

Martin Engel und Vanessa Schrickler-Heinke*

Rechtliche und ökonomische Grundlagen der Adjudikation

Der Erfolg der Adjudikation in Großbritannien zeigt das große Potenzial dieses Verfahrens bei der Bewältigung baurechtlicher Streitigkeiten. Ausgehend von den jüngsten Entwicklungen der Adjudikation (1) und ihrer rechtlichen Einordnung (2) analysiert der Beitrag die wirtschaftlichen Beweggründe für die Anwendung dieses Verfahrens in Deutschland aus dem Blickwinkel der Betroffenen (3), des Staates (4) und der Adjudikatoren selbst (5).

Inhaltsverzeichnis

1 Ausgangspunkt.....	2
1.1 Gegenwärtiger Stand der alternativen Streitbeilegung in Deutschland	2
1.2 Neue Impulse für die Adjudikation.....	3
2 Rechtliche Qualifikation des Verfahrens.....	5
2.1 Auflösend bedingtes Schiedsgutachten	5
2.2 Schlichtung	7
2.3 Verfahrensvertragliche Umsetzung.....	8
3 Ökonomische Anreize für eine Adjudikation aus Sicht der Betroffenen.....	9
3.1 Wirtschaftlicher Horizont der Parteien.....	9
3.2 Interessen der Rechtsschutzversicherer	10
3.3 Prozessfinanzierung.....	12
4 Adjudikation aus rechtspolitischer Perspektive	12
4.1 Gesetzgeberische Ziele	13
4.2 Schaffung von Kostenanreizen für Adjudikation.....	14
4.3 Verbesserung der Verfahrensinformation	15
5 Ökonomischer Horizont des Adjudikators.....	16
5.1 Persönliche Anforderungen an Adjudikatoren.....	16

* Vanessa Schrickler-Heinke, B.Sc., ist Rechtsreferendarin im Bezirk des OLG München. Dr. Martin Engel ist LL.M.-Student an der Stanford Law School.

5.2 Berufshaftpflicht	19
5.3 Vergütungsstruktur	21
6 Schluss	22

1 Ausgangspunkt

Die Adjudikation hat in den letzten Jahren deutschlandweit rasch an Bekanntheit gewonnen. Im Bereich des Baurechts wurde ihr unter den vielfältigen Methoden aus dem Verfahrensspektrum der alternativen Streitbeilegung mit Abstand die größte Aufmerksamkeit zuteil.

1.1 Gegenwärtiger Stand der alternativen Streitbeilegung in Deutschland

Die Methoden der alternativen Streitbeilegung sind in Deutschland trotz sorgfältiger wissenschaftlicher Erörterung und engagierter praktischer Befürwortung bislang nur begrenzt zur Anwendung gelangt. Verschiedene Konfliktlösungsmechanismen haben sich dabei in unterschiedlichem Maße durchsetzen können: Während sich das Schiedsverfahren bereits seit längerer Zeit gerade bei öffentlichkeitssensiblen Streitigkeiten, die besonderen Sachverstand erfordern, als Konkurrenz zur staatlichen Gerichtsbarkeit etabliert hat, ringt etwa die Mediation nach wie vor um Anwendungsfälle. Der überwältigenden Zahl ausgebildeter Mediation stehen nur vergleichsweise wenige durchgeführte Mediationen gegenüber. Ob die binnen Jahresfrist zu erwartende mitgliedstaatliche Umsetzung der Mediationsrichtlinie 2008/52/EG einen Umschwung in der Verfahrenspraxis zur Folge haben wird, darf angesichts der wenigen zu erwartenden echten Neuerungen durch das deutsche Mediationsgesetz¹ zumindest bezweifelt werden. Für eine merkliche Steigerung der Anwendungsfälle bedürfte es erheblicher zusätzlicher Anreize.

Umso interessanter gestaltet sich die Entwicklung, die sich gegenwärtig mit Blick auf die Adjudikation abzeichnet. Mit diesem Verfahren entwickelt sich aktuell in Deutsch-

¹ Der [Referentenentwurf für das neue Mediationsgesetz](#) ist online abrufbar auf dem [Forum Baukonfliktmanagement](#) unter „Materialien“. Dieser enthält im Wesentlichen Rahmenregelungen für die gegenwärtige Praxis; ein Verzicht auf die gerichtsinterne Mediation oder Ausbildungsvoraussetzungen für Mediatoren sind nicht vorgesehen.

land eine außergerichtliche Streitbeilegungsform, die in England bereits seit einigen Jahren zum gesetzlich normierten Standardrepertoire der Rechtsanwender in Bau Streitigkeiten gehört.² Bei einer Adjudikation fällt ein neutraler Dritter eine Entscheidung, welche die Parteien mindestens bis zum Abschluss eines (Schieds-) Gerichtsverfahrens bindet, für die Zeit danach aber durch einen Vergleich oder Richterspruch substituiert werden kann. Der Erfolg der Methode in England lässt im Unterschied zur Mediation auf eine rasche und praxisorientierte Adaption für den deutschen Rechtsraum hoffen. Dabei wird man beachten müssen, dass die Durchschlagskraft des in England verpflichtend eingeführten Verfahrens bei geringerem Adjudikationszwang eines deutschen Modells sinken könnte.

1.2 Neue Impulse für die Adjudikation

Die Adjudikationspraxis hat Anfang 2010 mit der ersten grenzüberschreitenden Adjudikation zwischen Großbritannien und Deutschland aufhorchen lassen.³ Gleichzeitig wird die Entwicklung des Adjudikationsverfahrens für deutsche Rechtsanwender aktuell durch mehrere Initiativen vorangetrieben: Der Arbeitskreis VII des Deutschen Baugerichtstages stellte im Mai 2010 eine Reihe von Empfehlungen an den Gesetzgeber vor, die sich für gesetzliche Rahmenregelungen der Adjudikation bei Bauverträgen, Architektenverträgen und baubezogenen Ingenieurverträgen aussprechen. Die Vorschläge reichen von der Ausgestaltung eines Verfahrensrahmens und zivilprozessuale Kostenregeln über ein Vollstreckungsverfahren bis hin zu Ausbildungsanforderungen für Adjudikatoren.⁴

Dass die Legislative diese Anregungen umfänglich aufgreifen wird, erscheint indes unwahrscheinlich: Schon die junge Geschichte der Mediationsgesetzgebung in Deutschland zeigt, dass der Gesetzgeber bei der gesetzlichen Regelung außerge-

² Harbst, SchiedsVZ 2003, 68 ff.; Harbst/Winter, [BauR 2007, 1974 ff.](#); die gesetzliche Grundlage für die *adjudication* findet sich im *The Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* in den Abschnitten 104 ff.

³ Ein Praxisbericht zur ersten grenzüberschreitenden Adjudikation zwischen Großbritannien und Deutschland: Schwatlo, [Erste RICS-Cross-Border Adjudikation in 2010 erfolgreich durchgeführt](#), Praxisbericht vom 01.12.2009 in Werner Baurecht Online (Forum Baukonfliktmanagement).

