

# Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“

Gefördert von der Fritz-Thyssen-Stiftung, Az.

I. EINFÜHRUNG .....	2
II. FRAGESTELLUNG .....	4
III. PROJEKTTÄTIGKEIT UND ERGEBNISSE .....	4
1. CONSTRUCTION ADJUDICATION IN ENGLAND: REGULUNGSPROBLEM, FUNKTIONALITÄT (REGELUNG, IMPLEMENTIERUNGSERFOLG) .....	4
1.1 Tätigkeit .....	5
1.2 Regelungsproblem .....	5
1.2.1 Latham-Report .....	5
1.2.2 Probleme der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit .....	7
1.2.3 Probleme der Konfliktbeilegung im Baurecht .....	7
1.3 Funktionalität der adjudication; besser: die englische Lösung .....	8
1.3.1 Regelung der construction adjudication in England .....	9
1.3.2 Die Zivilprozessreform – Access to Justice .....	11
1.2.3 Implementierungserfolg .....	11
(1) Erfolg .....	11
(2) Enttäuschte Erwartungen .....	13
1.2.4 Rechtskulturelle Einbettung/Funktionalität .....	14
(1) Verhältnis zur außergerichtlichen Streitbeilegung .....	14
(2) Vertragliche Mechanismen .....	15
2. ADJUDIKATION IN DEUTSCHLAND: REGULUNGSPROBLEM, FUNKTIONALE ÄQUIVALENTE, BEDINGUNGEN FÜR IMPLEMENTIERUNGSERFOLG .....	17
2.1 Tätigkeit .....	17
2.2 Regelungsproblem in Deutschland .....	18
2.2.1 Wirtschaftliche Lage der Bauindustrie in Deutschland .....	18
2.2.2 Mangelnde Effizienz der Bautätigkeit .....	20
2.2.3 Probleme der baurechtlichen Konfliktbeilegung in Deutschland .....	20
(1) Hohe Konflikanfälligkeit und Konfliktursachen .....	20
(2) Nutzung formeller Streitbeilegungsinstrumente .....	21
(3) Vertragliche Mechanismen .....	21
(4) Hohe Anzahl und lange Dauer der Gerichtsverfahren .....	22
(5) Belastung durch Konfliktbeilegung .....	22
2.2.4 Ergebnis Vergleich Regelungsproblem .....	23
2.3 Übertragung auf Deutschland .....	23
2.3.1 Auf Deutschland übertragbare funktionale Elemente .....	23
(1) Keine frühe Streitentscheidung .....	24
(2) Einfluss auf Geschäftsbeziehung und Justizbelastung nicht vergleichbar .....	24
(3) Außergerichtliche Streitbeilegung nur eingeschränkt vergleichbar .....	24
(4) Was bleibt: Adjudikation kann Schutz der (Sub-)Unternehmer verbessern – funktionale Elemente .....	25
2.3.2 Empirische Untersuchung: Fokusgruppeninterviews .....	26
2.3.3 Anknüpfungspunkt für eine deutsche Lösung .....	27
(1) Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes .....	27
(2) Betriebsverfassungsrechtliche Einigungsstelle .....	28
(3) Streitschlichtung nach § 18 Nr. 2 VOB/B .....	29
(4) Schiedsgutachten .....	30
(5) Fertigstellungsbescheinigung nach § 641 a BGB (a.F.) .....	30
(6) Privatgutachten .....	30
2.4 Ausblick Rezeptionschancen: Bestandteile einer rechtskulturell adaptierten Regelung in Deutschland .....	31
2.4.1 Gesetzliche Regelung? .....	31
2.4.2 Außergerichtliche Streitbeilegung? .....	31
2.4.3 Weitere Voraussetzungen .....	32

## I. Einführung

Bauen ist besonders konfliktträchtig.<sup>1</sup> Es geht um die Herstellung technisch komplexer Einzelstücke, zu der eine Vielzahl an Beteiligten miteinander über einen längeren Zeitraum kooperieren muss. Meinungsverschiedenheiten sind hier nahezu unvermeidlich.<sup>2</sup> Als größte Einzelbranche in Deutschlands hat das Baugewerbe mit einem Anteil von ca. 4 % an der Bruttowertschöpfung eine nicht unerhebliche volkswirtschaftliche Bedeutung.<sup>3</sup> Gleichzeitig gilt die Baubranche als besonders insolvenzanfällig.<sup>4</sup> Das Nachdenken über eine bessere Effizienz der Bautätigkeit, wozu auch der Umgang mit den unvermeidlichen Konflikten gehört,<sup>5</sup> tut also Not.

Gerade das Gerichtsverfahren als das Streitlösungsverfahren der ersten Wahl in Deutschland ist nun seit geraumer Zeit in der Kritik. Die bauspezifisch lange Prozessdauer stellt für die Bauwirtschaft eine besondere Belastung dar.<sup>6</sup> Im Bauprozess wird um technische Fragen gestritten, oftmals in vielen Einzelpositionen, die durch zeitaufwändige Sachverständigen-gutachten geklärt werden müssen.<sup>7</sup> Ein weiterer Aspekt ist die hohe Belastung der deutschen Gerichte mit Baustreitigkeiten.<sup>8</sup>

Um diesen Missständen abzuwehren steht ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren hoch im Kurs: die Adjudikation nach englischem Vorbild. Auf Antrag einer jeden Partei eines Bauvertrags soll zwingend ein zur Sachaufklärung befugter, unabhängiger Adjudikator eine summarische Entscheidung in einem engen Zeitrahmen treffen können. Diese soll vorläufig bindend<sup>9</sup> und vollstreckbar<sup>10</sup> sein. In England wurde die *construction adjudication* 1998 gesetzlich eingeführt<sup>11</sup> - mit großem Erfolg, so wird hierzulande berichtet.

In der deutschen Literatur<sup>12</sup> verspricht man sich – neben den Vorteilen eines schnellen, kostengünstigen Verfahrens - gerade für Bauprojekte von einer frühen Streitbeilegung viele

---

<sup>1</sup> Schröder, NZBau 2009, 1 (12).

<sup>2</sup> Gralla/Sundermeier, Bauingenieur 2008, 238 (238).

<sup>3</sup> Zentralverband Deutsches Baugewerbe (Hrsg.), Baumarkt 2009, Berlin 2010, S. 7.

<sup>4</sup> Hauptverband der Deutschen Bauindustrie/Kraus, Insolvenzhäufigkeit im Branchenvergleich, Stand 06.06.2011, im internet unter: <http://www.bauindustrie.de/zahlen-fakten/statistik/preis-und-ertragsentwicklung/insolvenzen-u-neugründungen/> (zuletzt besucht 27.9.2011).

<sup>5</sup> Schröder/Gerdes/Teubner Oberheim, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2009, S. 81 (82).

<sup>6</sup> Gralla/Sundermeier, BauR 2007, 1961 (1965 f. ); Rothhaupt, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) v. 3. 8. 2009, S. 2 f. (zuletzt besucht am 27.9.2011).

<sup>7</sup> Teubner Oberheim/Schröder, NZBau 2011, 257.

<sup>8</sup> Schröder, NZBau 2009, 1 (12); Gralla/Sundermeier, Bauingenieur 2008, 238 (240).

<sup>9</sup> Sec. 108 (3) HGCRA 1996.

<sup>10</sup> In England wurde die Vollstreckbarkeit gesetzlich nicht geregelt, die Gerichte nahmen jedoch ab Februar 1999 die Möglichkeit an, mittels eines *summary judgement* (Teil 24 der *Civil Procedure Rules*, „CPR“), einem vereinfachten summarischen Verfahren, innerhalb weniger Wochen einen vollstreckbaren Titel zu erlangen (*Macob Civil Engineering Ltd v. Morrison Construction Ltd.*), weitere Nachweise und Beispiele bei *Gould/Abel*, SchiedsVZ 2005, 190 (191 ff.).

<sup>11</sup> Durch den *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* („HGCRA 1996“ oder „Construction Act“), der am 1. 5. 1998 in Kraft trat. Etliche Länder des Common Wealth folgten. In Norwegen sehen die baurechtlichen Musterverträge bereits ein *adjudication*-Verfahren vor.

<sup>12</sup> S. z. B. Wiegand, RIW 2000, 197; Goedel, IBR 2000, 298, Hauschka, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch für Baurecht, 2002, 297; Harbst, SchiedsVZ 2003, 68; Schramke, NZBau 2002, 409; Baur, IBR 2003, 113; Risse, in: Nicklisch, Öffentlich-private Großprojekte, 2005, S. 169; Lembcke, MDR 2006, 1329; Borowsky, ZKM 2007, 54; Weitz, ibr-online v. 13. 9. 2007; Hök, ZAP 5, 191; v. 28. 2. 2007; Schulze-Hagen/Winter, IBR 2007, 111; Gralla/Sundermeier, BauR 2007, 1961; Schulze-Hagen, BauR 2007, 1950; Harbst/Winter, BauR 2007, 1974; Mahnken, BauR 2007, 1994; Schramke, BauR 2007, 1984; ders., NZBau 2002, 409; Köntges/Jurowich, Baumanagement + Baurecht 2008, 44; Gralla/Sundermeier, Bauingenieur 2008, 393; Gralla/Sundermeier/Lembcke, in: Motzko, FS Institut für Baubetrieb TU Darmstadt, 2009, S. 109; Boldt, Vorläufige baubegleitende Streitentscheidung, 2008 Köln, S.118 f.; Priebe, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) v. 26. 6. 2009 (zuletzt besucht am 21.5.2012); Hammacher, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) vom 4. 8. 2009 (zuletzt besucht am 21.5.2012);

Vorteile: Der Konflikt wird im Keim erstickt, so dass die Geschäftsbeziehungen, die das Projekt noch überdauern müssen, geschont werden, Komplexität wird vermieden, Beweise wären noch nicht zugebaut und die Baustelle kann schnell weitergehen. Auch wird als Argument gerne eine vermeintliche Entlastung der englischen Justiz in Höhe von bis zu 98 % vorgebracht.<sup>13</sup>

Das öffentliche Interesse an diesem Thema ist ungebrochen. Seit sich 2007 der Zweite Deutsche Baugerichtstag öffentlichkeitswirksam damit beschäftigt hat, finden sich in der juristischen Literatur zahlreiche Veröffentlichungen. Im Jahr 2010 erschienen gleich drei neue Musterverfahrensordnungen, nach denen sich ein vertraglich vereinbartes Adjudikationsverfahren richten kann.<sup>14</sup> Der 3. Deutsche Baugerichtstag sprach dann 2010 die Empfehlung an den Gesetzgeber aus, ein Adjudikationsverfahren zwingend gesetzlich vorzuschreiben. Inzwischen wurde die gesetzliche Einführung der Adjudikation in einer vom Bundesministerium für Justiz (BMJ) eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe für ein gesetzliches Bauvertragsrecht behandelt.<sup>15</sup> Da das BMJ jedoch schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken geäußert hat, scheint eine gesetzlich verankerte Adjudikation momentan in Deutschland ausgeschlossen. Aktuell wird in dieser Arbeitsgruppe ein gerichtliches Eilverfahren speziell für das Baurecht, die sogenannte Bauverfügung<sup>16</sup> verhandelt.<sup>17</sup> Vertreter des Baugerichtstags arbeiten zwischenzeitlich an einem verfassungsrechtlichen Gutachten, welches die Bedenken des BMJ ausräumen soll.<sup>18</sup>

Auf der anderen Seite wurde seit 2005 auf Initiative des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS)<sup>19</sup> ein Vertragsmodell entwickelt (Leitlinie für eine Partnerschaftliche Projektabwicklung, „Leitlinie PPA“)<sup>20</sup>, welches sich stark an englischen Musterverträgen im Baurecht orientiert. Es stellt mehrere vertragliche Mechanismen bereit, zur Streitvermeidung und zum strukturierten Umgang mit Konflikten. Als letzter Schritt vor einem gerichtlichen Verfahren ist eine „Schlichtung“ vorgesehen, die über sämtliche Charakteristika einer Adjudikation verfügt. Die Leitlinie soll von öffentlichen Auftraggebern im Infrastrukturbereich als Vertragsgrundlage ausgeschrieben werden. Das Projekt befindet sich

---

*Haft*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) vom 25.5.2009 (zuletzt besucht am 21.5.2012); *Schröder/Gerdes/Teubner Oberheim*, in: *Kapellmann/Vygen*, Jahrbuch Baurecht 2009, 81.

<sup>13</sup> Z. B.: *Schulze-Hagen/Winter*, IBR 2007, 111; *Gralla/Sundermeier*, Bauingenieur 2008, 238 (246); *Kniffka*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) – BT-Dr 16/511, v. 16. 5. 2008, S. 10 f, S. 12; *Lembcke*, DS 2009, 224 (224); *Haimann*, Die Welt, 17. 11. 2010, S. 19.

<sup>14</sup> Die AO-Bau des Deutschen Baugerichtstags, die SL-Bau der Deutschen Gesellschaft für Baurecht, die DIS-SchGO der DIS.

<sup>15</sup> *Diederichs*, in: *Gralla/Sundermeier* (Hrsg.), Innovationen im Baubetrieb, Wirtschaft - Technik – Recht. FS für Udo Blecken zum 70. Geburtstag, 2011, S. 431 (450).

<sup>16</sup> Gemäß dem Arbeitspapier von *Vorwerk* Stand 22.09.2011, online unter [http://www.vorwerkundschultz.de/pdf/dr\\_volkert\\_vorwerk/publikationen/20110922\\_arbeitspapier\\_bauverfuegung.pdf](http://www.vorwerkundschultz.de/pdf/dr_volkert_vorwerk/publikationen/20110922_arbeitspapier_bauverfuegung.pdf), (zuletzt besucht am 30.04.2012).

<sup>17</sup> Informationen zum Gang der Arbeitsgruppe stammen aus einem Telefongespräch mit MinR a.D. *Michael Halstenberg* am 20.12.2011, der in der Arbeitsgruppe die Deutsche Gesellschaft für Baurecht repräsentiert; s.a. *Jatzkowski*, JUVE Rechtsmarkt 12/10, 85 ff.

<sup>18</sup> S. <http://www.du-diederichs.de/home/de/dvp-arbeitskreis-aussergerichtliche-streitbeilegung-moeglichst-nicht-vor-gericht.htm> (zuletzt besucht am 03.10.2012).

<sup>19</sup> In Zusammenarbeit mit allen großen Bauverbänden (Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen, Zentralverband des Deutschen Baugewerbes), den führenden Auftraggebern im Bereich Verkehrsinfrastruktur (Deutsche Bahn AG und DB ProjektBau GmbH, DEGES, Hessisches Landesamt für Straßen- und Verkehrswesen), einigen großen Bauunternehmen sowie dem Lehrstuhl für Projektmanagement der Universität Kassel (Lehrstuhlinhaber ist Prof. Dr.-Ing. *Konrad Spang*, von Haus aus Bauingenieur).

<sup>20</sup> Universität Kassel. Fachgebiet Projektmanagement, Leitlinie für eine Partnerschaftliche Projektabwicklung bei Infrastrukturprojekten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vom 21.05.2008, nicht veröffentlicht.

momentan in der Pilotphase. Ein Pilotprojekt ist bereits abgeschlossen (Bau einer Hessischen Landesstraße), ein weiteres läuft momentan (Bau eines Abschnitts einer Bundesautobahn).<sup>21</sup>

## II. Fragestellung

Das Projekt befasste sich mit der Frage, ob die englische *construction adjudication* ein Modell für die deutsche Konfliktlösung im Baurecht sein kann. Ziel des Projekts war, der rechtspolitischen Diskussion eine empirisch belastbare Grundlage zur Verfügung zu stellen. Dies geschah durch einen umfassenden Rechtsvergleich, der auch die sozio-ökonomischen Hintergründe auf der Grundlage empirischer Untersuchungen miterfasste.

Für England sollte zunächst das Regelungsproblem, auch anhand von empirischem Zahlenmaterial eruiert und der rechtskulturelle Hintergrund beleuchtet werden. Was war der sozio-ökonomische Anlass für die Neuregelung? Wie wurden bisher Konflikte bearbeitet? Welche Probleme der baurechtlichen Konfliktlösung sind auf typisch englische rechtliche Gegebenheiten zurückzuführen, welche sind eher bauspezifischer Natur? Welche rechtskulturellen Besonderheiten gibt es?

Dann galt es, die genaue Regelung auf ihre Funktionalität zu untersuchen. In einem ersten Schritt wurde geklärt, wie die Regelung nach Willen des Gesetzgebers dem Regelungsproblem abhelfen sollte. In einem zweiten Schritt wurde anhand von empirischen Untersuchungen beleuchtet, inwiefern dem Gesetzeszweck tatsächlich genüge getan wurde. Hier musste Augenmerk auf die rechtskulturelle Einbettung der *construction adjudication* gelegt werden. Welche rechtskulturellen Bedingungen verhalfen zum Erfolg? Hier sind einerseits vertragliche Mechanismen im englischen Baurecht angesprochen, die eine solche Schnellentscheidung begünstigen, andererseits die Frage, ob nicht allgemein im England eine – gegenüber Deutschland - positivere Einstellung zu außergerichtlichen Streitbeilegung zu verzeichnen ist.

Wie kann eine Übertragung der *construction adjudication* in ihrer wie oben festgestellten Funktionalität den deutschen Problemen in der baurechtlichen Konfliktlösung abhelfen?

Hierfür musste zunächst das Regelungsproblem in Deutschland analysiert werden. Ist die deutsche Bauwirtschaft strukturell mit der englischen vergleichbar und bestehen dieselben dringlichen Probleme? Da die ökonomische Problemlage in der juristischen Literatur erfahrungsgemäß nicht tendenzfrei beschrieben wird, erfolgte eine Analyse anhand baustatistischen Zahlenmaterials. Zur Problematik der Prozessdauer konnten empirische Untersuchungen herangezogen werden.

In einem nächsten Schritt galt es, in Deutschland die funktionalen Äquivalente aufzufinden, sowie die Lücken, in die die verschiedenen funktionalen Elemente der englischen *construction adjudication* passen würden. Hierbei waren neben der eigentlichen (gerichtlichen und außergerichtlichen) Konfliktbeilegung umfassend vertragliche Mechanismen zu beleuchten, die Konflikte vermeiden, strukturieren oder lösen.

Auf Grundlage dieser Erkenntnisse musste dann Voraussagen getroffen werden, ob und wie eine Konfliktlösung nach dem Vorbild der englischen *construction adjudication* dem deutschen Regelungsproblem abhelfen könnte.

## III. Projektstätigkeit und Ergebnisse

### 1. *Construction Adjudication* in England: Regelungsproblem, Funktionalität (Regelung, Implementierungserfolg)

---

<sup>21</sup> Spang/Riemann/Köntges, in: Tagungsband des BrennerCongress 2012, 2012, S. 69.

## 1.1 Tätigkeit

Wie vorgesehen beschäftigten wir uns in den **ersten 10 Monaten** der Projektlaufzeit zunächst mit der *construction adjudication* in England. Neben der Vergleichbarkeit der Regelungsprobleme stand im Mittelpunkt, inwiefern die *adjudication* erfolgreich dem Regelungsproblem abhelfen konnte, und ob man daraus Rückschlüsse auf einen entsprechenden Erfolg in Deutschland ziehen kann.

Um direkte Einblicke in die Interessenlage in Deutschland zu gewinnen und unsere Arbeit rechtspolitisch nutzbar zu machen, arbeiteten wir aktiv im Arbeitskreis VII des Deutschen Baugerichtstags mit. Wir organisierten das Vorbereitungstreffen zum 3. Baugerichtstag am **12. Februar 2010** bei uns im Hause mit ca. 80 Teilnehmern. Dort konnten wir bereits erste Ergebnisse aus **4 Monaten** Forschungsarbeit vorstellen. Nach einer elternzeitbedingten Unterbrechung von 8 Monaten und weiteren **4 Monaten** Forschungsarbeit fassten wir in weiteren **2 Monaten** unsere Forschung zum Hintergrund und Erfolg der Einführung der *construction adjudication* in einem Aufsatz zusammen, der im **Mai 2011** in der NZBau<sup>22</sup> veröffentlicht wurde. Es folgten mehrere Vorträge zum jeweiligen Forschungsstand. Erst nach der eingehenden Beschäftigung mit der deutschen Problemlage (s.u.) kamen wir im **August 2011** gezielt zurück, um in weiteren **3 Monaten** die rechtskulturelle Einbettung der *construction adjudication* zu beleuchten.

