

Das Sanktionsproblem der vertraglichen Adjudikation:

Vom „Ersatzgericht“ zur „Adjudikation light“

I. Einführung

Die Adjudikation ist jüngst in aller Munde.¹ Die rechtlichen Einzelheiten sind ebenso umstritten wie die Basis der Diskussion feststeht: Es besteht ein erheblicher praktischer Bedarf an schneller Konfliktlösung bei der Durchführung von Bauverträgen.² Die Adjudikation ist dabei das Mittel der Wahl. Sie garantiert nämlich im Gegensatz zur auf Einvernehmen setzenden Mediation eine *schnelle* und damit auch kostengünstige Lösung des Konflikts durch einen Dritten (den Adjudikator) und bleibt im Gegensatz zum nach §§ 1051 ff. ZPO nur in sehr engen Grenzen überprüfbar Schiedsspruch weitestgehend (auch schieds)gerichtlich *überprüfbar*.³

1. Die Bedenken von Andreas Jurgeleit

Während die Einführung einer gesetzlich verpflichtenden Adjudikation nach englischem Vorbild aktuell zurecht nicht zur Debatte steht,⁴ ist eine rechtssichere Durchführung privatautonom vereinbarter Adjudikationsverfahren von großer Wichtigkeit. Diese ist durch einen Beitrag des Richters am Bundesgerichtshof *Andreas Jurgeleit* ins Wanken geraten.⁵ *Jurgeleit* hält vertraglich vereinbarte Adjudikationsordnungen, die mittels Sanktionen eine Bindungswirkung der Entscheidung des Adjudikators herstellen wollen, ohne staatlichen Gerichten eine Überprüfmöglichkeit insbesondere unter dem Aspekt der Gewährung rechtlichen Gehörs und des *ordre public* einzuräumen, nach § 134 BGB für nichtig. Die mit diesem Beitrag geplatze „Bombe“ hatte unmittelbare Auswirkungen in Gestalt des Rückzugs bislang empfohlener Adjudikationsordnungen vom Markt.⁶ In der Tat wird man als rechtsberatend tätige Person bis zur endgültigen Klärung dieser Frage durch den BGH guten Gewissens zumindest keine von dieser Art der Bindungswirkung ausgehende Adjudikationsordnung empfehlen können. Zwar haben

¹ *Fuchs/Winterling* BauR 2021, 1353; *Jurgeleit* FS Leupertz 2021, 293; *ders.* BauR 2021, 863; *Leupertz* BauR 6/2021 (Editorial); *Rustmeier* FS Leupertz 2021, 611; *Voit* ZKM 2022, 4.

² Vgl. *Fuchs/Winterling* BauR 2021, 1353 (1355 f.) m.w.N.; eingehend zu den Gründen *Rustmeier* FS Leupertz 2021, 611 (617 f.).

³ Näher hierzu *Fuchs/Winterling* BauR 2021, 1353 (1357 f.).

⁴ Im Einzelnen *Rustmeier* FS Leupertz 2021, 611 (624 ff.).

⁵ Siehe *Jurgeleit* FS Leupertz 2021, 293; identisch veröffentlicht in BauR 2021, 863, 867 ff.

⁶ *Fuchs/Winterling* BauR 2021, 1353 (1353); *Leupertz* BauR 6/2021 (Editorial); die Deutsche Gesellschaft für Baurecht hat entsprechen den Empfehlungen von *Jurgeleit*, aaO S. 870 ff, eine neue Adjudikationsordnung im Rahmen der Streitschlichtung Bau (SLBau) geschaffen.

die Ergebnisse der Meinung von *Jurgeleit* keinen Beifall gefunden,⁷ eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Argumenten findet bislang jedoch nur vereinzelt statt.⁸

Jurgeleit stützt die Nichtigkeit auf ein implizit aus einer Gesamtschau von Art. 103 Abs. 1 GG, dem Rechtsstaatsprinzip, der Exklusivität der §§ 1025 ff. ZPO für eine private Gerichtsbarkeit sowie dem Zweck von § 1059 Abs. 2 Nr. 1b) ZPO folgendes gesetzliches Verbot für Sanktionsmodelle der Adjudikationsordnungen.⁹ Sanktionsmodelle, in denen eine Partei bei Nichtbefolgung eines Urteils privater Gerichtsbarkeit erhebliche materiell-rechtliche Nachteile befürchten muss, obwohl eine spätere Überprüfung der vorläufigen Adjudikationsentscheidung durch ein staatliche Gericht oder ein Schiedsgericht zu deren Aufhebung führt, verstoßen laut *Jurgeleit* zudem gegen den *ordre public* und sind deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.¹⁰ Derartige Sanktionsmechanismen seien im Rahmen privater Streitbeilegung ausschließlich den Schiedsgerichten vorbehalten. Die Nichtigkeit der Sanktionsregelungen nach §§ 134, 138 BGB führt nach § 139 BGB im Zweifel zur Gesamtnichtigkeit der Adjudikationsvereinbarung.

