

Moritz Lembcke

Diskussionsvorschlag einer

**Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten
des Deutschen Baugerichtstages e.V. (AO-Bau / DBGT)**

Kommentierung

Zitierempfehlung:

Lembcke, Kommentierung zum Diskussionsvorschlag einer Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten des Deutschen Baugerichtstages e.V. (AO-Bau / DBGT), Forum Baukonfliktmanagement in wernerbaurecht.de

1 Diskussionsvorschlag einer Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten des Deutschen Baugerichtstages e.V. (AO-Bau / DBGT)

1.1 Bezugs Klausel für den Bauvertrag

Außergerichtliche Streitbeilegung

Die Parteien dieses Vertrages vereinbaren, dass alle Streitigkeiten aus und in Zusammenhang mit diesem Vertrag in einem Adjudikations-Verfahren nach der AO-Bau des Deutschen Baugerichtstages e.V. (AO-Bau / DBGT) mit vorläufig bindender Wirkung innerhalb kürzester Fristen in einem summarischen Verfahren entschieden werden.

- Alt. 1: Als Adjudikator wird benannt: [.....]
- Alt. 2: Können sich die Parteien nicht auf die Person des Adjudikators verständigen, so wird auf Antrag einer Partei Frau/Herr/Institution [.....] (sog. Benenner) einen Adjudikator bestimmen. Sofern der Benenner verhindert ist, bestimmt der Deutsche Baugerichtstag e.V. in Hamm/Westf., vertreten durch seine Geschäftsstelle, diesen Benenner

1.2 Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten des Deutschen Baugerichtstages e.V. (AO-Bau / DBGT)

Präambel

¹Ziel dieser Verfahrensordnung ist eine außergerichtliche, schnelle, kostengünstige und faire Streiterledigung zwischen den Parteien dieses Vertrages, die keine Verbraucher sind, ohne Verzicht auf (schieds-) gerichtlichen Rechtsschutz. ²Die Verfahrensordnung enthält daher folgende Elemente:

- Ein neutraler Dritter soll
- aufgrund einer summarischen Sachverhalts- und Rechtsprüfung,
- binnen 60 Tagen, sofern die Parteien im Bezugsvertrag nichts anderes geregelt haben
- mit vorläufiger Bindungswirkung zu einer Entscheidung kommen,
- die durch staatliche Gerichte bzw. ein Schiedsgericht korrigierbar ist.

³In jedem Stadium des Verfahrens soll auf eine gütliche Einigung hingewirkt werden. ⁴Die Parteien können auch noch während des Verfahrens eine konsensuale Konfliktlösungsmethode, insbesondere die Mediation, vereinbaren.

§ 1 Anwendungsbereich

¹Das Verfahren gilt für jede Streitigkeit, die gemäß Vereinbarung der Parteien in einem Bezugsvertrag nach dieser Verfahrensordnung mit vorläufig bindender Wirkung entschieden werden soll. ²Der Adjudikator entscheidet auch über seine Zuständigkeit und die Wirksamkeit dieser Verfahrensordnung. ³Streitigkeiten können während des jeweiligen Verfahrens nicht zum Gegenstand eines ordentlichen (Schieds-)Gerichtsverfahrens gemacht werden. ⁴Eine Streitigkeit liegt vor, wenn eine Partei schriftlich gegenüber der anderen Partei einen Anspruch geltend gemacht oder die Feststellung eines Rechtsverhältnis oder rechtserheblicher Tatsache oder einzelner Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses zur Feststellung angetragen hat und der Anspruch oder die Feststellung von der anderen Partei nicht binnen angemessener Frist erfüllt oder schriftlich festgestellt wurde.

§ 2 Adjudikator

(1) Das Amt des Adjudikators wird von einer natürlichen Einzelperson ausgeübt.

(2) ¹Der Adjudikator hat das ihm übertragene Amt nach bestem Wissen und Gewissen unparteiisch und unabhängig auszuüben. ²Der Adjudikator muss die Übernahme des Amtes ablehnen, wenn Umstände vorliegen, die berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, insbesondere aus Gründen der §§ 41, 42 ZPO, aufkommen lassen. ³Vor Amtsübernahme hat er alle Umstände offen zu legen, die solche Zweifel wecken könnten. ⁴Auch während des Verfahrens muss er neu eintretende Umstände unverzüglich mitteilen.

(3) Der Adjudikator darf das Amt nur übernehmen, wenn er in der Lage ist, dieses unverzüglich und innerhalb der in diesem Verfahren vorgesehenen Fristen auszuüben.

(4) Der Adjudikator haftet hinsichtlich seiner Entscheidungen nicht bei leichter Fahrlässigkeit.

(5) ¹Der Adjudikator darf Sachverständige oder andere Fachleute hinzuziehen. ²Die Absätze (2), (3) und (4) gelten für diese entsprechend.

§ 3 Einleitung

¹Die Einleitung erfolgt durch Antragschrift einer Partei (Antragsteller) an die andere Partei (Antragsgegner). ²Diese muss mindestens enthalten:

- a. Den Antrag, die Streitigkeit von einem Adjudikator nach dieser Verfahrensordnung entscheiden zu lassen,
- b. die Namen und Anschriften der Parteien,
- c. die Bezeichnung des Streitgegenstandes (Lebenssachverhalt und Verfahrensbegehren),
- d. den Hinweis auf die getroffene Adjudikations-Vereinbarung,
- e. eine vollständige Begründung, wenn der Adjudikator bei Abgabe bereits bestellt ist.

³Spätestens die Antragschrift soll einen Vorschlag für die Benennung des Adjudikators enthalten. ⁴Nach Zugang der Antragschrift haben sich die Parteien binnen 12 Werktagen auf einen Adjudikator zu einigen. ⁵Können sich die Parteien binnen dieser Frist nicht auf einen Adjudikator einigen, wird dieser auf Antrag einer Partei von einer im Bezugsvertrag genannten Person oder Institution (Benenner) binnen weiterer 12 Werktage bestimmt. ⁶Frühestens mit Zugang der Antragschrift beim Antragsgegner und Adjudikator, spätestens mit der schriftlichen Erklärung der Annahme des Amtes durch den Adjudikator gegenüber beiden Parteien beginnt das Adjudikations-Verfahren.

§ 4 Dauer des Verfahrens

¹Das Adjudikations-Verfahren endet spätestens 60 Werktage nach Beginn. ²Es kann auf Vorschlag des Adjudikators und mit Zustimmung des Antragstellers um bis zu 12 Werktage verlängert werden.

§ 5 Schriftsätze und Fristen

¹Die vollständige Anspruchsbegründung kann innerhalb einer Frist von 3 Werktagen ab Verfahrensbeginn nachgeholt werden, es sei denn § 3 Satz 2 e war erfüllt. ²Die Frist zur Erwidderung auf die Antragschrift beträgt 18 Werktage. ³Eine längere Erwidderungsfrist und Fristen für etwaige weitere Schriftsätze bestimmt der Adjudikator unter Beachtung der Gesamtdauer des Verfahrens nach billigem Ermessen. ⁴Die Parteien sind verpflichtet, vollständig und der Wahrheit gemäß vorzutragen. ⁵Der Adjudikator ist nicht verpflichtet, verspätetes Parteivorbringen zu berücksichtigen.

§ 6 Verfahrensgrundsätze

(1) ¹Der Adjudikator leitet das Verfahren unter Berücksichtigung der Grundsätze des rechtlichen Gehörs sowie der Gleichbehandlung nach billigem Ermessen unter Beachtung der Gesamtdauer des Verfahrens. ²Das Verfahren ist nicht öffentlich. ³Parteien und Adjudikator sind zur Vertraulichkeit verpflichtet. ⁴Auf Antrag einer Partei findet zwingend eine mündliche Verhandlung statt.

(2) ¹Der Adjudikator kann von Amts wegen Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts ergreifen. ²Er kann insbesondere die Beantwortung von Fragen sowie die Vorlage von Dokumenten anordnen, Ortstermine und mündliche Verhandlungen durchführen, die Parteien und sonstige Dritte vernehmen. ³Die Parteien sind über die jeweiligen Maßnahmen zu informieren und erhalten Gelegenheit zur Teilnahme und Stellungnahme. ⁴Sie sind zur Mitwirkung verpflichtet. ⁵Der Adjudikator hat die wesentlichen Verfahrensschritte, insbesondere die mündliche Verhandlung sowie Besprechungen mit den Parteien sowie Dritten zu protokollieren.

(3) Der Adjudikator wirkt in jedem Stadium auf eine gütliche Vereinbarung hin.

(4) Die Parteien können sich vertreten lassen.

§ 7 Befangenheit und Verhinderung

¹Ein Antrag wegen Besorgnis der Befangenheit oder Verhinderung muss unverzüglich gestellt werden. ²Der Adjudikator entscheidet über diese Anträge endgültig. ³§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB bleibt unberührt.

§ 8 Antragsweiterung, -änderung, -rücknahme

¹Der Antragsteller kann seinen Antrag während des Verfahrens ohne Zustimmung des Antragsgegners erweitern, soweit der Adjudikator dies für sachdienlich erachtet. ²Eine Antragsrücknahme ist nur mit Zustimmung des Antragsgegners möglich.

§ 9 Widerantrag, Aufrechnung

¹Wideranträge und zur Aufrechnung gestellte Ansprüche müssen derselben Adjudikationsvereinbarung unterliegen, es sei denn diese sind anerkannt oder rechtskräftig festgestellt. ²Sie sind nur in der Antragsrückschlichtung unbeschränkt zulässig; später nur, wenn der Antragsteller zustimmt oder der Adjudikator diese für sachdienlich erachtet. ³Die Rücknahme des Widerantrags oder der Aufrechnung ist nur mit Zustimmung des Antragstellers möglich.

§ 10 Entscheidung

¹Der Adjudikator entscheidet über die gestellten Anträge in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. ²Die schriftlich begründete, vom Adjudikator unterschriebene Entscheidung muss allen Parteien zugehen und beendet spätestens das Verfahren.

§ 11 Sicherheitsleistung

Auf Antrag kann der Adjudikator festlegen, dass eine von ihm zu bestimmende Leistung nur gegen Sicherheitsleistung zu erbringen ist.

§ 12 Wirkung der Entscheidung

¹Der Zugang der Entscheidung führt zur Verbindlichkeit der Entscheidung. ²Die Entscheidung ist vorläufig verbindlich, wenn diese nicht offenbar unbillig ist oder in einem (Schieds-)Gerichtsverfahren eine neue Entscheidung verkündet ist (sog. Abschlussverfahren). ³Die sich aus der Nichtbeachtung der Entscheidung ergebenden Folgerechte auf Leistungsverweigerung und Verzugserschadensersatz werden nicht dadurch wieder beseitigt, dass in einem neuen (Schieds-)Gerichtsverfahren (Abschlussverfahren) die Entscheidung anders ausfällt. ⁴Eine Kündigung des Bezugsvertrages kann allein aus der Nichtbeachtung der Adjudikator-Entscheidung nicht hergeleitet werden.

§ 13 Abschlussverfahren

(1) ¹Will die unterlegene Partei die vorläufig bindende Entscheidung des Adjudikators durch ein (Schieds-)Gerichtsverfahren (Abschlussverfahren) beseitigen, muss sie dies innerhalb eines Monats nach Zugang der Entscheidung gegen über der anderen Partei schriftlich erklären. ²Andernfalls wird die Entscheidung des Adjudikators insoweit endgültig verbindlich.

(2) ¹Ein entsprechendes Abschlussverfahren muss spätestens 3 Monate nach Zugang der Schlussrechnung oder der Entscheidung eingeleitet werden. ²Im Abschlussverfahren können auch neue Tatsachen vorgetragen und Beweise angetreten werden. ³Die im Adjudikationsverfahren gewonnenen Tatsachen können verwendet und Zeugen, Sachverständige und der Adjudikator erneut als Zeugen benannt werden.

§ 14 Verjährungshemmung

Unbeschadet der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches beginnt die Hemmung der Verjährung spätestens mit Zugang der Antragschrift gem. § 3 Satz 1.

§ 15 Kosten

¹Der Adjudikator entscheidet über die Kosten des Verfahrens nach Obsiegen und Untertiegen. ²Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten, insbesondere die ihrer Vertretung. ³Der Adjudikator kann in jedem Stadium des Verfahrens angemessene Kostenvorschüsse verlangen und davon die Fortsetzung seiner Tätigkeit abhängig machen. ⁴Kostenvorschüsse sind regelmäßig von jeder Partei zu Hälfte zu leisten. ⁵Im Übrigen haften die Parteien gesamtschuldnerisch für die Kosten. ⁶Überschreitet der Adjudikator die Gesamtdauer des Verfahrens, entfällt sein Honoraranspruch, es sei denn, Antragsteller und Antragsgegner sind hierfür allein oder weit überwiegend verantwortlich. ⁷Das Honorar beträgt € [.....] / Stunde.

⁸Erzielt der Adjudikator eine endgültige Streitbeilegung oder unterstütze er die Parteien hierbei, so erhält er eine einmalige Prämie in Höhe von [.....].

2 Einführung

2.1 Entstehung der AO-Bau / DBGT

Nachdem Dipl.-Ing. Matthias Sundermeier und der Autor auf dem baurechtlichen Portal www.werner-baurecht.de im Rahmen des neuen Forums „www.Baukonfliktmanagement.de“ den ersten Diskussionsvorschlag einer vertraglichen Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten in der BETA-Version (AO-Bau / Beta)¹ veröffentlicht hatten, hat der Deutsche Baugerichtstag e.V. innerhalb seines Arbeitskreises VII „außergerichtliche Streitbeilegung“ den Autor als Leiter des AKVII/2 mit der Entwicklung einer vertraglichen Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau / DBGT) betraut.

Der AKVII/2 erfreute sich großer Beliebtheit bei renommierten Vertretern aus der Bauwirtschaft.² Ziel dieses Unterarbeitskreises war es, ein ausformuliertes Muster für das Gros der Baukonflikte zu entwickeln, welches auch den Anforderungen, die an Allgemeine Geschäftsbedingungen zu stellen sind, genügt. Oberstes Ziel dabei war es die Baukonfliktbewältigung für die Baubeteiligten effizienter zu ermöglichen ohne das Gerichtsverfahren als notwendiges Auffangnetz in Frage zu stellen. Da ein besonderes Augenmerk auf kurze und praxistaugliche Regelungen gelegt wurde, ist eine erläuternde Kommentierung hilfreich. Die Kommentierung soll auch aufzeigen, welche projektspezifischen Anpassungen möglich werden können und die Diskussion der - in rechtlicher und baubetrieblicher Hinsicht komplexen - Regelung eines Adjudikations-Verfahrens auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag vorbereiten.

2.2 Rechtsnatur der AO-Bau / DBGT

Die AO-Bau / DBGT ist ein auflösend bedingtes Schiedsgutachten, sodass neben den vertraglichen Regelungen der AO-Bau / DBGT die §§ 317 ff. BGB Anwendung finden. Die Verfasser der AO-Bau / DBGT haben gleichwohl für den Schiedsgutachter den Begriff des „Adjudikators“³ gewählt. Die Bindungswirkung des Schiedsgutachtens (Adjudikations-Entscheidung) des Adjudikators ist am mittleren gesetzlichen Standard des § 319 Abs. 1 S. 1 BGB orientiert. Die auflösende Bedingung tritt durch die Verkündung eines (Schieds-) Gerichtsurteils im sog. Abschlussverfahren ein (§§ 158 Abs. 2, 159 BGB). Innerhalb der Interimszeit zwischen Adjudikations-Entscheidung und Urteil im Abschlussverfahren kann das Schiedsgutachten mit gerichtlicher Hilfe durchgesetzt werden (sog. Vollstreckungsprozess).