## 1.2 Regelungsproblem

Um das Regelungsproblem zu erfassen, wurde neben dem *Latham-Report*<sup>23</sup> in großem Umfang englische baurechtliche und baurechtspolitische Literatur aus den 1990er und frühen 2000er Jahren beschafft und ausgewertet. Daneben befassten wir uns mit deutscher rechtsvergleichender Literatur.

Die der Einführung der *construction adjudication* zugrunde liegende Problematik in England ist nur teilweise mit der heutigen Situation in Deutschland vergleichbar.<sup>24</sup> Hintergrund war die dramatische Rezession Anfang der 1990er Jahre, die die Bauindustrie ungleich härter traf als andere Branchen.<sup>25</sup> Als Teil des Problems wurde der allgemein schlechte Zugang zur Ziviljustiz identifiziert. Nicht aber, wie in Deutschland, wegen deren Überlastung mit Baustreitigkeiten, sondern aus anderen, spezifisch englischen Gründen. Der Bauprozess an sich als Teil der Zivilgerichtsbarkeit stand nicht in der Kritik.

### 1.2.1 Latham-Report

In der allgemeinen Rezession Anfang der 1990er Jahre erlebte die englische Bauindustrie einen so dramatischen Einbruch, dass der Gesetzgeber sich zum Handeln gezwungen sah.<sup>26</sup>

*Sir Michael Latham*<sup>27</sup> wurde beauftragt, den **Zustand der Bauindustrie** zu untersuchen und darüber zu berichten. Das Ergebnis war der sog. *Latham-Report*, eine umfassende Untersuchung der Baubranche.

---

<sup>22</sup> Teubner Oberheim/Schröder, NZBau 2011, 257.

<sup>23</sup> Latham, Constructing the Team, Final Report, 1994.

<sup>24</sup> Vgl. zum Ganzen Teubner Oberheim/Schröder, NZBau 2011, 257.

<sup>25</sup> Während die allgemeine Produktion zwischen 1990 und 1993 nur um 3% einbrach und dies bis 1994 wieder aufholen konnte, hatte die Bauindustrie einen Einbruch von 39% im gleichen Zeitraum zu verzeichnen, Latham, Constructing the Team, Final Report, 1994, S. 9, unter Berufung auf Central Statistical Office (CSO); 1994 (das CSO wurde am 1. 4. 1996 mit dem Office of Population Censuses and Surveys (OPCS) zum Office for National Statistics (ONS) zusammengelegt). Zwischen 1989 und 1993 gingen in der Baubranche fast 500 000 Arbeitsplätze verloren, Ausbildungsplätze wurden um 50% reduziert, über 35 000 kleine Unternehmen gingen in die Insolvenz, Latham, a.a.O., S. 9 unter Berufung auf Construction Industry Employers Council, Final report to the Review (April 1994). Bei ca. 200 000 Baufirmen insgesamt, Latham, a.a.O., S. 7, unter Berufung auf Department of the Environment, 1992, sind das ca. 18% aller Baufirmen.

<sup>26</sup> Harding, Building, 20. 6. 2008.

Die besondere Anfälligkeit der Bauindustrie wurde auf folgende Faktoren zurückgeführt:

- Die **Fragmentierung** der verschiedenen Baubeteiligten, die sich in der spezifischen Vertragsstruktur manifestiert. Hierdurch sind alle Baubeteiligten gezwungen, eher die eigenen Interessen zu schützen als den Erfolg des Bauvorhabens zu fördern. Dies führt zu einem feindseligen Klima und macht die Bautätigkeit ineffizient.<sup>28</sup>
- Die **schlechte Finanzausstattung** insbesondere der kleineren Unternehmen, bedingt durch die Vorleistungspflicht und eine Ausschreibungspraxis, die sich ausschließlich an den niedrigsten Preisen orientiert<sup>29</sup>.
- Eine **zeit- und kostenraubende Konfliktbeilegung** sowie die fehlende Möglichkeit kleiner Unternehmer, Werklohnforderungen zeitnah durchzusetzen<sup>30</sup>.

Dieser Malaise wollte *Latham* mit 30 Empfehlungen begegnen. Zusammengefasst lässt sich sein Lösungsansatz wie folgt beschreiben: (1) Am vorderen Ende **Partnering**, um Konflikte zu vermeiden und (2) am hinteren Ende **adjudication** als Streitbeilegungsinstrument während der Laufzeit des Projekts, um Probleme im Keim zu ersticken und Streitfragen zu lösen, wenn sie auftauchen. Dies sollte zum einen sicherstellen, dass die Beziehungen der Baubeteiligten zueinander so wenig wie möglich durch den Konflikt leiden.<sup>31</sup> Zum anderen soll Komplexität vermieden werden,<sup>32</sup> das spart Zeit und kann gleichzeitig die kostenintensive Einbeziehung von Rechtsanwälten und Beratern unnötig machen.<sup>33</sup>

Das Streitbeilegungsinstrument adjudication wurde nicht von *Latham* erfunden. Vielmehr war diese Form der Streitbeilegung bereits seit den 1970er Jahren Bestandteil einiger Standardverträge, so des Joint Contract Tribunal-Vertrages (JCT) oder des New Engineering-Vertrages des Institute of Civil Engineers (ICE),<sup>34</sup> kam aber offensichtlich nicht sehr häufig zur Anwendung.<sup>35</sup> Das Konzept war damals zum Schutz von Subunternehmern entstanden. Die adjudication sollte es ermöglichen, dass Subunternehmer, die sich der missbräuchlichen Geltendmachung unberechtigter Einreden durch ihre Hauptunternehmer und dadurch einer

---

<sup>27</sup> Ein ehemaliger konservativer Parlamentarier und Ex-Direktor der UK House-builder's Federation, *Entwistle*, in: *Corbett Haselgrove-Spurin* (Hrsg.), *The International and Domestic Adjudication of Construction Disputes*, 2006, iv.

<sup>28</sup> Zum Vergleich sei Bauen in den USA 30 % kosteneffizienter, *Latham*, *Constructing the Team*, Final Report, 1994, S. 87; *Newman*, *Proceedings CIB World Building Congress*, Gävle, Sweden, 7. - 12. 6. 1998;

<http://www.baufachinformation.de/kostenlos.jsp?sid=F3C9FA0D661555AA6CA6A0A87D5AE7A4&id=2008071000750&link=http%3A%2F%2Fwww.irbnet.de%2Fdaten%2Ficonda%2FCIB8416.pdf> (zuletzt besucht 13.06.2012); *Harding*, *Building*, 20. 6. 2008,

<sup>29</sup> *Newman*, *Proceedings CIB World Building Congress*, Gävle, Sweden, 7. -12. 6. 1998,

<http://www.baufachinformation.de/kostenlos.jsp?sid=F3C9FA0D661555AA6CA6A0A87D5AE7A4&id=2008071000750&link=http%3A%2F%2Fwww.irbnet.de%2Fdaten%2Ficonda%2FCIB8416.pdf> (zuletzt besucht 13.06.2012).

<sup>30</sup> *Turner*, in: *Haselgrove-Spurin* (Hrsg.), *The International and Domestic Adjudication of Construction Disputes*, 2006, S. vi.

<sup>31</sup> *Grossman*, *Construction disputes after Latham and Egan*, February 2002,

<http://www.cedr.com/?location=/library/articles/construction02.htm> (zuletzt besucht am 13.06.2012).

<sup>32</sup> *Ndekugri/Yeoman/Shaw*, in: *Paterson/Britton*, *The Construction Act – Time for review*, 2000, S. 91 (98).

<sup>33</sup> *Newman*, *Proceedings CIB World Building Congress*, Gävle, Sweden, 7. -12. 6. 1998, <http://www.baufachinformation.de/kostenlos.jsp?sid=F3C9FA0D661555AA6CA6A0A87D5AE7A4&id=2008071000750&link=http%3A%2F%2Fwww.irbnet.de%2Fdaten%2Ficonda%2FCIB8416.pdf> (zuletzt besucht am 13.06.2012).

<sup>34</sup> *Harbst*, *SchiedsVZ* 2003, 68.

<sup>35</sup> Darauf lässt die Untersuchung von *Holder*, in: *Paterson/Britton*, *The Construction Act – Time for review*, 2000, S. 113 (117f.) schließen. Hier beantworteten 159 Baubeteiligte die Frage, wie sie vor der gesetzlichen Einführung der *adjudication* ihre Baustreitigkeiten gelöst hätten. Lediglich 2 % gaben *adjudication* als Konfliktlösungsinstrument an.

Verzögerung der Durchsetzung ihrer Forderungen ausgesetzt sahen, eine schnelle, vertraglich bindende Entscheidung über diese Einwendung veranlassen können.<sup>36</sup>

## 1.2.2 Probleme der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit

Zu den oben genannten strukturellen Faktoren, die gerade kleinere Bauunternehmen wirtschaftlich belasten, kamen jedoch eklatante **Schwächen des Rechtssystems**, die in Deutschland in dieser Form nicht bestehen. In England sind allgemein die Prozesskosten ungleich höher als in Deutschland.<sup>37</sup> Die englischen Anwälte rechnen grundsätzlich nach Stundenhonoraren ab,<sup>38</sup> Gerichtsverfahren sind langwierig und kompliziert, die Dauer und der Ausgang sind unwägbar.<sup>39</sup> In England hat aus diesem Grund die Konfliktbeilegung durch staatliche Gerichte einen weitaus geringeren Stellenwert als in Deutschland: Pro Kopf wird in Deutschland circa sechs Mal so häufig geklagt.<sup>40</sup>

Da die Kosten von Gerichtsverfahren Streitwerte bis zu 100.000 £ schnell überstiegen, war kleineren Unternehmern wegen des untragbaren Prozessrisikos der **Zugang zur Justiz faktisch versperrt**.<sup>41</sup> Kam der Zahlungsfluss ins Stocken, konnte dies so zur Insolvenz der Baubeteiligten führen, die sich in der Vertragskette unterhalb befanden. Das hieraus resultierende Machtgefälle wurde in England skrupellos ausgenutzt.<sup>42</sup>

## 1.2.3 Probleme der Konfliktbeilegung im Baurecht

Eine Kritik des Bauprozesses an sich, wie sie in Deutschland seit vielen Jahren geübt wird, ging der Einführung der *construction adjudication* nicht voraus. Insbesondere wurde der mangelnde technische Sachverstand der Streitentscheider nicht problematisiert. Dies hängt sicher auch damit zusammen, dass in England für die Konfliktlösung am Bau ausreichend Sachverstand zur Verfügung stand. Vor der gesetzlichen Einführung der *adjudication* sahen nahezu alle englischen Standardverträge detailliert alternative Konfliktlösungsmechanismen vor, zumeist in zwei Stufen:<sup>43</sup> Zunächst entschied bei Meinungsverschiedenheiten ein Dritter, üblicherweise *engineer* genannt, der traditionell vom Auftraggeber z.B. als Planer beauftragt war und gleichzeitig als „neutraler“ Streitentscheider<sup>44</sup> fungierte. Gegen dessen Entscheidung konnte in der Regel als Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit ein Schiedsgericht angerufen werden.<sup>45</sup> Auch diese beiden vertraglich vereinbarten Konfliktlösungsmechanismen zeigten aber Ende der 1980er / Anfang der 1990er Jahre ihre Schwächen. Die Neutralität der *engineers* stand zunehmend in Frage. Zum einen standen nur sie zu einer Partei, meistens dem Hauptunternehmer, in einem Vertragsverhältnis, hatten aber andererseits – zumindest vorläufig – über sämtliche Streitigkeiten „über den Parteien stehend“ zu entscheiden – „a fearfully heavy burden“.<sup>46</sup> Die

---

<sup>36</sup> Wiegand, RIW 2000, 197.

<sup>37</sup> S. ausführlich zum Vergleich der englischen mit der deutschen Kostenstruktur: Dannemann, [www.iuscomp.org/gla/literature/access.htm](http://www.iuscomp.org/gla/literature/access.htm) (zuletzt besucht am 4.10.2012).

<sup>38</sup> Dannemann, [www.iuscomp.org/gla/literature/access.htm](http://www.iuscomp.org/gla/literature/access.htm) (zuletzt besucht am 4.10.2012); zu den Implikationen des deutschen Gebührenrechts s. Schröder, KJ 1986, 140.

<sup>39</sup> Woolf, Access to Justice, Final Report, 1996, Section I, Nr. 2.

<sup>40</sup> Dannemann, [www.iuscomp.org/gla/literature/access.htm](http://www.iuscomp.org/gla/literature/access.htm) (zuletzt besucht am 4.10.2012).

<sup>41</sup> Genn, Annex III zu Woolf, Access to Justice. Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, 1995, Nr. 15: Bei den Streitwerten zwischen 0 und 12 500 £ überstiegen in etwa der Hälfte der Fälle die geschätzten Kosten einer Partei allein den Streitwert; Rogers, Building 2001, issue 09.

<sup>42</sup> Cottam, in: Campbel, Construction disputes – avoidance and resolution, 1997, S. 115, zitiert bei Lynch, <http://www.nadr.co.uk/articles/published/construction/TheBalanceOfPowerBetweenContractors.pdf> (zuletzt besucht am 3.10.2012).

<sup>43</sup> Hök, in: Hök et. al, Hdb. d. internationalen und ausländischen BauR, 2005, § 39 Rdnr. 53.

<sup>44</sup> Borowsky, Das Schiedsgutachten im Common Law. Ein rechtsvergleichender Beitrag zum Begriff der Schiedsgerichtsbarkeit, 2001, S. 59 ff.; s. hierzu Nicklisch, in: Lindacher et al. (Hrsg.), Festschr. f. Habscheid, 1989, S. 129.

<sup>45</sup> Lynch, <http://www.nadr.co.uk/articles/published/construction/TheBalanceOfPowerBetweenContractors.pdf> (zuletzt besucht am 3.10.2012), m. w. Nachw.

<sup>46</sup> Borowsky, ZKM 2007, 54.

Schiedsgerichtsbarkeit dagegen wurde mehr und mehr formalisiert und verrechtlicht.<sup>47</sup> Dies führte dazu, dass sich dort bereits die gleichen Probleme wie die oben beschriebenen der staatlichen Gerichte auftraten.<sup>48</sup>

### 1.3 Funktionalität der *adjudication*; besser: die englische Lösung

Wie eingangs formuliert werden in Deutschland mit der Einführung der Adjudikation bestimmte **Erwartungen** verknüpft: Durch frühe Streitentscheidung soll Komplexität vermieden,<sup>49</sup> der Kooperationsgedanke der Bauvertragsparteien gestärkt und somit die Vertragsbeziehungen geschont<sup>50</sup> sowie ein störungsfreier Fortgang der Baustelle<sup>51</sup> gewährleistet werden. Außerdem würde eine frühe Streitentscheidung das Zubauen von Beweisen verhindern.<sup>52</sup> Eine schnelle und kostengünstige Streitentscheidung soll die Effizienz des Bauens erhöhen<sup>53</sup> und die Zahlungsströme aufrechterhalten,<sup>54</sup> fachlich kompetente Entscheider (insbes. Nichtjuristen) durch schnelle Klärung der Fakten zu einer schnellen Befriedung führen.<sup>55</sup> Nicht zuletzt wird mit der Einführung der Adjudikation auch die Entlastung der Ziviljustiz von Bauprozessen erwartet.<sup>56</sup>

Entsprechend dem hier favorisierten **Funktionalitätsprinzip** nach *Zweigert/Kötz*<sup>57</sup> war nun also zu fragen, welche englischen Regelungen diese Funktionen erfüllen. Insofern ist die Frage nach der Funktionalität der *adjudication* unvollständig. Der Blick muss sich weiten und auch die rechtskulturelle Einbettung der *construction adjudication* erfassen, ohne die ein Funktionieren nicht möglich ist. Dies steht im Gegensatz zu der üblichen Herangehensweise in der deutschen Literatur, die die *adjudication* isoliert betrachtet. Einerseits war also der Kontext der in der englischen Bauwirtschaft traditionell üblichen Konfliktvermeidungs- und -lösungssysteme zu durchleuchten,<sup>58</sup> andererseits musste auf zivilprozessuale Besonderheiten geachtet werden.

---

<sup>47</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 248; *Newman*, Proceedings CIB World Building Congress, Gävle, Sweden, 7. - 12. 6. 1998, <http://www.baufachinformation.de/aufsatz.jsp?url=2008071000379> (zuletzt besucht 3.10.2012).

<sup>48</sup> *Cottam*, in: *Campbell*, Construction disputes – avoidance and resolution, 1997, S. 115, zitiert bei *Lynch*, <http://www.nadr.co.uk/articles/published/construction/TheBalanceOfPowerBetweenContractors.pdf> (zuletzt besucht am 3.10.2012); *Turner*, in: *Haselgrove-Spurin*, The International and Domestic Adjudication of Construction Disputes, 2006, S. v (vi).

<sup>49</sup> *Gralla/Sundermeier/Lembke*, in: *Motzko*, FS Institut für Baubetrieb TU Darmstadt, 2009, S. 109 (S. 119); *Schramke*, NZBau 2002, 409 (409), *Haft*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) vom 25.5.2009 (zuletzt besucht am 21.5.2012).

<sup>50</sup> *Mahnken*, BauR 2007, 1994 (1996); *Schramke*, NZBau 2002, 409 (409), *Priebe*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) v. 26. 6. 2009 (zuletzt besucht am 21.5.2012), 6.

<sup>51</sup> *Hammacher*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) vom 4. 8. 2009 (zuletzt besucht am 21.5.2012), *Priebe*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) v. 26. 6. 2009 (zuletzt besucht am 21.5.2012), 5.

<sup>52</sup> *Gralla/Sundermeier/Lembke*, in: *Motzko*, FS Institut für Baubetrieb TU Darmstadt, S. 109 (S. 119); *Mahnken*, BauR 2007, 1994 (1996); *Schramke*, BauR 2007, 1984; *Priebe*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) v. 26. 6. 2009 (zuletzt besucht am 21.5.2012), 3.

<sup>53</sup> *Gralla/Sundermeier/Lembke*, in: *Motzko*, FS Institut für Baubetrieb TU Darmstadt, 2009, S. 109 (S. 119); *Mahnken*, BauR 2007, 1994 (1996); *Schramke*, NZBau 2002, 409 (409); *Priebe*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) v. 26. 6. 2009 (zuletzt besucht am 21.5.2012), 6.

<sup>54</sup> *Schramke*, NZBau 2002, 409 (409).

<sup>55</sup> *Gralla/Sundermeier/Lembke*, in: *Motzko*, FS Institut für Baubetrieb TU Darmstadt, S. 109 (S. 119); *Haft*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) vom 25.5.2009 (zuletzt besucht am 21.5.2012).

<sup>56</sup> Z. B.: *Schulze-Hagen/Winter*, IBR 2007, 111; *Gralla/Sundermeier*, Bauingenieur 2008, 238 (246); *Kniffka* Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) – BT-Dr 16/511, v. 16. 5. 2008, S. 10 f, S. 12; *Lembcke*, DS 2009, 224 (224); *Haimann*, Die Welt, 17. 11. 2010, S. 19.

<sup>57</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996, S. 34.

<sup>58</sup> *Streatfeild-James*, ICLR 2003, 483 (483); *Hök*, ZfBR 2010, 736.



