplizierter wurden und deshalb die Parteien vermehrt von Anwälten in den Rechtsstreitigkeiten begleitet werden; dies wiederum führt zu höheren Kosten, weshalb sich die Adjudication erst ab Streitwerten von 50.000 £ (Stand der Quelle: 2005; dies entspricht heute etwa 70.000 €) und mehr als kosteneffizient erweist.²³

III. Weitere weltweite Entwicklung

Nach der Einführung der gesetzlichen Adjudikation im Vereinigten Königreich verabschiedeten mehrere andere Länder – überwiegend aus dem angelsächsischen

18 The Adjudication Society, Report No. 18, December 2019, S. 4; abrufbar unter <<https://www.adjudication.org/sites/default/files/Adjudication%20Report%2018%20-%20December%202019%20Rev%20A.pdf>>.

19 Teubner Oberheim/Schröder (Fn. 8), S. 260; Borowsky, (Fn. 13), S. 56.

20 Teubner Oberheim/Schröder (Fn. 8), S. 260 m.w.N.

21 Vgl. nur Lembcke, DS 2009, 224, der ohne Quellenangabe von einem Rückgang um »bis zu 98 %« spricht.

22 Gaitskell, Construction Management and Economics 25, 777, 780.

23 Teubner Oberheim (Fn. 12), S. 13 m.w.N.

Rechtskreis – ähnliche Gesetze:²⁴ so etwa Neuseeland,²⁵ Singapur,²⁶ und mehrere australische Regionen, bspw New South Wales.²⁷

Die FIDIC²⁸ führt seit 1999 in ihren Standardvertragsbedingungen das sog. »Dispute Adjudication Board« (DAB), das sich am amerikanischen DAB orientiert und ähnlich ausgestaltet ist.²⁹ In einer Neufassung ihrer Regelwerke im Jahr 2017 wurde aus dem DAB das DAAB, das »Dispute Avoidance/Adjudication Board«, welches ein über eine Ad-hoc-Einrichtung hinausgehendes, projektbegleitendes Gremium darstellt, das außer zur Streitentscheidung auch zur Schlichtung und gütlichen Einigung herangezogen werden kann und soll.³⁰

IV. Entwicklung der Adjudikation in Deutschland

Seit 2010 gibt es mehrere Musterverfahrensordnungen verschiedener deutscher Streitbeilegungsorganisationen, die vertragliche Adjudikation beinhalten.³¹

Etwa zehn Jahre nach Einführung der gesetzlichen Adjudikation im Vereinigten Königreich wurden vermehrt Stimmen laut, die eine vergleichbare gesetzliche Regelung auch in Deutschland forderten.³² Dem schloss sich im Jahr 2010 der 3. Deutsche Baugerichtstag an.³³ In der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Einführung eines besonderen Bauvertragsrechts wurde die Einführung der gesetzlichen Adjudikation diskutiert, jedoch früh wegen verfassungsrechtlicher Bedenken verworfen.³⁴ Diesen Bedenken begegnete der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts, *Hans-Jürgen*

24 Vgl. *Gaitskell* (Fn. 22), S. 778.

25 New Zealand Construction Contracts Act, 2002, abrufbar unter: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0046/latest/DLM163059.html>>.

26 Singaporean Building and Construction Industry Security of Payment Act, 2004, abrufbar unter: <<https://sso.agc.gov.sg/Act/BCISPA2004>>.

27 New South Wales Building and Construction Industry Security of Payment Act, 1999, abrufbar unter: <<https://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/1999/46>>.

28 Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils; deutsch: Internationale Vereinigung beratender Ingenieure, Genf; <www.fidic.com>.

29 Vgl. *Hök*, *ZfBR* 2007, 416, 420; vgl. FIDIC Conditions of Contract: zum projektbegleitenden DAB vgl. Conditions of Contract for Construction (Red Book); zum Ad-hoc-DAB vgl. Plant and Design Build (Yellow Book), EPC/Turnkey Projects (Silver Book).

30 *Mahnken/Schramke*, *BauR* 2018, 739, 744 f.

31 DIS-Verfahrensordnung für Adjudikation (DIS-AVO), 2010, abrufbar unter: <<http://www.disarb.org/de/16/regeln/dis-verfahrensordnung-für-adjudikation-10-id26>>; DIS-Schiedsgutachtensordnung (DIS-SchGO), 2010, abrufbar unter: <<http://www.disarb.org/de/16/regeln/dis-schiedsgutachtensordnung-10-schgo-id20>>; Streitlösungsordnung für das Bauwesen (SL-Bau) der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V., 2020, abrufbar unter: <<https://www.dg-baurecht.de/sl-bau/sl-bau-in-der-fassung-vom-1-juli-2020.html>>.

32 Vgl. nur *Borowsky* (Fn. 13), S. 57; *Lembcke*, *NZBau* 2007, 273, 277; früher schon *Schramke*, *NZBau* 2002, 409, 413.

33 Empfehlungen des 3. Deutschen Baugerichtstages an den Gesetzgeber, Arbeitskreis VII, 2010, abrufbar unter <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/3ak_VII.pdf>.

34 Vgl. *Teubner Oberheim*, *ZKM* 2012, 176, 177 m.w.N.

Papier, in einem 2013 veröffentlichten Gutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer gesetzlichen Adjudikation (mehr s.u.).³⁵

In die 2018 erfolgte gesetzliche Regelung des Bauvertragsrechts³⁶ ging die Adjudikation dennoch nicht ein. Stattdessen wurde in § 650d BGB die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung vorgesehen, die zur baubegleitenden Konfliktlösung genutzt werden soll.³⁷ In der Begründung ihres Gesetzentwurfs zu besagter Regelung des Bauvertragsrechts gab die Bundesregierung jedoch an, durch Pilotprojekte die schnelle Streitbeilegung in Bausachen durch alternative Streitbeilegungsverfahren – namentlich auch die Adjudikation – zu prüfen.³⁸

C. RECHTSTATSACHEN: RELEVANZ UND BEDARF DER ADJUDIKATION

Um zu verdeutlichen, wie relevant die Adjudikation in Deutschland aktuell ist und weshalb sie gebraucht wird, im Folgenden einige Rechtstatsachen.

I. Relevanz: Wie steht es um die Adjudikation in Deutschland?

Zur Relevanz der Adjudikation in Deutschland gibt es nur wenige verlässliche Zahlen. Die außerhalb der etablierten Schiedsinstitutionen zahlreich durchgeführten Verfahren unterliegen überwiegend der Verschwiegenheitsverpflichtung. Somit kann eine große Zahl erfolgreich abgeschlossener bzw. laufender Adjudikationsverfahren vom Verfasser statistisch nicht erfasst werden. Als Anhaltspunkt kann, deutlich eingeschränkt, die Verfahrensstatistik der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)³⁹ dienen. So gab es im Jahr 2017 unter den 160 eingegangenen Verfahren nur zwei Adjudikationsverfahren, was einen prozentualen Anteil von 1,25 Prozent entspricht. Im Jahr 2018 ging sogar kein einziges Adjudikationsverfahren, dafür aber ein der Adjudikation im weiteren Sinne zuzuordnendes Verfahren nach der DIS-SchGO ein.

Im gesamten Zeitraum zwischen 2011 und 2018 lag der prozentuale Anteil der Verfahren nach der DIS-AVO und der DIS-SchGO an den Gesamtverfahren unter einer signifikanten Darstellungsgrenze, wobei bisher auch kein durchgehend positiver

35 Vgl. *Papier*, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Adjudikation in Bausachen, 2013, abrufbar unter <https://www.oberthuer.de/fileadmin/user_upload/PDFs/Adjudikation-Gutachten-Oberthuer.pdf>.