2. Nicht sanktionsbasierte Adjudikationsvereinbarungen

Die apodiktische Grundannahme *Jurgeleits*, eine nicht durch Sanktionen durchsetzbare Entscheidung sei nicht zur Streitbeilegung geeignet,¹¹ erscheint jedoch nicht richtig. Gerade bei der Durchführung von Bauverträgen kommt es regelmäßig darauf an, dass eine Streitfrage nicht nur schnell, sondern auch unter beiderseitiger Gesichtswahrung entschieden wird. Die Parteien des Streits sind schließlich durch den Bauvertrag zumindest mittelfristig an einander gebunden und auf eine funktionierende Zusammenarbeit angewiesen. Beide Seiten haben somit ein Interesse an einer Streitbeilegung mit freiwilliger Bindung an das Ergebnis der Entscheidung. Ein Sanktionsmodell, das die Konfrontativität des Streitbeilegungsmechanismus erhöht, erscheint daher weder notwendig noch sinnvoll. Auf der Grundlage dieses Gedankens soll sich im Folgenden einer Lösung des Sanktionsproblems der Adjudikation angenähert werden, die auf der jüngst vorgeschlagenen VOB/B-Novelle aufbaut.

⁷ *Fuchs/Winterling BauR* 2021, 1353 passim; *Leupertz BauR* 6/2021 (Editorial).

⁸ Allein bei *Voit ZKM* 2022, 4.

⁹ *Jurgeleit FS Leupertz* 2021, 293, 300 ff.

¹⁰ *Jurgeleit FS Leupertz* 2021, 293, 302 ff.

¹¹ *Jurgeleit FS Leupertz* 2021, 293, 296: „Entscheidungen führen aber nicht zur – jedenfalls vorläufigen – Streitbeilegung und tragen deshalb nicht zum Rechtsfrieden bei, wenn sie nicht durchgesetzt werden können, also zur Vollziehung und Vollstreckung nicht geeignet sind und damit von der unterlegenen Partei, ohne Sanktionen zu befürchten, nicht beachtet werden müssen.“

II. Lösung anhand der vorgeschlagenen VOB/B-Novelle

Die nun vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) vorgeschlagene Änderung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B (VOB/B) gibt Anlass für die Diskussion über eine durch die VOB/B geförderte „Adjudikation light“.¹² Der bislang bedeutungslose § 18 Abs. 3 VOB/B soll nach dem ersten Aufschlag des DVA umformuliert werden und in Satz 1 auf „Schlichtung, Mediation, Adjudikation, Schiedsrichterliches Verfahren“ als Möglichkeiten der zu vereinbarenden Streitbeilegungsverfahren verweisen. Zudem „soll“ die Vereinbarung bei Vertragsschluss erfolgen (bisher: „sollte“). Diese Änderungen zeigen, dass der DVA dieser Norm eine gewisse Bedeutung für die Förderung alternativer Streitbeilegungsverfahren beimisst.

1. Schwächen der vorgeschlagenen Novelle

Indessen bleibt die vorgeschlagene Änderung weit hinter dem Potential zurück, das die VOB/B in diesem Kontext besitzt. Zwei Probleme stellen sich nämlich weiterhin:

a) *Fehlende Konzentration auf die Adjudikation als vorzugswürdige Streitbeilegungsform*

Die aufgrund praktischer Bedürfnisse notwendige Konzentration des Blicks auf die Adjudikation ist nicht vorhanden. Wie schon dargestellt hat die Adjudikation in Bausachen enorme Vorteile gegenüber den anderen genannten Streitbeilegungsverfahren.¹³ Richtigerweise sollte die VOB/B also eine Wertungsentscheidung für die alleinige Förderung der Adjudikation und den Verzicht auf die Nennung anderer Streitbeilegungsverfahren treffen. Insbesondere eignen sich Schlichtung und Mediation nicht für die schnelle Streitbeilegung in Bausachen.

b) *Verbleiben beim „opt in“-System für Adjudikationsvereinbarungen*

Trotz der nuancierten Veränderung der Wortwahl („soll“ statt „sollte“ vereinbart werden) bleibt der Änderungsvorschlag beim grundsätzlichen Design der Norm, das lediglich die Möglichkeit einer vertraglichen Vereinbarung alternativer Streitbeilegungsmechanismen vorsieht. Es müssen also nach wie vor externe Vertragswerke zu Rate gezogen werden, sodass das Verfahren unnötig kompliziert wird. Die Norm sollte von diesem „opt in“-System abrücken und stattdessen einen „opt out“-Ansatz verfolgen, der die generelle Geltung einer im Anhang zur VOB/B

¹² Zu dem Begriff erstmals *Rustmeier* FS Leupertz 2021, 611 (630 f.).

¹³ Näher zum Ganzen *Fuchs/Winterling* BauR 2021, 1353 (1357 f.).

festgelegten Adjudikationsverfahrensordnung – freilich mit der Möglichkeit der Abbedingung durch die Parteien – vorsieht.¹⁴ Dies geht über die vorgeschlagene Soll-Vorschrift in der Wirkung weit hinaus.