⁴ Jackisch, DS 2010, 164 f. Die Empfehlungen sind online auf dem Forum Baukonfliktmanagement unter Materialien“ abrufbar. Ein Überblick über die weiteren Ergebnisse des Arbeitskreises findet sich in [BauR 2010, 1421 ff.](#)

richtlicher Konfliktlösungsmechanismen äußerst zurückhaltend agiert. Lange nach Inkrafttreten etwa des österreichischen ZivMediatG 2004 und erst als Antwort auf die Richtlinie 2008/52/EG wird voraussichtlich im Frühjahr 2011 ein deutsches Mediationsgesetz in Kraft treten. Dieses wiederum wird sich inhaltlich vermutlich auf flankierende Regelungen beschränken und auf Detailregelungen wie die vom Baugerichtstag zur Adjudikation geforderten nahezu vollständig verzichten.⁵

Freilich verhindert die gesetzgeberische Zurückhaltung nicht unbedingt die Anwendung alternativer Streitbeilegungsmethoden in der Praxis. Vielmehr verlagert sich die rechtspolitische Fragestellung zumindest kurz- und mittelfristig in den Bereich der Suche nach dem bestmöglichen privatautonomen Verfahrensvertrag.⁶ Tatsächlich haben bereits mehrere Institutionen Verfahrensordnungen für die Adjudikation entworfen, die Konfliktparteien den Einstieg in das Verfahren erleichtern sollen und die gesetzgeberischen Lücken aufzufangen suchen. So ist im Umfeld des Arbeitskreises VII des Baugerichtstages die [AO-Bau-E/DBGT](#) entstanden; daneben treten auf nationaler Ebene die [AVO](#) und die [SchGO](#) der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) und die [SL-Bau](#), die u.a. von der Deutschen Gesellschaft für Baurecht entworfen wurde.

Während der Baugerichtstag insoweit die gesteuerte Entwicklung einer gemeinsamen Verfahrensordnung auf Basis der bestehenden favorisiert,⁷ weisen die Erfahrungen mit anderen außergerichtlichen Streitbeilegungsmethoden eher dahin, dass die Urheber von Verfahrensordnungen diese als solche aufrecht erhalten werden, um ihren Marktanteil bei der Vermittlung von Streitigkeiten zu sichern – freilich eine mit Blick auf die Gesamtentwicklung der alternativen Streitbeilegung nicht unbedingt effektive Vorgehensweise. Diese wird indes die juristische Diskussion um die wesentlichen Dreh- und Angelpunkte der Verfahrensordnungen nicht verhindern. Die gelegentliche rechtliche Unschärfe der gegenwärtigen Entwürfe lässt dabei freilich noch Raum für manche Präzisierung.

⁵ Vgl. oben, Fußnote 1. Freilich erscheint mit Blick auf die Arbeit der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zum neuen Bauvertragsrecht der Erlass einer besonderen Regelung zur alternativen Streitbeilegung im Baurecht nicht von vornherein ausgeschlossen.

⁶ Ob die positiven Erfahrungen mit der Adjudikation in England mit schuldrechtlichen Verfahrensverträgen in Deutschland reproduzierbar sind, lässt sich nicht mit Sicherheit vorhersagen; zweifelnd *Quack*, ZfBR 2010, 211, 212.

⁷ Siehe oben, Fußnote 4.

2 Rechtliche Qualifikation des Verfahrens

Kernstück der Ausgestaltung der Adjudikation durch die Verfahrensordnungen ist die auch aus der Perspektive des Adjudikators nicht unbedeutende Frage, wie das Verfahren in Deutschland rechtlich zu qualifizieren ist. Einigkeit herrscht allenfalls insoweit, als die rechtlichen Wirkungen des Verfahrensvertrags betroffen sind: Das Ergebnis einer Adjudikation soll die Parteien einerseits bis zum Ende eines etwaigen Gerichtsverfahrens binden und während dieser Zeit nur mit eingeschränkter gerichtliche Kontrolle durchsetzbar sein. Andererseits soll eine einverständliche Neuregelung oder ein Gerichtsurteil den Spruch des Adjudikators außer Kraft setzen.⁸ Effektiv geht es darum, mindestens vorläufig Rechtssicherheit durch eine in funktionaler Hinsicht privatrichterliche, einstweilige Entscheidung zu erlangen. Einen solchen Mechanismus kennt das deutsche Verfahrensrecht bislang nicht: Einer Schlichtung fehlt die temporäre Verbindlichkeit des Schlichterspruchs, während das schiedsgerichtliche Urteil und das Schiedsgutachten nach § 317 BGB grundsätzlich peremptorisch verbindlich sind und damit eine zu weit gehende Bindungswirkung aufweisen. Eine Erweiterung von § 317 BGB im Sinne eines nur vorläufig bindenden Schiedsgutachtens ist nicht in Sicht.⁹ Gefragt sind somit kautelarjuristische Kniffe, um die Adjudikation verfahrensvertraglich angemessen abbilden zu können.

2.1 Auflösend bedingtes Schiedsgutachten

Einen bemerkenswerten Weg gehen *Lembcke* und *Sundermeier*, die in der von ihnen entworfenen [AO-Bau/Alpha](#) die Adjudikation in § 4 Abs. 1 unter Berufung auf § 319 Abs. 2 BGB als ein Schiedsgutachten definieren, das auf eine anderweitige Einigung oder Entscheidung auflösend bedingt ist.¹⁰ Die Idiomatik eines Schiedsgutachtens, die Parteien außerhalb offener Unbilligkeit nach § 319 Abs. 1 BGB irreversibel zu

⁸ *Kniffka/Koebke*, Kompendium des Baurechts, 2008 1. Teil, Rn. 86. Zur Einordnung in das Spektrum alternativer Streitbeilegungsmethoden *Stubbe*, *SchiedsVZ* 2009, 321, 324.

⁹ So aber der Vorschlag von *Eschenbruch*, *BauR* 2008, 1771, 1773. Demgegenüber kritisch *Hök*, *ZfBR* 2007, 416, 420, der für eine gemischte Anwendung der (jeweils passenden) Normen der 317 ff. BGB und §§ 1025 ff. ZPO votiert.

¹⁰ So auch *Stubbe*, *SchiedsVZ* 2006, 150, 153 und *Lembcke*, [BauR 2010, 1122](#), 1127 f. – Demgegenüber etwa *Rieble* in *Staudinger*, § 315 Rn. 122 ohne Erwähnung einer auflösenden Bedingung.

binden,¹¹ soll durch die auflösende Bedingung des zwischen den Parteien geschlossenen Feststellungsvertrages¹² umschifft werden. Weitergehend soll durch die Bezugnahme des § 1 Nr. 6 AO-Bau auf § 319 Abs. 2 BGB zur Vermeidung von Streitigkeiten über offenbare Unbilligkeit sogar jedwede gerichtliche Überprüfung der Adjudikationsentscheidung bis zur Fertigstellung des Bauwerks weitestmöglich¹³ ausgeschlossen werden.¹⁴

Die Anwendung von § 319 Abs. 2 BGB erscheint indes nicht unproblematisch: Sie setzt auf Tatbestandsebene voraus, dass die Entscheidungsmaßstäbe des Adjudikators so unbestimmt „definiert“ werden, dass sie nicht justiziabel sind.¹⁵ Das wird bei allem Bedürfnis nach einer weit reichenden vorläufigen Bindungswirkung in der Regel nicht den Interessen der Parteien entsprechen. Diese werden sich auch für eine temporäre Entscheidung nicht der völligen Willkür eines Dritten aussetzen wollen.¹⁶ Zielführender wird es sein, dem Adjudikator konkrete tatsächliche und rechtliche Kriterien für seine Entscheidung an die Hand zu geben und eine gerichtliche Überprüfung ggf. nach § 319 Abs. 1 BGB ohne Bezugnahme auf Abs. 2 auszuschließen.¹⁷

Im Übrigen entspricht der von *Lembcke* und *Sundermeier* vorgeschlagene Weg einer auflösenden Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB den Interessen der Parteien. Dabei ist es rechtstheoretisch durchaus möglich, die Bindungswirkung eines Schiedsgutachtens vorab privatautonom zu begrenzen, um die Überprüfbarkeit der streitigen Materie nach Erstattung des Schiedsgutachtens umfangreicher zu gestalten. Diese Vorgehensweise sieht sich freilich mit *Wagners* praktischer Anfrage konfrontiert, ob noch von einem Schiedsgutachten die Rede sein könne, wo im Grunde (zumindest

¹¹ *Gottwald*, in: MünchKomm/BGB, § 317 Rn. 38.