36 Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren, BGBl. I 2017 v. 4.5.2017, S. 969; geltend ab 1.1.2018.

37 *Boldt*, in: *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, T. IV. Rn. 94.

38 BT-Drs. 18/8486, S. 55.

39 Verfahrensstatistiken abrufbar unter <<http://www.disarb.org/de/79/content/2018-id79>>.

Trend zu verzeichnen ist. Diese Aussagen verdeutlichen – wenngleich sie einen unvollständigen und in seiner Repräsentativität eingeschränkten Ausschnitt darstellen –, dass die Adjudikation in Deutschland noch in den Kinderschuhen steckt. Umso mehr gilt es sich vor Augen zu führen, wozu es ihrer bedarf.

II. Wozu bedarf es der Adjudikation?

Die Baubranche hat grundsätzlich strukturelle Eigenarten, zu denen u.a. fehlende Liquidität aufgrund einer hohen Anzahl an Forderungsausfällen und damit eine große Insolvenzhäufigkeit zählt.⁴⁰ Da insolvenzanfällig aus mehreren Gründen vor allem kleine Betriebe (mit 50 Angestellten oder weniger) sind, erscheinen diese besonders schützenswert. Umso schützenswerter sind diese kleinen Unternehmen, weil sie über 95 % der Betriebe in der Bauwirtschaft ausmachen.⁴¹ So führt auch diese Problematik zu einem hohen Streitpotential im Bauvertragsrecht.⁴²

Dies muss in einer Gesamtschau gesehen werden mit den prozessökonomischen Tatsachen. Verfahren in Bausachen sind überdurchschnittlich häufig,⁴³ überdurchschnittlich lang⁴⁴ und überdurchschnittlich oft mehrinstanzlich.⁴⁵ Sie verursachen hohe Kosten und erzeugen mitunter kaum vorhersehbare Ergebnisse. Es verwundert somit kaum, dass der gerichtliche Rechtsschutz oftmals als z.T. unzureichend empfunden wird. Ein weiterer Grund für die Häufigkeit von Konflikten im Bauwesen ist die Eigenheit, dass Bauverträge strukturell konfrontativ gestaltet werden und aufgrund der regelmäßig langen Zeitspanne zwischen Vertragsschluss und Fertigstellung des Projekts die vertragliche Leistungsbeschreibung oftmals von der späteren Leistungsrealität abweicht.⁴⁶ Dazu trägt entscheidend bei, dass die bautechnischen Details einer Baumaßnahme im Vorfeld nicht zu Ende geplant werden und es im Ergebnis zu einer baubegleitenden Ausführungsplanung (dynamischer Planungsprozess) kommt. In der Folge ist die Kostensituation ebenso ungewiss wie Bauzeit und Bauqualität.

Neben diesen ökonomischen Tatsachen treten zudem rechtliche Bestimmungen, die in Deutschland einer effizienten Konfliktlösung entgegenstehen: Insbesondere sind (gerade im Vergleich zum angelsächsischen Rechtskreis)⁴⁷ Dokumentationspflichten in deutschen Bauverfahren nicht ausgeprägt. Diese wären jedoch ein wichtiger

40 Näher zur Problematik, ihren Ursachen und Folgen, vgl. *Teubner Oberheim* (Fn. 12), S. 18 ff. m.w.N.

41 Bauindustrie, Statistik zur Betriebsstruktur, Stand: Juni 2019, abrufbar unter: <<https://www.bauindustrie.de/zahlen-fakten/statistik-anschaulich/struktur/betriebsstruktur/>>

42 *Kniffka*, BauR 2020, 404, 420.

43 *Schröder*, NZBau 2008, 1, 5 f.

44 *Teubner Oberheim* (Fn. 12), S. 22 m.w.N.

45 Es soll in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben, dass die Zahlen der Bauverfahren vor den staatlichen Gerichten aktuell nach der Justizstatistik (Kenntnis des Verfassers) stark rückläufig sind.

46 *Papier/Schröder*, ZfBR 2013, 731, 731.

47 Vgl. *Teubner Oberheim* (Fn. 12), S. 21.

Bestandteil der Beweiserhebung für Gerichtsverfahren, die oft erst Jahre nach den strittigen Begebenheiten beginnen. Diese Probleme bedarf es (gerade hinsichtlich der besonderen Schutzbedürftigkeit kleinerer Bauunternehmen) anzugehen.

Anders als die Adjudication in den USA und in England braucht dabei einer Reduzierung der Prozesskosten kein besonderes Gewicht beigemessen zu werden: Allein die große Zahl der Prozesse und die hohe Bereitschaft, gegen Urteile Rechtsmittel einzulegen, zeigt, dass die Kosten kein von Bauprozessen in Deutschland abschreckender Umstand sind.

D. DIE VERTRAGLICHE ADJUDIKATION IM DEUTSCHEN RECHT

Die heute bereits praktizierte vertragliche Adjudikation wirft hinsichtlich ihrer Durchführung im deutschen Recht eine Reihe an Fragen auf, auf die im Folgenden eingegangen werden soll.

I. Rechtsnatur der vertraglichen Adjudikation

Zunächst zu erörtern ist die Frage der Rechtsnatur der Adjudikation, präziser der Rechtsnatur der Entscheidung des Adjudikators. Diese Frage ist im Schrifttum umstritten. Einer verbreiteten Auffassung nach handelt es sich um ein Schiedsgutachten, auf das die §§ 317 – 319 BGB entsprechende Anwendung finden.⁴⁸

Mitunter wird auch dafür plädiert, die Adjudikationsentscheidung als Schiedsvertrag iSd §§ 1025 ff. ZPO zu klassifizieren. In Abgrenzung zum Schiedsgutachten ist der Schiedsvertrag einer gerichtlichen Überprüfung nur sehr eingeschränkt zugänglich.⁴⁹ Da diese Überprüfbarkeit bei der vertraglichen Adjudikation regelmäßig erhalten bleiben soll, ist jedoch keinesfalls von einem Schiedsvertrag auszugehen.

Es handelt sich aber ebenso wenig um ein Schiedsgutachten. Die wesentlichen gesetzlichen Bestimmungen der §§ 317 ff. BGB stehen konträr zu den Merkmalen der Adjudikation. So entscheidet der Adjudikator entgegen § 317 Abs. 1 BGB nicht nach billigem Ermessen, noch werden Adjudikationsentscheidungen ohne weiteres bindend. Zudem ist im Schrifttum umstritten, inwieweit ein Schiedsgutachter über die Feststellung von Tatsachen hinausgehende Befugnisse hat; der Adjudikator hingegen hat weitreichende Rechte bei der Erhebung und Würdigung von Beweismitteln und der rechtlichen Aufarbeitung eines Problems.

Demgegenüber geht die zutreffende Auffassung in der Literatur davon aus, es handele sich bei der Adjudikationsentscheidung um ein Rechtsinstitut *sui generis*.⁵⁰

48 BeckOK VOB/B/Kölbl, § 18 Abs. 3 Rn. 87 f.; *Lembcke* (Fn. 32), S. 275 f.; *Köntges/Mahnken*, SchiedsVZ 2010, 310, 314.