2. Lösungsansatz

Zur Lösung dieser Probleme bietet es sich an, § 18 Abs. 3 VOB/B in der anstehenden Novelle wie folgt neu zu fassen:

„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.“¹⁵

Die Adjudikationsverfahrensordnung, die als Anhang der VOB/B beizufügen ist und somit – falls nicht abbedungen – über § 18 Abs. 3 VOB/B automatisch Bestandteil der Verträge wird, die die VOB/B einbeziehen, muss vor dem Hintergrund der jüngeren Diskussionen freilich gewisse Anforderungen erfüllen. Insbesondere ist zu beachten, dass eine mittels Sanktionen herzustellende Bindungswirkung der Adjudikationsentscheidung explizit ausgeschlossen sein sollte, um die von *Jurgeleit* vertretene Nichtigkeit nach § 134 BGB in jedem Fall auszuschließen. Dies sollte begleitet werden von der ausdrücklichen Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen, um eine Unwirksamkeit in Verbraucherverträgen nach § 309 Nr. 14 BGB zu vermeiden.¹⁶ Die Bindungswirkung der Adjudikation muss daher unter der auflösenden Bedingung einer abweichenden gerichtlichen Entscheidung stehen.¹⁷ Beides sind indes keine Hindernisse für eine sinnvolle Durchführung der Adjudikation: Diese sollte trotz aller Schnelligkeit und obwohl sie kein Einvernehmen der Parteien erfordert, stets eine kooperative Streitbeilegungsform bleiben, die vom Willen beider Parteien getragen ist. Vielmehr als um endgültige oder ausschließliche Streitentscheidung gegen den Willen einer Partei geht es bei der Adjudikation um die schnelle Streitbeilegung im Interesse beider Parteien. Akzeptiert eine Vertragspartei die Entscheidung des Adjudikators nicht – egal ob im Nachhinein oder bereits ex ante –, so sollte ihr freilich der Weg zu Gerichten offenstehen.¹⁸ Für die Adjudikation ist nur da Platz, wo Wille zur Kooperation zum gemeinsamen Besten besteht.

¹⁴ Zu den Vorteilen dieses Ansatzes *Rustmeier* FS Leupertz 2021, 611 (626 ff.).

¹⁵ So schon *Rustmeier* FS Leupertz 2021, 611 (627).

¹⁶ Vgl. *Rustmeier* FS Leupertz 2021, 611 (621 f.).

¹⁷ So auch *Voit* ZKM 2022, 4 (7).

¹⁸ Diese wiederum sind nicht auf eine Überprüfung der Adjudikationsentscheidung beschränkt, sondern entscheiden vielmehr völlig von dieser unabhängig, vgl. *Voit* ZKM 2022, 4 (7).

III. Regelungsvorschlag

Anhang zur VOB/B: Adjudikationsverfahrensordnung¹⁹

Präambel

Ziel der Adjudikation ist eine schnelle, kostengünstige und faire baubegleitende Streiterledigung zwischen den Parteien dieses Vertrages. Die Entscheidung ergeht nach summarischer Prüfung in rechtlicher und/oder technisch-wirtschaftlicher Hinsicht.

§ 1 Anwendungsbereich

- (1) Das Adjudikationsverfahren über eine Streitigkeit aus dem Bauvertrag kann jederzeit von einer Partei formlos betrieben werden, wenn diese ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis hat; eines besonderen Feststellungsinteresses im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO bedarf es grundsätzlich nicht.
- (2) Streitigkeit ist die Uneinigkeit über das Bestehen eines bestimmten Anspruchs, eines anderen Rechtsverhältnisses oder rechtserheblicher Tatsachen, wenn das Bestehen nach Anzeige einer Partei (Streitanzeige) nicht binnen angemessener Frist von der anderen Partei bestätigt wurde. Auch einzelne Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses können Gegenstand der Auseinandersetzung sein. Die Streitanzeige und die Bestätigung können formlos erfolgen.
- (3) Werden Streitigkeiten während des laufenden Adjudikationsverfahrens zum Gegenstand eines anderen Adjudikations- oder (Schieds-)Gerichtsverfahrens gemacht, so endet das Adjudikationsverfahren.

§ 2 Streitbeilegungsstelle

- (1) Über die Streitigkeit entscheidet ein nach § 3 benannter und bestellter Adjudikator.
- (2) Für Streitigkeiten bei komplexen Bauvorhaben kann ein Gremium aus zwei oder drei Adjudikatoren bestellt werden.
- (3) Bei Vertragsbeginn kann ein ständiges Gremium bestellt werden.

¹⁹ Mit Änderungen übernommen aus *Rustmeier* Reform des Bauvertragsrechts im Lichte der FIDIC-Bestimmungen, 2018, S. 152 ff.; diese Adjudikationsordnung betont besonders den kooperativen Charakter des Verfahrens.

§ 3 Benennung und Bestellung der Streitbeilegungsstelle

- (1) Innerhalb von zehn Werktagen nach Verfahrenseinleitung (§ 9) haben sich die Parteien auf die Person des Adjudikators zu einigen und diesen zu benennen. Einigen sich die Parteien nicht innerhalb dieser Frist, kann jede Partei schriftlich die Benennung eines Adjudikators durch die benennende Stelle (Absatz 2) beantragen. Die Benennung kann auch bereits bei Vertragsschluss erfolgen.
- (2) Innerhalb von zehn Werktagen nach Verfahrenseinleitung haben sich die Parteien auf die benennende Stelle zu einigen und diese zu benennen. Dies kann auch bereits bei Vertragsschluss erfolgen. Haben sich die Parteien auf keine benennende Stelle geeinigt, entscheidet die örtlich zuständige Industrie- und Handelskammer als Benennungsinstitution.
- (3) Die Benennung ist dem Adjudikator schriftlich mitzuteilen. Dieser hat den Parteien innerhalb von 5 Tagen ab Zugang der Benennung schriftlich die Annahme oder Ablehnung des Amtes mitzuteilen. Erfolgt keine fristgemäße Annahme, können die Parteien einen anderen Adjudikator benennen. Mit der Annahme gilt der Adjudikator als bestellt.
- (4) Besteht die Streitbeilegungsstelle aus mehr als einem Adjudikator, so gelten für die Benennung des zweiten Adjudikators Absatz 1 und Absatz 3 entsprechend. Der dritte Adjudikator kann hiervon abweichend auch von zwei bereits bestellten Adjudikatoren eigenverantwortlich benannt werden.
- (5) Soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, gelten alle Vorschriften über einen Adjudikator entsprechend für alle weiteren.