¹² *Wagner*, Prozessverträge, 1998, S. 663.

¹³ Freilich müssen auch weitestmöglich bindende Adjudikationsentscheidungen die Grenzen der §§ 138, 242 BGB respektieren.

¹⁴ Zustimmend aber *Priebe*, [Effizienzgewinn durch die Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten \(AO-Bau\)](#), Aufsatz vom 26.06.2009 in Werner Baurecht Online (Forum Baukonfliktmanagement), unter Ziffer 2.2.1.

¹⁵ Ähnlich kritisch hinsichtlich diffuser Entscheidungsmaßstäbe für Adjudikatoren auch *Vorwerk*, [BauR 2010, 1428](#), 1429.

¹⁶ Willkür ist dabei durchaus auch innerhalb der Grenzen der §§ 138, 242 BGB denkbar und wird auch innerhalb dieses Rahmens den Interessen der meisten Parteien zuwider laufen.

¹⁷ So auch *Hök*, ZfBR, 2007, 416, 423. – Eine zu vage Formulierung der Entscheidungsmaßstäbe eines Adjudikators kritisiert auch *Eschenbruch*, [BauR 2010, 1428](#), 1429.

zwischenzeitlich) keinerlei Bindungswirkung der gutachterlichen Feststellung mehr übrig bleibe. Hier entpuppt sich das Schiedsgutachten tatsächlich als bloßer Vergleichsvorschlag – das durchgeführte Verfahren wäre demnach eine klassische Schlichtung.¹⁸ Dem mag man entgegenhalten, der Spruch eines Adjudikators solle im Unterschied zu einem Schlichterspruch immerhin *vorerst verbindlich* sein. Der vorergründige Schleier einer „vorläufigen Verbindlichkeit“ verdeckt freilich, dass das Verfahrensergebnis eben mittel- und langfristig *nicht verbindlich* ist, wenn sich doch alle Beteiligten ohne dauerhafte zeitliche Einschränkung jeweils einseitig davon lösen können.¹⁹ Die Entscheidung, wer inwieweit Recht hat, geben die Parteien jedenfalls bei einer Adjudikation englischen Typs nicht aus der Hand.

2.2 Schlichtung

Es spricht insofern einiges dafür, die Adjudikation in Deutschland als Schlichtung zu modellieren und die Bindungswirkung der Entscheidung entsprechend den faktischen Wirkungen der vorliegenden Entwürfe für Verfahrensordnungen kurzfristig stark und mittelfristig schwach auszugestalten.²⁰ Dem Einigungsvorschlag eines Schlichters fehlt es zwar typischerweise, nicht aber notwendig an der für die Adjudikation angestrebten vorläufigen Bindungswirkung. Es lassen sich sogar gesetzlich geregelte Beispiele für teilweise bindende Schlichtersprüche finden. Dies betrifft insbesondere solche Fälle, in denen ein Schlichter Regelungen für die Zukunft trifft, anstatt einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt zu beurteilen. So findet sich etwa in § 89 SGB V ein Schlichtungsverfahren für Verträge über die vertragsärztliche Versorgung²¹ und in § 76 BetrVG mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsverfahren ein ähnlicher Mechanismus, der zwar kein Vollstreckungstitel ist und insoweit noch der Rechtskontrolle unterliegt, von den Parteien aber grundsätzlich nicht mehr

¹⁸ Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 668 f., Fn. 275.

¹⁹ Ähnlich auch Mahnken, [BauR 2007, 1994](#), 2000.

²⁰ Es verwundert nicht, dass die Adjudikation nicht auch in England als Schlichtung ausgestaltet ist. Denn die angloamerikanische *conciliation* ist der deutschen Schlichtung nur annähernd äquivalent: Sie schließt insbesondere typischerweise nicht mit einem Vergleichsvorschlag des Verfahrensleiters, sondern ähnelt eher einer *caucus mediation* US-amerikanischen Typs.

²¹ In § 89 SGB V ist zwar von einem *Schiedsamt* die Rede, faktisch handelt es sich aber wegen der Neufestsetzung eines Vertragsinhalts um eine *Schlichtungsstelle*; vgl. Joussem, in: BeckOK/SGB V, 2010, § 89.

aufgekündigt werden kann.²² Damit ist die Interessenlage bei einer Adjudikation durchaus vergleichbar: Denn dort sollen vornehmlich die zukunftsbezogenen streitigen Fragen (hinsichtlich des Vorgehens während der laufenden Bautätigkeiten) bindend ausgestaltet werden, während die vergangenheitsbezogenen Unklarheiten (d.h. die endgültige Evaluation der Rechtslage) einer späteren richterlichen Entscheidung zugänglich bleiben. Die Schlichtung ist außerhalb von Spezialgesetzen zwar nicht rechtlich kodifiziert, auf Grundlage von § 311 Abs. 1 BGB aber durchaus vertraglich regelbar.

2.3 Verfahrensvertragliche Umsetzung

Zustimmung verdient insofern die [AVO](#) der DIS: Diese enthält ein detailliertes Regelwerk, das die dargestellten Kernidiome der Adjudikation englischen Vorbilds nachbildet und mit einem anderen DIS-Verfahrensordnungen entlehnten Verfahrensrahmen ergänzt. Nach § 23 AVO können die Parteien durch eine sog. Nichtanerkennungserklärung verhindern, dass der Adjudikationsspruch die Wirkung eines zeitlich unbegrenzten Vergleichs erhält und so vor Gericht unanfechtbar wird. Die AVO enthält sich zwar einer Bemerkung über die rechtliche Einordnung des Verfahrens, dieses kann aber durchaus als Schlichtung im beschriebenen Sinne verstanden werden. Weiter gehend als die [AO-Bau/Alpha](#) ermächtigt § 20 AVO den Adjudikator, innerhalb des Verfahrens und damit noch vor Ergehen des Adjudikationsspruchs vorläufige Anordnungen bezüglich des Streitgegenstands zu treffen. Auch diese Entscheidungskompetenz wird man einem Schlichter zugestehen können. Demgegenüber erscheint § 26 [SL-Bau](#) problematisch, wenn er ein Recht des Adjudikators vorsieht, zur Durchsetzung seines Adjudikationsspruchs „als weitere Adjudikationsentscheidung“ ein Zwangsgeld zu verhängen. Hier wird der Adjudikator zum Vollstreckungsorgan; die Hilfskonstruktion, den zuvor bereits festgelegten Streitgegenstand nachträglich um das Zwangsgeld erweitern zu wollen, überzeugt nicht.