49 MüKo BGB/Würdinger, § 317 Rn. 13; *Habscheid*, FS Lehmann 1956, 789, 800 f.

50 *Hök* (Fn. 29), S. 420 ff.; *Rustmeier*, Reformbedarf des Bauvertragsrechts im Lichte der FIDIC-Bestimmungen, 2018, S. 130 ff.

Im Einzelfall kann es jedoch erforderlich und gerechtfertigt sein, Vorschriften der §§ 1025 ff. ZPO oder der §§ 317 ff. BGB auf die Adjudikationsentscheidung entsprechend anzuwenden.⁵¹

II. Adjudikationsvereinbarung

Um gängige Adjudikationsvereinbarungen zu verdeutlichen, soll im Folgenden eine Übersicht über die in Deutschland vorwiegend genutzten Adjudikationsvereinbarungen gegeben (sogleich unter 1.) und anschließend die in diesem Kontext wohl wichtigste Frage nach deren Vereinbarkeit mit deutschem Recht erläutert werden (sogleich unter 2.).

1. Übersicht über gängige Vereinbarungen/Stellung des Adjudikators

Zu unterscheiden ist primär zwischen projektbegleitenden Adjudikationsverfahren auf der einen und Ad-hoc-Adjudikationsverfahren auf der anderen Seite. Manche Verfahrensordnungen decken beide dieser Möglichkeiten ab.⁵²

Hinsichtlich der Zusammensetzung der Dispute Boards variieren die Verfahrensordnungen nur geringfügig. Zumeist haben die Dispute Boards je nach Vereinbarung der Parteien drei Mitglieder oder nur ein als Einzeladjudikator tätiges Mitglied.⁵³ Die Benennung der Adjudikatoren hat bei projektbegleitenden Dispute Boards einvernehmlich zu Beginn zu geschehen.⁵⁴ Da dies bei einem Ad-hoc-Verfahren, bei dem die Adjudikatoren erst benannt werden, wenn der Konfliktfall schon eingetreten ist, unmöglich erscheint, besteht dort zumeist die Möglichkeit einer Delegation an eine Organisation, bzw. eine der Benennung von Schiedsrichtern nachempfundene Regelung.⁵⁵ Manche Verfahrensordnungen verlangen den Abschluss eines schriftlichen Adjudikatorenvertrags mit dem Adjudikator.⁵⁶

Im Ablauf des Verfahrens unterscheiden sich die verschiedenen Ordnungen: In manchen ist lediglich eine Schriftsatzrunde vorgesehen,⁵⁷ in anderen hingegen zwei.⁵⁸ Die Frist zur Erwidern ist jedoch jeweils sehr kurz gehalten.⁵⁹ In den meisten

51 *Hök* (Fn. 29), S. 423; vgl. auch *Schulze-Hagen*, FS Messerschmidt 2018, 313, 327 für entsprechende Anwendbarkeit des § 1032 ZPO.

52 So bspw die SL Bau, die aber primär auf Ad-hoc-Adjudikation ausgerichtet ist, vgl. *Mahnken/Aldinger* (Fn. 4), Rn. 29.

53 Vgl. § 22 Abs. 1 SL Bau; § 3 Abs. 1 DIS-AVO; § 4 Abs. 1 und 2 DIS-SchGO; Art. 7 Abs. 2 und 3 ICC DB-Rules.

54 Vgl. § 4 Abs. 2 DIS-AVO; Art. 7 Abs. 4 ICC DB-Rules.

55 Vgl. § 6 DIS-SchGO (dem Schiedsverfahren nachempfunden); § 22 Abs. 2 SL Bau (Delegation der Entscheidung zum DBV).

56 Vgl. § 22 Abs. 1 SL Bau; Art. 10 ICC DB-Rules; fakultativ: § 4 Abs. 4 DIS-AVO.

57 Vgl. § 23 SL Bau; mit optionaler zweiter Runde Artt. 18 f. ICC DB-Rules.

58 Vgl. §§ 7, 9, 10 DIS-AVO; §§ 2, 9, 10 DIS-SchGO.

59 Vgl. § 9 DIS-AVO: sechs Wochen für Antragserwidern; § 10 Abs. 1 DIS-AVO: drei Wochen für weitere Schriftsätze; §§ 9, 10 DIS-SchGO entsprechend; § 23 SL Bau: Festlegung der Frist durch den Adjudikator.

Verfahrensordnungen ist eine mündliche Verhandlung nicht zwingend.⁶⁰ In manchen Verfahrensordnungen ist eine Höchstdauer des Gesamtverfahrens angedacht.⁶¹ Um den enormen Zeitdruck auszugleichen, werden dem Adjudikator stets weitgehende Befugnisse in der Gestaltung des Verfahrens eingeräumt.⁶²

Die Entscheidung des Dispute Boards oder des einzelnen Adjudikators haben regelmäßig so schnell wie möglich zu ergehen.⁶³ Sie sind zudem regelmäßig schriftlich zu begründen.⁶⁴ Vereinzelt sind auch Eilverfahren durch Adjudikatoren geregelt.⁶⁵

Die Entscheidung ist vorläufig bindend.⁶⁶ Regelmäßig muss, wenn die Überprüfung der Entscheidungen durch ein staatliches Gericht oder Schiedsgericht angestrebt wird, binnen einen Monats Widerspruch gegen die Entscheidung eingelegt werden – ansonsten wird sie endgültig.⁶⁷

2. Vereinbarkeit mit deutschem Recht

Es stellt sich die Frage, inwieweit die Vereinbarung derartiger Verfahrensordnungen mit deutschem Recht in Einklang zu bringen ist.

a) Vereinbarkeit mit den AGB-Regelungen, §§ 305 ff. BGB

Zunächst soll an dieser Stelle der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit die Verwendung einer Adjudikationsklausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen iSd § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB zulässig ist.

aa) Fragen der Einbeziehung in den Vertrag

(1) Ist eine Adjudikationsklausel als allgemeine Geschäftsbedingung zu klassifizieren, stellt sich bereits bei deren Einbeziehung in den Vertrag ein grundlegendes Problem: die bisher weitgehende Unbekanntheit der Adjudikation. Diese

60 Zwingend: § 24 Abs. 5 SL Bau; fakultativ: § 14 DIS-AVO (auf Antrag der Parteien zwingend); § 14 DIS-SchGO (auf Antrag der Parteien zwingend); Art. 21 (1) ICC DB-Rules.

61 Vgl. nur § 17 Abs. 6 DIS-AVO; gem. § 25 Abs. 2 SL Bau ist zur Verlängerung der Entscheidungsfrist von zwei Wochen nach dem mündlichen Termin die Zustimmung der Parteien erforderlich.

62 Vgl. § 15 DIS-AVO; § 15 DIS-SchGO; § 24 SL Bau; Art. 15 ICC DB-Rules.

63 Vgl. § 17 Abs. 6 DIS-AVO: »möglichst schnell [...], regelmäßig innerhalb von vier Wochen«; § 25 SL Bau: »unverzüglich«.

64 § 17 Abs. 2 DIS-AVO; § 17 Abs. 2 DIS-SchGO; § 25 Abs. 4 SL Bau.

65 Vgl. § 20 DIS-AVO; § 20 DIS-SchGO.

66 Vgl. § 22 DIS-AVO; § 22 DIS-SchGO; § 25 Abs. 3 SL Bau; in den ICC DB-Rules gibt es zudem die Möglichkeit des DRB (Art. 4), dessen Entscheidungen nicht bindend sind und des CDB (Art. 6), das nur in vereinzelt Fällen vorläufig bindende Entscheidungen ausspricht.