Die Einordnung des Adjudikations-Verfahrens nach der AO-Bau / DBGT als Schiedsgerichtsverfahren scheidet schon deswegen aus, weil das rechtliche Gehör unter der Einschränkung des engen Fristenkorsetts von 60 Tagen steht und auch ein Ablehnungsverfahren wegen Befangenheit aus Beschleunigungsgründen nicht vorgesehen ist. Auch müssen die Parteien nicht zwingend gleichermaßen an der Benennung des Adjudikators beteiligt werden, soweit dieser unabhängig und unparteilich ist.

2.3 Verfahrensablauf

2.3.1 Einleitung des Verfahrens

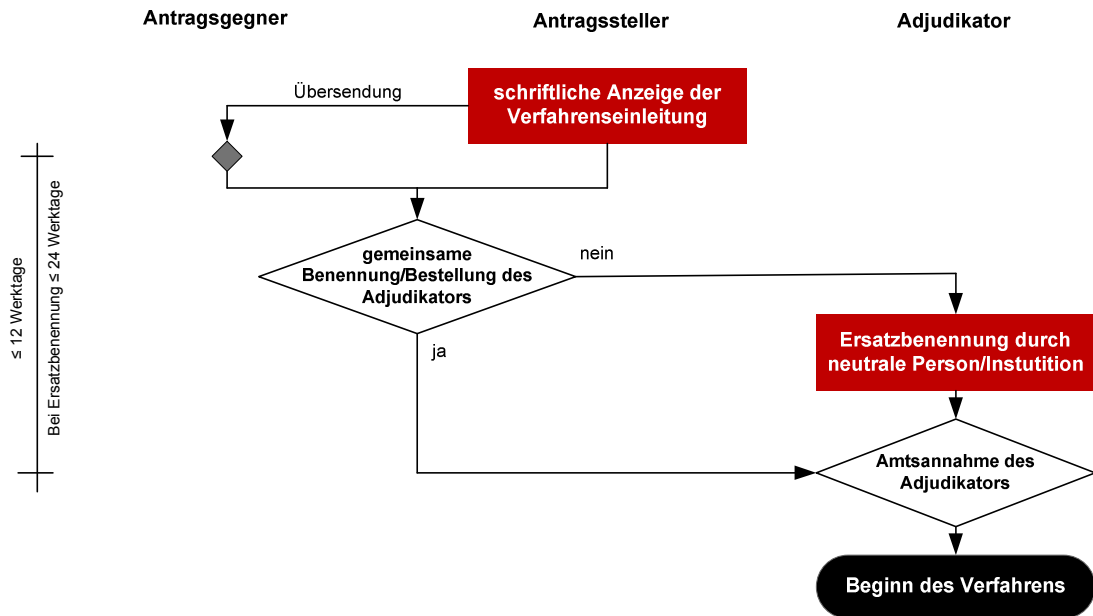
Das Adjudikations-Verfahren beginnt mit einer schriftlichen Anzeige der Verfahrenseinleitung. Die Parteien benennen spätestens zu diesem Zeitpunkt binnen 12 Tagen gemeinsam den Adjudikator. Scheitert eine Einigung auf die Person des Adjudikators, so kann der Deutsche Baugerichtstag e.V. angerufen werden, der eine Institution benennt, die wiederum die Benennung eines Adjudikators für die Parteien vornimmt. Diese Ersatzbenennung darf nicht

¹ Nunmehr bereits in der Alpha-Version fortentwickelt.

² Vgl. die Tagungsberichte des AKVII/2: *Aldinger*, [Tagungsbericht vom 12.02.2010](#), Forum Baukonfliktmanagement auf www.werner-baurecht.de; *Aldinger*, [BauR 2010, 266](#); *Rommen*, NZBau 1/2010, IX; *Breidenbach*, [Tagungsbericht vom 24.11.2009](#), Forum Baukonfliktmanagement auf www.werner-baurecht.de; *Rommen*, [BauR 2009, 1794](#); *Rommen*, NZBau 9/2009, IX; *Kattenbusch/Lotter*, [BauR 2009, 1488](#).

³ Kritisch zu diesem Begriff, *Lembcke*, IBR 2008, 1198; *Quack*, ZfBR 2009, 619.

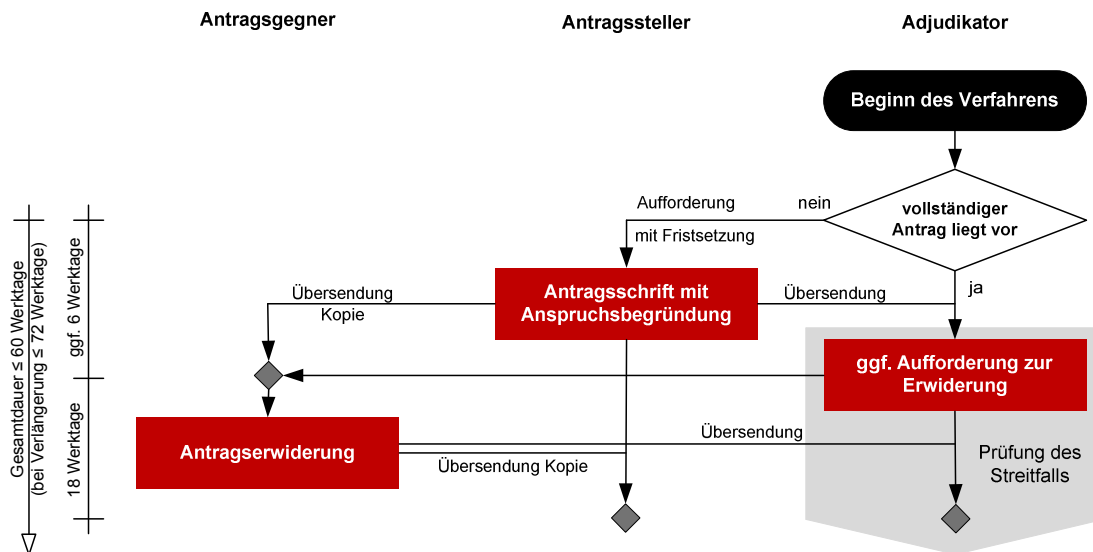
länger als weitere 12 Tage beanspruchen. In dieser Frist muss auch der Vertrag mit dem Adjudikator geschlossen werden. Sobald dieser sein Amt angenommen hat beginnt das Verfahren.



(Abb. 1 - Einleitung des Verfahrens)

2.3.2 Antrag und Erwiderung

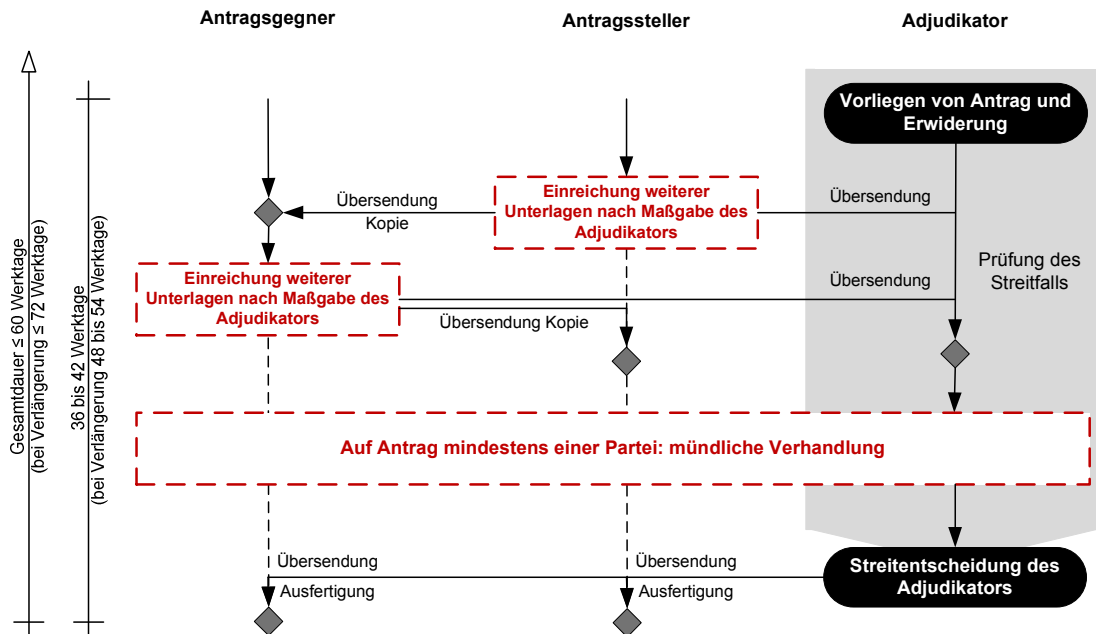
Der Adjudikator prüft, ob mit der schriftlichen Anzeige der Verfahrenseinleitung gleichzeitig der vollständige Antrag vorgelegt wurde, was zwingend dann erforderlich ist, wenn der Adjudikator bereits im Bauvertrag benannt und auch schon von den Parteien bestellt war. Dann entfällt nämlich das Benennungs- und Bestellungsverfahren. Musste der Adjudikator aber erst ad-hoc benannt oder bestellt werden, kann der Antragsgegner seinen vollständigen Antrag binnen 6 Tagen nach Amtsannahme nachreichen. Der Antragsgegner hat dann 18 Werktage Zeit um auf den Antrag zu erwidern.



(Abb. 2 - Antrag und Erwiderung)

2.3.3 Sachverhaltsermittlung und Entscheidung

Spätestens wenn Antrag und Erwiderung vorliegen, beginnt die Sachverhaltsermittlung durch den Adjudikator. Er kann von beiden Parteien das Einreichen weiterer Unterlagen verlangen. Auf Antrag einer Partei findet auch eine mündliche Verhandlung statt. Da das gesamte Verfahren höchstens 60 Werktage in Anspruch nehmen darf und nur für den Fall, dass der Adjudikator noch nicht benannt und bestellt war, weitere 6 Tage für das Vorlegen der Antragschrift eingeräumt werden, beträgt die Entscheidungsfrist 36 bis 42 Werktage. Mit Zustimmung des Antragstellers kann diese Frist um 12 Werktage verlängert werden, sodass dann 48 bis 54 Werktrage zur Verfügung stünden.

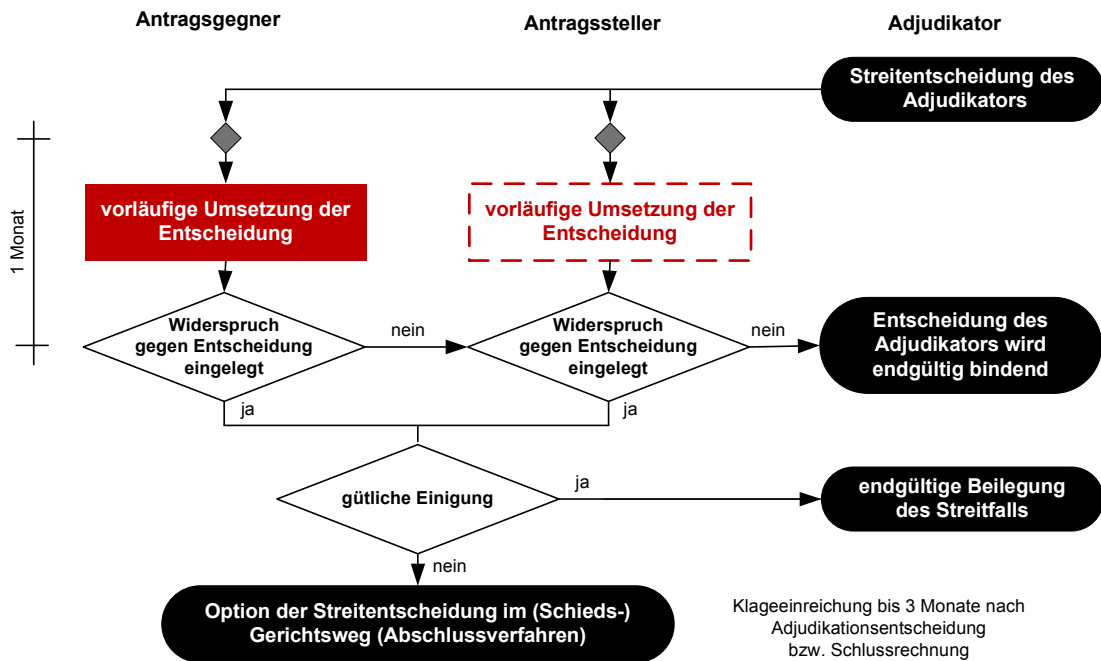


(Abb. 3 - Sachverhaltsermittlung und Entscheidung)

2.3.4 Abschlussverfahren

Sobald die Entscheidung den Parteien zugegangen ist, entfaltet diese Bindungswirkung. Die Entscheidung kann dann mit gerichtlicher Hilfe durchgesetzt werden (sog. Vollstreckungsprozess). Die Entscheidung ist aber von Anfang an unverbindlich, wenn diese offenbar unbillig ist (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB). Diese Einwendungen können gegen die Entscheidung bereits im Vollstreckungsprozess erhoben werden.

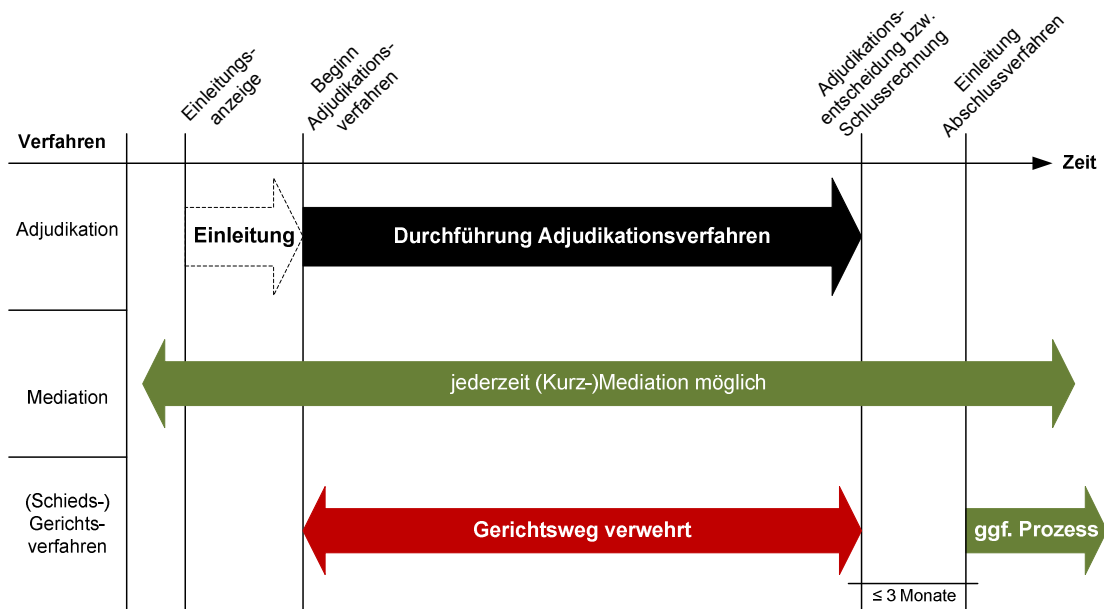
Binnen eines Monats nach Zugang müssen die Parteien gegen die Entscheidung Widerspruch einlegen, wenn sie sich eine umfängliche (schieds-) gerichtliche Prüfung im Abschlussverfahren offen halten wollen. Im Abschlussverfahren ist nicht die Adjudikations-Entscheidung, sondern der Anspruch aus dem Bauvertrag Streitgegenstand. Bei unterlassenem Widerspruch ist eine solche umfängliche gerichtliche Überprüfung ausgeschlossen. Spätestens binnen 3 Monaten nach Zugang der Adjudikations-Entscheidung oder Zugang der Schlussrechnung muss die (schieds-) gerichtliche Überprüfung stattfinden. Nach Ablauf dieser Frist ist diese Überprüfung ausgeschlossen.