§ 4 Anforderungen an den Adjudikator

- (1) Für das Amt des Adjudikators kommen nur nachweislich qualifizierte Personen in Betracht. Als Nachweis der Qualifikation gelten insbesondere
 1. der Titel des Fachanwalts für Bau- und Architektenrecht nach der Fachanwaltsordnung oder
 2. ein Hochschulabschluss aus den Fachbereichen Architektur oder Bauingenieurwesen oder
 3. eine vergleichbare juristische oder ingenieurtechnische Ausbildung sowie der Nachweis mindestens dreijähriger baupraktischer Berufserfahrung.Bei Bestellung eines Adjudikatorenremiums wird der Vorsitz durch einen Juristen mit baupraktischer Erfahrung nach Satz 1 ausgeübt, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

- (2) Der Adjudikator hat die Übernahme des Amtes bei Befangenheit abzulehnen. Der Umstand, dass der Adjudikator durch eine Partei im Vertrag bereits vorgegeben wurde, begründet für sich keine Zweifel an der Unparteilichkeit.
- (3) Der Adjudikator ist verpflichtet, jederzeit alle Umstände offenzulegen, die eine Besorgnis der Befangenheit begründen können. Er ist auch verpflichtet, über seine Sachverständigen solche Umstände jederzeit offenzulegen.

§ 5 Sachverständige

- (1) Der Adjudikator kann jederzeit gegenüber den Parteien Sachverständige benennen. Die Parteien haben der Benennung innerhalb von fünf Tagen schriftlich zu widersprechen, wenn gegen die Benennung des Sachverständigen begründete Einwände bestehen.
- (2) Als Sachverständige werden nur nachweislich qualifizierte Personen hinzugezogen. Ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger verfügt in seinem Fachgebiet regelmäßig über die erforderliche Qualifikation.
- (3) Hinzugezogene Sachverständige sind zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verpflichtet.

§ 6 Ablehnungsverfahren

- (1) Adjudikator oder Sachverständige können während des Verfahrens wegen Besorgnis der Befangenheit oder bei begründeten Zweifeln an ihrer Qualifikation abgelehnt werden.
- (2) Der Ablehnungsantrag muss unverzüglich gegenüber dem Adjudikator schriftlich gestellt werden. Die Frist beginnt mit Kenntnisnahme oder fahrlässiger Nichtkenntnisnahme der den Ablehnungsgrund begründenden Tatsachen.
- (3) Über die Ablehnung des Adjudikators und von Sachverständigen entscheidet der Adjudikator innerhalb von zwei Tagen. Hält er das Ablehnungsbegehren im Zusammenhang mit seiner Person für unbegründet, entscheidet die benennende Stelle auf Antrag des Adjudikators oder einer Partei innerhalb von fünf Tagen endgültig. Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch ist den Parteien schriftlich mitzuteilen.
- (4) Das Ablehnungsverfahren führt nicht zum Ruhen des Verfahrens.

§ 7 Ersatzbenennung und –bestellung

- (1) Die Ersatzbenennung erfolgt durch schriftlichen Antrag einer Partei auf Benennung eines Adjudikators bei der Benennungsinstitution, wenn sich die Parteien nicht innerhalb von drei Tagen nach der Ablehnung auf einen neuen Adjudikator geeinigt haben.
- (2) Die Ersatzbenennung erfolgt auch für den Fall der Kündigung des Adjudikatorvertrags oder bei Ausscheiden des Adjudikators durch Tod oder mehr als zweiwöchiger Erkrankung. Die Adjudikation wird mit dem bestehenden Verfahrensstand fortgeführt.
- (3) Für die Ersatzbenennung gilt § 3 Absatz 3 und Absatz 4.

§ 8 Mehrparteienverfahren

- (1) Die Parteien können die Hinzuziehung weiterer Parteien zur Adjudikation vereinbaren, die nicht Vertragspartei sind, soweit dies für das Verfahren förderlich erscheint und den schnellen Abschluss nicht gefährdet. Im Streitfall entscheidet hierüber der bestellte Adjudikator nach freiem Ermessen. Die Einbeziehung erfordert auch die schriftliche Zustimmung der weiteren Partei.
- (2) Bei einem Mehrparteienverfahren sind alle Schriftwechsel auch der weiteren Partei zu übermitteln.
- (3) Die Vorschriften dieser Verfahrensordnung gelten entsprechend gegenüber der einbezogenen Partei.

§ 9 Verfahrensbeginn

- (1) Zur Verfahrenseinleitung übermittelt der Antragsteller dem Antragsgegner und dem Adjudikator unverzüglich nach dessen Bestellung schriftlich die Antragschrift. Die Antragschrift darf frühestens zwei Wochen und spätestens sechs Wochen nach dem Zugang der Streitanzeige übersendet werden.
- (2) Mit Zugang der Antragschrift bei dem Adjudikator beginnt das Verfahren. Der Verfahrensbeginn hemmt den Verjährungslauf gemäß § 203 BGB.