67 Vgl. § 23 Abs. 2 DIS-AVO; § 23 Abs. 2 DIS-SchGO; § 28 Abs. 1 SL Bau (gem. § 28 Abs. 3 SL Bau kann eine (schieds-)gerichtliche Anfechtung der Entscheidung erst nach Einreichung oder Aufstellung der Schlussrechnung erfolgen).

könnte dazu führen, dass eine Adjudikationsklausel als überraschende Klausel iSd § 305c Abs. 1 BGB einzuordnen ist.⁶⁸ Dies setzt voraus, dass die Adjudikationsvereinbarung objektiv ungewöhnlich und subjektiv überraschend ist, also ein typischer Vertragspartner mit ihr nach den Umständen des Falles vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte.⁶⁹ Fraglich ist dies insbesondere bei Verträgen zwischen Unternehmern. Dort werden im Schrifttum beide Seiten vertreten. Richtigerweise ist in B2B-Verträgen jedoch nicht von einer überraschenden Klausel auszugehen.⁷⁰

- (2) Eine weitere im Zusammenhang mit der Einbeziehung der Klausel in den Vertrag aufzuwerfende Frage betrifft die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Man stelle sich eine Klausel in AGB mit folgendem Wortlaut vor:

»Alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag werden in einem Adjudikationsverfahren nach der SL Bau in der Fassung vom 1.7.2020 gelöst.«

Wird die SL Bau dem Vertrag, bzw. den AGB nicht beigelegt, stellt sich die Frage, ob dem Vertragspartner des Verwenders gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB die Möglichkeit verschafft wurde, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB (bzw. der hier durch Verweis einbezogenen SL Bau) Kenntnis zu nehmen. Regelmäßig ist es dem Vertragspartner nicht zuzumuten, selbst tätig werden zu müssen, um Kenntnis von den AGB zu nehmen.⁷¹ Das gilt auch, wenn die Adjudikationsvereinbarung wie hier vorgeschlagen (s.u.) Teil der VOB/B sein sollte.⁷²

§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist gegenüber Unternehmern gem. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht (unmittelbar) anwendbar. In Verträgen mit Unternehmern genügt regelmäßig der Hinweis auf das entsprechende Regelwerk.⁷³

bb) Fragen der Inhaltskontrolle

Zwar werden die §§ 308, 309 BGB nur in Verbraucherverträgen unmittelbar angewandt, jedoch können sie gem. § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB auch bei B2B-Verträgen in die Auslegung des § 307 BGB einbezogen werden. Deshalb werden sie an dieser Stelle angesprochen.

- (1) Im Rahmen der Inhaltskontrolle gilt es zunächst auf eine mögliche Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 14 BGB einzugehen. Demnach sind Klauseln unwirksam, wonach der Vertragspartner des Verwenders seine Ansprüche nur gerichtlich

68 BeckOK VOB/B/Kölbl, § 18 Abs. 3 Rn. 93.

69 BeckOK BGB/Schmidt, § 305c Rn. 13.

70 BeckOK VOB/B/Kölbl, § 18 Abs. 3 Rn. 93.

71 BeckOK BGB/Becker, § 305 Rn. 59.

72 V. Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A/B-Kommentar, 7. Aufl. 2020, § 1 Rn. 21.

73 Vgl. für die VOB v. Rintelen (Fn. 72), Rn. 20.

geltend machen darf, nachdem er eine gütliche Einigung in einem Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung versucht hat. Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung meint in diesem Kontext jedes Verfahren außerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit und der Schiedsgerichtsbarkeit, bei dem der Versuch der gütlichen Einigung unternommen wird,⁷⁴ also auch die Adjudikation. Ist also in einer Adjudikationsvereinbarung der Hinweis enthalten, dass das Adjudikationsverfahren verpflichtend sei und eine Lösung von Streitigkeiten in anderem Wege nicht zulässig (oder ergibt sich eine solche Bestimmung aus der Auslegung der Adjudikationsvereinbarung), so ist diese mit § 309 Nr. 14 BGB nicht vereinbar.

- (2) Die Anwendung der Klausel auf Verträge zwischen Unternehmern hat allerdings stark eingeschränkt zu geschehen, da § 309 Nr. 14 BGB i.R.d. Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes eingefügt wurde. Im unternehmerischen Rechtsverkehr kommt der Norm keine Indizwirkung zu.⁷⁵ Dennoch wird wohl auch dort der Rechtsgedanke der Norm, dass überraschende ADR-Vereinbarungen in AGB unzulässig sind, bei der Anwendung des § 307 Abs. 1 BGB zum Tragen kommen. Dieser steht dort freilich keiner Vereinbarung einer Schiedsklausel im Wege, da dies in B2B-Geschäften Gang und Gäbe ist. Wohl aber kann dies auch im unternehmerischen Rechtsverkehr zur Unzulässigkeit von Adjudikationsvereinbarungen, die den Weg vor die staatlichen Gerichte versperren, in AGB führen – zumindest solange dies in den entsprechenden Geschäftskreisen noch objektiv ungewöhnlich ist.
- (3) Wer wie in der Literatur vertreten davon ausgeht, dass die Einrede der Schiedsabrede aus § 1032 ZPO auf die Adjudikation entsprechende Anwendung findet,⁷⁶ müsste konsequenterweise daraus zumindest bei Verbraucherverträgen eine Unwirksamkeit von Adjudikationsvereinbarungen in AGB wegen § 309 Nr. 14 BGB herleiten. Die Auffassung, § 1032 ZPO sei auf die Adjudikation entsprechend anwendbar ist indes unrichtig. Zweck der Vorschrift ist die Sicherung des Vorrangs schiedsgerichtlicher Streitbeilegung vor derjenigen vor ordentlichen Gerichten.⁷⁷ Diese ergibt sich jedoch gerade erst aus dem besonderen Rang, der der Schiedsgerichtsbarkeit durch die Kodifizierung in der ZPO eingeräumt wird und ist in dieser Form jedenfalls auf die Adjudikation nach gegenwärtigem Stand nicht übertragbar. Zudem spricht ein Blick auf das Vorbild der vertraglichen Adjudikation in Deutschland – die gesetzliche Adjudikation im Vereinigten Königreich, wo durch die Adjudikation gerade nicht der Klageweg vor staatliche Gerichte ausgeschlossen wird – dagegen, dass ein solcher Ausschluss überhaupt gewollt ist. Der partnerschaftliche Charakter der Adjudikation schließlich wird im Regelfall verlangen, dass die Konfliktparteien gemeinsam per Adjudikation

74 MüKo BGB/Wurmnest, § 309 Nr. 14 Rn. 14.

75 MüKo BGB/Wurmnest, § 309 Nr. 14 Rn. 14 m.w.N.

76 Vgl. Schulze-Hagen (Fn. 51), S. 327.

77 BeckOK ZPO/Wolf/Eslami, § 1032 Rn. 1.

an einer Lösung arbeiten: Gelingt ihnen das nicht, soll ihnen der Weg vor die ordentlichen Gerichte jedoch nicht versperrt bleiben.⁷⁸

- (4) Im unternehmerischen Rechtsverkehr liegt ein Vergleich zur Schiedsabrede gem. § 1031 ZPO gewiss näher. Diese kann in AGB vereinbart werden, unterliegt dann jedoch weiter der Inhaltskontrolle i.R.d. § 307 BGB.⁷⁹

b) Vereinbarkeit mit dem RDG

Die Adjudikation ist keine Rechtsdienstleistung iSd Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG). Gemäß § 2 Abs. 3 RDG ist schon die Tätigkeit von Mediatoren und Schiedsrichtern keine Rechtsdienstleistung. Sie ist vielmehr darauf ausgelegt, ein interdisziplinäres Verfahren zur »gerechten« Entscheidungsfindung zu sein, an dem Juristen wie Ingenieure gleichermaßen beteiligt sein können und auch sollen. Diese Interdisziplinarität ist aufgrund der wirtschaftlichen Interessen bei der Ausführung von Bauvorhaben gerade geboten, um einen mit entsprechendem Sachverstand ausgestatteten, wissenschaftlichen Unterbau zu schaffen.⁸⁰ Entsprechend kann die Tätigkeit des Adjudikators keine Rechtsdienstleistung iSd Gesetzes sein.