(Abb. 4 - Abschlussverfahren)

2.3.5 Verhältnis zum Gerichts- und zum Mediations-Verfahren

Der Gerichtsweg ist nur während des Adjudikations-Verfahrens gesperrt. Ansonsten kann jederzeit ein Mediations-Verfahren betrieben werden. So wird durch die AO-Bau / DBG-T ein hybrides Verfahren aus Mediation/Adjudikation (MedAdj) ermöglicht. Voraussetzung für ein Mediations-Verfahren ist, dass sich beide Parteien hierauf verständigen. Es besteht dann die Möglichkeit mit Mediation oder Adjudikation zu beginnen und dann von einem Verfahren auf das andere Verfahren umzuschwenken.



(Abb. 5 - Verhältnis zum Gerichts- und zum Mediationsverfahren)

3 Bezugsklausel

Außergerichtliche Streitbeilegung

Die Parteien dieses Vertrages vereinbaren, dass alle Streitigkeiten aus und in Zusammenhang mit diesem Vertrag in einem Adjudikations-Verfahren nach der AO-Bau des Deutschen Baugerichtstages e.V. (AO-Bau / DBGT) mit vorläufig bindender Wirkung innerhalb kürzester Fristen in einem summarischen Verfahren entschieden werden.

3.1 Allgemeines

Die Bezugsklausel im Bauvertrag führt dazu, dass die AO-Bau / DBGT durch Verweisung Bestandteil des Bauvertrages wird. Da die AO-Bau / DBGT klar individualisierbar ist, muss diese nicht zwingend dem Bauvertrag beigelegt werden. Es genügt, wenn sich die Parteien Kenntnis vom Inhalt der AO-Bau / DBGT beschaffen können - etwa durch Einsichtnahme im Internet. Die tatsächliche Kenntnisnahme ist für den rechtsgeschäftlichen Einbezug nicht erforderlich (§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB).

Auch wenn der Bauvertrag vorformuliert wurde und es sich bei diesem um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, kann die AO-Bau / DBGT zwischen Unternehmern im Sinne von § 14 Abs. 1 BGB durch Verweisung einbezogen werden. Die AO-Bau / DBGT ist dann selbst als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren. Schiedsgutachtenklauseln sind im Verhältnis zwischen Unternehmen innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht zu beanstanden. Für nur vorläufig bindende Schiedsgutachten kann daher nichts anderes gelten.

3.2 Aus und in Zusammenhang mit diesem Vertrag

Die AO-Bau / DBGT gilt für alle Streitigkeiten „aus und in Zusammenhang mit diesem Vertrag“. Hieraus folgt, dass nicht nur originäre vertragliche Ansprüche aus dem Bauvertrag, sondern auch deliktische Ansprüche erfasst sind, die mit dem Bauvertrag im Zusammenhang stehen. Zudem gilt die AO-Bau / DBGT auch für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Nachträgen oder angeordneten Leistungsänderungen. Die Streitigkeit kann etwa die Frage betreffen, ob überhaupt ein Nachtrag vorliegt, welche Vergütungshöhe geschuldet ist oder auch, ob eine Nachtragsleistung mangelhaft erbracht wurde. Das Verfahrensbegehren (§ 3 Satz 2c AO-Bau / DBGT) konkretisiert den Inhalt der Streitigkeit.

3.3 Alt. 1: Als Adjudikator wird benannt: [.....]

Die Alt. 1 der Bezugsklausel ermöglicht es, bereits mit Bauvertragsschluss einen Adjudikator zu benennen. Die Benennung beinhaltet die Einigung der Parteien des Bauvertrages auf die Person des Adjudikators. Der Adjudikator wird hierdurch nicht verpflichtet. Die Parteien des Bauvertrages müssen hierfür einen weiteren Vertrag mit dem Adjudikator schließen (sog. Bestellung), indem die AO-Bau / DBGT einbezogen werden muss, damit die in dieser enthaltenden Regelungen auch im Verhältnis zum Adjudikator gelten.

Auch wenn die AO-Bau / DBGT als Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart wurde, kann der Verwender einen Adjudikator bereits einsetzen.⁴ Voraussetzung ist aber, dass dieser unabhängig und unparteilich ist (§ 2 Abs. 2 Satz 1 AO-Bau / DBGT). Diese Vorgehensweise wird aber beim Verwendungsgegner zu wenig Akzeptanz des Entscheidungsträgers und damit mittelbar zu einem Akzeptanzverlust der Entscheidung führen, sodass die erhöhte Gefahr besteht, dass dieser gegen die Entscheidung angehen wird.

Mit einer Benennung zum Zeitpunkt des Bauvertragsschlusses nehmen sich die Parteien zudem die Chance, entsprechend der fachlichen Thematik der Streitigkeit einen entsprechend qualifizierten Adjudikator zu benennen. Zudem wird für den Adjudikator auch eine Bereitschaftsgebühr aufgewendet werden müssen, damit sich dieser Vakanzen zur jederzei-

⁴ BGH, Urt. v. 09.07.1981 - VII ZR 139/80, Juris, Rn. 26 = BGHZ 81, 229 ff.; BGH, Urt. v. 29.10.2008 - XII ZR 165/06, Juris, Rn. 31. In diesem Fall ist der Bundesgerichtshof sogar davon ausgegangen, dass es dem übereinstimmenden Parteiwillen entspräche, dass eine Schiedsstelle eingeschaltet werden sollte, die ausschließlich durch eine Partei benannt wurde, vgl. Rn. 28 f.; [OLG Koblenz, Urt. v. 15.03.2000 - 3 U 904/98](#), NZBau 2000, 562; [Priebe, Aufsatz vom 26.06.2009](#), Forum Baukonfliktmanagement in [werner-baurecht.de](#), S. 10 f.; [Rieble](#), in: Staudinger (2004), § 317 Rn. 42; [Mayer-Maly](#), in: Staudinger (1979), § 317 Rn. 25.

tigen Übernahme des Verfahrens (§ 2 Abs. 3 AO-Bau / DBGT) offen hält. Bei Benennung mit Bauvertragsschluss kommt daher vornehmlich ein Adjudikator mit juristischer oder baubetrieblicher Ausbildung in Betracht, der sich dann entsprechend der Streitthematik fachtechnischen Sachverstand durch Dritte (§ 2 Abs. 5 Satz 1 AO-Bau / DBGT) einholen muss.

3.4 Alt. 2: Können sich die Parteien nicht auf die Person des Adjudikators verständigen, so wird gem. § 3 Satz 5 AO-Bau / DBGT auf Antrag einer Partei Frau/Herr/Institution [.....] (sog. Benenner) einen Adjudikator bestimmen. Sofern diese/r verhindert ist, bestimmt der Deutsche Baugerichtstag e.V. in Hamm/Westf., vertreten durch seine Geschäftsstelle, einen Benenner.

Soweit von Alt. 1 kein Gebrauch gemacht wurde, sieht Alt. 2 vornehmlich eine konsensuale Vereinbarung der Parteien hinsichtlich der Person des Adjudikators vor. Wenn diese scheitert, findet sekundär eine Benennung durch einen sog. Benenner statt. Die Parteien sollten daher zwingend einen Benenner in den Vertrag aufgenommen haben. Anderenfalls droht eine vermeidbare Verzögerung durch eine „tertiäre Benennung“ durch den Deutschen Baugerichtstag e.V. Dieser benennt aber nur einen Benenner, dieser benennt dann erst den Adjudikator. Diese Regelung hat den rechtspolitischen Hintergrund, dass der Deutsche Baugerichtstag e.V. nicht mit potenziellen Benennern in Konkurrenz treten will, damit sich die AO-Bau / DBGT flächendeckend etablieren kann.

4 Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau / DBGT)

4.1 Präambel

4.1.1 Satz 1 und Satz 2

¹Ziel dieser Verfahrensordnung ist eine außergerichtliche, schnelle, kostengünstige und faire Streiterledigung zwischen den Parteien dieses Vertrages, die keine Verbraucher sind, ohne Verzicht auf (schieds-) gerichtlichen Rechtsschutz. ²Die Verfahrensordnung enthält daher folgende Elemente:

- **Ein bau- und rechtserfahrener, neutraler Dritter soll**
- **aufgrund einer summarischen Sachverhalts- und Rechtsprüfung,**
- **innen 60 Tagen, sofern die Parteien im Bezugsvertrag nichts anderes geregelt haben,**
- **mit vorläufiger Bindungswirkung zu einer Entscheidung kommen,**
- **die durch staatliche Gerichte bzw. ein Schiedsgericht korrigierbar ist.**

Die AO-Bau ist nur anwendbar, wenn keine der Bauvertragsparteien „Verbraucher“ ist. „Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“ (§ 13 BGB). Eine Adjudikations-Klausel könnte mit der rechtlichen Einordnung als Schiedsgutachtenklausel innerhalb Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sein, sodass Verbraucher vom Anwendungsbereich der AO-Bau / DBGT ausgeschlossen sind. Da es sich jedoch nur um ein vorläufig bindendes Schiedsgutachten handelt, ist diese Ansicht keinesfalls zwingend.

Satz 1 und Satz 2 der Präambel beschreiben den Sinn und Zweck der AO-Bau / DBGT. Diese Sätze können daher zur Auslegung i.S.d. §§ 133, 157 BGB für die Regelungen der AO-Bau / DBGT herangezogen werden.

4.1.2 Satz 3: **In jedem Stadium des Verfahrens soll auf eine gütliche Einigung hingewirkt werden.**

Nach Satz 3 müssen die Parteien des Bauvertrages und der Adjudikator auf eine gütliche Einigung hinwirken.

Die Parteien sind daher gehalten, jederzeit die Möglichkeit einer konsensualen Lösung ihrer Streitigkeit auszuloten. Eine Vereinbarung nach gescheiterten bilateralen Verhandlungen auf ein Mediations-Verfahren ist wohl der kostengünstigste Weg der Streitbeilegung und

kann zudem zu einer endgültigen Lösung führen. Eine Vereinbarung kann auch entsprechend § 13 AO-Bau / DBGT auflösend bedingt durch eine endgültige (Schieds-) Gerichtsvereinbarung geschlossen werden, sodass wenigstens eine vorläufige Streitbeilegung erreicht wird, um die Projektabwicklung nicht zu gefährden.

Der Adjudikator wird durch Satz 3 verpflichtet, die Parteien nach Möglichkeit zu einer solchen Vereinbarung zu bewegen. Hierzu muss er die Parteien auch über die Möglichkeit und den Ablauf eines Mediations-Verfahrens aufklären. Bevor er eine Adjudikations-Entscheidung trifft, muss er den Parteien auf dieser Grundlage eine Vereinbarung empfehlen. Der Adjudikator muss den Parteien daher auch Teilergebnisse des Adjudikations-Verfahrens mitteilen, wenn insoweit die Möglichkeit besteht, dass sich die Parteien auf dieser Grundlage bereits einigen könnten. Die Förderung einer gütlichen Vereinbarung durch den Adjudikator wird zusätzlich durch die Prämienregelung in § 15 S. 8 AO-Bau / DBGT unterstützt.

4.1.3 Satz 4: Die Parteien können auch noch während des Verfahrens eine konsensuale Konfliktlösungsmethode, insbesondere die Mediation, vereinbaren.

4.1.3.1 Kommentierung

Satz 4 enthält den zutreffenden Hinweis darauf, dass auch das Mediations-Verfahren ein sehr geeignetes und kostengünstiges Streitbeilegungsverfahren ermöglicht.⁵ Die AO-Bau / DBGT eröffnet damit die Möglichkeit eines hybriden Verfahrens (MedAdj), welches größtmögliche Flexibilität gewährleistet.⁶

4.1.3.2 Projektspezifische Anpassungsmöglichkeiten

Die Parteien können die AO-Bau / DBGT auch sogleich um grundlegende Regelungen für die Durchführung eines Mediations-Verfahrens ergänzen, sodass im Streitfall nur noch eine Einigung darüber erzielt werden muss, ob ein Mediations-Verfahren durchgeführt werden soll.

4.1.3.2.1 Regelungsvorschlag einer Mediations-Klausel

¹Auf Vorschlag des Adjudikators oder einer Partei kann ein Mediationsverfahren angestrengt werden, wenn beide Parteien diesem zustimmen. ²Der Mediator sollte vom Adjudikator personenverschieden sein. ³Erklärungen oder offen gelegte Unterlagen der Parteien oder andere Umstände, die innerhalb des Mediationsverfahrens erstmalig bekannt werden, sind innerhalb des Adjudikations-Verfahrens nach dieser Verfahrensordnung und anderen Drittentscheidungsverfahren nicht verwertbar, es sei denn, diesem stehen gewichtige übergeordnete Interessen der Parteien entgegen. ⁴Unterlagen der Parteien oder andere Umstände, die im Zuge der Amtsermittlung durch einen Dritten bekannt werden, bleiben hiervon unberührt. ⁵Der Mediator und andere am Mediationsverfahren beteiligte Parteien oder Dritte können insoweit nicht als Zeugen benannt werden. ⁶Die Fristen dieser Verfahrensordnung bleiben vom Mediations-Verfahren grundsätzlich unberührt. ⁷Kommt innerhalb des Mediations-Verfahrens keine Vereinbarung zwischen den Parteien zu Stande, bleibt es den Parteien unbenommen, den Mediator mit einer nicht bindenden Schlichtungsempfehlung zu beauftragen.

4.1.3.2.2 Kommentierung

4.1.3.2.2.1 Satz 1: Auf Vorschlag des Adjudikators oder einer Partei kann ein Mediationsverfahren angestrengt werden, wenn beide Parteien diesem zustimmen.

Satz 1 stellt klar, dass beide Parteien einem Mediations-Verfahren zustimmen müssen und keine wie auch immer geartete Zwangsmediation durchlaufen werden muss, damit ein Adjudikations-Verfahren betrieben werden darf. Dieses wäre mit dem konsensualen Charakter des Mediations-Verfahrens unvereinbar, weil ein Mediations-Verfahren durch die Parteien gewollt sein muss, damit dieses von Erfolg gekrönt ist. Die drohende Adjudikations-Entscheidung beeinflusst im Vorwege eines möglichen Adjudikations-Verfahrens die Chancen eines Mediations-Verfahrens ohnehin positiv.

⁵ Lembcke, IBR 2009, 1128.

⁶ Lembcke, ZKM 2009, 122 ff.

4.1.3.2.2.2 Satz 2: Der Mediator sollte vom Adjudikator personenverschieden sein.

Satz 2 beinhaltet lediglich eine Empfehlung, die überwiegend schon deswegen eingehalten werden wird, weil nur ausnahmsweise ein Dritter bereit stehen wird, der die Qualifikation hat, sowohl als Mediator, als auch als Adjudikator zu agieren. Die Vorschrift bezweckt aber vor allem den Schutz des vertraulichen Rahmens des Mediations-Gesprächs. Der Mediator soll die Interessen der Parteien nicht in einem späteren Adjudikations-Verfahren gegen eine Partei verwenden können, weil dann zu befürchten stünde, dass die Parteien ihre Interessen innerhalb des Mediations-Gesprächs nicht offenbaren.

Der Adjudikator wäre aber nicht per se durch den Umstand befangen, dass er zuvor als Mediator zwischen den Parteien den Verhandlungsprozess geleitet hat. Hinzutreten müssten weitere Umstände aufgrund des spezifischen Ablaufs des Mediationsverfahrens.⁷

4.1.3.2.2.3 Satz 3: Erklärungen oder offengelegte Unterlagen der Parteien oder andere Umstände, die innerhalb des Mediationsverfahrens erstmalig bekannt werden, sind innerhalb des Adjudikations-Verfahrens nach dieser Verfahrensordnung und anderen Drittscheidungsverfahren nicht verwertbar, es sei denn, diesem stehen gewichtige übergeordnete Interessen der Parteien entgegen.