Auf Basis einer Verfahrensordnung, die diese rechtlichen Gesichtspunkte berücksichtigt, ist eine Adjudikation in Deutschland schon nach der gegenwärtigen Rechtslage und ohne gravierende Änderungen des britischen Erfolgsmodells durchführbar. Flankierende Regelungen wie diejenigen des 2011 zu erwartenden Mediationsgesetzes

²² Vgl. *Kania*, in: *ErfKomm/ArbR*, 2010 § 76 BetrVG Rn 28.

wären dafür hilfreich, aber nicht zwingend erforderlich. Ob sich die verschiedenen Institutionen, die Adjudikationsordnungen geschaffen haben, auf eine einheitliche Version einigen oder getrennte Entwürfe beibehalten, erscheint demgegenüber von sekundärer Bedeutung. Eine gesetzliche Regelung für eine dann gegebenenfalls verpflichtende Adjudikation in Bausachen könnte dem Verfahren weiteren Schub verleihen, ist indes allenfalls langfristig zu erwarten.

3 Ökonomische Anreize für eine Adjudikation aus Sicht der Betroffenen

Die Perspektive der von einem Rechtsstreit Betroffenen offenbart vielfältige Anreize zur Durchführung einer Adjudikation. Diese Motivationsstruktur findet sich einerseits in dem Bedürfnis der Parteien selbst an einer effizienten Konfliktlösung, andererseits aber auch in dem Interesse ihrer Rechtsschutzversicherer, die Kosten der Streitigkeit beherrschbar zu machen.

3.1 Wirtschaftlicher Horizont der Parteien

Tatsächlich hat sich die Adjudikation aus der Not entwickelt: Gerade Bauprozesse werden aufgrund ihrer Komplexität bei den Parteien in besonderem Maße gefürchtet.²³ Langwierige und kostenintensive Gerichtsverhandlungen, aufwändige Sachverständigengutachten wie auch Prozesse über mehrere Instanzen stehen dem praktischen Bedürfnis nach einer schnellen, kostengünstigen Lösung entgegen und führen zu einer weit verbreiteten Unzufriedenheit mit dem staatlichen Verfahren.²⁴ Während des Prozesses steht der Bau nicht selten still: Sowohl Bauherr als auch Bauunternehmer verlieren Geld, etwa indem Arbeiten eingestellt oder Zahlungen eingefroren werden. Kredite können schwerer bedient werden, die Liquidität leidet, eine Insolvenz droht.²⁵

Die Adjudikation orientiert sich an diesem wachsenden Bedürfnis der Praxis nach einer schnellen, verbindlichen Lösung einer Baustreitigkeit. Allein die monetären Einsparungsmöglichkeiten sind bereits immens: *Lembcke* prophezeit etwa ein

²³ *Quack*, ZfBR 2010, 211.

²⁴ So ermittelten *Gralla* und *Sundermeier* eine Quote von 64 Prozent aller Befragten, die mit staatlichen Bauprozessen unzufrieden sind, *Gralla/Sundermeier*, [BauR 2007, 1961](#), 1964.

²⁵ *Risse*, BauR 2008, 1769.

Wertschöpfungspotenzial von jährlich rund 24 Mrd. Euro bei einem flächendeckenden Einsatz der AO-Bau/Alpha in Deutschland.²⁶ Diese prognostizierten wirtschaftlichen Vorteile einer Adjudikation lassen sich durch die Geschwindigkeit, Sachnähe und Bindungskraft des Verfahrens erklären. Sie machen die Adjudikation zu einer echten Alternative zu Schiedsverfahren, die insbesondere in Anlagenbauverfahren durchaus drei bis vier Jahre Zeit beanspruchen können.²⁷ Demgegenüber hält sich bei einer Adjudikation die Zahl der eingebrachten Arbeitsstunden bereits aufgrund des engen Zeitrahmens bei allen Beteiligten in Grenzen. Die Streitigkeit bindet daher im Vergleich zu einem gerichtlichen Bauprozess verhältnismäßig wenig Kapazitäten.

Eschenbruch zweifelt die fehlende Effizienz des staatlichen Gerichtsverfahrens an und begründet dies mit dem Anteil der Bauprozesse an der Gesamtzahl der Prozesse deutschlandweit.²⁸ Eine andere Sprache spricht indes eine Umfrage des Deutschen Baugerichtstages e.V. im Frühjahr 2007, bei der sich nahezu 70 Prozent aller Befragten für ein zwingendes außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren aussprachen.²⁹ Dieses Ergebnis lässt sich nur so interpretieren, dass die gerichtlichen Verfahren zumindest im Baurecht überwiegend als wenig zufriedenstellend und subjektiv ineffizient wahrgenommen werden. Diese Einschätzung deckt sich mit den Beobachtungen aus dem angloamerikanischen Rechtskreis, welche die Einführung der Adjudikation dort maßgeblich motiviert haben.

3.2 Interessen der Rechtsschutzversicherer

Das Bedürfnis der Parteien, wirtschaftliche Verluste zu vermeiden, gilt infolge seiner Rolle mittelbar auch für deren Rechtsschutzversicherer. Durch Adjudikation spart auch ein Versicherer buchstäblich Zeit und Geld. Die britische Adjudikationspraxis zeigt, dass die Möglichkeit, nach der Adjudikation ein Gerichtsverfahren zu führen, in aller Regel nicht mehr genutzt wird: In England sind die Bauprozesse nach

²⁶ *Lembcke*, SchiedsamtZ 2009, 148, 151.

²⁷ *Hobeck/Mahnken/Koebke*, SchiedsVZ 2007, 225, 229.

²⁸ *Eschenbruch*, BauR 2008, 1771.

²⁹ *Gralla/Sundermeier*, [BauR 2007, 1961](#), 1967.

Einführung der Adjudikation um 98 Prozent zurückgegangen.³⁰ Nicht geführte Bauprozesse muss der Rechtsschutzversicherer auch nicht finanzieren. Zwar enthält die weit überwiegende Anzahl der Rechtsschutz-Versicherungsverträge gegenwärtig eine Bauausschlussklausel, mit der die häufig kostspieligen Baustreitigkeiten aus dem Vertrag ausgenommen werden. Indes zeigt das Beispiel der österreichischen *Styriawest*, dass eine Rechtsschutzversicherung für die Bauwirtschaft durchaus als Produkt aufgelegt werden und mutmaßlich auch lukrativ sein kann.³¹

Unter der Annahme, dass die Etablierung eines kostengünstigen Verfahrens nicht zusätzliche Streitigkeiten generiert und sich die Kostenstrukturen annähernd in dem aus der englischen Praxis bekannten Rahmen bewegen, lohnt es sich für den Rechtsschutzversicherer, den Versicherungsumfang um das Adjudikationsverfahren zu erweitern. Für die Mediation ist eine solche Erweiterung vielfach bereits vorgenommen worden.³² Eine Aufnahme der Adjudikation in den Katalog des § 5 ARB ist im Vergleich zur Mediation für Versicherer noch weniger riskant, weil ein zu Ende geführtes Adjudikationsverfahren im Unterschied zu einer Mediation stets eine Konfliktlösung garantiert.