III. Vollstreckbarkeit

Die in der Praxis äußerst relevante Frage der Vollstreckbarkeit ist zugleich die wohl unklarste Frage, die sich im Rahmen der vertraglichen Adjudikation stellt. Im Wesentlichen kommen zwei Varianten der Vollstreckung in Betracht: die Vollstreckung als Schiedsspruch iSd § 794 Abs. 1 Nr. 4a ZPO und die Vollstreckung als Urkunde iSd §§ 415 ff. ZPO.

1. Vollstreckbarkeit als Schiedsspruch iSd § 794 Abs. 1 Nr. 4a ZPO

Die Adjudikationsentscheidung könnte ein Schiedsspruch iSd § 794 Abs. 1 Nr. 4a ZPO sein. Dafür müsste es sich bei ihr allerdings um eine endgültige Entscheidung handeln.⁸¹ Schon deshalb kann die Adjudikationsentscheidung kein Schiedsspruch sein, ist sie doch ihrer Natur nach vorläufig. Es wäre auch sonst sehr fraglich, ob ein de facto keinerlei rechtlichen Anforderungen unterliegendes Adjudikationsverfahren mit der streng regulierten Schiedsgerichtsbarkeit gleichgestellt werden kann oder sollte.

78 Dieselben Erwägungen gelten auch für die Einrede des Schiedsgutachtens, falls die Adjudikation als solches eingeordnet oder diese Einrede als auf sie übertragbar angesehen wird.

79 Musielak/Voit/Voit, § 1031 Rn. 6.

80 Vgl. so schon Kniffka, BauR 6/2019, Editorial, II.

81 RGZ 114, 165, 168; Schmidt, SchiedsVZ 2013, 32, 36.

2. Vollstreckbarkeit als Urkunde iSd §§ 415 ff. ZPO

Die Adjudikationsentscheidung könnte (in ihrer schriftlichen Ausfertigung) weiter eine Urkunde iSd §§ 415 ff. ZPO sein. Gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO müssen diese Urkunden von einem Notar oder einem Gericht mit Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung errichtet werden. Die Mitwirkung solcher Organe der Rechtspflege ist aber im Rahmen der Adjudikation nach Meinung des Verfassers gerade nicht erwünscht, da diese Unterwerfungserklärung kosten- und zeitintensiv ist. Diese Erwägungen gelten auch für die Vollstreckbarkeit als Anwaltsvergleich gem. § 796a ZPO.⁸² Aus diesen Überlegungen heraus sollte nicht die »Vollstreckung«, sondern der partnerschaftliche »Vollzug« einer vernünftigen wirtschaftlichen Lösung im Vordergrund stehen; die Anreize sind groß genug. Im Übrigen gilt auch hier: Nur die schnelle Entscheidung ist eine gute Entscheidung.

E. GESETZLICHE ADJUDIKATION: MODELLE UND BEDENKEN

Seit längerem geht die Idee einer gesetzlichen Adjudikation für Deutschland nach britischem Vorbild um. Die Zielsetzung, Modelle und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen gesetzlichen Adjudikation werden im Folgenden dargestellt.

1. Zielsetzung und Modelle

Die Zielsetzung der Idee einer gesetzlichen Adjudikation ist so einfach wie nachvollziehbar: die oben dargestellten Probleme des Bauwesens in der Konfliktsituation gilt es zu lösen. Insofern teilen sich die Bestrebungen nach der Etablierung der vertraglichen Adjudikation als Alternative Dispute Resolution (ADR)-Verfahren⁸³ und der Einführung einer zwingenden Adjudikation die Zielsetzung, die durchaus ehrenwert ist.

Das wesentlichste Modell zur Einführung eines zwingenden Adjudikationsverfahrens hat der 3. Deutsche Baugerichtstag 2010 vorgelegt.⁸⁴ In den Grundzügen entspricht dieses Modell der britischen Adjudication. Erwähnenswert ist insbesondere, dass ein die Einführung eines flankierenden Vollstreckungsverfahrens – entsprechend dem britischen »summary judgment« als summarisches Verfahren ohne umfassende rechtliche Prüfung – empfohlen wird. Zudem wird ein gerichtliches Eilverfahren

82 Die Argumentation wird durch die Tatsache gestützt, dass die Möglichkeit der Vollstreckbarkeit der Adjudikationsentscheidung als Urkunde oder Anwaltsvergleich bereits heute besteht, davon in der Praxis jedoch nach Kenntnis des Verfassers de facto kein Gebrauch gemacht wird.

83 ADR bezeichnet zum staatlichen Gerichtsverfahren alternative Streitbeilegungsmethoden.

84 3. Deutscher Baugerichtstag, Empfehlungen an den Gesetzgeber – Arbeitskreis VII; abrufbar unter <https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/3ak_VII.pdf>.

gefordert, in dem offenbar unbillige Entscheidungen aufgehoben werden können. Dies scheint eine Bezugnahme auf § 319 Abs. 1 BGB zu sein.

II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Strittig ist insbesondere, ob eine gesetzliche Adjudikation nach dem Vorbild des britischen HGCRA mit dem Grundgesetz vereinbar wäre.

1. Verfassungsrechtliche Bedenken

Hingewiesen wird hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein obligatorisches, gesetzliches Adjudikationsverfahren vor allem auf den Justizgewähranspruch aus Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

2. Gegenansicht

Papier sieht in der Einführung einer gesetzlichen Adjudikation zwar eine Beschränkung des Justizgewähranspruches.⁸⁵ Diese Einschränkung sei jedoch insbesondere deshalb verfassungsrechtlich gerechtfertigt, weil die zu erwartenden Vorteile im Wege der Verhältnismäßigkeit die Nachteile überwiegen.⁸⁶

3. Stellungnahme

Die Gegenansicht erscheint aus mehrerlei Gründen zweifelhaft. Entgegen der gutachterlichen Ansicht⁸⁷ ist es alles andere als gewiss, dass positive Erfahrungen aus dem Vereinigten Königreich die Geeignetheit der gesetzlichen Adjudikation in Deutschland zur Erreichung ihrer Regelungszwecke indizieren. Erstens sind die Erfahrungen – wie zugestanden wird⁸⁸ – bereits nicht durchweg positiv, s.o. Zweitens ist aber auch mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass die Ausgangslage im Vereinigten Königreich derjenigen in Deutschland nicht entspricht.⁸⁹ Während aufgrund hoher Prozesskosten die Verfahrenszahlen im Vereinigten Königreich sehr gering waren, ist in Deutschland ein genau gegenteiliges Phänomen zu beobachten. Aus diesen Erfahrungen also auf deutsche Gegebenheiten zu schließen, ist nicht erklärbar.