§ 10 Antragsschrift und Erwiderung

- (1) Die Antragsschrift enthält die Parteien, die Bezeichnung des Streitgegenstandes, das Verfahrensbegehren, die substantiierte Sachverhaltsschilderung, Beweisunterlagen und eine rechtliche Würdigung.
- (2) Die Erwiderungsfrist beträgt drei Wochen ab Zugang der Antragsschrift und kann durch den Adjudikator einmalig auf begründeten Antrag um bis zu zwei Wochen verlängert werden.
- (3) Synallagmatische Gegenrechte wie Aufrechnung und Zurückbehaltungsrechte können in der Erwiderung geltend gemacht werden, wenn diese entweder unbestritten oder jedenfalls durch einen Adjudikationsspruch bereits festgestellt sind. Dies stellt keine unzulässige Erweiterung des Streitgegenstands dar.

§ 11 Verfahrensgrundsätze

- (1) Der Verfahrensablauf steht grundsätzlich im billigen Ermessen des Adjudikators, insbesondere auch die Beschränkung des Streitgegenstands, wenn der Umfang eine fristgerechte Entscheidung gefährdet, sowie die Entscheidung über die Annahme verspäteten Vorbringens.
- (2) Die Parteien sind gleich zu behandeln. Jeder Partei ist rechtliches Gehör innerhalb des zur Verfügung stehenden zeitlichen Rahmens zu gewähren. Der Adjudikator soll auch relevante Gesichtspunkte hinweisen, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat.
- (3) Der Adjudikator kann erforderliche Maßnahmen zur Sachverhaltsermittlung auch selbständig ergreifen. Insbesondere ist er berechtigt, die Vorlage von Dokumenten anzuordnen und Zeugen zu befragen.
- (4) Für die Fristeinhaltung ist der Zugang der Schriftsätze maßgeblich.

§ 12 Rechte und Pflichten der Parteien

- (1) Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben (§ 138 Absatz 1 ZPO).
- (2) Die Parteien können sich jederzeit durch bevollmächtigte Dritte vertreten lassen.
- (3) Alle Schriftsätze sind der anderen Partei sowie dem Adjudikator zuzustellen.

- (4) Die Parteien vereinbaren die Vertraulichkeit des Verfahrens. Abweichend hiervon dürfen alle Unterlagen des Verfahrens innerhalb eines (Schieds-)Gerichtsverfahrens zur selben Sache vorgelegt werden. Der Adjudikator und seine Sachverständigen können innerhalb des (Schieds-)Gerichtsverfahrens zur selben Sache als Zeugen benannt werden.

§ 13 Schlichtung und Mediation

- (1) Der Adjudikator wirkt innerhalb des Adjudikationsverfahrens jederzeit auf eine gütliche Einigung hin. Insbesondere unterbreitet er schlichtende Empfehlungen zur Beendigung des Verfahrens durch Parteivereinbarung.
- (2) Mit Zustimmung beider Parteien kann ein Mediationsverfahren angestrengt werden. Der Adjudikator soll nicht zugleich Mediator sein.
- (3) Die Fristen des laufenden Adjudikationsverfahrens bleiben von der Mediation unberührt.

§ 14 Anerkenntnis

Eine Partei kann jederzeit das Begehren der anderen schriftlich anerkennen. Dieses Anerkenntnis steht unter der auflösenden Bedingung einer abweichenden Entscheidung in einem (Schieds-)Gerichtsverfahren zur selben Sache, soweit etwas anderes nicht ausdrücklich bestimmt ist.

§ 15 Entscheidung

- (1) Der Adjudikator trifft spätestens innerhalb von zehn Wochen nach Verfahrensbeginn eine Entscheidung der Streitigkeit. Auf Vorschlag des Adjudikators kann die Entscheidungsfrist um bis zu vier Wochen verlängert werden, wenn der Antragsteller zustimmt. Der Adjudikator kann Teilentscheidungen innerhalb der Frist erlassen.
- (2) Der Adjudikator entscheidet die Streitigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Die Parteien haben die behaupteten Tatsachen für die Entscheidung glaubhaft zu machen. Der Adjudikationspruch ist innerhalb der Entscheidungsfrist schriftlich zu begründen und beiden Parteien zu übersenden.
- (3) Eine Entscheidung nach Aktenlage kann erfolgen, wenn eine Partei sich nicht innerhalb der ihr gesetzten Frist äußert oder ihre Mitwirkung auf andere Weise verweigert. Von einer mündlichen Verhandlung über die Sache und von einem Ortstermin kann im übrigen nur

abgesehen werden, wenn diese der Entscheidung nicht zuträglich wären. Der Adjudikator hat den Parteien den entsprechenden Entschluss schriftlich mitzuteilen und Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb angemessener Frist von mindestens fünf Werktagen zu geben.

- (4) Entscheidet ein Gremium, so hat die Entscheidung mit einfacher Stimmenmehrheit zu erfolgen.
- (5) Trifft der Adjudikator keine Entscheidung vor Ablauf der Frist, kann jede Partei ein neues Adjudikationsverfahren nach dieser Verfahrensordnung unter Beteiligung eines neuen Adjudikators einleiten. Bei Unklarheiten über die Frage, welche Entscheidung zuerst zugegangen ist, gilt im Zweifel die Entscheidung des älteren Adjudikationsverfahrens.