Die Unterstützung der Adjudikation durch Rechtsschutzversicherer dürfte ihrerseits wiederum den Parteien den Schritt zur Wahl dieser (möglicherweise noch unbekannt) Streitbeilegungsmethode erleichtern. Die Förderung eines solchen Verfahrens durch Versicherungsgesellschaften erhöht erfahrungsgemäß deren Akzeptanz unter den Rechtsuchenden. Dass der Versicherer dabei durchaus nicht aus altruistischen Motiven heraus handelt, ist per se nicht kritikwürdig, solange er den Versicherungsnehmern nicht eine tatsächlich nicht vorhandene Eignung eines Verfahrens suggeriert. Vielmehr erscheint es durchaus legitim, wenn ein Versicherer sich auch um die Effizienz von Konfliktlösungsmechanismen sorgt. Denn Effizienzzuwächse steigern nicht nur den Unternehmensgewinn des Versicherers, sondern senken über Marktmechanismen auch die von den Versicherungsnehmern zu entrichtenden Prämien.

³⁰ *Lembcke*, SchiedsamtZ 2009, 148, 150; *Hobeck et al*, SchiedsVZ 2007, 225, 231.

³¹ Vgl. die Darstellung unter <http://www.styriawest.at/dienstleistungen/styriarecht.html> (6. Oktober 2010). „Styriarecht für die Bauwirtschaft“ sieht zunächst ein Schlichtungsverfahren vor, deckt aber anschließend für Prozesse mit einem bestimmten Mindeststreitwert auch die Kosten gerichtlicher Auseinandersetzungen.

³² Beispielsweise *Debeka* § 5 I lit. d) ARB 2010, siehe auch *Bercher/Engel*, ZRP 2010, 126, 128.

Insofern wäre es für einen Rechtsschutzversicherer aus ökonomischen Gesichtspunkten auch durchaus sinnvoll, einen Gerichtsprozess auf Klägerseite nur dann zu versichern, wenn zuvor der ernsthafte Versuch einer Mediation oder Adjudikation unternommen wurde,³³ bzw. die Versicherungsprämie bei Zustimmung zu einer solchen Stufenlösung finanziell günstiger zu gestalten. Eine solche Lösung könnte denjenigen Versicherern, die gegenwärtig (noch) mit einer Bauausschlussklausel arbeiten, den Zugang zu Rechtsschutzversicherungen für die Bauwirtschaft erheblich erleichtern. Sollte den Versicherungsnehmern dadurch der Zugang zum Rechtsweg erschwert werden, ist dies unter dem Gesichtspunkt von Art. 103 Abs. 1 GG unproblematisch, weil dem Bürger aus dem Recht auf rechtliches Gehör kein Anspruch auf den Abschluss einer umfassenden Versicherungspolice erwächst.

3.3 Prozessfinanzierung

Für solche Konflikte, die wegen der Art des Streitgegenstandes von der gewählten Rechtsschutzversicherung nicht erfasst werden, bieten Prozessfinanzierer eine Möglichkeit an, dem Prozesskostenrisiko auch ohne klassische Rechtsschutzversicherung zu entgehen. Bei einer Prozessfinanzierung wird das wirtschaftliche Risiko eines Prozesses gegen eine Erfolgsbeteiligung vom Prozessfinanzierer übernommen. Prozessfinanzierer zeigen sich trotz ihrer Eigenschaft als Risikobündler in der Regel innerhalb eines geförderten Prozesses risikoavers und unterstützen daher alternative Streitbeilegungsmethoden maßgeblich. Im Bereich der Mediation wird Prozessfinanzierung demnach auch bereits seit Jahren angeboten; eine rasche Aufnahme der Adjudikation in das Angebotsportfolio der Prozessfinanzierer erscheint vor diesem Hintergrund als sehr wahrscheinlich.³⁴

4 Adjudikation aus rechtspolitischer Perspektive

Sprechen danach gewichtige Gründe aus dem Blickwinkel der Beteiligten für eine Förderung der Adjudikation, so lassen sich auch aus rechtspolitischer Warte

³³ So auch die vertragliche Vereinbarung der „Styriarecht für die Bauwirtschaft“.

³⁴ http://www.allianz-profi.de/alternative_streitbeilegung/mediation/index.html.

vielfältige Argumente für einen Einsatz des Adjudikationsverfahrens in Deutschland ausmachen.

4.1 Gesetzgeberische Ziele

Der Grundsatz der Verfahrensökonomie gebietet dem Gesetzgeber, Gerichtsverfahren so zu gestalten, dass ein Rechtsstreit möglichst effizient, d.h. bei rechtlich ordnungsgemäßer Behandlung des Sachverhalts zeitnah und kostengünstig gelöst wird.³⁵ Der Gedanke der Prozesswirtschaftlichkeit spiegelt sich auch in der in §§ 272 f., 282, 296 ZPO zum Ausdruck kommenden Konzentrationsmaxime wider. Bei einer durchschnittlichen erstinstanzlichen Verfahrensdauer von deutlich über einem Jahr bei Bauprozessen an deutschen Gerichten³⁶ darf man eine erhebliche Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis bemängeln. An der Einführung von § 15a EGZPO zeigt sich zwar der gesetzgeberische Wille, Abhilfe zu schaffen. Freilich ist der Anwendungsbereich der Norm zu eng gefasst, um wirklich eine Auswirkung auf die Praxis zu haben.³⁷

Dabei muss dem Staat auch an der Funktionsfähigkeit der eigenen Justiz gelegen sein. Insbesondere bei Bausachen übersteigt die tatsächliche eingesetzte Arbeitszeit die eingeforderten Gerichtsgebühren bei Weitem; die Justiz arbeitet hier nicht kostendeckend.³⁸ Nicht zuletzt deswegen drängen Richter in der Praxis in aller Regel auf Vergleiche. Es wäre insofern sowohl im Sinne der arbeitsüberlasteten Justiz als auch im Sinne des Steuerzahlers, ein Instrument zu finden, das an dieser Stelle unnötige Kosten einspart. Daher besteht auch aus Sicht des Staates die Notwendigkeit, Alternativen zum Bauprozess zu finden, wobei sich die Adjudikation aus den vorgenannten Gründen hierfür anbietet. Zur Stärkung der Rechtssicherheit wäre sodann die Einführung einer gesetzlichen Regelung der Adjudikation zu erwägen. Selbst wenn eine dem Gerichtsprozess vorgeschaltete Adjudikation nicht als zwingend ausgestaltet würde (was im Hinblick auf die Wahrung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter und die Privatautonomie zumindest

³⁵ Hoeren, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 1994, S. 119, 121.

³⁶ Risse, BauR 2008, 1769.

³⁷ Schulze-Hagen, [BauR 2007, 1950](#), 1952.

³⁸ Lembcke, SchiedsamtsZ 2009, 148, 150.

verfassungsrechtlich der leichter gangbare Weg wäre³⁹), so ließe sich doch auch eine fakultative Adjudikation durch die Regelung eines Verfahrensrahmens erheblich erleichtern. Wenn der Staat hingegen erwartungsgemäß von einer raschen Regelung der Adjudikation absieht, kommen anstelle einer umfassenden und expliziten gesetzlichen Regelung auch andere, eher unterstützend wirkende Instrumente in Betracht, die zumindest ein Leitbild für eine effiziente Konfliktlösung zeichnen.