### 1.3.1 Regelung der construction adjudication in England

Von den 30 Empfehlungen, die Latham in seinem Report aussprach, akzeptierte das Parlament nur einige.<sup>59</sup> Der *Housing Grants Construction and Regeneration Act 1996* (HGCRA oder *Construction Act*),<sup>60</sup> dessen *Part II* (im Folgenden auch *Construction Act* genannt) direkt aus dem Latham-Report entwickelt wurde,<sup>61</sup> befasst sich nur mit Regelungen, die den Zahlungsfluss insbesondere hin zu Auftragnehmern sicherstellen sollen: Zum einen wird in Sec. 108 (1) das Recht jeder Partei eines Bauvertrags festgeschrieben, zur Beilegung eines Konflikts ein *adjudication*-Verfahren einzuleiten (s.u.). Daneben werden aber im *Construction Act* aber auch Zahlungsbedingungen geregelt, die die Nachteile der Vorleistungspflicht auf Seiten der Auftragnehmer abfedern sollen.<sup>62</sup>

Keine weitere der 30 Empfehlungen Lathams hingegen, die alle zusammen auf einen kulturellen Wandel bei der Zusammenarbeit in Bauprojekten zielten - vom Vergaberecht über Partnering zur Integration der verschiedenen Aufgaben am Bau - wurde gesetzlich verwirklicht. Der einzige signifikante Effekt des Latham Reports war also - vor dem Hintergrund der wirtschaftlich angespannten Situation gut nachvollziehbar - der *Construction Act*, mit Regelungen, die vor allem dem Subunternehmerschutz dienen.<sup>63</sup>

Der am 1. Mai 1998 in Kraft getretene *Construction Act* sieht in *Part II sec 108 (1)* die Verpflichtung vor, in grundsätzlich jeden Vertrag des Bauwesens<sup>64</sup> eine *adjudication*-Klausel mit einem bestimmten Mindestinhalt<sup>65</sup> aufzunehmen.

---

<sup>59</sup> *Nicholas Turner*, Critical analysis of the Construction Industry Board "Review of the Scheme for Construction Contracts", nur online: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/Adjudication/ReviewOfTheSchemeForConstructionContracts.pdf> (zuletzt besucht 13.06.2012).

<sup>60</sup> Der HGCRA gilt laut sec. 148 auch für Schottland.

<sup>61</sup> *Lynch*, <http://www.nadr.co.uk/articles/published/construction/TheBalanceOfPowerBetweenContractors.pdf> (zuletzt besucht am 3.10.2012), mit Verweis auf *Lupton*, Architect's guide to adjudication. 1998, RIBA Publications, S. 13.

<sup>62</sup> So wurde beispielsweise dort in Sec. 109 das Recht auf Ratenzahlung nach Baufortschritt eingeführt, Sec. 111 regelt die Obligation des Auftraggebers, die Absicht anzukündigen, Gelder zurückzubehalten. Sec. 112 gibt dem Auftragnehmer das Recht, seine Leistung bei Zahlungsverzug des Auftraggebers auszusetzen, während Sec. 113 Klauseln verbietet, die Zahlungen davon abhängig machen, ob der Verpflichtete seinerseits bereits Gelder erhalten hat. Die in diesem Zusammenhang gemachte Empfehlung *Lathams*, für Bauvorhaben gesetzlich vorgeschriebene Treuhandfonds einzurichten, scheiterte hingegen. Dies mag der Tatsache geschuldet sein, dass die vielen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Verbände und Ministerien große Schwierigkeiten hatten, ihre Interessen auf einen Nenner zu bringen. Das Gesetz ist das Ergebnis eines hart erkämpften Konsens' und insofern auf jeden Fall ein Kompromiss. *Davis, Paterson/Britton* (Hrsg.), *The Construction Act – Time for review*, London, 2000, 163 (164).

<sup>63</sup> *Harding*, *Building*, 20. 6. 2008, *Hill*, Latham's legacy, *Building* 2001 issue 50. Gleichwohl versprach sich die Regierung auch von den wenigen Regelungen im HGCRA den Anstoß zu einem Kulturwandel hin zu einem mehr team-orientierten und weniger feindlichen Klima am Bau - allerdings nicht ohne zu erwähnen, dass für einen solchen Kulturwandel Gesetze nicht ausreichen, vielmehr bedürfe es des Willens und auch der Eigeninitiative der Bauindustrie, einen solchen Wandel zu vollziehen, *Hobson*, in: *Paterson/Britton* (Hrsg.), *The Construction Act – Time for review*, London, 2000, 5 (6 ff.). *Hobson* war seinerzeit Construction Director am Department of the Environment, dem Ministerium welches den *Construction Act* entwarf (*Davis*, in: *Paterson/Britton* (Hrsg.), *The Construction Act – Time for review*, London, 2000, 163 (164)). Im gleichen Beitrag bringt *Hobson* auch seine tiefen Zweifel gegenüber einer zu dichten Regelung zum Ausdruck: "Legislation can all too easily become too elaborate, too prescriptive. It can limit innovation, it can become unworkable or impossible to enforce effectively.", a.a.O., 8. S. auch *Sir Michael Latham*, Brief vom 17. September 2004 an den Bauminister Nigel Griffiths, im Internet abrufbar unter [www.bis.gov.uk/files/file30327.pdf](http://www.bis.gov.uk/files/file30327.pdf) (zuletzt besucht am 13.06.2012).

<sup>64</sup> Sec. 108 HGCRA, einschließlich Architekten- und Ingenieurverträge sowie Subunternehmerverträge. Ausgenommen sind bestimmte Arten der Bauvorhaben, unter anderem Verträge, die Häuser betreffen, die eine Vertragspartei zu eigenen Wohnzwecken errichtet (Sects. 104 und 105 HGCRA).

<sup>65</sup> Begleitend hierzu wurde das *Scheme (the Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998*, im Internet abrufbar unter <http://www.opsi.gov.uk/si/si1998/19980649.htm> (zuletzt be-

Eine Partei hat jederzeit,<sup>66</sup> also vor, während oder nach Errichtung des Bauwerks, auch während eines laufenden Gerichtsverfahrens in gleicher Sache und vor oder nach der Entscheidung eines *engineer*,<sup>67</sup> das Recht, ein *adjudication*-Verfahren einzuleiten.

Dieses zeichnet sich zunächst durch sein enges Zeitgerüst aus. Nach Antragstellung muss innerhalb von 7 Tagen ein *adjudicator* ernannt werden und ihm der Disput unterbreitet werden.<sup>68</sup> Der *adjudicator* hat ab Befassung 28 Tage Zeit, um eine Entscheidung zu finden.<sup>69</sup>

Der *adjudicator* hat eine unparteiische Entscheidung unter Beachtung der vertraglichen und rechtlichen Vorschriften zu fällen.<sup>70</sup> Dabei hat er jedoch – zum Ausgleich für den außerordentlichen Zeitdruck - bei der Verfahrensgestaltung erhebliche Freiheiten<sup>71</sup> und ist von einer Haftung für etwaige Fehler in der Amtsführung befreit.<sup>72</sup> Er kann zur Tatsachenfeststellung inquisitorisch<sup>73</sup> vorgehen, allerdings sind stets beide Parteien zu informieren und müssen die Gelegenheit zur Stellungnahme haben.<sup>74</sup> Für die Vergütung des *adjudicator* haften die Parteien gesamtschuldnerisch.<sup>75</sup>

Die Entscheidung des *adjudicator* ist vorläufig vertraglich bindend.<sup>76</sup> Es steht den Parteien nämlich jederzeit frei, die Entscheidung gerichtlich oder schiedsgerichtlich anzufechten. Auf der anderen Seite ist die Durchführung eines *adjudication*-Verfahrens auch keine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Klage vor einem Gericht oder Schiedsgericht, es kann jederzeit in gleicher Sache geklagt werden.<sup>77</sup>

Die Vollstreckbarkeit wurde gesetzlich nicht geregelt. Mit der ersten Entscheidung zur Vollstreckbarkeit im Februar 1999 wurde diese Lücke jedoch durch die Rechtsprechung wie folgt geschlossen. Bei Nichtbeachtung der Entscheidung besteht die Möglichkeit in einem *summary judgement* (Teil 24 der Civil Procedure Rules, CPR), einem vereinfachten summarischen Verfahren, innerhalb weniger Tage oder Wochen einen vollstreckbaren Titel zu erlangen.<sup>78</sup> Spätere Entscheidungen führen aus, dass die Entscheidung inhaltlich nicht auf materiell-rechtliche Fehler überprüft werden soll, selbst offensichtliche Rechenfehler werden ignoriert.<sup>79</sup> Es wird lediglich geprüft, ob wesentliche Verfahrensgrundsätze beachtet wurden.<sup>80</sup>

---

sucht am 13.06.2012) sowie ein weiteres *Scheme* für Schottland, welches hier nicht Gegenstand sein soll, erlassen, welches die Mindestbestimmungen detailliert in die Praxis umsetzt und welches automatisch Vertragsbestandteil wird, wenn der Vertrag die Mindestanforderungen nicht erfüllt (Sec. 108 (5) HGCRA).

<sup>66</sup> Sec. 108 (2)(a) HGCRA.

<sup>67</sup> Uff, *Construction Law*, 9. A., London, 2005, S.67. mit Verweis auf *Herschel Engineering v Breen*.

<sup>68</sup> Sec. 108 (2) (b) HGCRA. Der *adjudicator* kann durch Vereinbarung benannt werden oder von sogenannten *Adjudication Nominating Boards* (ANB), Part I para. 2 *Scheme*.

<sup>69</sup> Diese Frist kann von der antragstellenden Partei um 14 Tage oder einvernehmlich beliebig verlängert werden, Sec. 108 (2) (d) HGCRA, Part I para. 19 *Scheme*.

<sup>70</sup> Sec 108 (2) (e) HCGRA und Part I para. 12 (a) *Scheme*.

<sup>71</sup> *Borowsky*, ZKM 2007, 54.

<sup>72</sup> Es sei denn, der Fehler ist auf *bad faith* zurückzuführen, Part I Para 26 *Scheme*.

<sup>73</sup> Er darf aus eigener Initiative Tatsachen feststellen, nach Gutdünken Experten hinzuziehen, die Herausgabe von Dokumenten verlangen, Informationen von Dritten einfordern, eine Ortsbegehung auch ohne Anwesenheit der Parteien vornehmen, Tests und Untersuchungen durchführen oder auch nur eine Partei befragen (Part I Para. 13 *Scheme*).

<sup>74</sup> *Borowsky*, ZKM 2007, 54.

<sup>75</sup> Part I para. 25 *Scheme*.

<sup>76</sup> Sec. 108 (3) HGCRA.

<sup>77</sup> *Boldt*, Vorläufige baubegleitende Streitentscheidung, 2008, S.118 f.

<sup>78</sup> *Macob Civil Engineering Ltd v. Morrison Construction Ltd*.

<sup>79</sup> *Bouygues (UK) Ltd v. Dahl-Jensen*.

<sup>80</sup> Bisher konnte eine Vollstreckung nur aufgrund von drei Einwendungen verhindert werden: 1. Handeln des *adjudicator* außerhalb seiner Zuständigkeit, 2. Verletzung rechtlichen Gehörs (*natural justice*) (*Discain Project Services v. Opecprim; Woods Harwick Ltd. v. Chiltern Air Conditioning*), 3. befürchtende Zahlungsunfähigkeit der vollstreckungswilligen Partei (*Bouygues (UK) Ltd v. Dahl-Jensen*; obiter dictum in *Herschel Engineering Ltd. v. Breen Property Ltd.*), Beispiele bei *Nicholas Gould/Malte Abel*, *Adjudication in the UK – Recent Developments*, *SchiedsVZ* 2005, 190, *Harbst*, *SchiedsVZ* 2003, 68.

An den Regelungen kommt deutlich zum Ausdruck, worum es bei der Einführung der *adjudication* in erster Linie ging, nämlich um die schnelle Durchsetzung von Forderungen ohne die zeit- und geldraubende Einschaltung der Justiz, wodurch die Einschaltung von Anwälten unnötig werden sollte.

### 1.3.2 Die Zivilprozessreform – Access to Justice

Die *construction adjudication* war von vorneherein nicht auf eine Justizentlastung angelegt, schließlich lag das Problem nicht in der „Prozeßflut“,<sup>81</sup> sondern im mangelnden Zugang kleinerer Unternehmen zu den Gerichten. Die Funktion der Justizentlastung sollte eine parallel zur Baurechtsreform angestoßene Zivilprozessrechtsreform erfüllen, die auf der Grundlage des sog. „Woolf Report“ unter dem Namen „Access to Justice“<sup>82</sup> durchgeführt wurde. Durch diese Reform sollte sichergestellt werden, dass alle gesellschaftlichen Gruppen adäquaten Zugang zum Recht bekommen.<sup>83</sup> Kosten und Dauer der Verfahren sollten reduziert werden, zuvörderst durch die Änderung der Verfahrensherrschaft.<sup>84</sup> Bisher hatten die *Barristers*, also die zum Auftreten vor Gericht zugelassenen Rechtsanwälte die Kontrolle über das Verfahren, während Richter lediglich als eine Art Punkterichter in einem „juristischen Turnier“<sup>85</sup> fungierten. In den neuen CPR werden die Richter nun angehalten, den Fall aktiv zu managen.<sup>86</sup> Daneben wurden zur Reduktion der Kosten und der Dauer vereinfachte und beschleunigte Verfahrenswege für geringe Streitwerte und einfachere Fälle eingeführt, während komplizierte Fälle mit hohem Streitwert aufwändig durch juristische Teams gemanagt werden sollen.<sup>87</sup> Zum Ausgleich für den durch diese Maßnahmen erhöhten Aufwand der öffentlichen Hand sollte die Justiz insbesondere von Missbrauch und durch die vermehrte Nutzung von alternativen Streitbeilegungsmethoden (Alternative Dispute Resolution = ADR)<sup>88</sup> entlastet werden.<sup>89</sup> Das Ergebnis waren die neuen Civil Procedure Rules, die am 26. 4. 1999 in Kraft traten.<sup>90</sup>

### 1.2.3 Implementierungserfolg<sup>91</sup>

#### (1) Erfolg

Die Einführung der *construction adjudication* war aus englischer Sicht durchaus erfolgreich. Das vorrangige Ziel des englischen Gesetzgebers wurde im Wesentlichen erreicht. Die *construction adjudication* stellt in England in erster Linie ein scharfes Schwert in den Hän-

<sup>81</sup> Zum Begriff s. *Blankenburg*, in *Blankenburg*, Prozeßflut?, 1988, S. 9ff.

<sup>82</sup> *Woolf*, Access to Justice, Final Report, 1996, Section I, No 2.

<sup>83</sup> *Woolf*, Access to Justice, Final Report, 1996, Section I, No 5.

<sup>84</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 220.

<sup>85</sup> *Weber*, ZZPInt. (5) 2000, 59.

<sup>86</sup> CPR Rule 1.4. Im Ergebnis stellt dies eine deutliche Abkehr vom Adversary Principle dar, wodurch der liberale englische Zivilprozess ein Stück näher an kontinentaleuropäische Prozesse hingeführt wird, *Weber*, ZZPInt. (5) 2000, 59.

<sup>87</sup> *Woolf*, Access to Justice, Final Report, London 1996, Section I – Overview, No 9.

<sup>88</sup> Durch Information und Empfehlungen sowie Kostensanktionen, wenn ADR-Verfahren ohne guten Grund nicht in Betracht gezogen wurden, CPR Rule 1. 4 (2) (e) i.V.m. Practice Direction – Pre-Action Conduct, para 1. 2 (2), para 4. 5 f. in Verbindung mit para 4. 4 (3), para 6. 1 (2) und para 8, abrufbar unter [www.justice.gov.uk/civil/procrules\\_fin/](http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/) (zuletzt besucht am 3.10.2012).

<sup>89</sup> *Woolf*, Access to Justice, Final Report, London 1996, Section II, Nos 6 f.

<sup>90</sup> Abrufbar unter <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/> (zuletzt besucht am 15. Juni 2012).

<sup>91</sup> Die Einführung der *construction adjudication* wurde in England umfänglich empirisch begleitet. Die Glasgow Caledonian University hat ein Adjudication Reporting Centre (ARC) eingerichtet, welches mittlerweile zehn Berichte zur Entwicklung der *adjudication* veröffentlicht hat, jeweils abrufbar unter [www.adjudication.gcal.ac.uk](http://www.adjudication.gcal.ac.uk). Daneben haben Beraterfirmen, Rechtsanwaltskanzleien und Universitäten zahlreiche Umfragen unter Baubeteiligten durchgeführt. Zu nennen sind hier u. a. folgende Umfragen: „Masons study“: *Carey*, Adjudication is working, 2000, bei *Pinsent Masons* auf Anfrage erhältlich; „Wolverhampton study“: *Ndekugri/Yeoman/Shaw*, in: *Paterson/Britton*, The Construction Act – Time for review, 2000, S. 91; „JR Knowles survey“: *Holder*, in: *Paterson/Britton*, The Construction Act – Time for review, 2000, S. 113; „Lee Crowder survey“, *Brown*, Building 2001, issue 21.

den der Nach- und Hauptunternehmer gegen ihre jeweiligen Auftraggeber dar. Es ist nun möglich, in Fällen, in denen vorher faktisch kein Rechtsschutz bestand, kurzfristig eine vollstreckbare Drittentscheidung zu bekommen.<sup>92</sup>

Das Streitbeilegungsinstrument wurde sehr gut angenommen, allerdings erst, als gerichtlich geklärt war, dass die Entscheidungen ohne Sicherheitsleistung in einem Schnellverfahren vollstreckt werden können.<sup>93</sup> Es wurden jährlich bis über 2000 *adjudications* eingeleitet, wobei Zahlungsangelegenheiten deutlich im Vordergrund standen.<sup>94</sup> Die weitaus meisten *adjudications* finden zwischen Haupt- und Nachunternehmern statt, gefolgt von *adjudications* im Verhältnis zwischen Hauptunternehmern und Auftraggebern.<sup>95</sup>

Angesichts der immensen Anzahl der deutschen Baurechtsstreitigkeiten scheint eine jährliche Fallzahl von 2000 *adjudications* zunächst gering. Diese Anzahl übersteigt jedoch die der entsprechenden Klageeingänge in Bausachen.<sup>96</sup> Die *construction adjudication* steht heute wohl an erster Stelle bei der formellen Konfliktlösung im Bauwesen.<sup>97</sup>

Als *adjudicators* wurden hauptsächlich so genannte *Quantity Surveyors* (Kostenplanungsingenieure), Juristen und Civil Engineers (in allen Jahren in dieser Reihenfolge) berufen, wobei der Anteil der Juristen langsam aber stetig stieg.<sup>98</sup>

In durchschnittlich 58 % der Fälle konnten die *adjudicators* den engen Zeitrahmen von 28 Tagen einhalten, in weiteren 33 % wurde der Zeitrahmen auf 42 Tage verlängert. Lediglich in den verbleibenden 9 % der Fälle musste die Verfahrensdauer über 42 Tage hinaus verlängert werden.<sup>99</sup>

Obwohl in der deutlichen Mehrzahl (durchschnittlich 68 %) der Verfahren der Antragsteller gewann,<sup>100</sup> war die Zufriedenheit mit dem Streitbeilegungsinstrument bei allen Baubeteiligten hoch, die *adjudication* wurde als faires, schnelles und kostengünstiges Verfahren emp-

---

<sup>92</sup> Teubner Oberheim/Schröder, NZBau 2011, 257 (260).

<sup>93</sup> Barrick, Building 2000, issue 19.

<sup>94</sup> Die Zahl der *adjudications*, stieg von 187 im ersten Jahr (1998/99) um 600 % auf 1309, im zweiten Jahr (1999/2000), um noch ein weiteres Mal kräftig um 50 % auf 1999 im dritten Jahr (2000/2001) anzusteigen. Kennedy/Milligan/Cattanach/McCluskey, Report No. 10, Juni 2010, [www.adjudication.gcal.ac.uk](http://www.adjudication.gcal.ac.uk) (zuletzt besucht am 3.10.2012), S. 11. Es werden jeweils die Zahlen in Jahreszeiträumen berichtet. Das erste Jahr begann nach Inkrafttreten des Construction Acts am 1. Mai 1998. Im Februar 1999 wurde zum ersten Mal über die Vollstreckbarkeit entschieden.

<sup>95</sup> Kennedy/Milligan/Cattanach/McCluskey, Report No. 10, Juni 2010, [www.adjudication.gcal.ac.uk](http://www.adjudication.gcal.ac.uk) (zuletzt besucht am 3.10.2012), S. 13.