§ 16 Folgen der Entscheidung

- (1) Die Parteien können der anonymisierten Veröffentlichung der Entscheidung innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Entscheidung gegenüber dem Adjudikator schriftlich widersprechen. Anderenfalls hat der Adjudikator die Entscheidung der Benennungsinstitution unverzüglich zur Veröffentlichung zu übersenden.
- (2) Die Parteien respektieren die Entscheidung des Adjudikators. Die Entscheidung steht unter der auflösenden Bedingung einer Entscheidung in einem (Schieds-)Gerichtsverfahren zur selben Sache. Ein Adjudikationspruch ist fehlerhaft, wenn ein (Schieds-)Gerichtsverfahren zur selben Sache zu einem abweichenden Ergebnis gelangt.
- (3) Die Befolgung eines fehlerhaften Adjudikationspruchs stellt nur dann eine zu vertretende Pflichtverletzung dar, wenn der befolgende Teil die Gründe der späteren Aufhebung des Adjudikationspruchs im Zeitpunkt der Befolgung kannte, insbesondere wenn er die Fehlerhaftigkeit selbst herbeigeführt hat.
- (4) Entsteht dem einen Teil ein Schadensersatzanspruch, für den der andere Teil deswegen nicht haftet, weil er auf die Richtigkeit des Adjudikationspruchs vertrauen durfte, so haftet der andere Teil verschuldensunabhängig in Höhe der Hälfte des entstandenen Schadens, wenn der Adjudikationspruch fehlerhaft ist.

§ 17 Verfahrensende

Das Adjudikationsverfahren wird mit dem Zugang des Adjudikationspruchs, durch ein Anerkennung oder durch Parteivereinbarung beendet. Das Verfahren wird auch beendet, wenn der

zugrunde liegende Bauvertrag wirksam gekündigt wurde oder wenn eine Partei insolvent geworden ist und der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat.

§ 18 Kosten

- (1) Die Kosten des Adjudikators und seiner Sachverständigen tragen die Parteien im Verhältnis des jeweiligen Obsiegens. Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten selbst.
- (2) Die Entscheidung über die Kosten kann im Wege eines gerichtlichen Verfahrens angefochten werden.
- (3) Der Adjudikator kann in jedem Stadium des Verfahrens angemessene Kostenvorschüsse verlangen und davon die Fortsetzung seiner Tätigkeit abhängig machen. Kostenvorschüsse sind regelmäßig von jeder Partei zu Hälfte zu leisten. Im Übrigen haften die Parteien gesamtschuldnerisch für die Kosten.
- (4) Überschreitet der Adjudikator die Gesamtdauer des Verfahrens, entfällt sein Honoraranspruch, es sei denn, eine Partei ist hierfür allein oder weit überwiegend verantwortlich.

IV. Erläuterungen zum Regelungsvorschlag²⁰

Für die Einbeziehung in den Bauvertrag ist zunächst die Erweiterung der Verfahrensvorschrift aus § 18 Abs. 3 VOB/B erforderlich, die den Weg zur Adjudikation als reguläres Streitbeilegungsverfahren eröffnet. Die detaillierte Ausgestaltung der Adjudikationsregeln sollte dann in einem Anhang zum Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen erfolgen, um den eigentlichen Abschnitt B der allgemeinen Vertragsbedingungen nicht mit Verfahrensvorschriften zu überlasten. Die Niederlegung der Klauseln in einem Anhang zur VOB/B hat gegenüber der Schaffung eines vollständigen neuen Teils D²¹ deutliche Vorzüge: Zunächst einmal ist die Vergabe- und Vertragsordnung in dem Dreiklang „A“, „B“ und „C“ bereits seit Jahrzehnten ständiger Begleiter der Baupraxis. Eine – aus wenigen Normen bestehende – neue Verfahrensordnung für die Adjudikation lässt sich harmonischer in das bestehende Gefüge einbinden, wenn sie als Anhang zum Teil B ausgestaltet und hierfür nicht ein zusätzliches Konvolut geschaffen wird.

²⁰ Mit Änderungen übernommen aus *Rustmeier* Reform des Bauvertragsrechts im Lichte der FIDIC-Bestimmungen, 2018, S. 161 ff.

²¹ Für dieses Modell jedoch *Boldt*, S. 267 ff.

Durch diese Stellung würde auch die besondere Nähe zu den Bauvertragsklauseln des Teils B betont – als neu zu schaffender Teil D stünde das Adjudikationsverfahren dagegen sozusagen „außen vor“. Vertragsparteien, die sich auf die Verwendung der VOB/B einigen wollen, müssen nach dem folgenden Vorschlag nicht zusätzlich mit dem Teil D ein weiteres Klauselwerk übermitteln: Die Einbindung über einen Anhang zum Teil B erscheint damit als elegante Verbindung der neuen Adjudikationsverfahrensordnung mit dem bestehenden Vertragswerk.

Notwendig zu Dokumentationszwecken und um weitere Konflikte zu vermeiden erschien es bei der Ausgestaltung der Verfahrensvorschriften, sämtliche relevanten Schritte der Parteien jeweils schriftlich erfolgen zu lassen. Das Adjudikationsverfahren zeichnet sich im übrigen durch deutlich geringeren Formalismus aus als ein Gerichtsverfahren, so besteht keine Beschränkung auf den Strengbeweis, für die Parteien reicht in der Regel die Glaubhaftmachung ihrer Ansprüche aus. Auch Fristen kann der Adjudikator vielfach nach eigenem Ermessen ausgestalten. Das Verfahren kann zudem formlos eingeleitet werden.