4.2 Schaffung von Kostenanreizen für Adjudikation

So könnte etwa ein staatlicher Kostenanreiz ein taugliches Instrument darstellen, um die Adjudikation zu fördern. Bislang wirkt es sich kostenrechtlich nicht aus, ob vor dem Gerichtsverfahren ein alternatives Streitbeilegungsverfahren wie die Adjudikation durchgeführt bzw. die Durchführung abgelehnt wurde. Denkbar wäre hingegen eine kostenrechtliche Sanktion als Folge der unberechtigten Verweigerung einer Adjudikation. Für den Fall, dass eine Partei die Adjudikation vorschlägt und die andere dies ablehnt und so ein gerichtliches Verfahren provoziert, könnte dann ein Richter gegen die ablehnende Partei eine nachteilige Kostenfolge verhängen. Um das vorprozessuale Verhalten zu erfassen, müsste der Richter bei der Verteilung der Prozesskosten nicht nur die rechtliche Situation, sondern auch die generelle Eignung des Falles für eine Adjudikation bewerten. Würde er diese Eignung bejahen, so wäre zu prüfen, ob die Ablehnung unberechtigt war, also beispielsweise aufgrund Verzögerungstaktik erfolgte. Eine rechtliche Grundlage für eine negative Kostenfolge lässt sich dem geltenden Prozessrecht nicht entnehmen. Diese Lücke könnte durch eine entsprechende Neufassung des § 91 ZPO geschlossen werden.⁴⁰

Wiederum sind es Erfahrungen aus England, die belegen, dass eine derartige Kostensanktion nicht nur das Prozessverhalten der Parteien steuern kann, sondern sogar bisweilen dort zur erfolgreichen Nutzung alternativer Streitbeilegungsverfahren führt, wo die Parteien eingangs keine Alternative zum Gerichtsprozess sahen.⁴¹

³⁹ Kritisch *Quack*, ZfBR 2010, 211, 213; Überblick zur verfassungsrechtlichen Diskussion bei *Lembcke*, [BauR 2010, 1122 ff.](#)

⁴⁰ Ausführlich zu diesem Ansatz im Bezug auf Mediation: *Bercher/Engel*, ZRP 2010, 126 ff.

⁴¹ *Tochtermann*, ZZPInt 2006, 429, 459, f. unter Bezugnahme auf *Cable & Wireless v. IBM* und Rule 44.3 der englischen Civil Procedure Rules, die eine entsprechende Kostenregelung für die Mediation vorsehen.

Durch die Einführung einer solchen Ermessensregel in § 91 ZPO würde zwar kein unausweichlicher Zwang zur Durchführung eines Adjudikationsverfahrens statuiert, wohl aber ein erheblicher Anreiz dafür geschaffen. Indes gelten die Einwände, die gegen eine Neufassung des § 91 ZPO zur Förderung der Mediation sprechen,⁴² entsprechend auch für das Adjudikationsverfahren: Insbesondere stellt sich die Frage, ob der Staat das gerichtliche Verfahren, das er zu garantieren und frei zugänglich zu halten hat, an negative finanzielle Anreize koppeln darf. Diese Anfrage gewinnt umso mehr an Gewicht, wenn das dadurch geförderte Verfahren im Unterschied zur Mediation weniger die Privatautonomie der Parteien und mehr die Entscheidungsgewalt eines privaten Dritten in den Vordergrund stellt.

4.3 Verbesserung der Verfahrensinformation

Demgegenüber erscheint es hinsichtlich der staatlichen Verfahrensgarantien unproblematisch, die Aufklärung in Bezug auf alternative Streitbeilegungsmethoden im Allgemeinen und auf die Adjudikation im Besonderen zu verbessern.

Der Gesetzgeber hat in § 135 Abs. 1 FamFG für Scheidungs- und Folgesachen eine gerichtliche Anordnungsbefugnis statuiert, mit Hilfe derer der Richter den Parteien die Teilnahme an einem kostenlosen Informationsgespräch über außergerichtliche Streitbeilegungsmethoden auftragen kann. Diese Regelung ist aus der Erkenntnis erwachsen, dass die Parteien eines Rechtsstreits auch nach anwaltlicher Beratung häufig selbst dann nicht über zureichende Kenntnisse moderner Streitbeilegungsformen verfügen, wenn ihr Konflikt dafür wie etwa regelmäßig in Scheidungssachen in besonderem Maße prädestiniert scheint.

Eine ähnliche Interessenlage findet sich bei Baukonflikten: Auch hier drängen sich die Vorteile alternativer Streitbeilegung für viele Fachleute förmlich auf,⁴³ während den Parteien regelmäßig die Existenz moderner Verfahren wie etwa der Adjudikation nicht bekannt ist. Es erscheint insofern zielführend hinter Abs. 1 des im RefE zum neuen Mediationsgesetz neu vorgesehenen § 278a ZPO einen Absatz einzufügen, der entsprechend der Regelung des § 135 Abs. 1 FamFG einen Richter in Bausachen zur verbindlichen Anordnung eines Informationsgesprächs über

⁴² Bercher/Engel, ZRP 2010, 126, 127.

⁴³ Vgl. dazu oben Abschnitt III.

Adjudikation autorisiert. Ein solches Informationsgespräch kann mit zweierlei positiven Folgen verbunden sein: Zum einen können die Parteien nach einer etwaigen Klagerücknahme sogleich ein Verfahren der alternativen Streitbeilegung anschließen und dadurch den Gerichtsprozess in toto vermeiden. Zum anderen würde bei etwaigen Folgebauvorhaben (b2b) die Adjudikation möglicherweise von Anfang an dem gerichtlichen Verfahren vorgezogen. Rumpfprozesse durch eingereichte und dann zurückgezogene Klagen ließen sich so für die Zukunft vermeiden. Auch dies wäre im Interesse nicht nur der Parteien, sondern auch der Justiz und damit des Staates.

5 Ökonomischer Horizont des Adjudikators

Mit Blick auf die jüngsten Bemühungen, die Adjudikation durch Verfahrensordnungen zu erleichtern, sowie vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Gesichtspunkte, die aus Sicht der Beteiligten in vielen Fällen für eine Anwendung dieser Methode sprechen, stellt sich schließlich die Frage, ob sich das Verfahren auch aus der Perspektive der Verfahrensleiter lohnt. Voraussetzung für eine sichere und attraktive Anwendung des Verfahrens ist aus Sicht der Adjudikatoren, dass ihre Tätigkeit einerseits von ihrer Berufshaftpflicht gedeckt ist und andererseits einer angemessenen Vergütungsstruktur unterliegt. Beide Voraussetzungen lassen sich indes erst erörtern, wenn zuvor die Frage beantwortet ist, wer überhaupt als Adjudikator auftreten darf und sollte.

5.1 Persönliche Anforderungen an Adjudikatoren

Die klassischen Methoden der alternativen Streitbeilegung, insbesondere das Schiedsverfahren und die Mediation, stellen nur geringe obligatorische Anforderungen an ihre Verfahrensleiter. Die Zusammensetzung eines Schiedsgerichts und die Bestellung der Schiedsrichter sind zwar in §§ 1034 f. ZPO geregelt, personelle Voraussetzungen finden sich dort jedoch nicht.

Auch aus dem RDG ergeben sich keine besonderen Erfordernisse für eine (juristische) Qualifikation eines Adjudikators. Denn wenn man die Adjudikation als besondere Form der Schlichtung ansieht, ist sie nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 RDG keine Rechtsdienstleistung im Sinne des Gesetzes. Und auch falls man annimmt, die Adjudikation

ende mit einem Schiedsgutachten, so läge nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 5 RDG wegen der Ähnlichkeit zum Schiedsverfahren keine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung vor.⁴⁴ Stellt danach das Gesetz keine Anforderungen an die Qualifikation eines Adjudikators, so ist doch zu überlegen, welche persönlichen Voraussetzungen in eine private Adjudikationsordnung aufgenommen werden sollten.