<sup>96</sup> Zum Vergleich wurden die Eingangszahlen für Bausachen am Technology and Construction Court (TCC) herangezogen: Der TCC ist ein Fachgericht der Queens Bench Division des High Court, vor welches Baustreitigkeiten mit Streitwerten über 15 000 £ üblicherweise gebracht werden. Obwohl ein direkter Vergleich schwerfällt, da nur ca. 40 % der TCC-Fälle auch in die Zuständigkeit der *adjudicators* fallen, sind die Größenordnungen eindeutig: So hatte z. B. das TCC im Zeitraum von Oktober 2004 bis September 2005 insgesamt 735 Eingänge. Demgegenüber wurden im gleichen Zeitraum durchschnittlich 1651 *adjudications* mit einem Streitwert über 10 000 £ (davon 1152 über 50 000 £) eingeleitet. Im Zeitraum von Oktober 2007 bis September 2008 gab es immer noch durchschnittlich 1397 *adjudications* mit einem Streitwert über 10 000 £ (davon 816 über 50 000 £), während das TCC insgesamt 924 Eingänge verzeichnete, von denen nicht einmal die Hälfte Bausachen betraf (eigene Berechnungen auf der Grundlage von Kennedy/Milligan/Cattanach/McCluskey, Report No. 10, Juni 2010, [www.adjudication.gcal.ac.uk](http://www.adjudication.gcal.ac.uk) (zuletzt besucht am 3.10.2012), S. 12; Jackson, Technology and Construction Court, Annual Report for the year ending, 30. September 2005; Ramsey, Annual Report of the Technology and Construction Court 2007/2008; s. zum Ganzen Teubner Oberheim/Schröder, NZBau 2011, 257 (260).

<sup>97</sup> Uff, Construction Law, 9. Aufl. (2005), S. 63.

<sup>98</sup> Kennedy/Milligan/Cattanach/McCluskey, Report No. 10, Juni 2010, [www.adjudication.gcal.ac.uk](http://www.adjudication.gcal.ac.uk) (zuletzt besucht am 3.10.2012), S. 6.

<sup>99</sup> Kennedy/Milligan/Cattanach/McCluskey, Report No. 10, Juni 2010, [www.adjudication.gcal.ac.uk](http://www.adjudication.gcal.ac.uk) (zuletzt besucht am 3.10.2012), S. 15.

<sup>100</sup> Kennedy/Milligan/Cattanach/McCluskey, Report No. 10, Juni 2010, [www.adjudication.gcal.ac.uk](http://www.adjudication.gcal.ac.uk) (zuletzt besucht am 3.10.2012), S. 10.

funden.<sup>101</sup> Gegen die Arbeit der *adjudicators* wurden kaum Beschwerden erhoben, die Anzahl der aufrechterhaltenen Beschwerden liegt im Promillebereich.<sup>102</sup> Die weit überwiegende Zahl (etwa drei Viertel) der Entscheidungen blieb endgültig, obwohl (Schieds-) Klagen in gleicher Sache rechtlich möglich sind.<sup>103</sup>

Die hauptsächliche Intention des Gesetzgebers war der Schutz der kleineren Bauunternehmen. Da diesen mit der *adjudication* nun ein Instrument an die Hand gegeben wurde, ihre Werklohnforderungen - überhaupt und dies in relativ kurzer Zeit - durchzusetzen, war die Einführung der *adjudication* insofern ein Erfolg.

## (2) Enttäuschte Erwartungen

Allerdings findet weder eine **frühe Streitentscheidung** statt,<sup>104</sup> noch werden die **vertraglichen Beziehungen** geschont.<sup>105</sup> Die Anzahl *formell* beigelegter Streitigkeiten ist gestiegen. Streitigkeiten, die zuvor (wegen des mangelnden Zugangs zur Justiz) *informell* im Verhandlungswege geklärt wurden, werden nun im Wege der *adjudication* beigelegt.<sup>106</sup> Insofern haben sich die Hoffnungen des englischen Gesetzgebers auf einen **Kulturwandel** am Bau hin zu mehr Partnerschaftlichkeit<sup>107</sup> nicht erfüllt.<sup>108</sup> Mit den Jahren nahm die Komplexität der Verfahren zu. Anwälte wurden vermehrt eingebunden.<sup>109</sup> Die **Kosteneffizienz** nahm entsprechend wieder ab. Für Streitwerte ab 50.000 £ ist die *construction adjudication* jedoch noch immer kosteneffizient.<sup>110</sup>

Ganz in den Bereich der Mythen<sup>111</sup> konnte die in der deutschen Diskussion hartnäckig wiederholte Behauptung einer **Justizentlastung** in astronomischer Höhe von 98 % verwiesen werden. Nach dem vorliegenden Zahlenmaterial kann man nach Einführung der *adjudication* von einem Rückgang der Klageeingänge um höchstens ca. 1/3 ausgehen. Inwieweit dieser Effekt auf die Einführung der *adjudication* zurückzuführen ist, kann jedoch nicht eindeutig festgestellt werden.<sup>112</sup> Die gleichzeitig in Kraft getretenen neuen *Civil Procedure Rules* führten nämlich in der gesamten Ziviljustiz zu einem Rückgang der Klageeingänge um 37 %.<sup>113</sup> Für diesen Rückgang ist auch nicht etwa die in den *Civil Procedure Rules* angelegte Förderung von *Alternative-Dispute-Resolution*-Verfahren durch die Gerichte verantwortlich. Untersuchungen belegen, dass *Alternative-Dispute-Resolution*-Verfahren in Folge der neuen *Civil Procedure Rules* nicht verstärkt in Anspruch genommen wurden.<sup>114</sup> Vielmehr wird der

---

<sup>101</sup> Carey, *Adjudication is working*, 2000, bei *Pinsent Masons* auf Anfrage erhältlich: Lediglich 26% der Beteiligten meinten, dass die Einführung der *adjudication* gescheitert sei, während 70 % der Befragten gegenteiliger Auffassung waren, S. 1. 60% hielten die *adjudication* für ein faires, 90% für ein schnelles und 81 % für ein kostengünstiges Verfahren, S. 3.

<sup>102</sup> Kennedy/Milligan/Cattanach/McCluskey, Report No. 10, Juni 2010, [www.adjudication.gcal.ac.uk](http://www.adjudication.gcal.ac.uk) (zuletzt besucht am 3.10.2012), S. 8.

<sup>103</sup> Laut der „Masons study“ wurden 81 % der Entscheidungen als endgültig akzeptiert, Carey (o. Fußn. 46), S. 3; der Lee Crowder survey ermittelte einen Anteil von 73 %, Brown, *Building* 2001, issue 21.

<sup>104</sup> Kennedy/Milligan/Cattanach/McCluskey, Report No. 10, Juni 2010, [www.adjudication.gcal.ac.uk](http://www.adjudication.gcal.ac.uk) (zuletzt besucht am 3.10.2012), S. 18.

<sup>105</sup> Ndekugri/Yeoman/Shaw, in: Paterson/Britton, *The Construction Act – Time for review*, 2000, S. 91 (94 f.).

<sup>106</sup> Holder, in: Paterson/Britton, *The Construction Act – Time for review*, 2000, S. 117 f.

<sup>107</sup> Hobson, in: Paterson/Britton, *The Construction Act – Time for review*, 2000, S. 5 (7), s. auch Latham, Brief vom 17. 9. 2004 an den Bauminister Nigel Griffiths, im Internet abrufbar unter [www.bis.gov.uk/files/file30327.pdf](http://www.bis.gov.uk/files/file30327.pdf) (zuletzt besucht am 15.06.2012).

<sup>108</sup> Teubner Oberheim/Schröder, *NZBau* 2011, 257 (260).

<sup>109</sup> Streatfeild-James, *ICLR* 2003, 483 (497).

<sup>110</sup> Klein, *Building* 2005, issue 48.

<sup>111</sup> Teubner Oberheim/Schröder, *NZBau* 2011, 257 (261).

<sup>112</sup> Gaitskell, *Construction Management and Economics* 2007, 777 (780, 783).

<sup>113</sup> Gaitskell, *AUConstrLawNlr* 69; (2005) 105, 6 (7).

<sup>114</sup> Peysner/Seneviratne, *The Management of civil cases: the courts and Post-Woolf landscape*, DCA Research Series 9/05, 2005, [http://www.dca.gov.uk/research/2005/9\\_2005.htm](http://www.dca.gov.uk/research/2005/9_2005.htm) (zuletzt besucht am 3.10.2012), S. 43 ff.

Rückgang auf andere Maßnahmen zurückgeführt, wie verstärkte Hürden vor Klageerhebung (Kosten, Erfüllung bestimmter Vorverfahren etc.).<sup>115</sup>

## 1.2.4 Rechtskulturelle Einbettung/Funktionalität

Vergleicht man die hier vorgestellten Zahlen mit deutschen Zuständen, so drängen sich zwei Fragen auf: (1) Warum weist der Gesetzgeber die Entscheidungskompetenz über ein ganzes Rechtsgebiet faktisch dem privaten Bereich zu anstatt in der staatlichen Justiz durch tiefgreifende Reformen den Zugang zu gewährleisten? Warum wurde der Justizgewährleistungsanspruch in England nicht problematisiert? (2) Wie gelingt es, Baurechtsstreite in nur 28 Tagen – zumeist sogar endgültig – zu entscheiden, wofür deutsche Gerichte durchschnittlich 25 Monate bedürfen?<sup>116</sup> Wer jemals einen Bauprozess für eine Partei geführt hat, weiß, wie zeitaufwändig es ist, überhaupt für eine Partei den Sachverhalt zusammenzutragen. Wie soll es also einem *adjudicator* möglich sein, den relevanten Sachverhalt von allen Parteien in dieser Kürze zusammenzutragen und darüber zu entscheiden? Rechtsvergleichend kommt man der Lösung näher.

### (1) Verhältnis zur außergerichtlichen Streitbeilegung

In England hatte die außergerichtliche Streitbeilegung schon seit jeher einen **großen praktischen Stellenwert**. Nach einer Umfrage wurden 73 % der baurechtlichen Streitigkeiten schon vor der gesetzlichen Einführung der *construction adjudication* außergerichtlich beigelegt und zwar immerhin 37% durch förmliche Verfahren (Schiedsgerichtsbarkeit, Mediation/Schlichtung und *adjudication*), 30 % im Wege der Verhandlung, 6 % anderweitig.<sup>117</sup> Dies hängt nach *Kocher* nur oberflächlich gesehen mit den hohen Zugangsbarrieren zu englischen Gerichten zusammen. Diese sind nämlich keineswegs als ein Fehler im System zu sehen, vor dem der Staat letztlich kapituliert. Selbst in der Woolf-Reform unter dem klangvollen Namen „Access to Justice“ waren keinerlei Maßnahmen vorgesehen, um mit einer etwaigen *Mehrbelastung* der Justiz umzugehen. Man hoffte vielmehr auch dort, dass so viele Konflikte wie möglich alternativ gelöst würden.<sup>118</sup>

Dies weist auf ein grundlegend unterschiedliches Verständnis der **Funktion der Rechtsprechung** im *Common Law* hin. Traditionell steht in England bei der Tätigkeit der Gerichte die Entwicklung des *Common Law* im Vordergrund, nicht der subjektive Rechtsschutz des Einzelnen.<sup>119</sup> Dies kommt auch in der Lord-Woolf-Reform zum Ausdruck. Spielen öffentliche Interessen eine Rolle, geht es also um die Entwicklung von Recht, so wird das Gerichtsverfahren als angemessen angesehen, insbesondere das sichtbare *Multi-Track*-Verfahren. „Typische Fallgruppen diffuser Interessen“ werden an das weniger sichtbare *Small-Claims*-Verfahren oder eben auch an alternative Streitbeilegung verwiesen.<sup>120</sup> Der Ansatz zu einer Justizgewährleistung, wie sie auch dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis bekannt ist, wurde erst durch den Human Rights Act 1998 auch Grundlage der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>121</sup> eingeführt.<sup>122</sup>

In Deutschland hingegen steht der Schutz individueller, subjektiver Rechte im Zentrum der Rechtsprechungstätigkeit.<sup>123</sup> In der deutschen Verfassung ist ein Justizgewährleistungsanspruch verankert. Dieser wird zunächst aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet (zu den Zwecken

<sup>115</sup> *Gaitskell*, *AUConstrLaw*Nr 69; (2005) 105, 6 (7).

<sup>116</sup> *Leonie Breunung*, in: *Pieper/Breunung/Stahlmann*, Sachverständige im Zivilprozess, 1982, Tabelle 59.

<sup>117</sup> *Holder*, in: *Paterson/Britton*, *The Construction Act – Time for review*, 2000, S. 117 f.

<sup>118</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtssprechung, Tübingen 2007, S. 247.

<sup>119</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtssprechung, Tübingen 2007, S. 146.

<sup>120</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtssprechung, Tübingen 2007, S. 274 f.

<sup>121</sup> S. Art 6 Abs. 1 S.1 EMRK.

<sup>122</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtssprechung, Tübingen 2007, S. 217.

<sup>123</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtssprechung, Tübingen 2007, S.499.

des Rechtsfriedens und der Gesetzmäßigkeit), zunehmend jedoch auch aus dem leistungsstaatlichen Gehalt der Grundrechte,<sup>124</sup> also aus dem Sozialstaatsprinzip.

Es spiegelt sich also ein grundlegender **Unterschied des Staatsverständnisses** wieder: Während in Deutschland durch das verfassungsgemäße Sozialstaatsprinzip Freiheitsrechte durch Teilhabe gewährt werden, der Staat also insofern zur Leistung verpflichtet ist, werden in Großbritannien soziale Teilhaberrechte abgelehnt. Grundrechte spielen dort lediglich als Freiheitsrechte eine Rolle, die durch soziale Grundrechte nicht eingeschränkt werden sollen.<sup>125</sup> Für die soziale Teilhabe werden marktorientierte Lösungen bevorzugt, die unabhängig von der Beeinflussung des Staates entstehen.<sup>126</sup>

## (2) Vertragliche Mechanismen

Die englischen Bauverträge illustrieren diesen rechtskulturellen Unterschied eindrucksvoll. Im Gegensatz zur deutschen VOB/B beinhalten die englischen Musterverträge Mechanismen, die Konflikte vermeiden können, die Konfliktbearbeitung schon während der Vertragsabwicklung strukturieren und Konfliktlösungen vorbereiten. Es sind weitere Projektbeteiligte eingebunden, die Prozessvorgaben sind detaillierter.<sup>127</sup> Im Einzelnen:

Wie oben schon angesprochen wurde seit jeher in angelsächsischen Bauverträgen ein Dritter, zumeist der Planer mit Kontroll-, Zertifizierungs- und Streitentscheidungsaufgaben betraut: der *engineer*, oder, je nach Vertragsmuster, *project manager*, *contract administrator* oder *architect*<sup>128</sup> (im Folgenden allgemein *engineer* genannt). Gleichzeitig und, auch um dem *engineer* überhaupt eine Meinungsbildung zu ermöglichen, sind in den englischen Vertragswerken während des Bauens **umfangreiche Anzeige- und Dokumentationspflichten** vorgesehen sowie klare Regeln, nach denen sich der *engineer* bei der Meinungsfindung zu richten hat.<sup>129</sup>

Die *construction adjudication*, wie sie bereits Jahrzehnte vor der gesetzlichen Einführung in einigen Standardvertragsmustern geregelt war, hatte in diesem System zunächst die Funktion, die **Vollstreckung** von Entscheidungen des *engineer* (auch bei der Behauptung von Mängeln und Gegenansprüchen) und damit den Zahlungsfluss sicher zu stellen.<sup>130</sup> Als jedoch in den letzten Jahrzehnten die Kritik an der „Zwitterposition“ des *engineer*<sup>131</sup> – einerseits Vertragspartner nur einer Partei, andererseits ein „über den Parteien“ stehender<sup>132</sup> „Quasi-Schiedsrichter“<sup>133</sup> – immer stärker wurde, wurde die Streitentscheidungsfunktion rechtstatsächlich der *adjudication* durch einen unabhängigen Dritten zugewiesen.<sup>134</sup> Die gesetzliche Regelung folgte dieser Entwicklung.<sup>135</sup>

Die englische Baukultur ist also schon seit jeher auf Entscheidungen durch einen Dritten während der Bauausführung ausgerichtet. Die Vertragsmuster sehen entsprechende Mechanismen vor, die solche Entscheidungen ermöglichen. Die Bauindustrie ist schon seit jeher auf den damit verbunden Mehraufwand (Schriftverkehr, Fristenkontrolle) eingerichtet.

---

<sup>124</sup> Kocher, Funktionen der Rechtssprechung, Tübingen 2007, S. 296 f.

<sup>125</sup> Trautwein, Der Schutz der bürgerlichen Freiheiten und der sogenannten sozialen Grundrechte in England, S. 189 ff.

<sup>126</sup> Europäisches Parlament, Soziale Grundrechte in Europa, Teil III: Soziale Grundrechte in den Verfassungen der Mitgliedsstaaten, Reihe Soziale Angelegenheiten, SOCI 104 DE – 02/2000, S. 15.

<sup>127</sup> Zimmermann/Hamann, Vergleich bauvertraglicher Regelungsmechanismen im Hinblick auf eine optimierte Abwicklung und zur Senkung von Konfliktpotential am Beispiel von VOB, NEC und FIDIC. Abschlussbericht, Stuttgart 2009, S. 2 ff. .

<sup>128</sup> Der Begriff *engineer* ist aber wohl der gebräuchlichste, s. Hök, ZfBR 2007, 416, Fn. 18.

<sup>129</sup> Hök, ZfBR 2010, 736 (739).

<sup>130</sup> Streatfeild-James, ICLR 2003, 483 (491).

<sup>131</sup> Hök ZfBR 2007, 416 (420)

<sup>132</sup> Borowsky, ZKM 2007, 54.

<sup>133</sup> Nicklisch, in: Lindacher et al. (Hrsg.), Festschr. f. Habscheid, 1989, S. 129.

<sup>134</sup> Hök ZfBR 2007, 416 (420)

<sup>135</sup> Hök, ZfBR 2010, 736 (739).

Letztlich ist die *adjudication* also lediglich **ein Teil** eines vertraglichen Vorprüfungsverfahrens. Ihre Funktion innerhalb dieses Systems ist es, mittels einer sachkundigen Beurteilung durch einen unabhängigen Dritten, niedrigschwellig (auch ohne Rechtsanwälte)<sup>136</sup> schnell und kostengünstig eine vorläufig bindende, in einem Schnellverfahren vollstreckbare Entscheidung zu ermöglichen, die gerichtlich noch überprüft werden kann („*pay now argue later*“).<sup>137</sup> Sie kann aber nicht ohne die vorangegangenen Verfahrensschritte gedacht werden, da erst durch die Anzeigen und die Dokumentation und auch durch die Zertifizierung die Grundlage für eine so schnelle Entscheidung geschaffen werden muss.<sup>138</sup>

In Deutschland gibt es nichts Vergleichbares. Am nächsten kommt dem englischen System das Verfahren der **Behinderungsanzeige nach der VOB/B**, als eine der wenigen schriftlichen Anzeige- und Dokumentationspflichten. Deswegen wurde das Verfahren bei Bauverzögerungen als Beispiel für einen Vergleich gewählt. Es zeigt sich, dass die Darlegungsanforderungen in der Behinderungsanzeige immer noch weit geringer sind als die im englischen Pendant und die Sachverhaltsermittlung – wie in den übrigen typischen Konfliktfeldern des Baurechts noch viel mehr – erst bei der Vorbereitung des Gerichtsprozesses stattfindet.

In englischen Vertragsmustern (z.B. in den wohl bekanntesten<sup>139</sup> Standardverträgen der „Vertragsfamilien“ JCT, ICE, FIDIC, NEC)<sup>140</sup> finden sich ähnliche Regelungen, die sicherstellen, dass schon während der laufenden Baustelle hinreichend Informationen über Bauablauf und andere vertragliche Störungen produziert werden und eine informierte Entscheidung durch den *engineer* getroffen werden kann. Für die USA, wo in Bauverträgen ebenfalls Planer mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattet sind, sind *Sweet/Schneier* der Ansicht, dass allein schon dieses System die Wirkung hat, dass nur wenige Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren aus Bauprojekten entstehen.<sup>141</sup>

---

<sup>136</sup> Klein, Building 2005, issue 48.

<sup>137</sup> Lord Ackner während der Debatte zum HGCRA, zitiert bei *Streatfeild-James*, ICLR 2003, 483 (491).

<sup>138</sup> Hök, ZfBR 2010, 736 (739 f.).

<sup>139</sup> Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 50 Rz. 149.