Fragwürdig erscheint auch die unbegründete Ansicht des Verfassers, die gesetzliche Adjudikation sei der vertraglichen Adjudikation gegenüber vorzugswürdig.⁹⁰

85 *Papier/Schröder* (Fn. 46), S. 734.

86 *Papier/Schröder* (Fn. 46), S. 738.

87 *Papier* (Fn. 35), S. 35.

88 *Papier* (Fn. 35), S. 35: »teilweise positiven Erfahrungen«.

89 *Teubner Oberheim* (Fn. 12), S. 7.

90 *Papier* (Fn. 35), S. 36.

Es gibt keinerlei Anhaltspunkte, warum die im Rahmen der Privatautonomie vereinbarte Adjudikation weniger zielführend sein soll als eine gesetzlich zwingende Adjudikation. Im Gegenteil liegt es doch so, dass widersinnig erscheint, wieso die Adjudikation auch zwingend sein soll, wenn beide Parteien übereinstimmend kein Interesse an einem Verfahren haben, das nur vorläufig bindende Ergebnisse erzeugt.

Das Fazit des Gutachtens erscheint aufgrund von Mängeln in der Begründung keineswegs zwingend. Der Regelung einer zwingenden gesetzlichen Adjudikation gegenüber ist die privatautonome Vereinbarung vertraglicher Adjudikationsverfahren in jedem Fall vorzugswürdig.

F. WOHIN WIR WOLLEN: AUSBLICK AUF DIE ZUKUNFT DER ADJUDIKATION

Die Covid-19-Pandemie hält die ganze Welt in Atem – und sie hat auch das Bauwesen und die baurechtliche Wissenschaft und Konfliktlösung fest im Griff. Die Ausnahmesituation stellt jeden Bauherren, jedes Bauunternehmen und jeden Juristen vor Rechtsfragen, die in ihrer Novität noch vollständig ungeklärt sind und führt damit zwangsläufig zu bedeutenden Verunsicherungen. Doch jede Krise ist auch Chance zu begreifen und so ist die Corona-Krise als Chance für eine partnerschaftlichere Konfliktlösung im Bauwesen zu sehen.⁹¹ Dem gilt es ein Gesicht zu geben.⁹² Und es gibt keinen besseren Weg dies zu tun, als die Adjudikation, ein Verfahren zur Streitvermeidung und Streitbeilegung, zu stärken. Dies wäre ein Ansatz zu einer neuen Streitkultur.

I. Neufassung des § 18 Abs. 3 VOB/B zur Förderung der Adjudikation

Seit langem diskutieren die deutsche Rechtswissenschaft und -praxis über die Adjudikation, aber die Zahlen zeigen: angekommen ist sie noch nicht. Geradezu erschreckend gering sind die wenigen Zahlen, die es zur Adjudikation zu finden gibt;⁹³ sie ist längst noch nicht das Streitbeilegungsinstrument vieler, das sie sein könnte – ein effizientes, kostengünstiges und die partnerschaftlichen Beziehungen stärkendes Instrument mit einer hohen Flexibilität.

Einzelne etablierte Schiedsinstitutionen haben in den letzten zehn Jahren versucht das signifikant zu ändern; gelungen ist es ihnen indes nicht. Eine staatliche Förderung der Adjudikation durch Einführung eines Adjudikationszwangs wie im Vereinigten Königreich ist der Lösung des Problems freilich ebenso wenig dienlich. Dies entspräche bereits nicht unserer Verfassung, s.o. Das braucht es aber auch gar nicht. Einfach und effektiv die Adjudikation fördern kann hingegen der Ordnungsgeber

91 So schon *Leupertz*, BauR 5/2020, Editorial.

92 *Leupertz* (Fn. 91).

93 S. oben Verschwiegenheitsverpflichtung.

der VOB⁹⁴, denn dieser kann als »Adjudikations-Promoter« auftreten. Die VOB/B⁹⁵ erfreut sich großer Akzeptanz und findet in einer Vielzahl von Bauverträgen Anwendung. Sie ist zur Zeit unverzichtbar; muss jedoch grundlegend überarbeitet werden. Es ist höchst unbefriedigend, wenn sich der Hauptausschuss Allgemeines des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss nicht endlich bewegt und die Rechtsunsicherheiten beseitigt. Andernfalls sollte man ernsthaft über Initiativen nachdenken, einen anderen Mustervertrag für das Bauwesen zu entwickeln.

Die Förderung einer zeitangemessenen klaren Struktur hinsichtlich eines neuen Konfliktlösungsmechanismus finden wir in § 18 Abs. 3 VOB/B. Dieser stellt eine Öffnungsklausel für alternative Streitbeilegungsinstrumente in der VOB/B dar.⁹⁶ Die Norm lautet aktuell:

»Daneben kann ein Verfahren zur Streitbeilegung vereinbart werden. Die Vereinbarung sollte mit Vertragsschluss erfolgen.«⁹⁷

Dieser Absatz ist so ohne Bedeutung für die Baupraxis. Der Verordnungsgeber sollte ihm deshalb einen dritten Satz hinzufügen:

„Für die Beilegung von Auseinandersetzungen zwischen den Vertragsparteien vor der Abnahme gilt das Adjudikationsverfahren nach den Vorschriften im Anhang zu dieser Vertragsordnung, soweit dies vertraglich nicht ausgeschlossen ist.«

Diese Formulierung wahrt die Privatautonomie und fördert gleichwohl effektiv das Streitbeilegungsinstrument der Adjudikation. Als Anhang ist der VOB/B eine für alle Rechtsanwender verständliche Adjudikationsordnung beizufügen.⁹⁸ Im Hinblick auf (den Justizgewährungsanspruch aus dem GG und) § 309 Nr. 14 BGB ist dabei zu beachten, dass die Anrufung von (Schieds-) Gerichten während des Adjudikationsverfahren nicht ausgeschlossen sein darf.⁹⁹ Diese Ergänzung des § 18 Abs. 3 VOB/B hebt die vertragliche Adjudikation in Deutschland auf eine neue Stufe. Darüber hinaus stellt die Regelung der Adjudikation in der VOB/B auch eine echte Innovation dar, die die Bedeutung des Mustervertrags für das Bauwesen weiter aufwertet und zu einem Paradigmenwechsel in der Streitkultur führt; diesem Vorschlag sollte eine Chance gegeben werden.

Für diese Lösung spricht die AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B. Diese schützt einerseits die Verwender vor einer weitreichenden Kontrolle der

94 Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA).

95 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen – Ausgabe 2016.

96 *Kniffka* (Fn. 42), S. 421.

97 Die Norm wurde im Zuge der Neufassung der VOB/B 2006 eingeführt. Mit ihr wurde etwas selbstverständliches verankert. Dem Wortlaut nach beinhaltet die Vorschrift eine Ergänzung von § 18 Abs. 2 VOB/B, vgl. *Franz*, in: *Leinemann* (Hrsg.), VOB/B-Kommentar, 7. Aufl. 2019, § 18 Rn. 48; *Joussen*, in: *Leupertz/v. Wietersheim* (Hrsg.), VOB/A/B-Kommentar, 21. Aufl. 2020, § 18 Abs. 3 VOB/B Rn. 1.

98 Für einen Entwurf s. *Rustmeier* (Fn. 50), S. 152 ff.

99 Anders noch *Rustmeier* (Fn. 50), S. 152 (§ 1 Abs. 3).

Adjudikationsvereinbarung.¹⁰⁰ Andererseits schützt diese Regelung aber auch vor der Abbedingung der Adjudikation. Die Verwender werden schließlich dazu angehalten, in die VOB/B integrierte Adjudikationsvereinbarungen zu übernehmen, da sie sonst eine vollumfängliche AGB-Kontrolle ihrer Vertragsklauseln riskieren.