Ebenso wie Satz 2, soll auch Satz 3 die Vertraulichkeit des Mediations-Gesprächs schützen. Es besteht daher ein umfassendes Verwertungsverbot aller im Mediations-Gespräch angesprochener Dinge. Sind diese schon vorher bekannt gewesen, entfällt denknottwendig das Schutzbedürfnis, sodass es darauf ankommt, dass diese „innerhalb des Mediationsverfahrens erstmalig bekannt werden“. Eine Ausnahme ergibt sich dann, wenn der Nichtverwertung der vertraulichen Umstände „gewichtige übergeordnete Interessen“ entgegenstehen. Die Nichtverwertung muss zur Erfüllung des Tatbestandes für eine Partei eine unzumutbare Härte bedeuten, sodass auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zurückzugreifen ist.

4.1.3.2.2.4 Satz 4: Unterlagen der Parteien oder andere Umstände, die im Zuge der Amtsermittlung durch einen Dritten bekannt werden, bleiben hiervon unberührt.

Soweit innerhalb des Mediations-Verfahrens Dinge offenbart wurden, die später durch einen Dritten ermittelt werden, der mit Amtsermittlungsbefugnissen ausgestattet ist - insbesondere der Adjudikator im anschließenden Adjudikations-Verfahren -, so können diese Dinge verwertet werden. Die Parteien sind insoweit hinreichend darüber geschützt, dass ihre Mitwirkungspflichten (§ 6 Abs. 2 Satz 4 AO-Bau / DBGT) gegenüber dem Adjudikator zur Sachverhaltsermittlung ihre Grenze in der „Zumutbarkeit“ haben.

4.1.3.2.2.5 Satz 5: Der Mediator und andere am Mediationsverfahren beteiligte Parteien oder Dritte können insoweit nicht als Zeugen benannt werden.

Die Vertraulichkeit des Mediations-Gesprächs wird auch durch Satz 5 abgesichert, indem vertrauliche Umstände nicht mittelbar durch einen Zeugenbeweis durch Benennung am Mediations-Verfahren beteiligter Personen in ein anderes Verfahren eingebracht werden können.

4.1.3.2.2.6 Satz 6: Die Fristen dieser Verfahrensordnung bleiben vom Mediations-Verfahren grundsätzlich unberührt.

Die Fristen des Adjudikations-Verfahrens sollen durch konsensuale Einigungsversuche der Parteien grundsätzlich unberührt bleiben. Dieses hat den Vorteil, dass das Mediations-Verfahren nicht dazu genutzt werden kann, die Anspruchsverfolgung zu verzögern. Die Parteien sind vielmehr gehalten, sich zügig auf einen Mediator und eine Mediations-Ordnung zu einigen und das Mediations-Verfahren durchzuführen, um eine drohende Adjudikations-Entscheidung zu vermeiden. Die Parteien können aber auch vereinbaren, dass das Adjudikations-Verfahren bis zum Abschluss eines Mediations-Verfahrens ruht.

4.1.3.2.2.7 Satz 7: Kommt innerhalb des Mediations-Verfahrens keine Vereinbarung zwischen den Parteien zu Stande, bleibt es den Parteien unbenommen, den Mediator mit einer nicht bindenden Schlichtungsempfehlung zu beauftragen.

⁷ LAG Frankfurt, Beschl. v. 07.07.2009 - 12 Ta 304/09, IBR 2009, 3370 m. Anm. Lembcke.

Satz 7 eröffnet die Möglichkeit, dass ein Mediator auch als Schlichter tätig wird. Nach klassischem Verständnis gibt der Mediator keine eigenständigen Vorschläge ab, wie die Streitigkeit beigelegt werden könnte. Die Parteien können nach Satz 7 den Mediator als Schlichter beauftragen, wenn die Mediation gescheitert ist. Dieses hat den Vorteil, dass der Sachverhalt schon aufbereitet ist und sich der Mediator nicht erneut als Schlichter einarbeiten muss. Je größer die Reputation des „Schlichter-Mediators“ ist, desto eher ist sein Einigungsvorschlag dazu angetan, dass die Parteien diesem freiwillig folgen und auf dieser Grundlage eine Vereinbarung schließen.

4.2 § 1 Anwendungsbereich

4.2.1 Satz 1: *Das Verfahren gilt für jede Streitigkeit, die gemäß Vereinbarung der Parteien, in einem Bezugsvertrag nach dieser Verfahrensordnung mit vorläufig bindender Wirkung entschieden werden soll.*

Das Verfahren nach der AO-Bau / DBGT gilt nach Satz 1 für „jede Streitigkeit“, da die AO-Bau eine umfassende Streitbeilegung bezweckt. Jede Streitigkeit meint daher, dass nicht nur reine Feststellungen über das vertraglich vereinbarte erfasst sind, sondern auch Vertragsergänzungen oder -änderungen durch den Adjudikator angeordnet werden können. Ist beispielsweise streitig, ob eine bestimmte Statik ordnungsgemäß geplant ist, kann der Adjudikator auch anordnen, welche Änderungen vorzunehmen sind, soweit dieses von einer Partei beantragt wurde. Die strikte Trennung von reinen Feststellungen einerseits und Vertragsergänzungen und -änderungen andererseits, wäre ohnehin nicht möglich.

Der Adjudikator entscheidet auch darüber, ob es sich bei einer Partei um einen Verbraucher im Sinne der Präambel AO-Bau / DBGT handelt oder es sich um eine Streitigkeit im Sinne der Bezugsklausel („aus und in Zusammenhang mit diesem Vertrag“) handelt.

4.2.2 Satz 2: *Der Adjudikator entscheidet auch über seine Zuständigkeit und die Wirksamkeit dieser Verfahrensordnung.*

Auch Satz 2 bezweckt eine umfassende Streitbeilegung durch den Adjudikator. Es soll verhindert werden, dass sich eine Partei auf die fehlende Zuständigkeit oder die Unwirksamkeit der Verfahrensordnung berufen kann und der Adjudikator hierüber nicht entscheiden darf. Der Antragsgegner könnte anderenfalls jedes Adjudikations-Verfahren mit entsprechenden Behauptungen zum Erliegen bringen, weil erst innerhalb eines langwierigen Gerichtsverfahrens die Zuständigkeit des Adjudikators oder die Wirksamkeit der Verfahrensordnung geklärt werden würde.

4.2.2.1 „seine Zuständigkeit“

Das Tatbestandsmerkmal „seine Zuständigkeit“ erfasst vornehmlich Streitigkeiten darüber, ob der Adjudikator ordnungsgemäß benannt wurde (sog. „Kompetenz-Kompetenz“) und Kraft seines Amtes über die ihm angetragene Streitigkeit entscheiden darf.

4.2.2.2 „die Wirksamkeit dieser Verfahrensordnung“

Der Adjudikator darf auch über „die Wirksamkeit dieser Verfahrensordnung“ entscheiden, was in der Literatur teilweise im Zusammenhang mit Schiedsgutachtenklauseln bei fehlender Vereinbarung anders beurteilt wird.⁸ Daher führt eine ausdrückliche Regelung zu mehr Rechtssicherheit über die Reichweite der Entscheidungsbefugnis des Adjudikators.

Dieser Regelung kommt vor allem dann Bedeutung zu, wenn die AO-Bau / DBGT als Allgemeine Geschäftsbedingung in den Vertrag einbezogen wurde. Die Wirksamkeit meint dann den rechtlichen Bestand der AO-Bau / DBGT vor dem Hintergrund der §§ 305 ff. BGB. Soweit an der Wirksamkeit Zweifel bestehen, werden diese innerhalb dieser Kommentierung zu den einzelnen Regelungen der AO-Bau / DBGT angesprochen und ausgeräumt.

⁸ Rieble, in: Staudinger (2004), § 315 Rn. 54.

4.2.2.3 Satz 3: Streitigkeiten können während des jeweiligen Verfahrens nicht zum Gegenstand eines ordentlichen (Schieds-)Gerichtsverfahrens gemacht werden.

„(Schieds-) Gerichtsverfahren“ meint keine Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Die Parteien bezwecken mit dem Adjudikations-Verfahren eine schnelle Streitbeilegung. Daher sollen die Parteien während eines Adjudikations-Verfahrens nicht mit einem zusätzlichen Gerichtsverfahren beschäftigt werden, das ohnehin erst zu einem späteren Zeitpunkt zu einer Entscheidung gelangt und bis dahin Vakanz der Parteien bindet. Dieses gilt aber gerade nicht für den einstweiligen Rechtsschutz, weil auch hier eine schnelle Entscheidung zu erwarten steht. Zudem geht diese in der Rechtsfolge wesentlich weiter als eine Adjudikations-Entscheidung, weil diese sofortig vollziehbar ist (§ 929 ZPO), während eine Adjudikations-Entscheidung nur eine vertragliche Pflicht begründet.

4.2.2.4 Satz 4: Eine Streitigkeit liegt vor, wenn eine Partei schriftlich gegenüber der anderen Partei einen Anspruch geltend gemacht oder die Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder rechtserheblicher Tatsache oder einzelner Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses zur Feststellung angetragen hat und der Anspruch oder die Feststellung von der anderen Partei nicht binnen angemessener Frist erfüllt oder schriftlich festgestellt wurde.

4.2.2.4.1 „Streitigkeit“

Jede Streitigkeit im Sinne von Satz 1 meint nach Satz 4 zudem, dass nicht nur Anträge im Sinne der ZPO erlaubt sind. Daher sind auch Streitigkeiten erfasst, bei denen ein rechtliches Interesse i.S.d. § 256 Abs. 1 ZPO fehlt - etwa die Feststellung, dass eine Schaufel umgefallen ist. Diese Auslegung ist schon deswegen geboten, weil es ansonsten einer Partei frei stünde, verschiedene Streitigkeiten zu sammeln, ohne dass der Vertragspartner diese Streitigkeit zuvor durch Feststellung in das Verfahren einbringen könnte, weil diesem nach der ZPO überwiegend das Feststellungsinteresse fehlen würde. Dann aber könnte dieser nicht steuern, dass keine derart komplexen Streitigkeiten anschwellen, die innerhalb eines Adjudikations-Verfahrens einer schnellen Lösung entgegenstünden. Bezweckt ist eine schnelle Streitbeilegung, die nur zu erreichen ist, wenn die Parteien in einen Wettlauf versetzt werden, die Einzelstreitigkeiten möglichst zeitnah nach deren Entstehen in das Adjudikations-Verfahren einzubringen.

4.2.2.4.2 „schriftlich gegenüber der anderen Partei (...) und (...) von der anderen Partei nicht binnen angemessener Frist erfüllt oder schriftlich festgestellt wurde.“

Vor Verfahrensbeginn muss der Antragsteller den Anspruch gegenüber dem Antragsgegner schriftlich geltend gemacht haben, damit eine „Streitigkeit“ im Sinne der AO-Bau / DBGT vorliegt. Satz 4 verhindert zum einen ein überfallartiges Vorgehen des Antragstellers (sog. Ambushing), da dieser die Streitigkeit jederzeit geltend machen kann und entsprechend mit einem von langer Hand vorbereiteten Antrag in das Adjudikations-Verfahren gehen kann, dem Antragsgegner aber nur die kurze Erwidierungsfrist nach § 5 Abs. 2 AO-Bau / DBGT bleibt. Zum anderen ist das schriftliche Geltendmachen dazu angetan, noch einmal eine Warnung hinsichtlich des drohenden Adjudikations-Verfahrens abzugeben und gibt die Möglichkeit, eine konsensuale Lösung auszuschöpfen.

Der Antragsgegner bekommt auf die Geltendmachung des Anspruches eine angemessene Frist gesetzt, den Anspruch zu erfüllen oder schriftlich festzustellen. Die Frist berechnet sich danach, wie lange aus der Warte eines subjektiven Betrachters die Prüfung der Berechtigung des Anspruches oder die Feststellung durch einen redlichen Vertragspartner (potenziellen Antragsgegner) benötigt.

4.3 § 2 Adjudikator

4.3.1 Absatz 1: Das Amt des Adjudikators wird von einer natürlichen Einzelperson ausgeübt.

4.3.1.1 Kommentierung

Der Mensch ist als „natürliche Person“ in seiner Rolle als Rechtssubjekt zu verorten. Er ist Träger von Rechten und Pflichten. Im Gegensatz hierzu sind Rechtssubjekte, die keine na-

türlichen Personen sind, juristische Person (§§ 21 ff. BGB). Natürliche Personen müssen mindestens beschränkt geschäftsfähig sein.⁹ Das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) steht der Tätigkeit von Nichtjuristen als Adjudikator nicht entgegen.¹⁰

Einzelperson meint, dass kein Gremium von mehreren Entscheidern als Adjudikator bzw. Adjudikatoren-Gremium (sog. Dispute Adjudication Board) mit der Entscheidung betraut wird. Die AO-Bau / DBG-T folgt damit dem kostengünstigsten Regelungsansatz, indem nur Kosten für einen Adjudikator anfallen. Durch die Möglichkeit diesen ad-hoc - also erst im konkreten Streitfall - zu benennen, kann bereits eine streitgegenstandsspezifische Auswahl hinsichtlich der Person des Adjudikators getroffen werden. Stellt sich heraus, dass innerhalb des Verfahrens anderweitige fachliche Expertise notwendig wird oder der Umfang der Streitigkeit innerhalb der Entscheidungsfrist nur mit weiterer quantitativer Hilfe zu bewältigen ist, kann der Adjudikator „Sachverständige oder andere Fachleute hinzuziehen“ (§ 2 Abs. 5 S. 1 AO-Bau / DBG-T).

4.3.1.2 Projektspezifische Anpassungsmöglichkeiten

Ein Adjudikatoren-Gremium kann sich aber aus zwei Gründen anbieten.

4.3.1.2.1 Minimierung von Fehlentscheidungen

Zum einen werden durch ein Adjudikatoren-Gremium, das mit Personen derselben Fachrichtung besetzt ist, Fehlentscheidungen weitgehend ausgeschlossen, weil sich nicht ein Entscheider mit einer „Mindermeinung“ gegenüber den anderen Gremiumsmitgliedern durchsetzen kann. Dieses setzt aber voraus, dass das Gremium mit Mehrheit entscheidet. Dieses sollte ausdrücklich geregelt werden, weil das Gesetz „im Zweifel“ (§ 317 Abs. 2, 1. HS BGB) vom Einstimmigkeitsprinzip ausgeht. Bei einer geraden Zahl von Adjudikatoren sollte eine Regelung aufgenommen werden, wonach die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gibt.