Abweichend von den Regeln der FIDIC-Vertragsordnungen erwächst die Entscheidung im Adjudikationsverfahren nicht in Rechtskraft, wenn ihr nicht widersprochen wird. Dies hätte zur schwerwiegenden Folge, dass Ansprüche lediglich aufgrund einer summarischen Prüfung durch den Adjudikator endgültig beschieden werden könnten und ließe sich nicht mit dem Justizgewähranspruch vereinbaren.²² Stattdessen bleibt nach dem Vorschlag der Adjudikationsverfahrensordnung der Adjudikationsspruch in einem späteren (Schieds-)Gerichtsverfahren vollständig überprüfbar.

Entsprechend dem Grundsatz im deutschen Privatrecht, dass dem Schweigen kein Erklärungsgehalt zukommt, wurden keine Regelungen verfasst, die an das bloße Nichtreagieren für die schweigende Partei direkt negative Folgen knüpfen würden. Eine Ausnahme bildet hierbei nur die Möglichkeit der Entscheidung nach Aktenlage, wenn die notwendige Mitwirkung durch die pflichtige Partei unterbleibt.

Besonders interessant für die Parteien ist die Frage, welche Folgen eine abweichende Entscheidung im Hauptsacheverfahren auf die bis dahin bestehende Situation hat. Aus der freiwilligen Befolgung einer Adjudikationsentscheidung können sich unumkehrbare negative Folgen ergeben, wenn die Entscheidung in einem anschließenden Verfahren aufgehoben wird. Falls der im Adjudikationsverfahren unterliegende Teil beispielsweise zunächst zur Zahlung verpflichtet

²² Vgl. hierzu *Papier* Rechtsgutachten zur Zulässigkeit der Adjudikation, S. 13.

wird, stehen ihm bei späterer Aufhebung der Entscheidung bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsansprüche zu. Diese Ansprüche könnten bei Zahlungsunfähigkeit des anderen Teils jedoch ins Leere laufen, der ursprünglich unterliegende Teil trägt damit die Insolvenzgefahr des anderen Teils. Die Umverteilung von Insolvenzrisiken stellt jedoch für sich keinen Verstoß gegen eherne Grundsätze des Rechts dar.²³ Im Falle der Befolgung von Adjudikationssprüchen ist die Umverteilung sachlich gerechtfertigt im Hinblick auf die damit verbundenen positiven Folgen: die Beschleunigung der Vertragsdurchführung und der effektive Rechtsschutz.

Zur sachgerechten Verteilung der Insolvenzrisiken unerlässlich erscheint außerdem die Möglichkeit nach § 10 Abs. 3, eigene Gegenrechte durch Aufrechnung oder als Zurückbehaltungsrecht im Rahmen des Adjudikationsverfahrens geltend zu machen. Um hierbei den schnellen Abschluss des Verfahrens nicht zu konterkarieren, beschränkt sich diese Möglichkeit allerdings auf unbestrittene oder bereits festgestellte Ansprüche. Wie aus der Formulierung deutlich wird, ist eine rechtskräftige Entscheidung über die Gegenrechte nicht erforderlich. Ausreichend, aber auch als Mindeststandard einzuhalten ist die vorherige Feststellung durch einen Adjudikationsspruch.

Im übrigen könnten als Folge fehlerhafter Adjudikationsentscheidungen Schadensersatzansprüche entfallen, die ohne eine Adjudikationsentscheidung bestünden (zum Beispiel bei fehlerhaft zugesprochener Bauzeitverlängerung und entsprechend verspäteter Leistungserbringung). Dies gründet sich darin, dass im Befolgen der Adjudikationsentscheidung kein vertragliches Verschulden liegen kann,²⁴ so dass es bei gegenläufiger Abschlussentscheidung regelmäßig am Erfordernis des Vertretenmüssen fehlt. Alleinige Ausnahme besteht dann, wenn der den Adjudikationsspruch Befolgende die fehlerhafte Entscheidung selbst herbeigeführt hat oder die Gründe der Fehlerhaftigkeit zumindest kannte. Eine entsprechende Regelung enthält der Vorschlag des § 16. § 16 Abs. 2 stellt klar, dass die Adjudikationsentscheidung keine rechtliche Bindungswirkung entfaltet. Das zeigt die Ausrichtung der Adjudikationsordnung auf freiwillige Befolgung. Aus der Nicht-Befolgung der Adjudikationsentscheidung erwächst entsprechend keine vertragliche Pflichtverletzung.

Der Adjudikationsspruch nach dem hier vorgeschlagenen Modell stellt eine vertragliche Vereinbarung *sui generis* dar,²⁵ die sich aufgrund seines komplexen und umfangreichen Beurtei-

²³ Vgl. auch *Papier* Rechtsgutachten zur Zulässigkeit der Adjudikation, S. 49.

²⁴ Ähnlich *Marquardt* IBR 2011, 1244 Rn. 53.