<sup>140</sup> Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. A. 2012, § 50 Rz. 15 und Rz. 125; Barnes, in: Civil Engineering – Proceedings of the ICE, Heft May 2000,73 (75), zitiert nach *Schmidt-Gayk*, Bauen in Deutschland mit dem New Engineering Contract, 2003, S.8; *Uff*, Construction Law, 10. Aufl., 2009, S. 351.

<sup>141</sup> *Sweet/Schneier*, Legal Aspects of Architecture, Engineering and the Construction Process, 8. Aufl. Stamford, CT, USA 2009, Ziffer .29.04.



## 2. Adjudikation in Deutschland: Regelungsproblem, funktionale Äquivalente, Bedingungen für Implementierungserfolg

### 2.1 Tätigkeit

Seit **März 2011** beschäftigen wir uns mit der deutschen Seite der Fragestellung. Aufgrund der für uns erstaunlichen englischen Ergebnisse wurden **weitere Schwerpunkte** gesetzt: Neben der Streitentscheidung soll nun auch der Zusammenhang zwischen dem frühzeitigen Erhalt von Geldern und der Insolvenzanfälligkeit der Bauindustrie beleuchtet werden. Eine **Erweiterung des Untersuchungsgegenstandes** ergab sich aus der Erkenntnis, dass die *construction adjudication* nur im Kontext der vorangehenden vertraglichen Mechanismen zu verstehen ist. Es muss nun auch ermittelt werden, ob auch solche vertraglichen Regelungen ins deutsche System adaptiert werden können und wie hier die Akzeptanzchancen stehen. Ferner muss **zusätzlich beleuchtet** werden, ob und wie es erreicht werden kann, dass in Deutschland durch die Adjudikation nicht nur eine schnelle, sondern auch eine frühzeitige Streitentscheidung stattfindet.

Zunächst wurden empirische Untersuchungen und statistische Daten zum Regelungsproblem, d.h. zur wirtschaftlichen Lage der deutschen Bauindustrie (Insolvenzgründe, insbes. schlechte Zahlungsmoral) und zur Konfliktbewältigung am Bau sowie allgemein zur Konfliktlösung mittels ADR recherchiert und ausgewertet. Auf Grundlage der Daten wurden eigene Berechnungen und Analysen angestellt. Die relevanten Ergebnisse der unterschiedlichen Untersuchungen wurden exzerpiert und den offenen Fragen zugeordnet.

Auf dieser Grundlage sollte eine eigene, für uns als unabdingbar<sup>142</sup> empfundene **empirische Untersuchung** stattfinden. Seit **Juli 2011** beschäftigten wir uns, neben der Klärung der verbliebenen rechtsvergleichenden Fragen, mit deren Vorbereitung. **Ende September 2011** beantragten wir vor dem Hintergrund dieses erweiterten Untersuchungsumfanges die Projektverlängerung um 18 Monate.

Um einerseits lange Einarbeitungszeiten in empirische Methoden zu vermeiden und andererseits gleichwohl eine **Untersuchung von hoher Qualität und Aussagekraft** zu produzieren, schien es sinnvoll, **rechtssoziologischen Sachverstand** hinzuzuziehen. Wir nahmen Kontakt mit dem *Institut für interdisziplinäre Rechtsforschung - Law & Society Institute Berlin (LSI Berlin)*<sup>143</sup> auf und vereinbarten nach mehreren Vorgesprächen im **Juli 2011** eine Kooperation auf Honorarbasis mit dem Juristen und Rechtssoziologen *Alexander Klose*, der sich in der Vergangenheit bereits intensiv mit einzelnen ADR-Instrumenten befasst hat und auf die erfolgreiche Durchführung zahlreicher empirischer Forschungsprojekte zurückblicken kann. *Klose* bietet neben seiner Tätigkeit am *LSI Berlin* die Durchführung von empirischen Untersuchungen im Rahmen seines Büros für Recht und Wissenschaft<sup>144</sup> an. Wegen der begrenzten Mittel übernahm *Klose* nur die Aufgaben, für deren Durchführung rechtssoziologischen es Sachverstands bedurfte. Sämtliche juristischen und empirischen Vorarbeiten, sowie sämtliche organisatorischen Tätigkeiten, für deren Durchführung eine methodologische Beratung durch *Klose* ausreicht, übernahm *Teubner Oberheim*.

Im **Dezember 2011** lag der erste Entwurf eines Fragebogens vor (s. Anhang 1). Es war nun geplant, den Fragebogen durch eine Fokusgruppe, d.h. eine Gruppe aus Vertretern der verschiedenen am Bau beteiligten Parteien, einem Realitätscheck zu unterziehen. Wir begannen mit der organisatorischen Vorbereitung der Fokusgruppe und der Befragung. Für die Fokusgruppenbefragung wurde der 28. Februar 2012 festgelegt, Teilnehmer wurden in den beteiligten Kreisen gesucht und gefunden, Räume und Technik organisiert und der Ablauf vorbereitet. Parallel hierzu wurde in enger Zusammenarbeit mit *Klose* die Methode für die Befra-

---

<sup>142</sup> Nicht zuletzt weil die Qualität der vorgefundenen empirischen Untersuchungen nicht sehr hoch ist, da sie teilweise von Personen ohne sozialwissenschaftlichen Hintergrund durchgeführt worden waren.

<sup>143</sup> S. <http://www.lsi-berlin.org/> (27.9.2011).

<sup>144</sup> S. <https://sites.google.com/site/buerofuerrechtundwissenschaft/home>.

gung eruiert, Kanäle für die Befragung gesucht, Verbände und Handwerkskammern recherchiert und teilweise kontaktiert. Die Stelle für die studentische Hilfskraft wurde ausgeschrieben, mangels geeigneter BewerberInnen wurde eine Einstellung auf März 2012 verschoben

Die Ablehnung der Verlängerung der Projektförderung erreichte uns dann sehr überraschend **Anfang Februar 2012**. Eine umfangreiche Befragung war in der verbliebenen Projektlaufzeit unmöglich. Wir beschlossen dennoch, die bereits zum großen Teil vorbereitete Fokusgruppenbefragung durchzuführen, da der Mehraufwand gering, die Ergebnisse jedoch von hohem Interesse sein konnten (Protokolle in Anlage 2). Wir beschlossen allerdings, der Fokusgruppe nicht den Fragebogen zu unterbreiten, sondern mit dieser einen Regelungsvorschlag zu diskutieren. Infolge dieser Befragung konnten wir den Kontakt zu Auftraggebern aufbauen, die, von baujuristischer Seite unbemerkt, in einem Pilotprojekt bereits englische Vertragsmodelle, inklusive Adjudikation testeten.

Um das Thema wenigstens rechtsdogmatisch ansatzweise fertig bearbeiten zu können, beschäftigten wir uns seit dem mit der deutschen Seite des Rechtsvergleichs sowie mit der Entwicklung und rechtlichen Überprüfung von Regelungsvarianten. Die Arbeit daran konnte jedoch nicht vollkommen fertig gestellt werden, weswegen hier nur die Regelungsvarianten als Ausblick aufgeführt werden.

Zwischenzeitlich hatte sich rechtspolitisch viel getan. Eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines neuen Bauvertragsrechts wurde 2010 gebildet. Die zunächst dort diskutierte gesetzliche Einführung eines Adjudikationsverfahrens wurde im Herbst 2011 wegen verfassungsrechtlicher Bedenken des BMJ zugunsten eines gerichtlichen Schnellverfahrens verworfen. Wir standen in regelmäßigen Kontakt zu Mitgliedern dieser Arbeitsgruppe. Am 11./12. Mai besuchten wir den Baugerichtstag und konnten dort nochmals den Erfahrungsaustausch über die neuesten Entwicklungen vertiefen. Der Baugerichtstag hat enorm viele Impulse für die Forschungsarbeit gegeben, die aber wegen der begrenzten Zeit hier auch nur als Ausblick einfließen werden.

Ende **April 2012** begannen wir parallel zu der Forschung hinsichtlich der deutschen Seite mit der Arbeit am Endbericht.

## 2.2. Regelungsproblem in Deutschland

### 2.2.1 Wirtschaftliche Lage der Bauindustrie in Deutschland

Obwohl die Konjunktur in der Bauindustrie gut ist, sind kleinere Betriebe, die häufig in der Vertragskette weiter unten stehen, schutzbedürftig.

Die Bauwirtschaft hat unter der Krise 2008 im Vergleich zu anderen Branchen weniger gelitten.<sup>145</sup> Die Baubranche hat auch noch im Frühjahr 2012 bei allen von der *Creditreform Wirtschaftsforschung*<sup>146</sup> zur Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand erhobenen Indikatoren (Geschäftslage, Auftragseingänge, Umsatzentwicklung, aktuelle Personalsituation, Ertragssituation, Eigenkapital) seit 2009 eine **positive Entwicklung** zu verzeichnen. Gleichwohl bleibt die Bauwirtschaft im Branchenvergleich absolut gesehen bei fast allen Indikatoren das **Schlusslicht**.

Überdurchschnittlich häufiger **Zahlungsverzug** lässt sich heute jedoch nicht mehr feststellen. Das Zahlungsverhalten hat sich seit 2005 stetig verbessert, seit 2007 zahlen die Auftraggeber im Branchenvergleich sogar überdurchschnittlich früh. Der Anteil der Unternehmen mit erheblichen **Forderungsausfällen** ist im Branchenvergleich aber stets überdurchschnitt-

---

<sup>145</sup> Bretz, in: *Creditreform Wirtschaftsforschung* (Hrsg.), Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2010, S. 18.

<sup>146</sup> Bretz, in: *Creditreform Wirtschaftsforschung* (Hrsg.), Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Frühjahr 2012.

lich groß, mit leicht fallender Tendenz seit 2005.<sup>147</sup> Die **Insolvenzhäufigkeit** ist, trotz überdurchschnittlicher Abnahme zwischen 2000 und 2007, immer noch ca. 2,5-mal so hoch wie der gesamtwirtschaftliche Durchschnitt.<sup>148</sup>

Es müssen also neben dem Zahlungsverhalten der Kunden auch **andere Strukturmerkmale** sein, die vor allem die kleineren Baubetriebe anfällig machen: Geringe Betriebsgröße, Alter des Unternehmens zwischen 2-10 Jahre, Inhabergeführt sowie eine vergleichbar geringe **Eigenkapitalquote** sind typische Insolvenzfaktoren.<sup>149</sup> Betrachtet man die Betriebsstruktur der Bauwirtschaft, so wird hier ein Zusammenhang deutlich: Gesamtwirtschaftlich ist der Anteil der Betriebe, die eine niedrige Eigenkapitalquote (von unter 10 % der Bilanzsumme) haben, bei Unternehmen mit bis zu 50 Mitarbeitern wesentlich höher (rund 34 %) als bei größeren Unternehmen (rund 19 %).<sup>150</sup> Die Unternehmen mit bis zu 49 Mitarbeitern stellen im Bauhauptgewerbe jedoch 90 % aller Betriebe dar.<sup>151</sup> Auffällig ist ein dramatisches Gefälle in den Umsätzen pro Arbeitsstunde größerer zu denen kleinerer Betriebe, Kleinbetriebe machen nur rund ¼ des Umsatzes pro Arbeitsstunde von Großunternehmen.<sup>152</sup> Im nahezu gleichen Verhältnis steigt der Anteil der Fremd- und Nachunternehmerleistungen am Bruttoproduktionswert.<sup>153</sup> Im Baugewerbe sind 50 % aller Unternehmen zwischen 2 und 10 Jahre alt.<sup>154</sup> Darüber hinaus ist jedoch schon allein die Zugehörigkeit zur Baubranche ein wichtiger Insolvenzfaktor, der über den Faktor der geringen Betriebsgröße und des spezifisch gefährlichen Betriebsalters hinausgeht.<sup>155</sup>

All das gibt Grund zur Annahme, dass kleinere Baubetriebe, die in der Vertragskette häufiger weiter unten stehen, sehr schutzbedürftig sind. Die Forderungsausfälle stellen bei geringer Kapitalausstattung eine existentielle Bedrohung<sup>156</sup> für überdurchschnittlich viele Baubetriebe dar, diese resultieren häufig aus der Insolvenz der Auftraggeber.<sup>157</sup> Können darüber

---

<sup>147</sup> Bretz, in: *Creditreform Wirtschaftsforschung* (Hrsg.), Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Frühjahr 2005, S. 24; ders., a.a.O, Frühjahr 2006 S. 22 f.; ders., a.a.O, Frühjahr 2007, S. 21 f.; ders., a.a.O, Frühjahr 2008, S. 20; ders., a.a.O, Frühjahr 2009, S. 23 f.; ders., a.a.O, Frühjahr 2010, S. 28 f, danach wurden die Forderungsausfälle leider nicht mehr nach Branchen getrennt aufgeführt.

<sup>148</sup> Kraus, in: *Hauptverband der Deutschen Bauindustrie* (Hrsg.), Insolvenzhäufigkeit im Branchenvergleich, Stand 24.05.2012, im internet unter: <http://www.bauindustrie.de/zahlen-fakten/statistik/preis-und-ertragsentwicklung/insolvenzen-u-neugründungen/> (zuletzt besucht 13.7.2012).

<sup>149</sup> Bitter/Falk in: *Euler Hermes* (Hrsg.), Ursachen von Insolvenzen, Wirtschaft Konkret Nr. 414, 2007, S. 15; Ries, Insolvenzen in der Bauindustrie, 2010, S.8; <sup>149</sup> Bretz, *Creditreform Beiträge zur Wirtschaftsforschung*, 1. Jahrgang Nr.1, August 2008, 3.

<sup>150</sup> Bretz/*Creditreform Wirtschaftsforschung*, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Frühjahr 2012, S. 24.

<sup>151</sup> Kraus, in: *Hauptverband der Deutschen Bauindustrie* (Hrsg.), Struktur des Bauhauptgewerbes in Deutschland, Stand 01/2012, im internet unter: <http://www.bauindustrie.de/zahlen-fakten/statistik/struktur/betriebsstruktur/> (zuletzt besucht am 13.07.2012).

<sup>152</sup> Kleinbetriebe (1-9 Mitarbeiter) machen durchschnittlich 76,13 € Umsatz pro Arbeitsstunde, Betriebe mit 20 bis 49 Mitarbeitern 91,25 €, bei Großunternehmen mit 500 und mehr Mitarbeitern liegt dieser Wert bei 255,32 €, eigene Berechnung auf der Grundlage *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 4 Reihe 5.1, 2010.

<sup>153</sup> Lücke, in: *Gralla/Sundermeier* (Hrsg.), Innovationen im Baubetrieb, Wirtschaft - Technik - Recht. FS für Udo Blecken zum 70. Geburtstag, 2011, S. 403 (409) unter Berufung auf *Hauptverband der deutschen Bauindustrie*. (Hrsg.), *Baustatistisches Jahrbuch 2010*, S.89. Demnach beträgt der Anteil des Bruttoproduktionswerts bei Grossunternehmen mit 500 oder mehr Mitarbeitern das 2,7-fache dieses Werts bei Unternehmen mit 20 bis 49 Mitarbeitern. Der Umsatz pro Arbeitsstunde steht bei diesen beiden Betriebsgrößen auch im Verhältnis 2,7.

<sup>154</sup> Bretz, *Creditreform Beiträge zur Wirtschaftsforschung*, 1. Jahrgang Nr.1, August 2008, 3.

<sup>155</sup> Bretz, *Creditreform Beiträge zur Wirtschaftsforschung*, 1. Jahrgang Nr.1, August 2008, 2 ff: Dies gilt zumindest bei Betrieben bis zu 100 Mitarbeitern. Die Baubranche allgemein hatte bspw. 2008 eine Insolvenzquote von 161 (auf 10.000 Unternehmen), gesamtwirtschaftlich betrug die Insolvenzquote im gefährlichsten Alterssegment von 2 -5 Jahren 117, im gefährlichsten Größensegment (6 bis 20 Mitarbeiter) nur 95. Bei Großinsolvenzen war der Unterschied nicht mehr so signifikant. Hier hatte die Bauwirtschaft eine Insolvenzquote von 40, die Allgemeinwirtschaft war bei 32.

<sup>156</sup> Bretz/*Creditreform Wirtschaftsforschung*, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2008, S. 24.

<sup>157</sup> Bretz/*Creditreform Wirtschaftsforschung*, Wirtschaftslage Handwerk, Frühjahr 2011, S. 22 f.

hinaus Zahlungseingänge nicht zum einkalkulierten Zeitpunkt verwirklicht werden, droht die schnell Insolvenz.<sup>158</sup>

## 2.2.2 Mangelnde Effizienz der Bautätigkeit

Was macht die Baubranche an sich nun so insolvenzanfällig – über die genannten Faktoren hinaus? Darüber gibt es keine empirischen Untersuchungen. In der bauwirtschaftlichen Literatur wird jedoch folgendes Bild gezeichnet. Bauen ist risikobehaftet und hat mit spärlichen Renditen zu kämpfen.<sup>159</sup>

Effizienzverluste ergeben sich zum einen aus der „**Atomisierung**“ der Bauwirtschaft.<sup>160</sup> Die Anzahl der Baubetriebe mit unter 50 Beschäftigten wächst seit 1995 stetig (von 77,5 % 1995 auf 90 % 2011), entsprechend verlieren die mittleren und großen Unternehmen an Bedeutung.<sup>161</sup> Es ist folglich nur noch sehr wenigen Unternehmen möglich, sämtliche Bauleistungen aus einer Hand anzubieten, vielmehr führen immer mehr Kleinunternehmen einen immer geringeren Teil an der Gesamtleistung aus. Dies hat zur Folge, dass die Verantwortung für das Gesamtprojekt oft aus den Augen verloren wird und nur die eigenen Interessen verfolgt werden.<sup>162</sup> Auch sind die langen Ketten an Nach- und Nachunternehmern eine Folge dieser Entwicklung mit den damit einhergehenden Liquiditätsrisiken.<sup>163</sup>

Die **Konfliktbeilegung** ist nicht effizient. Dazu im Folgenden mehr.

Das Regelungsproblem stellt sich auf dieser Ebene als sehr vergleichbar mit der oben dargestellten Problemlage dar, die *Latham* für England analysiert hat.

## 2.2.3. Probleme der baurechtlichen Konfliktbeilegung in Deutschland

Die baurechtliche Konfliktbeilegung stellt in Deutschland eine Belastung für die Bauindustrie dar, allerdings aus anderen Gründen als in England.

### (1) Hohe Konflikthanfälligkeit und Konfliktursachen

Dabei dürfte sich die allgemeine **Konflikthanfälligkeit** des Bauens nicht unterscheiden. In England wie in Deutschland werden Bauwerke in den meisten Fällen als technisch komplexe Unikate mit einer Vielzahl von Beteiligten über einen langfristigen Zeitraum erstellt.<sup>164</sup> Laut empirischen Untersuchungen liegt die **Hauptursache von Konflikten** in der unklaren Leistungsbeschreibung, gefolgt von Behinderungen bzw. Bauablaufstörungen und Leistungsänderungen bzw. Sonderwünschen.<sup>165</sup> Geklagt wird dann auf die Vergütung aus (behaupteten) Nachträgen. Dies entspricht im Wesentlichen den englischen Streitursachen.

---

<sup>158</sup> *Ries*, Insolvenzen in der Bauindustrie, 2010, S.8.

<sup>159</sup> *Reinstein*, Modell einer partnerschaftlichen Projektabwicklung im internationalen Anlagenbau, 2009, S. 5.

<sup>160</sup> *Bargstädt*, Was ist die richtige Systemantwort auf die sich atomisierende Bauwirtschaft? Planungshaftung in der Bauausführung, Schriften der Professur Baubetrieb und Bauverfahren, Heft 6/2004, S. 9-14, Bauhaus-Universität Weimar 2004. e-pub.uni-weimar.de/opus4/files/716/SR6-01.pdf (zuletzt besucht am 14.07.2012), S. 5 f.

<sup>161</sup> *Kraus*, in: *Hauptverband der Deutschen Bauindustrie* (Hrsg.), Struktur des Bauhauptgewerbes in Deutschland, Stand 01/2012, im *imjnet* unter: <http://www.bauindustrie.de/zahlen-fakten/statistik/struktur/betriebsstruktur/> (zuletzt besucht am 13.07.2012).