4.3.1.2.2 Permanentes Gremium

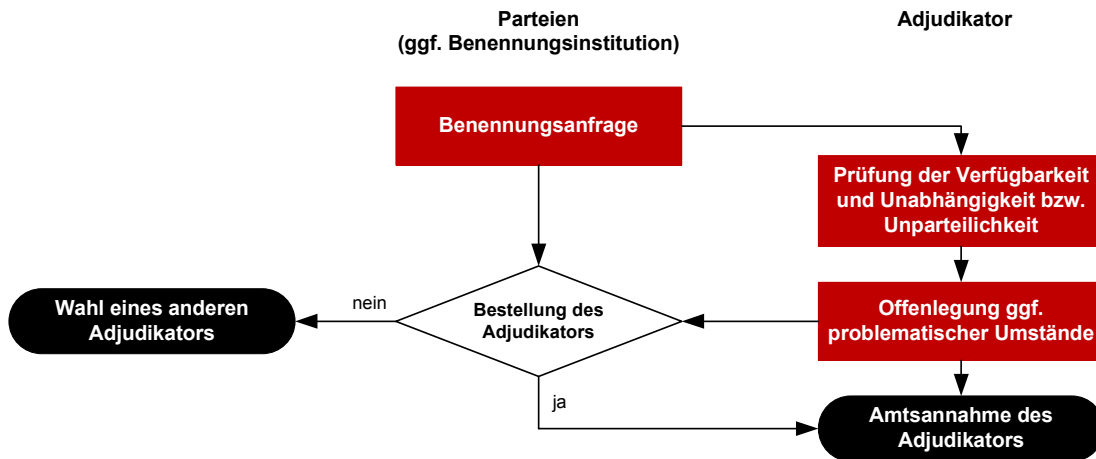
Es besteht auch die Möglichkeit, ein permanentes Gremium zu benennen, das also nicht erst ad-hoc im konkreten Streitfall aktiv wird, sondern bereits mit Beginn der Projektentwicklung mit der stand-by Adjudikatorentätigkeit betraut wird. Durch eine regelmäßige Unterrichtung des Gremiums lässt sich so die Einarbeitungszeit in den konkreten Streitfall sparen und es wird eine schnellere Entscheidung möglich. Das Gremium sollte in diesem Fall interdisziplinär besetzt werden, sodass für jeden möglichen Konflikt bereits ein Adjudikator mit dem Bauvorhaben vertraut ist. Auch bei einem permanenten Gremium sollte die Beschlussfassung geregelt werden. Sicherlich ist es nicht sinnvoll, einen Mehrheitsbeschluss zu verlangen, weil jeder Adjudikator nur über einen begrenzten, fachtechnisch umrissenen Teilaspekt der Streitigkeit befinden kann. Von ihm kann daher nicht verlangt werden, dass er eine Entscheidung trifft, die er in fachlicher Hinsicht gar nicht beurteilen kann. Daher sollte jeder Adjudikator innerhalb seines fachlichen Bereiches entscheiden. Liegen Teilaspekte auf der Schnittstelle unterschiedlicher Disziplinen, so sollte auch hier die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag geben.

4.3.2 Absatz 2:

Wird eine Benennungsanfrage an einen potenziellen Adjudikator gerichtet, so hat dieser darüber Auskunft zu geben, ob Umstände vorliegen, die seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in Zweifel ziehen könnten. Die Parteien entscheiden dann auf dieser Grundlage, ob die den Adjudikator bestellen wollen.

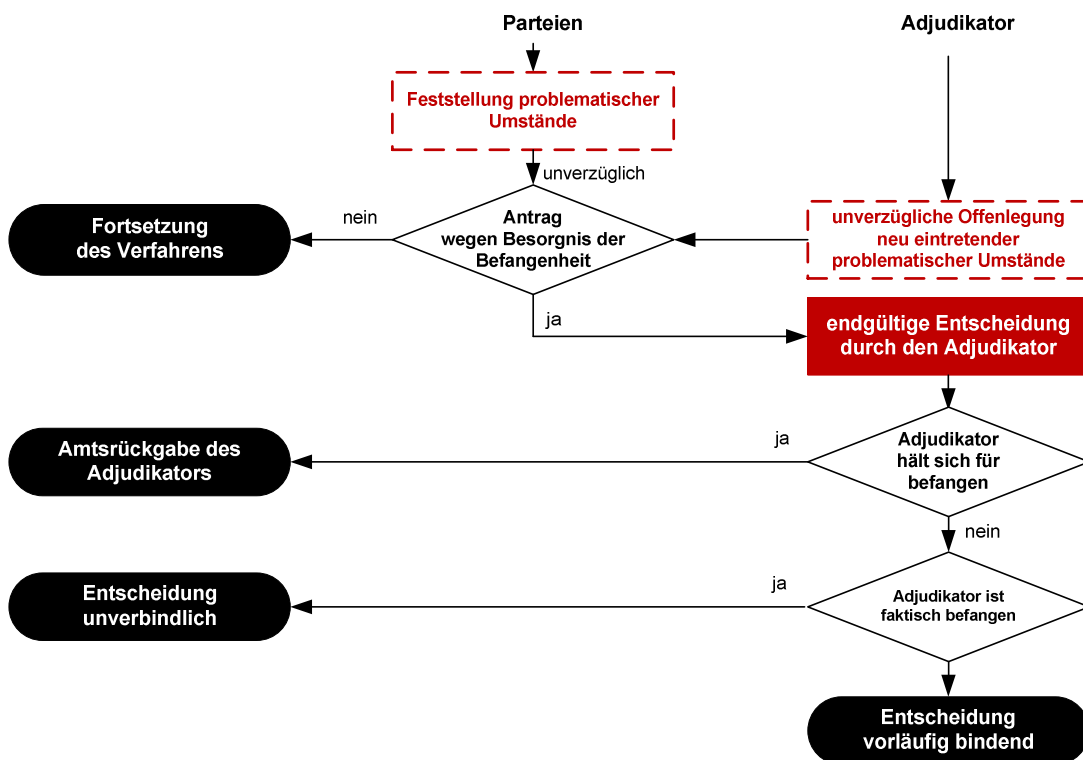
⁹ Joussem, AcP 203 (2003), 429, 434; Rieble, in: Staudinger (2004), § 317 Rn. 28.

¹⁰ Lembcke, IBR 2009, 3566 (Werkstatt).



(Abb. 6 - Befangenheit und Verhinderung vor Verfahrensbeginn)

Werden erst während des Verfahrens problematische Umstände bekannt, so haben die Parteien und der Adjudikator diese unverzüglich zu monieren bzw. offen zu legen. Auf einen Antrag wegen Besorgnis der Befangenheit entscheidet der Adjudikator endgültig. Eine zweite Instanz - etwa die Benennungsinstitution - ist nicht vorgesehen, damit das Verfahren nicht für Verzögerungen missbraucht werden kann. Ist der Adjudikator befangen und führt er das Verfahren trotzdem fort, so ist die Entscheidung von Anfang an unverbindlich (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB).



(Abb. 7 - Befangenheit und Verhinderung während des Verfahrens)

4.3.2.1 Satz 1 und Satz 2: ¹Der Adjudikator hat das ihm übertragene Amt nach bestem Wissen und Gewissen unparteiisch und unabhängig auszuüben. ²Der Adjudikator muss die Übernahme des Amtes ablehnen, wenn Umstände vorliegen, die berechnigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, insbesondere aus Gründen der §§ 41, 42 ZPO, aufkommen lassen.

Der Adjudikator muss Unparteilichkeit und Unabhängigkeit (Satz 1) sein, wobei schon „berechnigte Zweifel“ (Satz 2) dazu führen, dass er das Amt nicht annehmen darf. Hinsichtlich der Befangenheitsgründe wird ausdrücklich auf die §§ 41, 42 Abs. 2 ZPO verwiesen.

Nach § 41 ZPO ist der Richter in Sachen von seinem Amt ausgeschlossen, in denen er selbst Partei ist oder bei denen er zu einer Partei in dem Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen steht. Er ist auch in Sachen seines Ehegatten und seines Lebenspartners (auch wenn die Ehe oder Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht) ausgeschlossen. Dieses gilt auch in Sachen einer Person, mit der er in gerader Linie verwandt oder verschwägert ist, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war. Soweit er in Sachen, in denen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist, tätig wird, ist er vom Amt ausgeschlossen.

„Wegen Besorgnis der Befangenheit findet eine Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen“ (§ 42 Abs. 2 ZPO). Es gelten also dieselben Fallgruppen, die für einen Richter und Schiedsrichter in der Rechtsprechung entwickelt wurden.

4.3.2.2 Satz 3 und Satz 4: ³*Vor Amtsübernahme hat er alle Umstände offen zu legen, die solche Zweifel wecken könnten.* ⁴*Auch während des Verfahrens muss er neu eintretende Umstände unverzüglich mitteilen.*

Vor Amtsübernahme muss der Adjudikator alle Umstände offen legen, die einen Ausschlussgrund i.S.v. § 41 ZPO beinhalten oder die Besorgnis der Befangenheit begründen könnten. In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich mit standardisierten Formularen zu arbeiten. Um das Haftungsrisiko zu minimieren, sollte der Adjudikator auch noch so entfernte Umstände offen legen. Nach Satz 4 trifft den Adjudikator auch eine Aktualisierungspflicht.

4.3.3 Abs. 3: *Der Adjudikator darf das Amt nur übernehmen, wenn er in der Lage ist, dieses unverzüglich und innerhalb der in diesem Verfahren vorgesehenen Fristen auszuüben.*

Der Adjudikator muss ausreichende Vakanzen haben, das Verfahren zu übernehmen. Das bedeutet zunächst nur, dass er prüfen muss, ob er sich dem Verfahren vollständig widmen kann, oder ob er auch noch andere Tätigkeiten innerhalb desselben Zeitraumes übernommen hat. Soweit der Adjudikator schon mit Bauvertragsschluss bestellt wurde, muss dieser für diese gesamte Zeit eine jederzeitige Übernahme gewährleisten. Für diesen Fall wird in der Praxis neben dem Stundenhonorar (§ 15 S. 7 AO-Bau /DBGT) eine Bereitschaftsgebühr vereinbart.¹¹

Der Adjudikator muss aber nicht prüfen, ob die Streitigkeit innerhalb der Entscheidungsfrist vom Umfang her entscheidbar ist. Dieses Risiko haben die Parteien übernommen. Sie haben es in der Hand, den Umfang zu steuern, indem sie das Adjudikations-Verfahren nicht mit zu komplexen Streitigkeiten überfrachten oder entsprechende verlängerte Fristen gewähren. Der Adjudikator muss notfalls entscheiden, dass die Streitigkeit nicht entscheidbar ist¹² soweit er nicht nach Absatz 5 vorgehen kann.

4.3.4 Abs. 4: *Der Adjudikator haftet hinsichtlich seiner Entscheidungen nicht bei leichter Fahrlässigkeit.*

Grundsätzlich haftet der Adjudikator für jedes Verschulden. Wenn er etwa Unterlagen der Parteien verliert oder im Zuge einer Baustellenbesichtigung Rechtsgüter einer Partei verletzt, muss er hierfür einstehen.

Hinsichtlich seiner Entscheidung ist die Haftung hingegen begrenzt. Im herkömmlichen Schiedsgutachten kann die Haftung des Schiedsgutachters nur sehr eingeschränkt innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen begrenzt werden. Hinsichtlich des Schiedsgutachtervertrages gibt es zwar kein eindeutiges gesetzliches Leitbild, da die dogmatische Einordnung strittig ist.¹³ Richterliche Rechtssätze beherrschen die Rechtswirklichkeit aber normativ, insbesondere wenn sie sich wie im Falle der Schiedsgutachterhaftung zu ständiger Rechtsprechung verdichtet haben, sodass ihnen Leitbildfunktion i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu-

¹¹ Vgl. die Kommentierung zur Bezugsklausel, Alt. 1.

¹² Vgl. die Kommentierung zu § 9 Satz 2 AO-Bau /DBGT.

¹³ Lembcke, ZfIR 2008, 36, 39 f.

kommt.¹⁴ Der Bundesgerichtshof beschränkt die Haftung auf den Fall, als das Schiedsgutachten für die Parteien unverbindlich ist.¹⁵ Bei der Auslegung des Schiedsgutachtervertrags müsse nach dem Bundesgerichtshof auch auf die Interessen des Gutachters gebührend Rücksicht genommen werden. Bei den oft sehr schwierigen Aufgaben, die ihm sein Gutachten abverlange, könne er nicht willens sein, die Haftung für jeden Fehler und jedes Verschulden zu übernehmen, und das könne auch den Parteien, die ihn zum Gutachter bestellen, nicht entgehen.¹⁶ Innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen kann die Haftung aber nur für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden.¹⁷

4.3.5 Abs. 5: ¹Der Adjudikator darf Sachverständige oder andere Fachleute hinzuziehen. ²Die Absätze (2), (3) und (4) gelten für diese entsprechend.

Der Adjudikator kann jederzeit Dritte zur Entscheidungsfindung hinzuziehen. Dieses kann zum einen wegen des Umfangs der Streitigkeit, zum anderen wegen der Notwendigkeit der Implementierung weiteren Sachverständes notwendig werden. So kann ein juristisch qualifizierter Adjudikator beispielsweise einen Baubetriebler, ein baubetrieblich qualifizierter Adjudikator einen juristischen Sachverständigen heranziehen.

Soweit die Parteien keine abweichenden Regelungen mit dem Adjudikator getroffen haben, beauftragt der Adjudikator Dritte im eigenen Namen als Subunternehmer, denn nur er hat nach der AO-Bau / DBGt einen Honoraranspruch gegen die Parteien des Bauvertrages (§ 15 S. 7 AO-Bau / DBGt), sodass der Parteiwille dahin auszulegen ist, dass der Adjudikator Sachverständige oder andere Fachleute als Subunternehmer beauftragen muss. Der Adjudikator haftet für diese Personen nach § 278 BGB und muss auch für seine Sachverständigen oder andere Fachleute die §§ 41, 42 ZPO beachten. Auch muss er sicherstellen, dass seine Subunternehmer Vakanzen zur Übernahme ihrer Tätigkeit haben.

4.4 § 3 Einleitung

4.4.1 Satz 1: Die Einleitung erfolgt durch Antragschrift einer Partei (Antragsteller) an die andere Partei (Antragsgegner).

4.4.1.1 Antragschrift

Der Antrag muss schriftlich erfolgen. Insoweit ist hier eine besondere Form vereinbart (§ 127 Abs. 1 BGB). Nach § 126 BGB muss hierfür die Urkunde grundsätzlich vom Antragsteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Allerdings genügt hierfür auch die telekommunikative Übermittlung (§ 127 Abs. 2 S. 1 BGB). Beispiele für eine telekommunikative Übermittlung sind die Übermittlung per Telegramm, Telefax, Computerfax oder E-Mail - zumindest mit eingescannter Unterschrift. Wird diese Übermittlung gewählt, kann der Antragsgegner aber eine dem § 126 BGB entsprechende Beurkundung verlangen (§ 127 Abs. 2 S. 2 BGB).

Insoweit sollte der Adjudikator zu Beginn des Verfahrens mit den Parteien jedenfalls eine ausdrückliche Vereinbarung treffen, wie mit nicht unterschriebenen E-Mails umzugehen ist. Der Adjudikator kann für Antragschrift und Erwiderung mit den Parteien auch eine andere Kommunikationsform vereinbaren. Da die Verfahrensführung ansonsten im „billigen Ermessen“ (§ 6 Abs. 1 Satz 1 AO-Bau / DBGt) des Adjudikators steht, kann dieser auch andere Kommunikationswege anordnen - etwa für die Informationspflichten gegenüber den Parteien i.S.v. § 6 Abs. 2 S. 3 AO-Bau / DBGt.

¹⁴ BGH, Urt. v. 08.07.1993 - VII ZR 79/92, [BauR 1993, 723](#) = NJW 1993, 2738, 2739; BGH, Urt. v. 04.06.1997 - VIII ZR 312/96, ZIP 1997, 1457, 1458 f.; BGH, Urt. v. 25.02.1998 - VIII ZR 276/96, ZIP 1998, 784, 786; BGH, Urt. v. 20.07.2005 - VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496, 1502; OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.04.1987 - 14 U 5/85, NJW-RR 1988, 370, 372; *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1, 32; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 285; *Roth*, AcP 190 (1990), 292, 294. Zum rechtsquellen-theoretischen Streit um die Anerkennung und Qualität von Richterrecht, vgl. *Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, S. 66 ff.

¹⁵ BGH, Urt. v. 22.04.1965 - VII ZR 15/65, BGHZ 43, 374, 377; BGH, Urt. v. 13.12.1956 - VII ZR 22/56, BGHZ 22, 343, 345.

¹⁶ BGH, Urt. v. 22.04.1965 - VII ZR 15/65, Juris Rn. 37 = BGHZ 43, 374 ff.

¹⁷ Vgl. auch *Ederle*, [Aufsatz v. 03.09.2009](#), Forum Baukonfliktmanagement in [werner-baurecht.de](#), S. 1 ff.