²⁵ So auch *Rustmeier* FS Leupertz 2021, 611, 618 f.

lungsspielraums in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht nicht als Leistungsbestimmungsrecht durch Dritte nach den §§ 317 ff. BGB qualifizieren lässt. Es geht im Verfahren um sehr viel umfangreichere Beurteilungen der Bausituation als um die bloße Bestimmung einer Leistung, für die § 317 BGB gilt. Gleichzeitig liegt auch in der Vorläufigkeit der Entscheidung eine Abweichung von der Leistungsbestimmung durch Dritte: Diese soll gerade endgültig erfolgen. Schließlich wird die materielle Rechtslage, abweichend von der Regelung des § 317 BGB, nicht erstmalig gestaltet. Vielmehr geht es um die vorläufig Feststellung bereits bestehender Rechte, Ansprüche und Rechtsbeziehungen.

Da an größeren Bauprojekten regelmäßig eine Vielzahl einzelner Bauunternehmer, Architekten und Ingenieure beteiligt sind, sollte die neue Adjudikationsordnung auch ein Mehrparteienverfahren berücksichtigen. So können die Parteien bei Bedarf weitere Beteiligte, zum Beispiel Subunternehmer, in das Verfahren einbeziehen. Natürlich kann dies nur mit Einverständnis der dritten Partei geschehen, was grundsätzlich zur Vermeidung späterer Auseinandersetzungen über die wirksame Einbeziehung schriftlich erfolgen sollte. Die Formulierung in § 8 des Adjudikationsverfahrensvorschlags stellt außerdem klar, dass die effiziente Streitbeilegung im Fokus der Adjudikation steht und ein Mehrparteienverfahren ausschließlich dann infrage kommt, wenn es den Verlauf der Adjudikation nicht behindert.

Einen wichtigen Beitrag zur zukünftigen Lösung von Baukonflikten könnte darüber hinaus die Veröffentlichung der Adjudikationssprüche – ähnlich der Veröffentlichung von Gerichtsurteilen – in anonymisierter Form leisten.²⁶ Hiermit würde auch der – durchaus bedenkenswerten – Kritik begegnet, durch die Verlagerung der Konfliktbehandlung aus der staatlichen Gerichtsbarkeit in die private Streitbeilegung könnte eine an den praktischen Anforderungen orientierte Rechtsfortbildung langfristig verschwinden. Durch die anonymisierte Veröffentlichung würde den Interessen der Parteien an der Geheimhaltung begegnet. Da es sich jedoch um ein vertraglich vereinbartes Verfahren handelt, liegt die Veröffentlichung auch im Ermessen der Parteien. Sie können der Veröffentlichung widersprechen.

Um bereits bei Vertragsschluss sicherzustellen, dass im späteren Bauverlauf bei auftretenden Problemen das Verfahren nicht durch fehlende Mitwirkung von Dritten verzögert wird, sollten alle betreffenden Verträge einen entsprechenden Passus enthalten. Das heißt, auch zwischen

²⁶ Für diesen Vorschlag auch *Fischer BauR* 2016, 20, 22. Eine entsprechende Regelung findet sich in der DIS-Adjudikation unter Punkt 28.6 der DIS-Verfahrensordnung: „Der DIS ist gestattet, Informationen über Adjudikationsverfahren in einer Zusammenstellung statistischer Daten zu veröffentlichen, soweit die Informationen eine Identifizierung der Beteiligten ausschließen.“

Haupt- und Nachunternehmer oder im Verhältnis zu einem Bauplaner sollten vertragliche Mitwirkungspflichten bei Streitschlichtungsverfahren mit dem Auftraggeber geschaffen werden.²⁷ So kann ein vertragliches Netz konstruiert werden, das allen Beteiligten nicht nur rechtliche Absicherung verschafft, sondern vor allem die Relevanz umfassender Zusammenarbeit deutlich werden lässt. Die Komplexität eines Bauvorhabens erfordert in erster Linie das enge Zusammenwirken aller Interessenvertreter, bei dem einzelne vertragliche Beziehungen nicht losgelöst von den übrigen Beteiligten zu betrachten sind. Gleichzeitig sollte dieser Ansatz – aufgrund ebenjener bauspezifischen Komplexität – mit der nötigen Flexibilität umgesetzt werden, wie Fischer sehr richtig anmerkt:

„Unter Umständen kann es aus ökonomischen Gründen Sinn machen, sich mit [nur] einer Partei zu einigen und die Restrisiken aus der noch offenen Einigung mit einem Nachunternehmer oder einem ausgleichspflichtigen Gesamtschuldner hierbei in Kauf zu nehmen, da die schnelle Einigung mit dem anderen Vertragspartner u.U. bereits erhebliche finanzielle Ressourcen gespart hat. Es lohnt sich daher allemal, diese Variante in Betracht zu ziehen und zu prüfen.“²⁸

Dem ist mit Nachdruck beizupflichten. Hier liegt der manchmal schwer zu vermittelnde Gedanke zugrunde, dass der Verzicht auf formale Rechtspositionen und geringe monetäre Einbußen in bestimmten Situationen der beste Lösungsweg für alle Beteiligten darstellt. Gerade am Bau, dies kann nicht zu oft betont werden, ist ein Arbeiten „Hand in Hand“ unerlässlich – dies setzt auch einen besonders sachlichen Umgang mit Konflikten voraus, der die freiwillige Befolgung eines Adjudikationsspruchs einschließt. In bestimmten Fällen ist der rational günstigste Weg die Aufgabe (jedenfalls vermeintlich) bestehender Ansprüche.

²⁷ Siehe auch *Fischer BauR* 2016, 20, 28.

²⁸ *Fischer BauR* 2016, 20, 28.