<sup>162</sup> Spieltheoretisch hat *Schwerdtner* festgestellt, dass sich unabhängig vom Verhalten des Partners die eigene Situation verbessert, wenn man sich unkooperativ verhält, Schriftenreihe IBB, Heft 44 (2007), 19, 31 f. und Fn. 23, zitiert bei *Kähler*, Optimierung der Ausführungsfristanpassung, in Veröffentlichung, S. 4 des Manuskripts.

<sup>163</sup> *Bargstädt*, Schriften der Professur Baubetrieb und Bauverfahren, Heft 6/2004, 9-14 und e-pub.uni-weimar.de/opus4/files/716/SR6-01.pdf (zuletzt besucht am 14.07.2012), S 5 f.

<sup>164</sup> *Gralla/Sundermeier*, Bauingenieur 2008, 238 (238).

<sup>165</sup> *Hagsheno/Kaben*, Jahrbuch des Baurechts 2005, S. 261 (266 f.); *Gralla/Sundermeier*, BauR 2007, 1961 (1963); *Zimmermann/Hamann*, Abschlussbericht Forschungsvorhaben „Vergleich bauvertraglicher Regelungsmechanismen im Hinblick auf eine optimierte Abwicklung und zur Senkung von Konfliktpotential am Beispiel von VOB, NEC und FIDIC, 2008, S. 144 f.

Große Unterschiede bestehen allerdings im **Angebot und in der Nutzung von Streitbelegungs- und -vermeidungsinstrumenten**.

## (2) Nutzung formeller Streitbelegungsinstrumente

Das Gerichtsverfahren ist in Deutschland das **formelle Streitbelegungsinstrument** der ersten Wahl. Zwar geben relativ viele Baubeteiligte bei Befragungen an, auch Erfahrungen mit anderen formellen Verfahren zu haben (selbständiges Beweisverfahren und Verfahren außerhalb staatlicher Gerichte).<sup>166</sup> Dies sagt jedoch nichts über die Einsatzhäufigkeit aus. Darüber gibt es keine genauen Zahlen, die Einsatzhäufigkeit (ausgenommen selbständiges Beweisverfahren) wird als gering angegeben.<sup>167</sup> Dem steht die oben genannte Einsatzhäufigkeit von formellen außergerichtlichen Verfahren in England von 37 % gegenüber.

Wie in England werden auch in Deutschland Konflikte am häufigsten **informell** durch Verhandlungen beigelegt.<sup>168</sup>

## (3) Vertragliche Mechanismen

In Deutschland gibt es aber nach Scheitern der Verhandlungen viel weniger **vertragliche Mechanismen**, die der Konfliktbehandlung bzw. deren Vorbereitung dienen.

Als vertragliche Mechanismen zur Streitvermeidung und –dokumentation hält die VOB/B zwar zahlreiche Kooperationspflichten bereit. Zu nennen sind hier zahlreiche Hinweispflichten des Auftragnehmers, wenn Risiken oder Behinderungen erkannt werden. Demgegenüber gibt es aber nur wenige schriftliche Dokumentationspflichten. Selbst eine Änderung des Bauentwurfs und Anordnungen des Auftraggebers gem. § 1 Nr. 3 und 4, § 2 Nr. 5 VOB/B sind durch formlose Erklärung des Auftraggebers möglich. **Schriftlich** haben demgegenüber, neben der Zustandsfeststellung vor Baubeginn, insbesondere die Mitteilung durch den Auftragnehmer bei begründeten Bedenken gegen die planerischen und sachlichen Vorgaben des Arbeitgebers und die Behinderungsanzeige zu erfolgen.<sup>169</sup> Der Umfang der Anzeigepflicht ist jedoch gleichwohl deutlich geringer als in England. Selbst dieser geringere Umfang wird in Deutschland als unpraktisch angesehen.<sup>170</sup>

Über Bedenken des Auftragnehmers hat der Auftraggeber in „angemessener Zeit“ zu entscheiden<sup>171</sup> und entsprechende Anordnungen zu treffen. Es fehlen jedoch genaue Verfahrensangaben wie z.B. Entscheidungsfristen oder Maßstäbe der Entscheidung.

Rechtsfolge der Behinderungsanzeige ist ein Anspruch auf Bauzeitverlängerung.<sup>172</sup> Ob und für welche Zeitspanne dieser Anspruch besteht, wird in Deutschland, sofern keine Einigung drüber erzielt werden kann, nur durch ein Gericht entschieden. Bis dahin herrscht Rechtsun-

---

<sup>166</sup> Hier führt das selbständige Beweisverfahren (76,3 %), gefolgt vom Schiedsgutachten (65,8 %), Schiedsgericht (40,8 %), Schlichtung (28,9 %) und Mediation (19,7 %), *Hagsheno/Kaben*, Jahrbuch des Baurechts 2005, S. 261 (271 ff.). Anders fällt die positive Bewertung der „Wirksamkeit“ aus. Auch hier an erster Stelle das selbständige Beweisverfahren (50 %), jedoch gefolgt von Schlichtung (48,1 %), Schiedsgutachten (45,3 %), Schiedsgericht (44,6 %), Mediation (41,3 %). Weit abgeschlagen bleibt die Gerichtsentscheidung mit 21,4 %, diess. ebd.

<sup>167</sup> Das Schiedsgerichtsverfahren kommt dabei noch am häufigsten zum Einsatz, gefolgt von Schiedsgutachten, Schlichtung und Mediation, *PwC Deutsche Revision AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft* (Hrsg.), Commercial Dispute Resolution – Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich, 2005, S. 7 f.

<sup>168</sup> *PwC Deutsche Revision AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft* (Hrsg.), Commercial Dispute Resolution – Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich, 2005, S. 7.

<sup>169</sup> § 3 Nr. 4 VOB/B, § 4 Nr. 3 VOB/B und § 6 Nr.1 VOB/B.

<sup>170</sup> *Kähler*, Optimierung der Ausführungsfristanpassung, in Veröffentlichung, S. 27 ff. des Manuskripts, m.w.N.

<sup>171</sup> *Zanner/Keller* in: *Franke/Kempe/Zanner/Grünhagen*, VOB, Rz. 66 und 195 zu § 4 VOB/B.

<sup>172</sup> Sofern die Behinderung auf Tatsachen beruht, die in § 6 Nr. 2 VOB/B geregelt sind.

sicherheit. Der Umfang der Darlegungs- und Beweislast ist dann im Prozess erheblich höher als für die Behinderungsanzeige und wird umso mehr als „unrealistisch“ kritisiert.<sup>173</sup>

Hier zeigt sich deutlich der rechtskulturelle Unterschied, der es wohl verbietet, in Deutschland ohne Weiteres ein Adjudkationsverfahren zu installieren: Im Gegensatz zum englischen Baugeschehen findet in Deutschland am Bau keine vergleichbare Dokumentation statt, und es sind keine Verfahren zur Entscheidung über kritische Fragen während des Bauablaufs installiert.

#### **(4) Hohe Anzahl und lange Dauer der Gerichtsverfahren**

Im Großen und Ganzen befasst man sich also in Deutschland nach dem Scheitern von Verhandlungen mit Konflikten erst wieder im Gerichtsverfahren, welches schon aus zeitlichen Gründen nach Abschluss der Bauphase stattfinden muss.<sup>174</sup> Die **Aufarbeitung von Konflikten** wird damit **zeitlich nach hinten** verschoben mit all den daraus folgenden Risiken.

Hieraus resultiert eine **immense Anzahl von gerichtlich ausgetragenen Konflikten**,<sup>175</sup> die schon in einer Instanz **überdurchschnittlich lange dauern**<sup>176</sup> und dazu noch überdurchschnittlich oft in mehreren Instanzen ausgetragen werden.<sup>177</sup> Die Verfahren dauern zum einen so lange, weil oftmals über unzählige Einzelpositionen gestritten wird (Punktesachen). Eine Vielzahl an Beteiligten und eine lange Projektdauer führen zu hoher Komplexität und entsprechend umfangreichem Sachverhaltsvortrag. Eine zentrale Bedeutung kommt der Tatsache zu, dass oftmals (nach einer empirischen Untersuchung zu 65,5 %)<sup>178</sup> um technische Sachverhalte gestritten wird, die einer Begutachtung durch einen Sachverständigen bedürfen. Mangels eigenen Sachverstands der Richter macht ein solches Gutachten den Streit oft erst entscheidbar, ist aber – bedingt durch das förmliche Verfahren und die lange Dauer der Gutachtenserstellung – enorm zeitaufwendig. Die durchschnittliche Gesamtprozessdauer wird mit Sachverständigenbeweis verdoppelt.<sup>179</sup>

Die Kosten stellen demgegenüber kein unüberwindbares Hindernis dar. Das zeigt sich auch an den hohen Verfahrenszahlen.<sup>180</sup>

#### **(5) Belastung durch Konfliktbeilegung**

Die vielen Konflikte vermindern die Effizienz der Bautätigkeit allgemein.<sup>181</sup> Der Auftraggeber kann vordergründig zunächst einmal profitieren. Bedingt durch die Vorleistungspflicht muss der Auftragnehmer die Mängelfreiheit der Bauleistung vor Abnahme oder, bei Nachträgen, überhaupt seine Vergütungsansprüche beweisen. Der Auftraggeber kann sich auf substantiiertes Bestreiten zurückziehen und den Gang der Justiz abwarten – im besten Fall

---

<sup>173</sup> Kähler, Optimierung der Ausführungsfristanpassung, in Veröffentlichung, S. 46 ff. des Manuskript, m.w.N.

<sup>174</sup> Jung/Steding, BB 2001, 9 (5).

<sup>175</sup> Schröder, NzBau 2008, 1 (5 ff.); Gralla/Sundermeier, Bauingenieur 2008, 238 (240) im Vergleich zu gewöhnlichen Zivilsachen wird im Baurecht nicht nur häufiger sondern auch intensiver gestritten, was sich an einer nahezu doppelt so hohen Berufungsquote zeigt, Lücke, in: Gralla/Sundermeier (Hrsg.), Innovationen im Baubetrieb, Wirtschaft - Technik – Recht. FS für Udo Blecken zum 70. Geburtstag, 2011, S. 403 (404).

<sup>176</sup> Schröder/Gerdes/Teubner Oberheim, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2009, S. 81 (84 f.); Breunung, in: Pieper/Breunung/Stahlmann, Sachverständige im Zivilprozess, 1982, S. 266 mit Bezug auf Tabelle 59.

<sup>177</sup> Schröder, NZBau 2008, 1 (5 ff.); Gralla/Sundermeier, Bauingenieur 2008, 238 (240 f.).

<sup>178</sup> Rothaupt, Die außergerichtliche Streitbeilegung durch Entscheidung eines neutralen Dritten, 2008, S. 144 f.

<sup>179</sup> Schröder/Gerdes/Teubner Oberheim, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2009, S. 81 (87 ff.).

<sup>180</sup> Zwar herrscht auch in Deutschland im Baurecht ab einem Streitwert von 5000 € Anwaltszwang (§§ 78 ZPO i.V.m. 23 Absatz 1 Nr. 1, 71 Absatz 1 GVG), die Kosten bemessen sich aber grundsätzlich nach dem Streitwert.

<sup>181</sup> Gralla/Sundermeier, Bauingenieur 2008, 238 (239 ff.).

unter Inanspruchnahme des „Justizkredits“.<sup>182</sup> Für Auftragnehmer ist es jedoch oft nicht möglich, eine rechtskräftige, ohne Sicherheitsleistung vollstreckbare Entscheidung abzuwarten, da wegen geringer Eigenkapitaldecke schon früher Liquidität benötigt wird. Oft führt daher die überhöhte Verfahrensdauer zu Vergleichen, die nicht der eigentlichen Sach- und Rechtslage entsprechen (unter dem Aspekt „Spatz in der Hand“) oder anderen unsachgemäßen Prozessergebnissen.<sup>183</sup> Der hohe Aufwand für die Rechtsdurchsetzung führt empirisch belegt bei vielen kleineren Betrieben dazu, dass auf die Einleitung rechtlicher Schritte verzichtet und die offene Forderung abgeschrieben wird.<sup>184</sup> Auch in Deutschland besteht damit das Problem, dass Werklohnzahlungen nicht rechtzeitig realisiert werden können.

Dies erhöht zunächst die Insolvenzanfälligkeit der kleineren Auftragnehmer, die oftmals nur über geringes Eigenkapital verfügen. Letztlich aber werden die Forderungsausfälle ebenso wie die durch die Anspruchsdurchsetzung entstehenden Transaktionskosten als Risikozuschlag in die Vertragspreise mit einfließen.<sup>185</sup> So verteuert sich die Bautätigkeit allgemein, ohne dass sich die Leistung verbessert hätte.

## 2.2.4 Ergebnis Vergleich Regelungsproblem

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Aspekte des Regelungsproblems, die sich auf die Bauwirtschaft beziehen, durchaus vergleichbar sind: Wirtschaftslage, Struktur der Bauwirtschaft und die spezifischen Probleme, die sich aus der Struktur ergeben entsprechen sich, ebenso wie die Streitursachen. Auch existenzbedrohende Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Werklohnforderungen bestehen hüben wie drüben. Unterschiede ergeben sich demgegenüber im Rechtssystem, auf dem die Schwierigkeiten fußen. In England dauern die Gerichtsverfahren zu lange und sind zu teuer, während in Deutschland die Gerichtsverfahren aus Sicht der Rechtssuchenden lediglich zu lange sind.<sup>186</sup> In England werden dafür Baukonflikte schon vertraglich bearbeitet und oft schon in diesem Stadium einer Lösung zugeführt oder vermieden. Die Anzahl der Gerichtsverfahren ist dementsprechend in Deutschland pro Kopf 6-mal so hoch.

## 2.3 Übertragung auf Deutschland

Wie lässt sich nun der englische Erfolg auf Deutschland übertragen? Zunächst mussten die Elemente der *construction adjudication* identifiziert werden, die an den spezifisch bauwirtschaftlichen und damit vergleichbaren Problemen anknüpfen und die sich nicht auf das grundlegend andere Rechtssystem in England beziehen. Empirisch war auszuloten, wie die Baubeteiligten in Deutschland die verschiedenen verbliebenen Elemente aufnehmen würden. Dann galt es, den Anknüpfungspunkt bzw. die Lücke im deutschen System der baurechtlichen Konfliktlösung aufzufinden, in die ein Äquivalent der *construction adjudication* bzw. ihrer Elemente passen würde.

### 2.3.1 Auf Deutschland übertragbare funktionale Elemente

Oben haben wir festgestellt, welche Funktionen die *construction adjudication* in England tatsächlich hat, was sie so erfolgreich macht und welche Erwartungen sich nicht erfüllt ha-

---

<sup>182</sup> Lembcke/Sundermeier, IBR 2011, 1281 (nur online), Rz. 19.

<sup>183</sup> Schröder/Gerdes/Teubner Oberheim, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2009, S. 81 (90), m.w.N.

<sup>184</sup> Weiss, in: Zentralverband des Deutschen Handwerks (Hrsg.), Zahlungsverhalten der Handwerkskunden, 2005, S. 18 f.: Während über 80 % der Handwerksbetriebe säumige Zahlungen anmahnen, verzichteten 50,9% der Betriebe auf rechtliche Schritte, davon 49,2 % aufgrund der damit verbundenen Kosten, 25, 8 % da es zu lange dauern würde, die Kosten mit Hilfe von Rechtsanwälten hereinzuholen. „Vor allem die kleinen und Kleinstbetriebe werden von den hohen Kosten abgeschreckt.“

<sup>185</sup> Lembcke/Sundermeier, IBR 2011, 1281 (nur online), Rz. 19.

<sup>186</sup> Die Anzahl der Gerichtsverfahren kommt allerdings den Steuerzahler teuer zu stehen. Dieser Aspekt soll in der vorliegenden Untersuchung jedoch nebensächlich bleiben.

ben. Was können wir von den Engländern lernen? Die Grenzen und das Potenzial eines solchen Streitbeilegungsinstrumentes. Auf Deutschland übertragen lassen sich jedoch sinnvollerweise nur die Funktionen, die sich nicht auf das spezifisch englische Rechtssystem beziehen, sondern auf strukturelle Besonderheiten der Bauindustrie, wie sie in beiden Ländern bestehen.

### (1) Keine frühe Streitentscheidung

Nach Analyse des englischen Erfolgs wird deutlich, dass sich im Fall der *adjudication* das **Potential, das ADR-Instrumenten** üblicherweise zugeschrieben wird, zum großen Teil **nicht realisiert** hat. Vor allem ist festzustellen, dass die *adjudication* tatsächlich nicht zu einer *frühen* Konfliktlösung genutzt wird (obwohl dies rechtlich möglich ist). Damit korrespondiert zunächst, dass sich die Geschäftsbeziehungen, wie in Folge einer frühen Konfliktlösung erhofft, nicht verbessert, sondern eher verschlechtert haben.

Rechtstatsächliche Untersuchungen aus Österreich legen nahe, dass auch im deutschen Rechtskreis die starke Tendenz besteht, Unterstützung bei der Konfliktlösung erst in einem späten Stadium hinzuzuziehen.<sup>187</sup>

### (2) Einfluss auf Geschäftsbeziehung und Justizbelastung nicht vergleichbar

Man darf allerdings nicht übersehen, dass viele Befunde auch auf die **grundlegend andere Ausgangslage** in der englischen Praxis der Streitbeilegung zurückzuführen sind.

Vor Einführung der *adjudication* wurde ein hoher Prozentsatz der Streitigkeiten, die inzwischen der *adjudication* zugeführt werden, durch informelle Verfahren gelöst,<sup>188</sup> die allgemein für die Geschäftsbeziehung als förderlicher angesehen werden.<sup>189</sup> Die eher schlechteren Vertragsbeziehungen nach Einführung der *construction adjudication* könnten also auch darauf zurück geführt werden. In Deutschland wird viel häufiger vor Gericht gestritten, so dass sich demgegenüber eine Streitlösung durch Adjudikation (als dem insofern weniger formalen Verfahren) auf die Geschäftsbeziehung auch förderlich auswirken könnte.

Ebenso wenig kann man von der (nur unerheblichen) Justizentlastung in England irgendwelche Schlussfolgerungen für Deutschland ziehen. Einerseits kann man darauf spekulieren, dass die Adjudikation in Deutschland viel häufiger als in England in Fällen stattfinden wird, in denen zuvor ein Gerichtsverfahren das Rechtsmittel erster Wahl war. Andererseits kann man davon ausgehen, dass viel weniger Adjudikationen als in England endgültig sein werden, da die Schwelle für nachfolgende Gerichtsverfahren in Deutschland ungleich niedriger ist.

### (3) Außergerichtliche Streitbeilegung nur eingeschränkt vergleichbar

In England ist die **Effizienz** der *adjudication* auch darauf zurückzuführen, dass sie außergerichtlich stattfindet.<sup>190</sup> Das Verfahren konnte dadurch deutlich weniger verrechtlicht ausgestaltet werden, und nicht zuletzt konnten so kostspielige Rechtsanwälte außen vor bleiben.

---

<sup>187</sup> Gamm/Patera, in: *Alpen-Adria Universität Klagenfurt* (Hrsg.), *Wirtschaftsmediation für Klein- und Mittelunternehmen in Österreich*, Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, 2005, S. 6 f.

<sup>188</sup> In England ersetzte die *adjudication* zu 30 % Verhandlungslösungen, zu 27 % Schiedsgerichtsverfahren und nur zu 27 % Gerichtsverfahren, Holder, in: *Paterson/Britton, The Construction Act – Time for review*, 2000, S. 117 f.

<sup>189</sup> S. z.B. *PwC Deutsche Revision AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft* (Hrsg.), *Commercial Dispute Resolution – Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich*, 2005, S.16.

<sup>190</sup> Die längere Dauer und die unwägbare höheren Kosten der gerichtlichen Verfahren hängen in England mit der unterschiedlichen Funktion der Rechtsprechung zusammen: Steht die Rechtsfortbildung im Vordergrund und nicht der Rechtsschutz des Einzelnen, so ist die Richtigkeit der Entscheidung auch wichtiger als schnelle Rechtssicherheit. Die Richtigkeit wird durch eine stärkere Verrechtlichung und den Einsatz von zwei Anwälten (ein *solicitor* und ein *barrister*) pro Partei sichergestellt.