4.4.1.2 an die andere Partei

Dem Antragsteller muss die Streitanzeige zugehen um wirksam zu werden (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Sie ist zugegangen sobald sie nach der Verkehrsanschauung derart in den Machtbereich des Antragsgegners gelangt ist, dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, er könne von ihrem Inhalt Kenntnis erlangen.¹⁸ Auf die tatsächliche Kenntnisnahme kommt es daher nur an, wenn die Streitanzeige dem Antragsgegner tatsächlich früher als bei Annahme der gewöhnlichen Verhältnisse zugeht. Wenn der Antragsteller die Antragschrift am Abend eines Werktages in den Briefkasten des Antragsgegners einwirft, geht diese erste am nächsten Werktag zu, es sei denn, der Antragsgegner nimmt von dieser tatsächlich vorher Kenntnis - etwa weil ein fleißiger Mitarbeiter den Briefkasten auch abends leert.

4.4.2 Satz 2: Diese muss mindestens enthalten:

Soweit die nachfolgenden Mindestanforderungen nicht erfüllt sind, liegt keine wirksame Antragschrift vor, weil die Parteien diese Mindestanforderungen mit der AO-Bau / DBGT vereinbart haben („muss“).

4.4.2.1 Buchstabe a: Den Antrag, die Streitigkeit von einem Adjudikator nach dieser Verfahrensordnung entscheiden zu lassen

Bei der Formulierung des Antrages sollte darauf geachtet werden, dass die Adjudikations-Ordnung eindeutig zu bezeichnen ist (Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten des Deutschen Baugerichtstages e.V.), sodass an dieser keine Zweifel bestehen und sich diese für den Antragsgegner und jeden Dritten ermitteln lässt.

4.4.2.2 Buchstabe b: die Namen und Anschriften der Parteien

Nötig ist nach Buchstabe b die Festlegung der Identität, sodass an dieser keine Zweifel bestehen dürfen und sich der betroffene Antragsgegner für jeden Dritten ermitteln lassen muss. Insoweit kann § 130 Nr. 1 ZPO als Anhaltspunkt herangezogen werden, der „die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung“ fordert. Bei juristischen Personen sollte demnach der Vertretungsberechtigte aufgenommen werden. Bei einer GmbH ist dieses beispielsweise der Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 GmbHG).

4.4.2.3 Buchstabe c: die Bezeichnung des Streitgegenstandes (Lebenssachverhalt und Verfahrensbegehren)

4.4.2.3.1 „Lebenssachverhalt“

Lebenssachverhalt meint die Umstände, aus denen sich die rechtliche oder technische Begründung des Antrages ergeben könnte, wobei die technische Begründung streng genommen Teil des Lebenssachverhaltes ist. Der Sachverhalt umfasst den Lebensvorgang.¹⁹ Das ist das gesamte der Antragschrift zugrunde liegende Geschehen, das bei natürlicher vom Standpunkt der Parteien ausgehender Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag des Antragstellers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehört oder bei lückenhaftem Vortrag zur Schlüssigkeit gehört hätte.²⁰ Insbesondere bei baurechtlichen Sachverhalten ist der Begriff Sachverhalt weit zu verstehen, da man ansonsten die Lebenszusammenhänge auseinanderreißen würde. Der Antragsteller sollte den Sachverhalt aber auf der anderen Seite auf das Wesentliche beschränken, um eine schnelle Entscheidung zu erlangen. Der Lebenssachverhalt muss vollständig vorgetragen werden, da späterer Sachvortrag nicht vom Adjudikator berücksichtigt werden braucht (§ 5 S. 5 AO-Bau / DBGT). Allerdings muss der Adjudikator den Lebenssachverhalt auch eigenständig aufklären (§ 6 Abs. 2 S. 2 AO-Bau / DBGT).

¹⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 03.11.1976 - VIII ZR 140/75, BGHZ 67, 271 ff.; BAG, Urt. v. 11.11.1992 - 2 AZR 328/92, NJW 1993, 1093 ff.; BGH, Urt. v. 11.04.2002 - I ZR 306/99, LM UWG § 1 Nr. 874 (9/2002).

¹⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.1991 - IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1 ff.

²⁰ BGH, Urt. v. 11.11.1995 - V ZR 46/93, NJW 1995, 967 f.; BGH, Urteil v. 25.02.1999 - III ZR 53/98, NJW 1999, 1407 f.

4.4.2.3.2 „Verfahrensbegehren“

Das Verfahrensbegehren zwingt den Antragsteller dazu, inhaltlich eindeutig festzulegen, welche Entscheidung er begehrt. Hierfür ist ein bestimmter Antrag erforderlich. Mehrere selbständige Ansprüche muss der Antragsteller in dem jeweiligen Anspruch zugeordnete Teilbeträge gliedern, deren Addition den Betrag des Antrages ergibt. Ebenso muss der Antragsteller offene Restbeträge den mehreren Einzelforderungen zuordnen, sodass ersichtlich wird, welcher Differenzbetrag genau auf welchen Anspruch entfällt. Bei wiederkehrenden Leistungen wie Abschlagszahlungen ist aufzuschlüsseln, welche Beträge für welchen Zeitraum verlangt werden.

Der Antragsteller sollte darauf achten, dass er das Fristenkorsett des Adjudikations-Verfahrens nicht mit zu umfangreichen - insbesondere mehreren - Verfahrensbegehren überfrachtet. Er muss zudem berücksichtigen, dass auch der Antragsgegner noch seine Begehren entgegensetzen kann (§ 9 AO-Bau / DBGT), sodass das Fristenkorsett weiter belastet wird. Gegenanträge kann er vermeiden, indem er diese seinerseits vorher in ein (ggf. anderes) Adjudikations-Verfahren einbringt.

4.4.2.4 Buchstabe d: *den Hinweis auf die getroffene Adjudikations-Vereinbarung*

Der Hinweis auf die getroffene Adjudikations-Vereinbarung meint die Vereinbarung zwischen den Parteien auf das Adjudikations-Verfahren nach der AO-Bau / DBGT. Insoweit ist die (Muster-)Bezugsklausel im Bauvertrag maßgebend.

4.4.2.5 Buchstabe e: *eine vollständige Begründung, wenn der Adjudikator bei Abgabe bereits bestellt ist*

Wenn der Adjudikator bereits benannt und bestellt ist, bedarf es einer vollständigen Begründung des Antrages, weil dann kein Bedürfnis mehr vorliegt, dass der Antragsteller seine Begründung während der Benennungs- und Bestellungsphase zurückhalten kann. Die Begründung muss die Erklärung dafür liefern, warum sich aus dem Lebenssachverhalt in rechtlicher oder technischer Hinsicht das Verfahrensbegehren ergibt.

4.4.3 Satz 3: *Spätestens die Antragschrift soll einen Vorschlag für die Benennung des Adjudikators enthalten.*

Es handelt sich nur um eine Sollvorschrift, sodass nicht zwingend ein Adjudikator vorgeschlagen werden muss. In der Praxis ist der erstvorgeschlagene Adjudikator ohnehin meist schon wegen der möglichen Parteinähe nicht konsensfähig und damit „verbrannt“.

Die Antragschrift sollte zudem den Nachweis enthalten, dass das Verfahrensbegehren zuvor schriftlich geltend gemacht wurde (§ 1 Abs. 4 AO-Bau / DBGT), also eine Streitigkeit vorliegt.

4.4.4 Beispiel einer Antragschrift

Antragschrift

in der Adjudikations-Sache

zwischen dem [...]

[Name und Anschrift des Antragstellers]

- Antragsteller -

und dem [...]

[Name und Anschrift des Antragsgegners]

- Antragsgegner -

wird beantragt folgende Streitigkeit von einem Adjudikator nach der Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten des Deutschen Baugerichtstages (AO-Bau / DBGT) zu entscheiden, die gemäß § [Bezugsklausel] des Bauvertrages vom [Datum] Anwendung findet:

1. Der Antragsgegner zahlt an den Antragsteller einen Betrag in Höhe von € [...] nebst 8 Prozentpunkte Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem [...].
2. Es wird festgestellt, dass das Bauteil [...] wegen [...] mangelhaft ist.
3. Der Antragsgegner ist verpflichtet, die Mängel am Bauteil [...] dergestalt zu beseitigen, als dass [...].
4. Der Antragsgegner ist verpflichtet, es künftig zu unterlassen [...].

Als Adjudikator wird Frau/Herr [Name, Adresse des Adjudikators] vom Antragsteller vorgeschlagen.

I. Der Streitigkeit liegt folgender Lebenssachverhalt zu Grunde: [...]

II. Begründung

1. Zulässigkeit

Das Adjudikations-Verfahren ist zulässig, weil der Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner den Anspruch aus dem Verfahrensbegehren mit Schreiben vom [...] geltend gemacht hat und der Antragsgegner nicht binnen angemessener Frist den Anspruch erfüllt oder die Feststellung schriftlich anerkannt hat.

2. Begründetheit

Das Verfahrensbegehren ist auch begründet. Der Anspruch zu 1. ergibt sich aus [...].

4.4.5 Satz 4: Nach Zugang der Antragschrift haben sich die Parteien binnen 12 Werktagen auf einen Adjudikator zu einigen.

4.4.5.1 „Werktage“

Als Werktage gelten die Tage Montag - Sonnabend, es sei denn es handelt sich um einen am Erklärungs- und Leistungsort staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag.²¹ Fällt der Tag des Fristablaufes aber auf einen Sonntag, am Erklärungs- und Leistungsort staatlich anerkannten allgemeinen Feiertage oder ein Sonnabend, so tritt an dessen Stelle der nächste Werktag (§ 193 BGB). Der Tag, an dem die Antragschrift zugeht,²² wird hierbei nicht mitgerechnet (§ 187 Abs. 1 BGB). Fristende ist daher grundsätzlich der Ablauf des 12. Werktages, 24:00 Uhr (§ 188 Abs. 1 BGB).

Beispiel: Geht die Streitanzeige am Sonntag, den 1. Oktober zu, endet die Frist am Montag, den 16. Oktober um 24:00 Uhr.

Sonntag, der 1. Oktober wird nicht mitgezählt (§ 187 Abs. 1 BGB), auch der 3. Oktober nicht (Tag der Deutschen Einheit). Der 8. Oktober wird ebenfalls nicht mitgezählt, da es sich um einen Sonntag handelt. Dies gilt auch für Sonntag, den 15. Oktober.

4.4.5.2 „auf einen Adjudikator zu einigen“

In Satz 4 ist die Benennung des Adjudikators geregelt. Die Benennung meint die Einigung der Parteien auf die Person des Adjudikators. Dieser wird durch die Benennung nicht verpflichtet. Hierzu muss auch mit dem Adjudikator ein Vertrag geschlossen werden (sog. Bestellung).

²¹ BGH, Urt. v. 25.09.1978 - VII ZR 263/77, LM Nr. 101 zu VOB Teil B = [BauR 1978, 485](#).

²² Zum Zugang vgl. die Kommentierung zu § 3 S. 1 AO-Bau / DBGT.

4.4.6 Satz 5: *Können sich die Parteien binnen dieser Frist nicht auf einen Adjudikator einigen, wird dieser auf Antrag einer Partei von einer im Bezugsvertrag genannten Person oder Institution (Benenner) binnen weiterer 12 Werktage bestimmt.*

Scheitert eine Einigung, wird diese anstelle der Parteien durch den im Bezugsvertrag bestimmten Benenner vorgenommen. Auch der Benenner wird aber durch seine Einsetzung in die Bezugs Klausel nicht verpflichtet eine Benennung vorzunehmen, weil hierin nur die Einigung der Parteien auf die Person des Benenners liegt. Vielmehr kommt der Vertragsschluss zwischen den Parteien des Bauvertrages und dem Benenner durch den Antrag, eine Benennung vorzunehmen, zustande. Vorausgesetzt ist natürlich, dass der Benenner sich mit einer Benennung einverstanden erklärt, was auch konkludent durch die Benennung eines Adjudikators möglich ist. Die Benennung durch den Benenner verpflichtet den Adjudikator wiederum nicht.

Die Partei, die den Antrag beim Benenner stellt, ist hierzu zugleich von der anderen Partei durch Satz 5 bevollmächtigt und sollte zuvor die Kosten für die Benennung mit dem Benenner vereinbaren, damit im nachhinein keine Streitigkeit über die Höhe der Vergütung entsteht. Insoweit handelt es sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien des Bauvertrages hinsichtlich der Ersatzbenennung um einen Schiedsgutachtenvertrag. Die Benennung ist daher unwirksam, wenn diese „offenbar unbillig“ (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB) ist. Dieses ist bei der Bestimmung eines nicht unabhängigen oder nicht unparteilichen Adjudikators der Fall. Die Benennung eines Adjudikators ist auch unwirksam, wenn dieser nicht über die notwendige Qualifikation verfügt, die Streitigkeit zu entscheiden. Die Parteien müssen in diesen Fällen aber nicht zunächst die Benennung angreifen, sondern können sogleich die Entscheidung des Adjudikators angreifen. Soweit die AO-Bau / DBGT auch gegenüber dem Benenner vereinbart wurde und dieser nicht nur mit der isolierten Benennung eines Adjudikators beauftragt wurde, muss der Benenner die Benennung innerhalb von 12 Werktagen vornehmen. Erfolgt die Benennung nicht fristgemäß, so ist der Benenner „verhindert“ (Bezugs Klausel, Alt. 2 Satz 2), sodass dann ein neuer Benenner durch den Deutschen Baugerichtstag e.V. bestimmt wird.

4.4.7 Satz 6: *Frühestens mit Zugang der Antragschrift beim Antragsgegner und Adjudikator, spätestens mit der schriftlichen Erklärung der Annahme des Amtes durch den Adjudikator gegenüber beiden Parteien beginnt das Adjudikations-Verfahren.*

Wenn der Adjudikator mit Übersendung der Antragschrift noch nicht bestellt ist, beginnt das Verfahren mit der Erklärung der Amtsannahme gegenüber beiden Parteien, also mit dem Schluss des Adjudikator-Vertrages (dem Schiedsgutachtervertrag). Hierbei ist die Schriftform zu wahren (§ 127 Abs. 1 i.V.m. § 126 BGB). Zudem muss die Erklärung beiden Parteien zugehen. Insoweit ist der nächste (§ 187 Abs. 1 BGB) Werktag des letzten Zuges (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB) für den Beginn der 60-Tage-Frist maßgeblich.

War der Adjudikator bereits bestellt, so beginnt das Verfahren mit dem Zugang der Antragschrift (§§ 3 Satz 2 e, 5 Satz 1 AO-Bau / DBGT).

Wenn ein Antrag nach §§ 8 Satz 2, 9 Satz 3 AO-Bau / DBGT zurückgenommen wurde, wird das Verfahren beendet.

4.5 § 4 Dauer des Verfahrens

¹Das Adjudikations-Verfahren endet spätestens 60 Werktage nach Beginn. ²Es kann auf Vorschlag des Adjudikators und mit Zustimmung des Antragstellers um bis zu 12 Werktage verlängert werden.

4.5.1 Kommentierung

4.5.1.1 Beginn

Der Beginn des Verfahrens wird durch die Amtsannahme des Adjudikators (§ 3 S. 6 AO-Bau / DBGT) oder den Zugang der Antragschrift (§ 3 S. 2e und S. 6 AO-Bau / DBGT) bestimmt. Die Frist berechnet sich nach §§ 186 ff. BGB.²³ Soweit die Frist mit Zustimmung des An-

²³ Siehe oben, Kommentierung zu § 3 S. 4 AO-Bau / DBGT.

tragstellers verlängert wird, wird die neue Frist von dem Ablauf der vorherigen Frist an berechnet (§ 190 BGB). Gemeinsam können die Parteien die Frist beliebig verlängern.