An die Fähigkeiten eines guten Adjudikators werden hohe Anforderungen geknüpft. Da er sowohl tatsächliche als auch rechtliche Bewertungen zu treffen hat, soll er über mehr als eine einseitig technische oder einseitig juristische Expertise verfügen und möglichst auch Erfahrung im jeweils anderen Bereich besitzen.⁴⁵ Danach kommen für die Rolle des Adjudikators am ehesten Rechtsanwälte, Architekten, Ingenieure sowie öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige in Betracht, weil sie von ihrer Berufsbildung her bereits in einem der beiden Erfahrungsbereiche über fundierte Kenntnisse verfügen. § 3 Nr. 2 [AO-Bau/Alpha](#) trifft insoweit keine Eingrenzung, verlangt aber den Nichtjuristen auch baurechtliche Kenntnisse und den Juristen auch baufachrechtliche Kenntnisse ab. Enger formuliert ist § 3 Abs. 3 [AVO](#), der als Einzeladjudikator ausschließlich Juristen vorsieht. Indes haben sich die Autoren der [AVO](#) hier eine Hintertür offen gehalten: Denn die Parteien können sich privatautonom auf jedwede Person als Adjudikator einigen – dies schwächt wiederum die zunächst getroffene Festlegung auf Juristen entscheidend ab. Entscheidend erscheint in dieser Diskussion, dass sich die Beteiligten vorab darüber klar werden, inwieweit ihr Konflikt von rechtlichen Bewertungen geprägt ist. Häufig wird es sich dabei nicht allein um einen „Sachstreit“ handeln, sondern um einen Rechtsstreit, der die sachlichen Konfliktpunkte mit umfasst. Für diese Streitigkeiten wird in der Regel ein Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht oder ein Rechtsanwalt mit entsprechender Erfahrung in diesem Fachgebiet als Adjudikator sehr gut geeignet sein. Wollen Parteien in einem komplexen Streit sowohl technischen als auch rechtlichen Problemen durch Benennung eines Verfahrensleiters Rechnung tragen, empfiehlt sich eine Erweiterung um zwei zusätzliche Adjudikatoren zu einem Adjudikationsboard.⁴⁶ Jedenfalls haben

⁴⁴ Ulrich, DS 2008, 91, 93.

⁴⁵ So auch Jahn, Forum Baukonfliktmanagement unter <http://www.werner-baurecht.de>, unter Ziffer 4.

⁴⁶ Das sieht die AVO in § 3 Abs. 1 AVO sogar als Möglichkeit explizit vor.

nicht nur die britischen Adjudikatoren, sondern auch deutsche Mediatoren mit der Verfahrensleitung in Teams gute Erfahrungen gemacht.⁴⁷

Darauf aufbauend wird bisweilen der Ruf nach einer obligatorischen Ausbildung für Adjudikatoren laut.⁴⁸ Diese könnte nicht nur das materielle Wissen der Adjudikatoren komplettieren, sondern ihnen auch eine Handhabe für die kluge Leitung eines außergerichtlichen Konfliktlösungsverfahrens zur Verfügung stellen. Der Arbeitskreis VII des Deutschen Baugerichtstags schlägt darüber hinaus detaillierte Regelungen hinsichtlich der Ausbildung sowie eines Bestellungs- und Benennungsverfahrens für Adjudikatoren vor.⁴⁹ Vor dem Hintergrund der Erfahrungen und Diskussionen zu einer Regulierung der Ausbildung für andere Methoden der außergerichtlichen Streitbeilegung erscheint dieser Vorschlag kritikwürdig: Denn solange die Parteien auch solche Personen als Adjudikatoren bestimmen können, die keine Ausbildung nach diesen Maßstäben absolviert haben, käme der Regulierung bloßer Appellcharakter zu. Würde hingegen eine bestimmte Ausbildung als zwingende Voraussetzung für eine Zulassung als Adjudikator ausgestaltet, müsste ein entsprechender (zur Qualitätssicherung sinnvollerweise staatlicher) Prüfungsapparat aufgebaut werden. Ein solches staatliches Reglement wäre aus fiskalischen Gründen wie auch mangels Vorliegen einer Marktstörung nicht sinnvoll und ist nach den Erwägungen zu § 5 des Referentenentwurfs zum Mediationsgesetz selbst bei einer gesetzlichen Regelung der Adjudikation nicht zu erwarten. Die Ausgestaltung der Ausbildung stattdessen Institutionen, Verbänden und sonstigen Interessengruppen zu überlassen, wäre aus Sicht der Rechtsuchenden ebenfalls problematisch, da eine Kartellierung des Marktes droht.

An einer eigenverantwortlichen Fortbildung der potenziellen Adjudikatoren ist demgegenüber nichts auszusetzen. Ebenso können bei einzelnen Institutionen geführte Adjudikatorenlisten analog der Schlichter- und Schiedsrichterliste nach der [SO-Bau](#)

⁴⁷ Eine „Co-Adjudikation“ mit zwei Adjudikatoren analog einer Co-Mediation (sog. Tandem) mag man auch erwägen; so jedenfalls *Oppler* laut *Aldinger*, [BauR 2010, 266](#), 267. Allerdings erscheint eine Besetzung mit zwei (paritätischen) Verfahrensleitern bei *Drittentscheidungsverfahren* wie der Adjudikation kritikwürdig, weil sie für einen Dissens zwischen den Verfahrensleitern keine Lösung aufbieten kann.

⁴⁸ Vgl. nur die 5. Empfehlung des AK VII des Deutschen Baugerichtstages an den Gesetzgeber; s.a. Fußnote 4.

⁴⁹ Empfehlungen des AK VII des Deutschen Baugerichtstages an den Gesetzgeber, S. 5; s.a. Fußnote 4.

der ARGE Bau im DAV Qualitätsstandards setzen, indem sie Qualifikationsanforderungen für die Aufnahme in die Liste determinieren und sich dadurch eine Marke schaffen. Solange diese Standards nicht seitens der großen Institutionen einseitig quantitativ ausgerichtet werden, ist dagegen nichts einzuwenden. Generell wird man dabei denjenigen Listen eher vertrauen können, die nach bzw. statt einer bloßen Ausbildung das Bestehen einer echten Prüfung voraussetzen.

5.2 Berufshaftpflicht

Unabhängig davon, ob man die Adjudikation als besondere Form eines Schiedsgutachtens oder als Schlichtung ansieht, haftet der Adjudikator den Parteien mangels anders lautender Vereinbarung grundsätzlich gemäß § 280 Abs. 1 BGB für Schäden, die aus einer fehlerhaften Entscheidung durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Falschbewertung von Fakten oder Rechtspositionen resultieren.⁵⁰ Dabei genügen die Parteien ihrer Beweislast bereits dann, wenn sie darlegen, dass ihnen die fehlerhafte Adjudikationsentscheidung eine Rechtsposition genommen hat, die sie bei ordnungsgemäßer Entscheidung noch inne hätten. Sofern die Parteien dem Adjudikator vorab Entscheidungskriterien vorgegeben haben, wird die Beweisführung an dieser Stelle in der Regel keine unüberwindbaren Schwierigkeiten aufwerfen. Aus Sicht des Adjudikators ist deswegen – ggf. neben der Anpassung des Verschuldensmaßstabs in den Verfahrensverträgen⁵¹ – von besonderem Interesse, seine Tätigkeit als von seiner Haftpflichtversicherung gedeckt zu wissen. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit der Versicherer für Schäden aus einer fehlerhaften juristischen Evaluation des Streitfalles aufkommt, wenn der Adjudikator kein Volljurist ist.