Kritisch sind in Deutschland nicht die unwägbareren und oft viel zu hohen Kosten, es ist die lange Dauer der (abschließend den Rechtsstreit entscheidenden) Gerichtsverfahren. Auch dies hat mit Verrechtlichung insbesondere des Beweisverfahrens zu tun. Doch ist es tatsächlich geboten, die Streitentscheidung im außergerichtlichen Bereich anzusiedeln, um zu einer schnellen, vorläufig bindenden, vollstreckbaren baurechtlichen Konfliktlösung unter der Hinzuziehung von Sachverständigen zu gelangen? Oder ist dies bei entsprechendem politischem Willen nicht ebenso mit einem gerichtlichen Schnellverfahren zu erreichen?

Verfolgt man im Sinne der deutschen Diskussion eine **Justizentlastung**, so stellt sich die Frage, ob die Baubeteiligten ein außergerichtliches Adjudikationsverfahren überhaupt nutzen würden. Verfassungsrechtlich geht es hier darum, ob eine entsprechende Regelung geeignet, d.h. verhältnismäßig wäre. Außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren werden in der deutschen Bauwirtschaft bisher nur in geringem Umfang genutzt.<sup>191</sup>

Auch in England wurde vor der gesetzlichen Einführung eine vertraglich vereinbarte *adjudication* nur in 2 % der Fälle genutzt.<sup>192</sup> Der Erfolg der *adjudication* war auch in England nur durch die gesetzliche Einführung und den hohen Leidensdruck der Nachunternehmer bedingt, die von der Justiz faktisch ausgeschlossen waren. Die Adjudikation könnte folglich auch hierzulande Chancen haben, angenommen zu werden, da auch hier der Leidensdruck angesichts der Länge der Gerichtsverfahren entsprechend groß ist, nämlich eine erhebliche Anzahl von Bauunternehmen durch diese Verzögerung des Zahlungsflusses finanziell in Existenznot gerät.

Allerdings ist auch hier die andere Ausgangslage in England zu beachten. Für die außergerichtliche Ansiedlung der beschleunigten Drittentscheidung lag in England bereits ein Anknüpfungspunkt vor: die traditionelle Konfliktbeilegung durch den *engineer*. In manchen Vertragsmustern war bereits eine *adjudication*-Klausel vorgesehen. Dies kann als formalisierte Weiterentwicklung der Entscheidung durch den *engineer* verstanden werden. Es entspricht auch der englischen Tradition und dem spezifisch englischen Verständnis von staatlicher Rechtsprechung, dass privatwirtschaftlichen Institutionen die Streitentscheidungsfunktion zugewiesen werden kann.

Insofern lässt sich nur ein Rückschluss von England auf eine mögliche deutsche Entwicklung ziehen: Ist der **Leidensdruck** groß, so sind Baubeteiligte bereit, auch ein bisher ungewohntes, wenngleich nicht vollkommen systemfremdes Rechtsmittel zu ergreifen. Erfolgversprechend wäre ein Rechtsmittel, für welches es in Deutschland bereits **Anknüpfungspunkte** gibt. Im Übrigen ist die Entscheidung darüber, ob das Rechtsschutzziel (erleichterte und beschleunigte Forderungsdurchsetzung) am besten gerichtlich oder außergerichtlich erreicht werden kann, allein nach der deutschen Situation zu treffen.

#### **(4) Was bleibt: Adjudikation kann Schutz der (Sub-)Unternehmer verbessern – funktionale Elemente**

In England hat sich gezeigt, dass die *adjudication* dazu beigetragen hat, dass **strukturell benachteiligte kleinere und mittlere Unternehmen schneller zu ihrem Geld** kommen.

---

<sup>191</sup> *Priebe*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) v. 26. 6. 2009 (zuletzt besucht am 27.9.2011); *von Pezold*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) v. 4. 8. 2009 (zuletzt besucht am 27.9.2011); *Jahn*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) v. 6. 5. 2010 (zuletzt besucht am 27.9.2011); *Illies*, Forum Baukonfliktmanagement auf [www.werner-baurecht.de](http://www.werner-baurecht.de) v. 13. 10. 2010 (zuletzt besucht am 27.9.2011); s. aber schon im Jahre 1999: *Schröder*, Mitteilungen des Institutes und der Versuchsanstalt für Geotechnik der Technischen Universität Darmstadt, 1999, S. 39 (41), *Prütting*, Außergerichtliche Streitschlichtung, 2003, S. 6 f.; *Schröder/Gerdes/Teubner Oberheim*, in: *Vygen/Kapellmann*, Jahrbuch für Baurecht 2009, S. 81 (94 ff.).

<sup>192</sup> *Holder*, in: *Paterson/Britton*, The Construction Act – Time for review, 2000, S. 113 (117f.).

Hierdurch wurde die ungleiche Kräfteverteilung zwischen General- und Subunternehmern ein wenig ausgeglichen.<sup>193</sup>

Es hat sich herausgestellt, dass die Bauindustrie **schnelle, summarische Entscheidungen** durch **unabhängige Dritte**, insbesondere **Sachverständige** durchaus akzeptieren kann, obwohl eine 100%ige Richtigkeit nicht gewährleistet werden kann. Richtigkeit lässt sich wie gehabt durch eine Gerichtsentscheidung herbeiführen, da die Entscheidungen nur **vorläufig bindend** sind. Voraussetzung für eine so schnelle Entscheidung ist einerseits **die freie Verfahrensgestaltung** durch den *adjudicator*, insbesondere die Möglichkeit, inquisitorisch vorzugehen. Dies wird durch die **Haftungsbefreiung** des *adjudicator* flankiert. Andererseits unabdingbar für eine schnelle Entscheidung ist das Vorhandensein von **vertraglichen Mechanismen**, die den Streitstoff vorbereiten. Trotzdem ist auch in England die Effizienz des Streitbeilegungsinstrumentes nur gewährleistet, wenn der Streitgegenstand **nicht zu komplex** ist. Die Effizienz leidet auch, sobald Anwälte hinzugezogen werden und das Verfahren zu sehr **verrechtlicht** wird. Von zentraler Bedeutung ist weiter das unabdingbare **Recht zur Einleitung** einer *adjudication*. Dies wird zum einen durch die gesetzliche Regelung, zum anderen aber auch durch das Verbot sichergestellt, durch vertragliche Klauseln die **Kosten** der *adjudication* einseitig dem Antragsteller aufzubürden. Das Instrument würde ferner ins Leere laufen, wenn nicht die **Vollstreckbarkeit** ohne Sicherheitsleistung möglich wäre.

Es gilt nun, diese funktionalen Elemente daraufhin zu überprüfen, ob und wie sie an das deutsche Rechtssystem adaptiert werden können.

### 2.3.2 Empirische Untersuchung: Fokusgruppeninterviews

In zwei Fokusgruppeninterviews mit Vertretern verschiedener am Bau beteiligten Gruppen, versuchten wir die mögliche Akzeptanz von Regelungen zu eruieren, die den englischen Regelungen nachempfunden waren. Hierzu stellten wir den Teilnehmern einen entsprechenden Regelungsvorschlag vor und diskutierten anhand dessen verschiedene Problembereiche. Im Einzelnen wurden als vertragliche Mechanismen ein *early warning meeting*<sup>194</sup> vorgeschlagen sowie die zwingende schriftliche Geltendmachung von *claims*,<sup>195</sup> über die bei Uneinigkeit ein *engineer* innerhalb bestimmter Fristen entscheiden muss.<sup>196</sup> Daran anschließend sollte eine Schnellentscheidung durch einen unabhängigen Dritten erfolgen, mit den Charakteristika der *construction adjudication*, aber nicht unbedingt außergerichtlich.

Die Gruppen äußerten deutliche Vorbehalte zu einem *engineer*-Verfahren. Zum einen sieht man die Gebundenheit des *engineer* an den Auftraggeber als problematisch an, dies sei aus Vertrauensgründen, undenkbar. Zum anderen wurden vermehrte Schriftlichkeitserfordernisse gerade für kleinere Unternehmen als ein großes Problem angesehen. Einerseits wegen der fehlenden Infrastruktur, andererseits aber auch, weil Schreiben oft eine Klimaveränderung bedeute und deswegen von kleineren Unternehmen oft gemieden werde. Ein *early warning meeting* wurde demgegenüber von den Vertretern der öffentlichen Auftraggeber und größeren Unternehmen als hilfreich angesehen.

Auch die Teilnehmer der Fokusgruppen bestätigten den Befund, dass erst nach Beendigung des Bauvorhabens vor Gericht gezogen werde, insbesondere wegen der Bezahlung der

---

<sup>193</sup> Lynch, [www.nadr.co.uk/articles/published/construction/TheBalanceOfPowerBetweenContractors.pdf](http://www.nadr.co.uk/articles/published/construction/TheBalanceOfPowerBetweenContractors.pdf) (zuletzt besucht am 3.10.2012).

<sup>194</sup> Nach NEC: Unverzügliche Mitteilung bei Kenntnis von Umständen, die Vergütung erhöhen, Bauzeit verlängern oder Qualität der Bauleistung mindern könnten. Recht, *early warning meeting* einzuberufen, wo gemeinsam nach Risikoverminderung und Lösungen gesucht wird, die für alle günstig sind. Führt entweder zu Einigung oder zu *engineer*-Entscheidung.

<sup>195</sup> Unverzügliche schriftliche Geltendmachung, sobald Umstände bekannt sind, die eigenen Anspruch begründen könnten. Wenn unterbleibt, hat *engineer* das Recht, Anspruch abzulehnen/Anspruchsverlust.

<sup>196</sup> *Engineer* (Architekt, Projektmanager) kann und muss in bestimmter Frist über alle *claims* entscheiden. Bsp.: Ob und Höhe einer zusätzlichen Vergütung, ob und Länge einer Bauzeitverlängerung, Mängelfreiheit etc. *Engineer* kann Substantiierung verlangen, Unterlagen sichten oder sonst wie ermitteln. Entscheidung nicht bindend, aber Zulässigkeitsvoraussetzung für Schnellverfahren.

Schlussrechnung. Oft werde die Bezahlung auch missbräuchlich zurückgehalten, um Kleinere in Insolvenzgefahr zu bringen. Im Bereich der Mängel und im Bereich der Bauzeitnachträge werde oft ein Schiedsgutachten herangezogen. Technische Entscheidungen werden außergerichtlich gerne akzeptiert, rechtliche Entscheidungen eher angegriffen. Außergerichtliche Entscheider werden dann in Anspruch genommen, wenn sie billiger sind.

### 2.3.3 Anknüpfungspunkt für eine deutsche Lösung

Oben haben wir gesehen, dass es sich empfiehlt, den Rechtssuchenden in der Bauwirtschaft ein Streitbeilegungsinstrument anzubieten, welches nicht ganz systemfremd ist. An welche Streitbeilegungsmechanismen könnte ein Äquivalent der englischen Lösung, d.h. *construction adjudication* nach bestimmten vorbereitenden Maßnahmen während der Vertragsausführung in Deutschland anknüpfen?

#### (1) Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes

Eine schnelle, einstweilige, summarische, gerichtliche Entscheidung lässt sich mittels des **einstweiligen Rechtsschutzes** erreichen (insbes. einstweilige Verfügung bzw. Arrest nach §§ 916 ff. ZPO). Rechtssuchende sollen damit vor Nachteilen geschützt werden, die sich allein aus der *zeitlichen* Dimension des Gerichtsverfahrens ergeben.<sup>197</sup> Insbesondere die ausnahmsweise<sup>198</sup> zulässige **Befriedigungsverfügung** scheint viele vergleichbare Elemente aufzuweisen. Da mit dieser die Hauptsache vorweggenommen wird, ist sie dem **vorläufigen Rechtsschutz** der *adjudication* angenähert. Mit einer Befriedigungsverfügung können auch Zahlungen angeordnet werden, um die drohende Insolvenz des Antragstellers abzuwenden.<sup>199</sup> Die Anordnung einer Sicherheitsleistung verbietet sich hier.<sup>200</sup> Die Vollziehung erfolgt gem. §§ 936 i.V.m. 928, 929 ZPO direkt ohne Vollstreckungsklausel. An diese Rechtsgedanken ließe sich anknüpfen.

Was auf den ersten Blick parallel erscheint, ist auf den zweiten Blick doch recht unterschiedlich. Das Erkenntnisverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist nämlich um einiges formeller, insbesondere bedeutet in diesem Zusammenhang summarisch etwas anderes als im Zusammenhang mit der *construction adjudication*. In England soll der *adjudicator* zwar eine unparteiische Entscheidung treffen und dabei die rechtlichen und vertraglichen Vorschriften beachten. Ansonsten ist er aber in der Verfahrensgestaltung ziemlich frei, solange er jeweils beide Parteien informiert und hört. Die Entscheidung ist auch noch bei offensichtlichen Fehlern in der Tatsachenerhebung und Rechtsanwendung vollstreckbar, solange die *natural justice* nicht verletzt wurde. In Deutschland besteht nach der h.M. die einzige Verfahrenser-

---

<sup>197</sup> Drescher, in: MüKo ZPO, Rn. 3 Vorbemerkung zu den §§ 916 ff.

<sup>198</sup> Beim einstweiligen Rechtsschutz geht es grundsätzlich - im Gegensatz zum vorläufigen Rechtsschutz - zunächst nicht um die volle, aber aufhebbare Durchsetzung eines Anspruches, sondern um die Sicherung seiner späteren Durchsetzung im Hauptverfahren, Huber, in: Musiliak ZPO, Rn. 1 zu § 916; Drescher, in: MüKo ZPO, Rn. 6 f Vorbemerkung zu den §§ 916 ff. Deswegen verbietet sich grundsätzlich die Vorwegnahme der Hauptsache. Wenn allerdings andernfalls ein irreparabler Schaden zu befürchten ist, dem ein später obsiegendes Urteil nicht mehr abhelfen kann, so kann mit einer Befriedigungsverfügung die Hauptsache vorweggenommen werden. Dies ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Gebot, effektiven Rechtsschutz zu leisten. BVerfG - 1 BvR 2315/04 v. 18.11.2004, NJW 2005 1103; Drescher, in: MüKo ZPO; Rn. 12 ff. zu § 938. Auch im Immaterialgüterrecht sowie im Wettbewerbsrecht finden sich Vorschriften, die eine Befriedigungsverfügung erlauben, allerdings unter besonderen Voraussetzungen: wenn das Obsiegen in der Hauptsache besonders wahrscheinlich ist oder der Gefährdungsgrad besonders hoch ist: § 24 b Abs. 3 GbrMG, § 140b Abs. 3 PatG, § 42a Abs. 6 Satz 2 UrhG, § 12 Abs. 2 UWG, Drescher, in: MüKo ZPO; Rn. 18 zu § 938.

<sup>199</sup> OLG Rostock, OLG-NL 1996, 283; a.A. <sup>199</sup> Huber, in: Musiliak ZPO, Rn. 15 zu § 940. Dabei wird aber regelmäßig darauf hingewiesen, dass der Anwendungsbereich der Befriedigungsverfügung eng zu begrenzen ist, da zu wenig Rechtsschutzgarantien für den Gegner bestehen, insbesondere bei Geldleistungen an notleidende Antragsteller. Deswegen ist immer an eine zeitliche Begrenzung zu denken, anders bei den o.g. Befriedigungsverfügungen im Immaterial- und Wettbewerbsrecht, Drescher, in: MüKo ZPO; Rn. 18 zu § 938.

<sup>200</sup> Musiliak ZPO, Rn. 14 zu § 940.

leichterung darin, dass statt der Überzeugung des Gerichts (§ 286 ZPO) über die dargelegten Tatsachen die Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) ausreicht. Ansonsten gilt der Darlegungsgrundsatz und das Gericht hat nach der h.M. eine vollfachkundige Rechtsprüfung vorzunehmen.<sup>201</sup> Im Widerspruchsverfahren nach § 924 ZPO findet eine volle Überprüfung der Voraussetzungen statt. Nach Abs. 2 wird die Vollziehung von einstweiligen Verfügungen zwar nicht gehemmt, allerdings kann die Vollziehung gem. § 707 ZPO unter Abwägung der Parteiinteressen einstweilig eingestellt werden,<sup>202</sup> z.B. wenn der Antragsgegner glaubhaft macht, dass die Dringlichkeit nicht vorliege.

Gleichwohl: Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ist trotz dieser Verfahrensvoraussetzungen in Deutschland je nach Dringlichkeit eine vollstreckbare Entscheidung sogar innerhalb von Stunden zu erlangen. Die Instrumente werden rege genutzt.<sup>203</sup> Für die zivilrechtlichen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes besteht damit Akzeptanz und eine leistungsfähige Infrastruktur.

## (2) Betriebsverfassungsrechtliche Einigungsstelle

Im Betriebsverfassungsrecht ist mit der Einigungsstelle eine außergerichtliche **Zwangsschlichtung**<sup>204</sup> zur Beilegung von bestimmten Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gesetzlich vorgeschrieben.<sup>205</sup> Der Zweck der Einigungsstelle besteht darin, als betriebsverfassungsrechtliches Hilfsorgan insbesondere die zwingende Mitbestimmung<sup>206</sup> der Arbeitnehmer im Betrieb zu gewährleisten.<sup>207</sup> Es soll zunächst eine innerbetrieblicher Interessenausgleich versucht werden, bevor die Streitigkeit vor das Arbeitsgericht getragen wird.<sup>208</sup>

Die Einigungsstelle wird in diesen Fällen **auf Antrag einer Seite** tätig. Sie ist paritätisch besetzt, mit einem **unparteiischen** privaten Vorgesetzten.<sup>209</sup> Seit der Neuregelung 1971 umfasst die Kompetenz zur Zwangsschlichtung **Regelungsfragen** und auch **Rechtsfragen**.<sup>210</sup> Regelungsfragen sind zu entscheiden, wenn die Betriebsparteien sich über den Inhalt einer zu vereinbarenden Regelung nicht einigen können. Rechtsfragen behandeln hingegen die aktuelle Rechtmäßigkeit von bestimmten Handlungen oder Unterlassungen.<sup>211</sup> Zum Verfahren heißt es in § 76 Abs. 5 S. 3 BetrVG: „Die Einigungsstelle fasst ihre Beschlüsse unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer **nach billigem Ermessen**.“ Im Übrigen gelten die allgemeinen Verfahrensgrundsätze wie der Anspruch auf **rechtliches Gehör**, es gelten der **Beibringungsgrundsatz**, der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit sowie der Unmittelbarkeitsgrundsatz.<sup>212</sup>

---

<sup>201</sup> *Vollkommer*, in: *Zöller ZPO*, Rn. 6 zu § 922; *Lutz Haertlein*, in: *Kind/Meller-Hannich/Wolf*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, Rn. 9 zu Vorbemerkung zu §§ 935 – 945.

<sup>202</sup> *Herget*, in: *Zöller ZPO*, Rn. 7 zu § 707.

<sup>203</sup> Im Jahre 2011 gab es insgesamt 22.331 Verfahren am LG, das sind 6 % der erledigten Verfahren insgesamt, *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10 Reihe 2.1, Rechtspflege Zivilgerichte 2011, [www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte2100210117004.pdf?\\_\\_blob=publication](http://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte2100210117004.pdf?__blob=publication) (zuletzt besucht am 25.09.2012).

<sup>204</sup> *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, Rn. 24 zu § 76.

<sup>205</sup> § 76 Abs. 5 BetrVG.

<sup>206</sup> Die Schaffung der betrieblichen Mitbestimmung ist verfassungsgemäß. Der Staat hat hier aus einer staatlichen Schutzpflicht heraus gehandelt, die es gebietet, bei einem wirtschaftlichen oder sozialen Ungleichgewicht korrigierend einzugreifen, BVerfG AP Nr. 65 zu Art. 12 GG.

<sup>207</sup> BVerfG vom 18.10.1986 – BvR 1426, NJW 1988, 1135.

<sup>208</sup> *Prütting*, in: *Germelmann*, Arbeitsgerichtsgesetz, Einleitung Rn.102.

<sup>209</sup> § 76 Abs. 2 S. 1 BetrVG. Kommt über die Person des Vorgesetzten keine Einigung zustande, hat das Arbeitsgericht diesen in einem Eilverfahren zu bestellen § 76 Abs. 2 S. 2 BetrVG, § 98 ArbGG.