Nach der Einführung des Bauvertragsrechts im BGB von 2018 ist eine Novellierung der Bestimmungen der VOB/B (s.o.) zur Vermeidung einer AGB-Unwirksamkeit ohnehin dringend fällig.¹⁰¹ In diesem Zusammenhang stünde damit einer Ergänzung des § 18 Abs. 3 VOB/B auch organisatorisch nichts im Wege. Beachtenswert ist auch, dass § 18 Abs. 2 VOB/B für Verträge mit Behörden bereits ein Verfahren vorsieht, das dem Adjudikationsverfahren in seinen Abläufen sehr nahekommt.¹⁰² Der Verordnungsgeber geht also offensichtlich schon jetzt davon aus, dass es sich dabei um ein geeignetes Verfahren zur Streitbeilegung handelt, sodass der hier dargestellte Schritt eigentlich nicht schwerfallen dürfte. Es bleibt abzuwarten, ob und wann dieser Vorschlag des Verfassers von der Idee zur rechtlichen Realität wird. Fest steht: Es wird ein langer Weg für dieses innovative Verfahren werden; der Anfang ist jedenfalls gemacht und es mehren sich die Zeichen für Hoffnung.

II. Adjudikation als Streitbeilegungsmittel der Wahl in Zeiten der Krise

Das ist heute auch aktueller und wichtiger denn je. Die Covid-19-Pandemie stellt, wie bereits ausgeführt, die Baubranche vor ungeheure Herausforderungen. Es drohen zumindest mittelfristige Baustillstände, Unternehmensinsolvenzen in großer Zahl und damit einhergehend eine Menge an Streitigkeiten, die viel Zeit und Geld kosten.

1. Die Adjudikation begegnet dem mit dem Gedanken der Partnerschaftlichkeit und Zusammenarbeit. Niemand muss seinen Vertragspartner »verklagen«, auf dass dieser »verurteilt« werde. Allein diese Vokabeln der klassischen (schieds-)gerichtlichen Streitbeilegung zeugen von ihrem Konfrontationscharakter. Die Adjudikation stellt ein Instrument dar, bei dem sich Antragsteller und -gegner (am Ende auch Gewinner und Unterlegener) auf Augenhöhe begegnen, gemeinsam für eine schnelle und interessengerechte Lösung arbeiten und beide (s.o.) mit dem Ausgang regelmäßig zufrieden sind. Der Vertragspartner darf also nicht als Gegner, sondern als Kooperationspartner begriffen werden, mit dem das Vertragsziel erreicht werden soll. Dies ist Ausprägung der Tatsache, dass die Adjudikation nicht primär Instrument zur Rechtserkennung oder -verwirklichung ist, sondern der befriedigenden Lösung des konkreten Konflikts. Das Verfahren hat nicht das Ziel und im Regelfall auch nicht den Effekt, ein Rechtsproblem

100 *Hök* (Fn. 29), S. 425.

101 *Ryll*, NZBau 2018, 187, 192; *Kniffka*, (Fn. 42), S. 411; eine kritische Auseinandersetzung mit den Zielen der VOB/B in einem Novellierungsverfahren fordert auch *Kniffka*, BauR 6/2020, Editorial, II.

102 Kritisch *Leupertz*, in: *Langen* (Hrsg.), Nomos Kommentar Werk- und Bauvertragsrecht, 2020, Anh. III Rn. 101.

aufzuarbeiten und zu entscheiden, sondern vielmehr die Situation zwischen den Parteien zu befrieden. Das drückt sich schon darin aus, dass Adjudikatoren im Regelfall eine besondere Befähigung, also fachliche Kompetenz, Unabhängigkeit und absolute Neutralität, zur Konfliktlösung besitzen (müssen). Im Ergebnis steht nicht die »vertragsoptimierte«, sondern die »bedarfsoptimierte« Adjudikation im Vordergrund.

2. In dieser Hinsicht ist die Adjudikation auch der Möglichkeit der einstweiligen Verfügung aus § 650d BGB vorzuziehen. Auch wenn es erste Verfahren zu § 650d BGB gibt, ist diese Möglichkeit bisher nicht auf große Akzeptanz gestoßen. Selbst wenn sich dies bessern sollte ist jedoch längst nicht gesagt, dass deutsche Gerichte im Eilverfahren die schwelenden Konflikte zu einer zufriedenstellenden Lösung bringen könnten.¹⁰³
3. Aber auch anderen ADR-Verfahren gegenüber hat die Adjudikation einiges voraus. Anders als bei Mediation oder Schlichtung ist sie explizit darauf angelegt, einen Konflikt schnell und konfliktnah zu lösen.¹⁰⁴ Sie ist gemacht für Bausachen, ihre »Richter« sind Experten und wissen, worauf es beim Bau ankommt und wie die Interessenlage zu bewerten ist. Dies resultiert insbesondere aus der im Rahmen der Adjudikation erwünschten interdisziplinären Zusammenarbeit zwischen Juristen und Ingenieuren. Diese Expertise kann keine Schlichtungsstelle bieten.
4. Das bisweilen genannte Argument, die Kosten der Adjudikation seien vor allem aufgrund ihrer relativen Neuheit und ihres unregelmäßigen Verfahrensablaufs unberechenbar, überzeugt nicht. Die Ungewissheit wird namentlich ausgeglichen durch die im Vergleich zu anderen Streitbeilegungsmechanismen bei der Adjudikation wesentlich geringeren Personalkosten.¹⁰⁵
5. Streitbeilegung in Zeiten der Pandemie stellt alle Beteiligten vor Herausforderungen. Aus den genannten Gründen ist jedoch die Adjudikation das geeignetste Streitbeilegungsmittel dazu. Mit der dargestellten Regelung in § 18 Abs. 3 VOB/B könnte der Verordnungsgeber dafür sorgen, dass es auch wortwörtlich das Streitbeilegungsmittel der Wahl würde und so ein neuer Konfliktmechanismus entstünde.
6. Es darf in diesem Zusammenhang daran erinnert werden, dass bereits der BGH vor einem knappen Vierteljahrhundert ein Kooperationsgebot gefordert hat.¹⁰⁶ Er hat u.a. die Beteiligten aufgefordert, ernsthafte Verhandlungen über Meinungsverschiedenheiten zu führen und nicht vorschnell zu finalen, das Baugeschehen lahmlegenden Entscheidungen wie einer Kündigung zu greifen. Selbst bei kleineren Maßnahmen, wie im Einfamilienhausbau, kann dies zu existenzgefährdenden Umständen führen.

103 Ebenso kritisch schon *Boldt* (Fn. 37), Rn. 94.

104 Adjudikation ist mehr als nur ein Mittel zur Streitbeilegung; sie ist ein geordnetes, nachvollziehbares und nachprüfbares Verfahren.

105 *Fischer*, BauR 2016, 20, 27.

106 Vgl. BGHZ 133, 44.

7. Ganz in diesem Sinne fordert das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) alle Akteure der Bau- und Immobilienwirtschaft auf zu partnerschaftlichem Verhalten mit Augenmaß und Transparenz.¹⁰⁷ Die außergerichtliche Streitbeilegung bietet unter dieser Prämisse ein adäquates Instrumentarium für schnelle, kostengünstige, effiziente, faire und interessengerechte Bewältigung wirtschaftlicher Krisenfolgen und Konflikte.