4.5.1.2 Ende

4.5.1.2.1 Zugang der Entscheidung

Der Zugang der Entscheidung vor Fristablauf beendet das Verfahren (§ 10 Satz 2 AO-Bau / DBG). Geht die Entscheidung den Parteien nach Fristablauf zu, oder ist diese nicht innerhalb der Frist begründet worden, entfaltet die Entscheidung keine Bindungswirkung. Der Adjudikator kann eine Leistungsbestimmung nach Fristablauf nicht mehr zwischen den Parteien vornehmen, da seine Befugnis mit Fristablauf endet. Selbiges gilt für die Begründung der Entscheidung. Eine unbegründete Entscheidung führt zur Unverbindlichkeit, weil ihr durch die fehlende Begründung die Nachprüfbarkeit genommen wird und die Unwirksamkeit hierdurch indiziert wird.²⁴ Die Parteien können dann nur ein neues Adjudikations-Verfahren betreiben, wenn weiterhin Streit besteht. Allerdings können in dieses die Ergebnisse des alten Verfahrens eingebracht werden.

4.5.1.2.2 Andere Beendigung

Das Verfahren wird auch durch ein Anerkenntnis oder durch eine gütliche Vereinbarung der Parteien beendet, weil dann keine Streitigkeit mehr vorliegt. Das Vorliegen einer Streitigkeit ist aber Voraussetzung für ein Adjudikations-Verfahren. Das Verfahren wird auch beendet, wenn der zugrunde liegende Bauvertrag wirksam gekündigt wurde oder wenn eine Partei insolvent geworden ist und der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat, weil für diese Fälle kein Bedürfnis mehr für eine schnelle und baubegleitende Streitbeilegung besteht, da eine reibungslose und termingerechte Errichtung des Bauwerkes ohnehin ausgeschlossen ist.

4.5.2 Projektspezifische Anpassungsmöglichkeiten

4.5.2.1 Problem

Die Adjudikations-Entscheidung ist unverbindlich, wenn diese außerhalb der Entscheidungsfrist getroffen wurde. Den Parteien bleibt dann nur übrig, ein neues Adjudikations-Verfahren zu betreiben - selbst wenn der Adjudikator seine Entscheidung nur wenige Tage verspätet erlässt. Um trotzdem die verspätete Entscheidung zu retten, können die Parteien vereinbaren, dass auch verspätete Entscheidungen bindend sind. Um dem Adjudikator aber nicht faktisch eine endlose Entscheidungsfrist zu eröffnen, sollte dieser im Verhältnis zu den Parteien (Schiedsgutachtervertrag) entsprechend verpflichtet werden. Zudem muss den Parteien die Möglichkeit eröffnet werden, ein neues Adjudikations-Verfahren zu betreiben. Diese Möglichkeit würde den Adjudikator dazu veranlassen, eine fristgerechte Entscheidung zu treffen, da er ansonsten als Verzugsschaden mit den Kosten des neuen Verfahrens belastet würde.

4.5.2.2 Regelungsvorschlag

¹Trifft der Adjudikator eine Entscheidung außerhalb der Entscheidungsfrist, kann jede Partei ein neues Adjudikations-Verfahren nach dieser Verfahrensordnung unter Beteiligung eines neuen Adjudikators einleiten. ²Es gilt von beiden Adjudikations-Verfahren die Entscheidung, welche den Parteien zuerst zugeht; im Zweifel die Entscheidung des älteren Adjudikations-Verfahrens.

²⁴ BGH, Urt. v. 02.02.1977 - VIII ZR 155/75, NJW 1977, 801; BGH, Urt. v. 25.01.1979 - X ZR 40/77, NJW 1979, 1885; BGH, Urt. v. 16.11.1987 - II ZR 111/87, NJW-RR 1988, 506; OLG Brandenburg, Urt. v. 04.12.2008 - 5 U 67/05, Juris Rn. 64.

4.6 § 5 Schriftsätze und Fristen

4.6.1 Satz 1: *Die vollständige Anspruchsbegründung kann innerhalb einer Frist von 3 Werktagen ab Verfahrensbeginn nachgeholt werden, es sei denn § 3 Satz 2e war erfüllt.*

Wenn der Adjudikator bereits bei Übersendung der Antragschrift bestellt war, muss schon nach § 3 Satz 2 e AO-Bau / DBG T eine vollständige Begründung erfolgt sein. § 5 Satz 1 AO-Bau / DBG T findet für diesen Fall keine Anwendung.

Für den Beginn der Frist ist der nächste Tag (§ 187 Abs. 1 BGB) der Amtsannahme maßgeblich.²⁵ Die Frist beginnt automatisch zu laufen und muss nicht erst vom Adjudikator gesetzt werden. Der Adjudikator sollte mit Amtsannahme auf den Fristbeginn hinweisen, soweit er nicht schon vor dem Zeitpunkt der Antragschrift bestellt war.

4.6.2 Satz 2: *Die Frist zur Erwiderung auf die Antragschrift beträgt 18 Tage*

Die Erwiderungsfrist beginnt im Fall des § 3 Satz 2 e AO-Bau / DBG T einen Tag nach Zugang der Antragschrift.²⁶ Durfte der Antragsteller die Begründung nach § 5 Satz 1 AO-Bau / DBG T nachholen, beginnt die Frist einen Tag nach dem Zugang der Begründung beim Antragsgegner.

4.6.3 Satz 3: *Eine längere Erwiderungsfrist und Fristen für etwaige weitere Schriftsätze bestimmt der Adjudikator unter Beachtung der Gesamtdauer des Verfahrens nach billigem Ermessen.*

Der Adjudikator kann eine längere Erwiderungsfrist gewähren und weitere Schriftsatzrunden zulassen. Dieses steht - wie grundsätzlich die gesamte Verfahrensführung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 AO-Bau / DBG T) - im „billigen Ermessen“ des Adjudikators, das allerdings durch die Gesamtdauer des Verfahrens begrenzt wird. Eine längere Erwiderungsfrist kann veranlasst sein, wenn der Lebenssachverhalt und die Begründung des Antrages besonders komplex sind. Allerdings ist in die Interessenabwägung auch einzustellen, ob der Antragsgegner die Komplexität durch vorherige Anträge begrenzen konnte, indem ihm etwa bei Mangelsachverhalten seinerseits vorher die Feststellung der Mangelfreiheit innerhalb eines Adjudikations-Verfahrens möglich und zumutbar war. Soweit der Antragsgegner einen Widerantrag oder Ansprüche zur Aufrechnung gestellt hat, entspricht die Einräumung einer angemessenen Erwiderungsfrist gegenüber dem Antragsteller „billigem Ermessen“. Die Frist bestimmt sich auch hier nach dem Umfang des Widerantrages bzw. der zur Aufrechnung gestellten Ansprüche.

4.6.4 Satz 4: *Die Parteien sind verpflichtet, vollständig und der Wahrheit gemäß vorzutragen.*

Die Parteien müssen vollständig und wahrheitsgemäß vortragen. Durch die Unterdrückung von Tatsachen kann der Lebenssachverhalt so verfälscht werden, dass sich dieses auf die Begründetheit des Verfahrensbegehrens auswirkt. Die Parteien dürfen daher keine Tatsachen unterdrücken, weil sie für sie ungünstig sind.

Wahrheit bedeutet, dass der tatsächliche Lebenssachverhalt mit dem Lebenssachverhalt der Antragschrift identisch ist. Wahrheitspflicht bedeutet die Pflicht zur subjektiven Wahrhaftigkeit. Die Parteien dürfen zu ihren Gunsten keine Erklärungen wider besseres Wissen abgeben. Sie dürfen nicht lügen. Allerdings sind die Parteien nicht darauf beschränkt, nur Erklärungen abzugeben, die sie mit Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit als wahr kennen.

Die Parteien dürfen demnach auch Tatsachen behaupten, die sie (noch) nicht kennen und erst vom Adjudikator aufgeklärt werden - etwa die Kausalität eines Mangels. Es können also auch vermutete Tatsachen erklärt werden. Es dürfen auch bis zu dem Grad widersprüchliche Behauptungen aufgestellt werden, als die Unwahrheit positiv bekannt ist. Daher kann auch im Laufe des Adjudikations-Verfahrens das Vorbringen geändert werden, soweit § 5 Satz 5 AO-DBG T diesem nicht entgegensteht.

²⁵ Vgl. die Kommentierung zu § 3 Satz 6 AO-Bau / DBG T.

²⁶ Zur Fristberechnung vgl. die Kommentierung zu § 3 Satz 4 AO-Bau / DBG T.

4.6.5 Satz 5: Der Adjudikator ist nicht verpflichtet, verspätetes Parteivorbringen zu berücksichtigen.

Die Parteien sind gehalten, schon in Antragschrift und Erwiderung den Lebenssachverhalt vollständig vorzutragen. Dieses gilt auch für die Begründung des Verfahrensbegehrens. Soweit der Adjudikator verspätetes Vorbringen berücksichtigt, muss dieser das Gleichbehandlungsgebot des § 6 Abs. 1 Satz 1 AO-Bau/DBGT beachten. In der Praxis wird der Nachweis einer Ungleichbehandlung aber ganz überwiegend nicht geführt werden können, da der Adjudikator den weiteren Sachvortrag auch ebenso gut durch seine Amtsermittlungsbefugnisse (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AO-Bau / DBGT) erlangen kann.

Die Präklusionsregelung ist vor dem Hintergrund des § 307 BGB nicht zu beanstanden. Auch ist unschädlich, dass unverschuldet verspätetes Vorbringen nicht ausgenommen ist. Das gesetzliche Leitbild beurteilt sich anhand des BGB, nicht hingegen anhand der ZPO. Unerheblich ist daher grundsätzlich auch, ob das verspätete Vorbringen durch den Adjudikator (mit-) verursacht wurde. Allerdings kann in der unzulänglichen Verfahrenleitung ein Verfahrensverstoß liegen, der zur Unverbindlichkeit der Adjudikations-Entscheidung führt.

4.7 § 6 Verfahrensgrundsätze

4.7.1 Absatz 1

4.7.1.1 Satz 1: Der Adjudikator leitet das Verfahren unter Berücksichtigung der Grundsätze des rechtlichen Gehörs sowie der Gleichbehandlung nach billigem Ermessen unter Beachtung der Gesamtdauer des Verfahrens.

Der Adjudikator hat das Verfahren grundsätzlich nach „billigem Ermessen“ zu führen.

4.7.1.1.1 „Grundsätze des rechtlichen Gehörs“

Von diesem Grundsatz ist mit der Beachtung der „Grundsätze des rechtlichen Gehörs“ eine Ausnahme geregelt, sodass das Ermessen des Adjudikators insoweit auf Null reduziert ist. Der Adjudikator muss die „Grundsätze des rechtlichen Gehörs“ beachten, wobei diese unter der Einschränkung der „Gesamtdauer des Verfahrens“ stehen.

Die Parteien dürfen sich im Adjudikations-Verfahren zum gesamten Verfahrensstoff äußern und nur dieser Verfahrensstoff darf vom Adjudikator der Entscheidung zu Grunde gelegt werden, zu dem Gehör gewährt wurde. Verfahrensstoff ist der gesamte Tatsachenvortrag, auch offen- und adjudikatorkundige Tatsachen und auch Tatsachen und Beweismittel, die der Adjudikator von Amts wegen (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AO-Bau / DBGT) in das Verfahren einführt.²⁷ Vom rechtlichen Gehör ist jede Beweisfrage, aber auch jede Rechtsfrage oder technische Frage erfasst.

Der Adjudikator muss das rechtliche Gehör vor seiner Entscheidung gewähren. Nicht erforderlich ist, dass er das rechtliche Gehör unverzüglich gewährt. Wenn keine mündliche Verhandlung erfolgt, kann der Adjudikator auch schriftlich die Gewähr ermöglichen. Es genügt auch eine formlose Mitteilung. Hat der Adjudikator eine mündliche Verhandlung angekündigt und will er ohne eine solche entscheiden, ist dies den Parteien vorher mitzuteilen.²⁸ Die Mitteilung von Schriftstücken an die Verfahrensbevollmächtigten der Parteien reicht grundsätzlich aus.²⁹ Vor Erlass der Entscheidung muss der Adjudikator prüfen, ob er den Parteien rechtliches Gehör auch tatsächlich gewährt hat.³⁰ Ferner muss der Adjudikator die Ausführungen der Parteien zur Kenntnis nehmen. Dieses bezieht sich auch auf die rechtliche³¹ und technische Begründung. Der Adjudikator muss sich mit umstrittenen Rechtsfragen³² oder technischen Beurteilungen in seiner Entscheidungsbegründung auseinandersetzen.

²⁷ Vgl. Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, Einl I, Rn. 12.

²⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 01.08.2006 - 2 BvR 1701/04, NJW-RR 2006, 1654; BGH, Beschl. v. 28.06.2006 - XII ZB 9/04, NJW-RR 2006, 1628.

²⁹ Vgl. aber BVerfG, Beschl. v. 29.11.1989 - 1 BvR 1011/88, NJW 1990, 1104 ff.

³⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.03.2006 - 2 BvR 1104/05, NJW 2006, 2248.

³¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.08.1996 - 2 BvR 2600/95, NJW 1996, 3202 ff.

³² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.06.1995 - 2 BvR 382/95, NJW-RR 1995, 1033 ff.

zen. Der Adjudikator muss den gesamten Vortrag bei seiner Entscheidung berücksichtigen, wobei es genügt, wenn er den Vortrag in Erwägung zieht.

Ein Verstoß gegen die Gewähr rechtlichen Gehörs führt nur dann zur Unverbindlichkeit der Adjudikations-Entscheidung, wenn diese auf dem Verstoß beruht. Die Adjudikations-Entscheidung müsste hierfür möglicherweise anders ausgefallen sein, wenn das Gehör gewährt worden wäre.³³ Die Partei muss zudem alles Zumutbare unternommen haben, den Verstoß abzuwenden. Sie muss den Adjudikator daher auf einen möglichen Verstoß hingewiesen haben.

Die Gewähr rechtlichen Gehörs steht aber unter der Einschränkung der Gesamtdauer des Verfahrens, sodass die Gewähr beschränkt wird. Rechtliches Gehör darf daher nur in einem Umfang gewährt werden, der die Entscheidungsfrist durch den Adjudikator nicht gefährdet. Der Adjudikator muss daher den hypothetischen Verfahrensablauf der Entscheidung zugrunde legen, ob und in welchem Umfang er rechtliches Gehör innerhalb der Entscheidungsfrist gewähren kann. Der Adjudikator sollte daher die Umstände in seine Entscheidungsbegründung aufnehmen, die ihn zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs bewogen haben. Das rechtliche Gehör kann daher vom Adjudikator massiv beschnitten werden, ohne dass die Verbindlichkeit der Entscheidung berührt wäre. Dieses ist insbesondere dann der Fall, wenn die Parteien komplexere Streitigkeiten in das Verfahren einbringen.

4.7.1.1.2 „Gleichbehandlung“

Der Gleichbehandlungsgrundsatz beinhaltet eine Konkretisierung des bei der Verfahrensführung zu beachtenden „*billigen Ermessens*“. Der Adjudikator darf keine Partei ungerechtfertigt bevorzugen. Dieses gebietet auch seine Verpflichtung zur Unparteilichkeit (§ 2 Abs. 2 Satz 1 AO-Bau / DBGT). Eine Ungleichbehandlung kann aber auch gerechtfertigt sein, wie bereits die in zeitlicher Hinsicht unbeschränkte Vorbereitungszeit für den Antragsteller gegenüber der fristgebundenen Erwidermöglichkeit des Antragsgegners zeigt. Wird der Antragsgegner mit einem umfangreichen, etwa auf mehreren hundert Seiten dargelegten Antrag überfallen, so kann das Gebot der Gleichbehandlung zur Beschränkung des Antragsumfanges führen. Allerdings wird ein an einer zügigen Entscheidung interessierter Antragsteller ohnehin um eine möglichst kurze Darstellung seines Antrages bemüht sein.