<sup>210</sup> Dies wurde damals kritisiert, ist aber heute höchstrichterlich anerkannt, BVerfG vom 18.10.1986 – BvR 1426, NJW 1988, 1135; BAG v. 20.11.1990 – 1 ABR 45/89, NZA 1991, 473.

<sup>211</sup> *Richardi*, in: *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, Rn. 26 zu § 76.

<sup>212</sup> *Prütting*, in: *Germelmann*, Arbeitsgerichtsgesetz, Einleitung Rn.104 mit Bezug auf *Hennige*, Das Verfahrensrecht der Einigungsstelle, 1996, S. 65 ff. und 123 ff.

Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt im Bereich der zwingenden Mitbestimmung eine entsprechende Betriebsvereinbarung,<sup>213</sup> ist also genauso bindend wie eine solche.<sup>214</sup> Er ist **kein Vollstreckungstitel**, dafür bedarf es einer Feststellung der entsprechenden Verpflichtung im arbeitsrechtlichen Beschlussverfahren.<sup>215</sup> Im Beschlussverfahren wiederum gilt dann der **Untersuchungsgrundsatz**, § 83 ArbGG. Die Zwangsschlichtung wird vom Bundesverfassungsgericht als mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar angesehen.<sup>216</sup>

Das Verfahren hat in der Praxis eine hohe Bedeutung, wird aber als zu langsam angesehen.<sup>217</sup>

Hier zeigen sich interessante Parallelen<sup>218</sup> aus einem anderen Rechtsgebiet, dessen wirtschaftliche Realität sich von den Verhältnissen während eines Bauprojekts jedoch nicht so sehr unterscheidet. Hier wie dort lässt ein wirtschaftlich stärker gestellter Prinzipal Arbeit für sich nach seinen Anweisungen verrichten. Hier wie dort sind die beteiligten Personen auf eine gewisse Dauer verbunden und arbeiten gemeinsam, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Im Betriebsverfassungsrecht wird anerkannt, dass es vorteilhaft ist, zunächst intern einen Interessenausgleich zu suchen, bevor Gerichte eingeschaltet werden.

Es lassen sich hier wertvolle Argumente für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer außergerichtlichen Zwangsschlichtung finden. Ferner kann die Einbindung der staatlichen Gerichte unter dem Aspekt der Akzeptanz als Anregung für die Gestaltung eines Adjudikationsverfahrens dienen.

### **(3) Streitschlichtung nach § 18 Nr. 2 VOB/B**

Hier entscheidet auf Antrag des Auftragnehmers die vorgesetzte Dienststelle des (öffentlichen) Auftraggebers über Streitigkeiten. Die schriftliche Entscheidung soll innerhalb von zwei Monaten erfolgen. Die Entscheidung wird anerkannt, sofern der Auftragnehmer nicht widerspricht. Die Bindungswirkung dieses (untechnischen) Anerkenntnisses ist umstritten, teilweise wird ein außergerichtlicher Vergleich gem. § 779 BGB angenommen,<sup>219</sup> die ablehnende Ansicht lehnt eine Bindungswirkung ab und nimmt lediglich eine Beweiserleichterung im folgenden Prozess an.<sup>220</sup> Das Verfahren ist kostenfrei, im Übrigen trägt jeder seine Kosten selbst.

Diesem Verfahren fehlt es gegenüber der *construction adjudication* an der Unparteilichkeit des Entscheiders. Es entspricht in vieler Hinsicht dem *engineer*-Verfahren. In der Praxis wird das Verfahren allerdings nicht angenommen.<sup>221</sup>

---

<sup>213</sup> BVerfG vom 18.10.1986 – BvR 1426, NJW 1988, 1135; *Richardi*, in: *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, Rn. 109 zu § 76.

<sup>214</sup> *Richardi*, in: *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, Rn. 110 zu § 76. Hat die Einigungsstelle in einer Regelungsstreitigkeit eine Entscheidung getroffen, so können nur Ermessensfehler innerhalb von 2 Wochen vor dem Arbeitsgericht angefochten werden. In Rechtsstreitigkeiten unterliegt die Entscheidung in vollem Umfang zeitlich unbegrenzt der arbeitsgerichtlichen Kontrolle, *Richardi*, in: *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, Rn. 123 zu § 76.

<sup>215</sup> *Richardi*, in: *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, Rn. 110 zu § 76.

<sup>216</sup> BVerfG vom 18.10.1986 – BvR 1426, NJW 1988, 1135.

<sup>217</sup> Z.B: von *Bengelsdorf*, BB 1991, 613.

<sup>218</sup> Strukturell weist Entscheidung einer Einigungsstelle Gemeinsamkeiten mit einem Schiedsgutachten auf, da hier wie dort die Entscheidung eines Dritten entweder regelnd oder rechtsfeststellend wirkt und so eine vertragliche Einigung ersetzt. Allerdings ist der Spruch der Einigungsstelle zumindest beschränkt (Regelungsstreitigkeiten), wenn nicht voll gerichtlich überprüfbar (Rechtsstreitigkeiten), während ein Schiedsgutachten bindend ist und nur auf Verfahrensfehler bzw. offenbare Unrichtigkeit überprüfbar ist. Für das Schiedsverfahren besteht erleichterte Vollstreckbarkeit im Wege des Urkundenprozesses während der Spruch der Einigungsstelle ist ohne ein volles gerichtliches Erkenntnisverfahren nicht vollstreckbar ist.

<sup>219</sup> *Joussen*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B, Rn. 23 zu § 18 Nr. 2 VOB/B.

<sup>220</sup> *Franke*, in: *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, VOB, Rn. 42 zu § 18 VOB/B.

<sup>221</sup> *Duwe*, Streitregulierung im Bauwesen, 2007, S. 89.

#### (4) Schiedsgutachten

Mit einem Schiedsgutachten entscheidet ein unabhängiger Dritter darüber, wie ein lückenhafter Vertrag ergänzt werden soll, stellt Tatsachen fest oder entscheidet Rechtsfragen (umstritten).<sup>222</sup>

I.e.S. dient es der Tatsachenfeststellung durch einen Dritten mit bindender Wirkung, §§ 317 ff. BGB. Es entspricht in etwa einem gerichtlichen Beweisverfahren mit Gutachterwahl.<sup>223</sup> Die Parteien müssen sich allerdings darauf verständigen. Die Feststellungen des Schiedsgutachters sind bindend für ein späteres Gerichtsverfahren.<sup>224</sup> Es besteht die Möglichkeit, im Wege des Urkundenprozesses schnell einen Vollstreckungstitel zu erlangen.<sup>225</sup>

Dieses Verfahren kommt im Deutschland am nächsten an die vertraglich vereinbarte *construction adjudication* heran, ein signifikanter Unterschied besteht in der endgültigen Bindungswirkung.

#### (5) Fertigstellungsbescheinigung nach § 641 a BGB (a.F.)

Mit einer Fertigstellungsbescheinigung konnte ein Sachverständiger die Mängelfreiheit eines Werkes, die Richtigkeit einer Stundenlohnabrechnung oder eines Aufmaßes bescheinigen. Sofern die Parteien sich nicht auf einen Sachverständigen einigen konnten, konnte ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger von der IHK, einer Handwerks- oder Ingenieurkammer benannt werden. Das Gutachten ist eine Urkunde, welche die Möglichkeit eröffnet, Vergütungsansprüche im Urkundsprozess durchsetzen zu können.<sup>226</sup>

Strukturell kam diese Regelung der *construction adjudication* sehr nahe: Auf Antrag einer Partei (allerdings nur des Unternehmers) entscheidet ein unabhängiger Dritter. Die Folgen der Entscheidung können in einem beschleunigten Verfahren durchgesetzt werden. Die erst 2000 eingeführte Regelung wurde 2009 durch das Forderungssicherungsgesetz wieder aufgehoben, das Verfahren sich praktisch nicht durchsetzen konnte.<sup>227</sup> Auch hier zeigen sich also Vorbehalte der deutschen Bauwirtschaft gegen neue, unbekannte Verfahren.

#### (6) Privatgutachten

Mit einem **Privatgutachten** beauftragt ein Vertragspartner einen Gutachter seiner Wahl um über eine bestimmte Fragestellung Untersuchungen vorzunehmen oder Fragen zu beantworten. Selbst wenn ein solches Gutachten von vorne herein parteiisch ist, so wirkt es nach empirischen Untersuchungen doch streitvermeidend und schadensmindernd.<sup>228</sup> Auch ein *engineer* ist ein parteilich gebundener Sachverständiger und befindet über streitige Fragestellungen. Seine Entscheidung ist jedoch vorläufig bindend während das Ergebnis eines Privatgutachtens keinerlei Bindungswirkung entfaltet.

Privatgutachten werden in der Praxis regelmäßig durchgeführt.

---

<sup>222</sup> Greger/Stubbe, Schiedsgutachten, 2007, Rn. 7.

<sup>223</sup> Duve, Streitregulierung im Bauwesen, 2007, S. 77.

<sup>224</sup> Duve, Streitregulierung im Bauwesen, 2007, S. 79.

<sup>225</sup> OLG Brandenburg 13.11.2003 - 8 U 29/03, BauR 2005, 605.

<sup>226</sup> Duve, Streitregulierung im Bauwesen, 2007, S. 97 ff.

<sup>227</sup> Duve, Streitregulierung im Bauwesen, 2007, S. 99: Der Umfang der Streitgegenstände war auf die Abnahmeproblematik beschränkt. Insbesondere konnte eine Fertigstellungsbescheinigung nicht erteilt werden, wenn das Bausoll streitig war, was aber meistens der Fall ist. Da in der Praxis regelmäßig die förmliche Abnahme vereinbart war, hat das Verfahren kaum Bedeutung erlangt.

<sup>228</sup> Fairlie, Die Beweissicherung in Bauverfahren, Berlin 2009, S. 126..

## 2.4 Ausblick Rezeptionschancen: Bestandteile einer rechtskulturell adaptierten Regelung in Deutschland

Welche Regelungsalternativen haben nach den vorstehenden Erkenntnissen die beste Aussicht auf Erfolg?

### 2.4.1 Gesetzliche Regelung?

Die englischen Erfahrungen haben gezeigt, dass vertragliche Regelungen zur Adjudikation oft auf Druck der Auftraggeber abbedungen werden. Auch in Deutschland gibt es Hinweise, dass hauptsächlich die wirtschaftlich stärkeren Auftraggeber die Vertragsmuster bereitstellen.<sup>229</sup> Die Regelung muss allerdings Verbraucher als Antragsgegner ausschließen, da diese mit dem Schnellverfahren überfordert wären.

### 2.4.2 Außergerichtliche Streitbeilegung?

Die Ansicht des BMJ, dass sich die Einführung eines gesetzlichen Anspruchs auf ein außergerichtliches Adjudikationsverfahren verfassungsrechtlich verbietet, allein da hierdurch vollendete Tatsachen geschaffen würden, teilen wir nicht. Dem steht die vorläufige Bindungswirkung entgegen, die eine vollumfängliche Überprüfung in einem späteren Gerichtsverfahren erlaubt. Vollendete Tatsachen werden schon heute durch die Vorleistungspflicht geschaffen, denn hierdurch kann die wirtschaftlich schwächere Partei in Insolvenzgefahr geraten. Wenn die Schutzpflicht des Staates bei wirtschaftlicher Ungleichheit dies gebietet, kann der Staat korrigierend eingreifen. Es sprechen gute Gründe dafür, dass eine gesetzlich vorgeschriebene Adjudikation genauso verfassungsgemäß wäre wie eine betriebliche Einigungsstelle.

Allerdings steht die Geeignetheit des außergerichtlichen Verfahrens in Frage, die existenziell gefährdeten kleinen Bauunternehmer zu schützen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn es Grund zur Annahme gäbe, dass dieses außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren von den betroffenen Kreisen in Deutschland angenommen wird.

Mit der allgemeinen rechtskulturellen Bedeutung von ADR in Deutschland/Europa haben sich bereits mehrere Studien<sup>230</sup> beschäftigt, alle getragen von der Frage, warum die Vorzüge von ADR gegenüber Gerichtsverfahren zwar von vielen Akteuren anerkannt werden, eine Nutzung von ADR-Instrumenten aber faktisch kaum stattfindet. Die Gründe hierfür liegen dementsprechend offenbar nicht in einer rationalen Vorteils/Nachteils-Abwägung.<sup>231</sup> Aller-

---

<sup>229</sup> Rothaupt, Die außergerichtliche Streitbeilegung durch Entscheidung eines neutralen Dritten, 2008, S. 150 f.

<sup>230</sup> Alpen-Adria Universität Klagenfurt (Hrsg.), Wirtschaftsmediation für Klein- und Mittelunternehmen in Österreich, Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, 2005; PwC Deutsche Revision AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (Hrsg.), Commercial Dispute Resolution – Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich, 2005; Wellmann/Kraus/Kamphern in: PricewaterhouseCoopers/Europa-Universität Viadrina (Hrsg.), Praxis des Konfliktmanagements deutscher Unternehmen, 2007; Greger, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt „Außergerichtliche Streitbeilegung in Bayern“; 2004.

<sup>231</sup> Zum einen scheint eine solche oft nicht möglich, da entweder die Verfahren nicht bekannt sind oder zumindest keine praktischen Erfahrungen vorliegen (Wellmann/Kraus/Kamphern in: PricewaterhouseCoopers/Europa-Universität Viadrina (Hrsg.), Praxis des Konfliktmanagements deutscher Unternehmen, 2007, S.13.) und insofern die Vorzüge der ADR-Instrumente nicht bewusst sind, (Gamm/Patera, in: Alpen-Adria Universität Klagenfurt (Hrsg.) Wirtschaftsmediation für Klein- und Mittelunternehmen in Österreich, Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, 2005, S. 6 f.; Greger, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt „Außergerichtliche Streitbeilegung in Bayern“; 2004, S. 84). Andererseits scheinen in den meisten Fällen strukturelle Maßnahmen Vorfeld (Unternehmenskultur, vertragliche Regelung führen zu Nutzung ADR, „Macht der Gewohnheit“ und Systemwiderstände führen dazu, doch wieder nur gerichtliche Lösungen anzustreben, Wellmann/Kraus/Kamphern, a.a.O., S.14 f.; Greger, a.a.O., S. 95, und nicht Argumente im Konfliktfall entscheidend (PwC Deutsche Revision AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (Hrsg.) Praxis des Konfliktmanagements deutscher Unternehmen, 2007,

dings gibt es Hinweise, dass gerade im Baurecht außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren häufiger als in anderen Branchen genutzt werden.

Auch die Teilnehmer der Fokusgruppe wiesen darauf hin, dass gerade bei technisch umstrittenen Sachverhalten und Streitigkeiten um Bauzeitnachträge, bei denen gerichtlich keine sachgerechte Lösung zu erwarten ist, gerne außergerichtliche Streitbeilegungsmethoden herangezogen werden (auch von Auftraggebern/Hauptunternehmern initiiert). Dies gilt jedoch nicht für die hier zentral behandelten Geldforderungen der Nachunternehmer. Insbesondere das Handwerk scheint außergerichtlichen Lösungen nicht zu vertrauen.<sup>232</sup> Die beiden außergerichtlichen Verfahren, die der englischen Lösung am ehesten entsprechen, die Schlichtung nach § 18 VOB/B und die Fertigstellungsbescheinigung, welche beide ohne weitere Vereinbarung in Anspruch genommen werden können (konnten), wurden dementsprechend von der Praxis überhaupt nicht angenommen.

Demgegenüber werden die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes rege genutzt. Um kleineren Betrieben zeitnah und wirksam ein Verfahren an die Hand zu geben, welches den Geldfluss aufrecht erhält, ist aus rechtskulturellen Aspekten eine **gerichtliche Schnellentscheidung in Anlehnung an die Befriedigungsverfügung**, ähnlich der diskutierten „Bauverfügung“ zu befürworten. Der Justizgewährungsanspruch gebietet es, dass der Staat eine zügige Entscheidung, insbesondere durch die Bereitstellung geeigneter Eilverfahren leistet.<sup>233</sup> Im allgemeinen Zivilrecht wurde die Befriedigungsverfügung bereits von der Rechtsprechung entwickelt, im Recht des geistigen Eigentums schon mehrfach kodifiziert.

In einem größeren Zeitrahmen kann über die gesetzliche oder standardvertragliche Regelung einer Einigungsstelle für größere komplexe Bauprojekte entsprechend der betrieblichen Einigungsstelle durchaus nachgedacht werden. Hierzu sollte aber noch das Ergebnis des vom BMVBS initiierten PPA-Pilotprojekts abgewartet werden.

### 2.4.3 Weitere Voraussetzungen

Die „Bauverfügung“ ist allerdings, möchte man aus den englischen Erfahrungen lernen, in der jetzigen Form auch nicht geeignet, das eigentliche Rechtsschutzziel zu erfüllen, nämlich die Liquidität der Auftragnehmer aufrechtzuerhalten.

Hierfür müsste Sachverstand besser eingebunden werden, d.h. Baufachkammern entscheiden und ggf. **Laienrichter**<sup>234</sup> mit baufachlichem Sachverstand zur Entscheidung herangezogen werden, um die hohe Geschwindigkeit der Entscheidung zu gewährleisten. Hierfür eignen sich die bereits häufig als Gerichtsgutachter tätigen öffentlich bestellten und vereidigten Bausachverständigen der IHK, Handwerks- Architekten und Ingenieurskammern. Um einer Verrechtlichung vorzubeugen, sollte in dem Verfahren nicht nur der Freibeweis, sondern auch der **Untersuchungsgrundsatz** gelten. Über den Anwaltszwang ist nachzudenken.

Eine schnelle Entscheidung bedarf besserer Strukturierung und Dokumentation im Vorfeld. Ein Verfahren, welches dem englischen *engineer*-Verfahren entspricht, hat nach den deutschen Erfahrungen wenig Chancen, in der Praxis angenommen zu werden. Auch würde es durch die erhöhten Schriftformerfordernisse, genau die Gruppe der kleineren Unternehmen belasten und neuen Risiken aussetzen, die durch das Schnellverfahren eigentlich geschützt werden sollen. Hier schlagen wir eine einfache, niedrigschwellige, belegt wirksame Lösung vor, die unserer Rechtskultur entspricht: Möchte jemand eine Schnellentscheidung beantragen, so muss über diesen Streitgegenstand bereits ein **Privatgutachten** eines öffentlich ver-

---

S. 12). Auch wurden Hemmnisse festgestellt, externe Unterstützung bei der Konfliktbearbeitung in einem frühen Stadium hinzuzuziehen (*Gamm/Patera*, a.a.O., S. 6 f).

<sup>232</sup> Das zeigte sich auch beim 4. Baugerichtstag, wo die Vertreter der verschiedenen Handwerkskammern sämtliche dahingehenden Vorschläge unisono ablehnten.

<sup>233</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, S. 297 f. mit Bezug auf *BVerfG v. 16.05.1995*, BVerfGE 93, S. 1 (13ff.).

<sup>234</sup> Siehe zum Ganzen *Schröder/Gerdes/Teubner Oberheim*, in: *Kapellmann/Vygen*, Jahrbuch Baurecht 2009, S. 81.



eidigten Sachverständigen vorliegen, welches der Gegenpartei bereits angemessenen Zeit vorher zur Kenntnis gegeben wurde. Dies sollte als Zulässigkeitsvoraussetzung ausgestaltet werden.

Auch müsste die Entscheidung **ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar** sein. Nur so kann Liquiditätsproblemen vorgebeugt werden, ansonsten würde die Vollstreckung lediglich vor der Insolvenz des Gegners und nicht vor der eigenen schützen. Bei einer allgemein und nicht nur im Notfall möglichen freien Vollstreckung von Entscheidungen aus einem summarischen Schnellverfahren kann es zu Wertungswidersprüchen kommen. Schließlich ist ansonsten die Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung nur in absoluten Sonderfällen erlaubt. Dem kann die Einführung einer **verpflichtenden Bauversicherung** abhelfen, die auch das Risiko von Schäden durch die Vollstreckung unrichtiger Schnellentscheidungen abdeckt. Eine solche Pflichtversicherung wurde bereits vor dem 4. Baugerichtstag 2012 diskutiert.

Die genaue Ausgestaltung der Regelungen bleibt weiterer Forschungsarbeit vorbehalten.