III. Umbau von Adjudikationsverfahren zur Adjudikation »light«

Die privaten deutschen Versuche der Einführung einer Adjudikation sollten außerdem weiter verbessert und dafür auch in ihrer grundsätzlichen Architektur verändert werden. Insbesondere sollte dafür die Reform des FIDIC-Adjudikationsverfahrens von 2017 zum Anlass genommen werden. Dort führte die FIDIC die DAAB – »Dispute Avoidance / Adjudication Boards« – ein, die eben nicht mehr länger nur zur Streitlösung durch Adjudikation berufen sind, sondern von den Parteien auch zur anderweitig gütlichen Streitbeilegung, vergleichbar mit einer Mediation oder Schlichtung, angerufen werden können.

Es soll, wie oben dargestellt, bei der Adjudikation um eine für alle Seiten befriedigende, pragmatische Lösung eines Problems gehen, die weitgehend einvernehmlich abläuft. Den neuen FIDIC-Regeln liegt dies als Leitlinie zugrunde.¹⁰⁸ Es stünde allen Adjudikationsverfahren gut an, als erste »Vorstufe« des Verfahrens eine solche gütliche Einigung in Form einer drittunterstützten Verhandlung einzuführen um den partnerschaftlichen Charakter weiter zu stärken, bzw. diesen in den Mittelpunkt zu rücken.¹⁰⁹ Gelingt dies zu Beginn nicht, kann der Streit nach wie vor im Adjudikationsverfahren gelöst werden. Weiterhin sollte in Zukunft den Bedenken begegnet werden, die Verlagerung der Konfliktlösung von staatlichen Gerichten hin zu ADR-Verfahren ginge auf Dauer wegen der im außergerichtlichen Bereich fehlenden Transparenz von Entscheidungen zulasten einer an praktischen Anforderungen orientierten Rechtsfortbildung. Wie Gerichtsurteile sollten Adjudikationsentscheidungen also vermehrt veröffentlicht werden.¹¹⁰

Freilich liegt die Entscheidung darüber wegen des vertraglichen Charakters der Adjudikation bei den Parteien. Um deren Geheimhaltungsinteresse zu wahren, sollten derartige Publikationen (wie auch bei der Veröffentlichung staatlicher Gerichtsentscheidungen) anonymisiert werden.

107 BMI, Erlass vom 23.3.2020, abrufbar unter <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/erlass-bauwesen-corona-20200323.pdf?__blob=publicationFile&v=1>.

108 *Mahnken/Schramke* (Fn. 30), S. 745.

109 Probleme könnten zumindest »abgeschichtet« werden.

110 So schon Fischer, *BauR* 2016, 20,22; vgl. zur Veröffentlichung von Verfahrensdaten § 28 Abs. 6 DIS-AVO.

Neben dem partnerschaftlichen sollte auch der informelle Aspekt der Adjudikation gefördert werden. Die Abläufe sollten so übersichtlich gefasst und die Argumentationsstrukturen so pragmatisch herausgebildet werden, dass es den Beteiligten möglich ist oder wird, mit geringem vertragsrechtlichem Aufwand (§ 18 Abs. 3 VOB/B) das Verfahren zu bestreiten. Letztlich sichert eine schnelle und funktionierende Streitbeilegung Liquidität und damit Bauqualität und Baufortschritt, wozu die Adjudikation »light« ihren Beitrag leisten kann.

G. SCHLUSSBETRACHTUNG

Die Adjudikation hat eine bewegte Geschichte in der Welt, in Europa und in Deutschland. In sehr hohem (und ihrer praktischen Relevanz nicht immer angemessenem) Maße ist sie seit fast 20 Jahren Gegenstand der juristischen Diskussion in Deutschland. Teils wird eine gesetzliche und zwingende Regelung befürwortet, teils – wie hier – für ebenso unzulässig wie unnötig gehalten.

Bauen in Zeiten von Corona führt zu großen Verunsicherungen. Die Pandemie wird in vielen Vertragsbeziehungen tiefe Wunden hinterlassen und die Folgen für die Bauwirtschaft müssen begrenzt werden.¹¹¹ Zwar gilt nach wie vor der Grundsatz »pacta sunt servanda«. In Ausnahmefällen, die eine besondere Härte zeigen – freilich muss die Hürde hoch angelegt werden –, sollte es aber zum Beispiel mittels der Vorschriften über die Störung der Geschäftsgrundlage möglich sein, Verträge anzupassen.¹¹² In diesen Härtefällen können sodann unvermeidliche Streitigkeiten im Rahmen einer Adjudikation »light« unter Beteiligung von Juristen gelöst werden.

Gerade die Schnelligkeit der Adjudikation im Sinne eines Eilverfahrens ist in dieser Situation am Zug: Sie zahlt sich für die Verfahrensbeteiligten dann besonders aus, wenn ein jahrelanger prozessbedingter Baustopp noch schmerzhafter ist als ohnehin. Die rechtliche Aufarbeitung der Krisenfolgen wird Jahre dauern – und wegen der zu erwartenden hohen Fallzahlen sind lange Wartezeiten vor den staatlichen Gerichten vorprogrammiert. Wesentlich zügiger wird es hingegen mit dem hier beschriebenen Streitbeilegungsverfahren der Adjudikation gehen, denn qualifizierte Adjudikatorinnen und Adjudikatoren (Juristen und Ingenieure) sind in ausreichender Zahl

111 Allgemeiner zu den baurechtlichen Problemen der Pandemie, vgl. *Brübach*, in: *Schmidt* (Hrsg.), COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 6 Bauvertrag; ZfBR-Sonderheft 2020 »COVID-19-bedingte Herausforderungen für das private und öffentliche Baurecht und das Vergaberecht«; *Riehm*, Corona und das Allgemeine Leistungsstörungsrecht, in: *Effer-Uhel/Mohnert* (Hrsg.), Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 11, 32 ff.

112 Allgemein zur Anwendung des § 313 BGB im Pandemiefall, vgl. *Prütting*, Wegfall der Geschäftsgrundlage als Antwort des Zivilrechts auf krisenbedingte Vertragsstörungen?, in: *Effer-Uhel/Mohnert* (Hrsg.), Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 47; *Kues/Thomas*, BauR 2020, 1043.

vorhanden. Weiter kann die Adjudikation rasch und unkompliziert auf neue Entwicklungen reagieren: So bleiben Adjudikationsverfahren etwa dank mündlicher Verhandlungen via Videokonferenz handlungsfähig – trotz Abstandsgebot und Reisebeschränkungen. Im Ergebnis erhält man eine neutrale und fachlich fundierte Einschätzung. Zu beachten ist dabei freilich immer, dass die Verfahren rechtsstaatlichen Grundanforderungen genügen müssen.

Auf die Frage »Quo vadis, Adjudikation?« kann man einen optimistischen Blick nach vorne wagen. Es bleibt zu hoffen, dass wir die Chance für mehr interdisziplinäre Zusammenarbeit nutzen, statt uns weiter in unzähligen und unendlichen Prozessen zu verrennen. Es bleibt zu hoffen, dass die Akzeptanz für die Adjudikation als Streitbeilegungsmittel zunimmt, statt sie weiter als das exotische Novum zu behandeln, das sie längst nicht mehr ist. Es bleibt zu hoffen, dass wir uns mit großem Engagement der Partnerschaftlichkeit zuwenden; gefragt ist die kluge Kooperation – lieber freiwillig schlichten, statt richten!