Eine Analyse der verschiedenen Berufshaftpflicht-Versicherungsbedingungen für *Architekten* fördert zutage, dass dort in aller Regel weder die alternative Streitbeilegung als solche noch die damit zusammen hängende Rechtsberatung im Katalog der ver-

⁵⁰ Daneben kommt ggf. eine Haftung analog § 839a BGB in Betracht, vgl. *Jackisch*, DS 2010, 164, 165 sowie Empfehlung 1 lit. n des AK VII des Deutschen Baugerichtstages an den Gesetzgeber; zu letzterer s.o. Fußnote 4. Zur AGB-rechtlichen Problematik bei Haftungsbeschränkungen *Lembcke*, VersR 2010, 723, 729.

⁵¹ So etwa § 29 AVO.

sicherten Tätigkeiten enthalten sind.⁵² Allein Nr. 23 der BBR-Archiprotect 2009 der VHV-Versicherungen schließt Rechtsdienstleistungen nach § 5 RDG in die Versicherung mit ein. Freilich lässt sich einem Gegenschluss aus Nr. 24 der BBR-Archiprotect 2009 entnehmen, dass die Adjudikation als solche noch keinen Haftpflicht-Versicherungsschutz genießt und dafür wohl entsprechend der Regelung des Nr. 24 für die Mediation eine eigene Klausel geschaffen werden müsste. Dabei wäre im Sinne der Transparenz auch eine Klarstellung wünschenswert, dass die Versicherung auch die rechtliche Evaluation durch den Adjudikator umfasst. Denn Nr. 23 der Bedingungen schließt zumindest nach seinem Wortlaut nur Rechtsdienstleistungen nach § 5 RDG in den Versicherungsschutz ein; um solche handelt es sich bei einer Adjudikation aber gerade nicht, weil die Tätigkeit eines Adjudikators bereits nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 RDG begrifflich keine Rechtsdienstleistung ist.

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint selbst unter dem Haftungsregime der BBR-Archiprotect 2009 als der in Sachen außergerichtlichen Streitbeilegung fortschrittlichsten Haftpflichtversicherung ein Auftreten von Nichtjuristen als Adjudikatoren problematisch. Denn in baubezogenen Konflikten werden sich tatsächliche und rechtliche Problempunkte kaum je voneinander trennen lassen;⁵³ der Adjudikator muss sie daher im Zweifel umfassend entscheiden. Solange eine individualvertragliche Aushandlung der Versicherungsbedingungen nicht möglich ist, erscheint es folglich zur Vermeidung von Haftungslücken zielführend, bis auf Weiteres Adjudikationen nur von Rechtsanwälten durchführen zu lassen, die durch ihre Haftpflichtversicherung unproblematisch umfassend abgesichert sind. Das ändert freilich nichts an der oben getroffenen Einschätzung, dass auch Architekten, Ingenieure sowie öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige grundsätzlich zur Durchführung einer Adjudikation befähigt sein können.

⁵² So etwa in den AVB der Gothaer (August 2008), der R+V-Versicherung (Januar 2008) sowie in den aktuellen Musterbedingungen des GDV. Auch die Euromaf VBHAI erwähnen unter Ziffer 2.3.5 nur einen Mediator; selbst dort wird aber die Haftung für rechtliche Einschätzungen von der Versicherung ausgenommen.

⁵³ *Quack*, ZfBR 2010, 211, 213.

5.3 Vergütungsstruktur

Für die Attraktivität einer Adjudikation aus Sicht potenzieller Adjudikatoren nicht unbedeutend ist schließlich die Frage, wonach sich die Vergütung für die Verfahrensleitung bemisst. Grundsätzlich kommt eine Bezahlung entweder ähnlich dem Schiedsverfahren orientiert am Streitwert oder aber ähnlich der Mediation auf Grundlage von Stundenhonoraren in Betracht.

Das Adjudikationsverfahren gleicht von Zielsetzung und Verfahrensgrundsätzen einem zügig durchgeführten Schiedsverfahren oder einem gerichtlichen einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Anders als beim klassischen Gutachten oder Schiedsgutachten werden bisweilen nicht nur einzelne Sach- oder Rechtsfragen, sondern mitunter ein aus vielen Streitpunkten akkumulierte Konflikt entschieden. Diese Parallelen sprechen dafür, auch die Vergütung des Adjudikators an den Regelungen für diese Verfahren und damit an der Höhe des jeweiligen Streitwerts zu orientieren. Da es sich bei der Adjudikation bis auf Weiteres um ein gesetzlich nicht geregeltes Verfahren handelt, stünde es den Beteiligten frei, eine solche Vergütung zu vereinbaren.

Indes bestünde bereits die erste praktische Schwierigkeit darin, den Streitwert für das Verfahren zu bestimmen. Dass die Parteien auf der einen und der Adjudikator auf der anderen Seite hier unterschiedliche Interessen verfolgen, liegt auf der Hand. Denkbar wäre, eine entsprechende Vereinbarung vorab zu treffen oder von einer Institution wie etwa der DIS festlegen zu lassen. Allerdings sind auch bei Institutionen Eigeninteressen im Spiel. Zudem geräte so ein wesentliches Argument für die Durchführung einer Adjudikation – der finanzielle Vorteil – zumindest bei höheren Streitwerten teilweise in Wegfall. Hinzu kommt, dass die bei Stundenhonoraren gelegentlich bestehende Verschleppungsgefahr im Rahmen einer Adjudikation kaum gegeben ist, weil sich in aller Regel versierte Verhandlungsführer gegenüber stehen, die sich Verzögerungen nicht leisten möchten und insofern aus eigenem Antrieb auf ein zügiges Verfahrensende dringen werden. Diese Überlegungen sprechen entscheidend dafür, Adjudikatoren aufwandsabhängig zu vergüten. Besonderen Qualifikationen des Adjudikators kann dabei vorab durch Festlegung eines höheren Referenzwertes Rechnung getragen werden.

6 Schluss

Neue Impulse aus Wissenschaft und Praxis bringen das Thema Adjudikation in Deutschland auf die Tagesordnung. Auch wenn eine gesetzliche Regelung in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist, so kann das Verfahren doch durch Verfahrensverträge ausreichend präzise abgebildet werden. Das so entstehende Verfahren lässt sich anstelle eines auflösend bedingten Schiedsgutachtens auch als Sonderform einer Schlichtung modellieren. Die Durchführung einer Adjudikation ist dabei aus Sicht aller Beteiligten vorteilhaft: Die Parteien sparen vor allem Zeit und Geld, und der Staat schont wichtige, anderweitig dringender benötigte Ressourcen. Die Leitung eines Adjudikationsverfahrens ist insbesondere für Rechtsanwälte reizvoll, weil ihre Berufshaftpflicht-Versicherung die aus dem Auftreten als Adjudikator erwachsenden Haftungsrisiken umfänglich deckt.