4.7.1.1.3 „billiges Ermessen“

Die AO-Bau / DBGT bemüht für die Verfahrensleitung den mittleren Gesetzesstandard „*billiges Ermessen*“ (§ 317 Abs. 1 BGB). Das Ermessen des Adjudikators ist aber unter der Einschränkung der Gesamtdauer des Verfahrens auszuüben. Oberste Maxime ist daher, eine Entscheidung innerhalb der Entscheidungsfrist zu treffen.

4.7.1.2 Satz 2: Das Verfahren ist nicht öffentlich.

Im Gegensatz zu Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht (§ 169 Satz 1 GVG), ist das Adjudikations-Verfahren nicht öffentlich. Niemandem darf die Möglichkeit eingeräumt werden sich Kenntnis davon zu verschaffen, wann und wo der Adjudikator eine mündliche Verhandlung abhält oder gar der Zutritt gewährt werden.

4.7.1.3 Satz 3: Parteien und Adjudikator sind zur Vertraulichkeit verpflichtet.

Vertraulichkeit meint in Ergänzung zu Satz 2, dass weder die Parteien, noch der Adjudikator Verfahrensdetails gegenüber Dritten preisgeben dürfen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz enthält § 13 Abs. 2 S. 3 AO-Bau / DBGT.

4.7.1.4 Satz 4: Auf Antrag einer Partei findet zwingend eine mündliche Verhandlung statt.

Satz 4 entspricht der Regelung des § 1047 Abs. 1 S. 2 ZPO. Soweit eine Partei eine mündliche Verhandlung beantragt, muss der Adjudikator eine solche durchführen. Sein Ermessen ist insoweit auf Null reduziert. Eine mündliche Verhandlung kann aber nur innerhalb der Frist des § 4 AO-Bau / DBGT stattfinden, weil das Verfahren mit Fristablauf endet. Soweit der Adjudikator bereits eine mündliche Verhandlung nach § 6 Abs. 2 S. 1 AO-Bau / DBGT durchgeführt hat, findet § 6 Abs. 1 S. 4 AO-Bau / DBGT keine Anwendung. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist die Absicherung der Durchführung *einer* mündlichen Verhandlung. Um

³³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 03.10.1961 - 2 BvR 4/60, BVerfGE 13, 132, 144.

einem Antrag in letzter Minute vorzubeugen und dem Dilemma zu entgehen, die Parteien nicht mehr rechtzeitig vor Verfahrensende geladen werden können, oder die Entscheidungsbegründung nicht entsprechend anpassen zu können, sollte der Adjudikator die Parteien rechtzeitig auffordern, eine mündliche Verhandlung zu beantragen.

4.7.2 Absatz 2

4.7.2.1 Satz 1: Der Adjudikator kann von Amts wegen Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts ergreifen.

Dem inquisitorischen Charakter des Schiedsgutachtens zur Folge hat der Adjudikator den Sachverhalt auch eigenständig aufzuklären. Da der Adjudikator nur befugt ist, Streitigkeiten zu entscheiden, muss er unstreitiges Parteivorbringen als wahr unterstellen - auch wenn er anderer Ansicht ist. Dieses gilt auch für die rechtliche und technische Begründung. Der Adjudikator wird nur anstelle der Parteien tätig. Ihr übereinstimmender Wille bestimmt daher den Umfang seiner Sachverhaltsaufklärung und rechtlichen / technischen Beurteilung.

Der Adjudikator muss daher aus Antragsschrift und Erwiderung zunächst den streitigen Sachverhalt herausfiltern. Ist sich der Adjudikator nicht sicher, ob es sich um einen streitigen Sachverhalt handelt, muss er dieses durch weitere Aufklärung herausfinden. Das Adjudikations-Verfahren gilt für alle Streitigkeiten. Innerhalb des Adjudikations-Verfahrens gelten wegen des inquisitorischen Charakters nicht die Grundsätze der ZPO, sodass der Vortrag des Antragstellers nicht etwa innerhalb der Erwiderung (substantiiert) bestritten werden muss. Die Substantiierung soll gerade der Adjudikator wegen seines Fachverständes an Stelle der Parteien übernehmen. Der Adjudikator ist damit in kontradiktorischen Kategorien gesprochen hinsichtlich der Substantiierungslast gewissermaßen Partei, hinsichtlich der Entscheidungsfindung Richter.

Der Vortrag des Antragstellers gilt daher auch nicht ohne Weiteres als zugestanden, wenn dieser gar nicht erwidert. Der Antragsgegner ist nicht verpflichtet zu erwidern. Die Parteien müssen den Adjudikator nur bei seiner Sachverhaltsaufklärung unterstützen (§ 6 Abs. 2 Satz 4 AO-Bau / DBG). Wird auch diesem von einer Partei nicht Folge geleistet, kann der Adjudikator den Sachverhalt nicht als unstreitig unterstellen. Er muss den Sachverhalt trotzdem aufklären.

4.7.2.2 Satz 2: Er kann insbesondere die Beantwortung von Fragen sowie die Vorlage von Dokumenten anordnen, Ortstermine und mündliche Verhandlungen durchführen, die Parteien und sonstige Dritte vernehmen.

Satz 2 konkretisiert die Befugnisse des Adjudikators zur Sachverhaltsermittlung. Durch „insbesondere“ wird deutlich, dass der Maßnahmenkatalog nicht abschließend ist, sondern nur Beispiele beinhaltet, wie die Sachverhaltsermittlung durchgeführt werden kann. Auch hinsichtlich weiterer Maßnahmen kommt es daher darauf an, dass diese „nicht offenbar unbillig“ sind (§ 6 Abs. 1 Satz 1 AO-Bau / DBG).

4.7.2.3 Satz 3: Die Parteien sind über die jeweiligen Maßnahmen zu informieren und erhalten Gelegenheit zur Teilnahme und Stellungnahme.

Sinn und Zweck von Satz 3 ist die Sicherstellung der Verfahrenstransparenz und damit die Steigerung der Akzeptanz des Ergebnisses. Das billige Ermessen, unter dem die Verfahrensleitung steht (§ 6 Abs. 1 Satz 1 AO-Bau / DBG), führt aber zu der Einschränkung, dass die Stellungnahme begrenzt werden kann, damit die Gesamtdauer des Verfahrens eingehalten werden kann. Der Adjudikator muss Termine nicht mit den Parteien absprechen, sondern diese nur informieren. Die Information muss die Parteien in die Lage versetzen, an der Maßnahme teilzunehmen und eine Stellungnahme abgeben zu können. Wenn eine Partei trotz Information über Datum, Uhrzeit und Ort zu einem Ortstermin nicht erschienen ist, muss der Adjudikator kein Protokoll oder ähnliches der Partei übersenden, um die Partei in die Lage zu versetzen, eine Stellungnahme abgeben zu können. Aber auch die Informationspflicht kann wegfallen, wenn die Gesamtdauer des Verfahrens nicht eingehalten werden kann, da diese nur eine Konkretisierung der Grundsätze des rechtlichen Gehörs beinhaltet (§ 6 Abs. 1 Satz 1 AO-Bau / DBG), welches unter dem Vorbehalt der Verfahrensdauer steht.

4.7.2.4 Satz 4: Sie sind zur Mitwirkung verpflichtet.

Satz 2 begründet gegenüber Dritten, die nicht Vertragspartei des Bauvertrages sind, keine Mitwirkungspflicht. Sie sind daher nicht verpflichtet auf Fragen des Adjudikators zu antworten.

Die Parteien sind nur untereinander zur Mitwirkung verpflichtet; nicht hingegen gegenüber dem Adjudikator. Der Adjudikator kann daher aus der Verletzung der Mitwirkungspflicht einer Partei keine Rechte gegenüber dieser herleiten - etwa den Vertrag kündigen.

Soweit sich eine Partei weigert, Dokumente an den Adjudikator herauszugeben, kann dieses gegen die Partei gewertet werden.³⁴ Unterstellungen sind aber nicht zulässig. Wenn eine Partei die Mitwirkung komplett verweigert, kann der Adjudikator nach Aktenlage entscheiden. Dieses bedeutet aber nicht, dass er den Inhalt als wahr unterstellen darf, sondern muss wegen des inquisitorischen Charakters zudem eigene Maßnahmen zur Überprüfung treffen. Erst wenn diese zu keinem Ergebnis führen, kann dieses gegen die sich weigernde Partei gewertet werden.

4.7.2.5 Satz 5: Der Adjudikator hat die wesentlichen Verfahrensschritte, insbesondere die mündliche Verhandlung sowie Besprechungen mit den Parteien sowie Dritten zu protokollieren.

Sinn und Zweck der Protokollierung ist die Steigerung der Verfahrenstransparenz und die gerichtliche Überprüfbarkeit der Verfahrensführung. Die Protokollierungspflicht beschränkt sich auf die wesentlichen Verfahrensschritte. Die Wendung „insbesondere“ macht deutlich, dass mündliche Verhandlungen und Besprechungen nur beispielhaft genannt sind, es sich also nicht um einen abschließenden Katalog handelt. Der Adjudikator muss zwar kein wörtliches Protokoll führen. Gleichwohl genügt ein reines Ergebnisprotokoll den Anforderungen von Satz 5 nicht, da mit diesem eine gerichtliche Überprüfung der Verfahrensführung nicht gewährleistet wäre.

4.7.3 Absatz 3: Der Adjudikator wirkt in jedem Stadium auf eine gütliche Vereinbarung hin.

Der Adjudikator muss zur Erfüllung dieser Pflicht zwischen den Parteien ausloten, ob eine gütliche Vereinbarung möglich erscheint. Im Gegensatz zu einem Vergleich, der gegenseitiges Nachgeben beinhaltet, ist eine Vereinbarung auch ohne gegenseitiges Nachgeben möglich. Der Adjudikator muss die Parteien zwingend über die Möglichkeit aufklären, eine gütliche Vereinbarung im Rahmen eines Mediations-Verfahrens zu erlangen. Dieses wird man auch dann verlangen müssen, wenn ein solches Verfahren wegen des Eskalationsstandes scheinbar ausscheidet.³⁵ Hierzu wird man verlangen müssen, dass er über die Grundzüge der Mediation aufklärt. Andernfalls macht er sich schadensersatzpflichtig.

Innerhalb des Adjudikations-Verfahrens muss er den Parteien unverzüglich Teilergebnisse mitteilen, wenn diese dazu angetan sind, eine gütliche Streitbeilegung herbeizuführen. Bevor der Adjudikator eine Adjudikations-Entscheidung trifft, muss er den Parteien die Gelegenheit geben, auf Grundlage seiner beabsichtigten Entscheidung eine Vereinbarung zu schließen. Der Adjudikator kann demnach auch schlichtend tätig werden. § 15 Satz 8 AO-Bau / DBG-T enthält insoweit einen Anreiz.

4.7.4 Absatz 4: Die Parteien können sich vertreten lassen.

Absatz 4 meint die rechtsgeschäftliche Vertretung durch Dritte. Die Parteien können die Verfahrensführung etwa Anwälten oder Claimmanagern überlassen. Insoweit gelten die §§ 164 BGB. Die Vollmacht sollte zur umfänglichen Verfahrensführung ermächtigen, den Vertreter insbesondere auch zu Vereinbarungen oder Vergleichen bevollmächtigen. Die restriktiv auszulegende Architektenvollmacht ist daher ungeeignet.³⁶ Einer Prozessvollmacht i.S.v. §§ 80 f. ZPO bedarf es nicht.

³⁴ BGH, Urt. v. 11.06.1976 - IV ZR 84/75, VersR 1976, 821, 823; OLG Koblenz, Urt. v. 20.09.1996 - 10 U 964/95, VersR 1997, 963; Döbereiner, VersR 1983, 712, 713.

³⁵ Vgl. [BVerfG, Beschl. v. 14.02.2007 - 1 BvR 1351/01](#), NJW-RR 2007, 1073 ff.; Lembcke, JurBüro 2009, 175 ff.

³⁶ Hierzu Lembcke, VersR 2007, 1479 ff.

4.8 § 7 Befangenheit und Verhinderung

4.8.1 Satz 1: *Ein Antrag wegen Besorgnis der Befangenheit oder Verhinderung muss unverzüglich gestellt werden.*

Satz 1 regelt das Verfahren zu § 2 Abs. 2 S. 1 und S. 2 AO-Bau / DBG. Der Antrag ist an den Adjudikator (§ 7 S. 2 AO-Bau / DBG) zu richten. Das Ablehnungsverfahren führt nicht zum Ruhen des Verfahrens. Anderenfalls könnte eine Partei durch das Stellen von Anträgen die Entscheidung des Adjudikators verzögern und wegen des engen Fristkorsetts unmöglich machen. Die Parteien wollen eine schnelle Entscheidung durch die Adjudikationsvereinbarung erreichen (Präambel S. 1 AO-Bau / DBG), sodass ein Ruhen des Verfahrens mit diesem Parteiwillen unvereinbar wäre (§§ 133, 157 BGB).

4.8.1.1 „Besorgnis der Befangenheit“

Die Besorgnis der Befangenheit stellt sich nach den unter § 2 Abs. 2 S. 1 und S. 2 AO-Bau / DBG aufgestellten Grundsätzen ein. Insoweit beinhaltet die AO-Bau / DBG einen strengeren Maßstab, als es für das Schiedsgutachtenrecht vorgesehen ist. Nach dem gesetzlichen Leitbild muss der Schiedsgutachter tatsächlich befangen sein, damit er nicht mehr als „Dritter“ im Sinne des § 317 Abs. 1 BGB tätig werden kann. Die Besorgnis ist grundsätzlich nicht ausreichend.

4.8.1.2 „Verhinderung“

Verhinderung meint, dass der Adjudikator die Entscheidung „nicht treffen kann“ (§ 319 Abs. 1 S. 2 2. HS 1. Var. BGB). Dieses ist bei mangelnder fachlicher Qualifikation und bei Krankheit oder Tod des Adjudikators der Fall. Eine vorübergehende Verhinderung muss von derartigem Gewicht sein, dass sie einer fristgerechten Entscheidung entgegensteht. Dieses wird regelmäßig bei Krankheit von mehr als zwei Wochen der Fall sein (vgl. § 3 Nr. 3 Abs. 1 S. 6 AO-Bau / ALPHA).

4.8.1.3 „unverzüglich“

„Unverzüglich“ meint „ohne schuldhaftes Zögern“ (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB). Grundsätzlich muss die Partei daher sofort handeln.³⁷ Die Partei, die von ihrem Ablehnungsrecht Gebrauch machen will, darf daher nur eine angemessene Überlegungszeit für sich beanspruchen, bis sie den Antrag stellt. Sie hat Zeit, den Ablehnungsgrund zu bewerten und die Folgen eines Antrages abzuschätzen. Hierfür kann sie sich auch Dritter bedienen. Insoweit dürften 3 bis 5 Tage noch ohne schuldhaftes Zögern sein. Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn ist die positive Kenntnis oder die fahrlässige Nichtkenntnisnahme über den Ablehnungsgrund.

4.8.2 Satz 2: *Der Adjudikator entscheidet über diese Anträge endgültig.*

4.8.2.1 Kommentierung

Mit Satz 2 ist klargestellt, dass der in der Bezugsklausel des Bauvertrages bestimmte Benenner keine Funktion einer „zweiten Instanz“ bei der Überprüfung der Entscheidung des Adjudikators über den Ablehnungsgrund zukommt. Die Entscheidung eines befangenen Adjudikators ist aber „offenbar unbillig“ (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB).

4.8.2.2 Projektspezifische Anpassungsmöglichkeiten

4.8.2.2.1 Problem

Problematisch sind Fallkonstellationen, in denen der Adjudikator keinen Ablehnungsgrund anerkennt und die Parteien mit einem verhinderten oder befangenen Adjudikator das Verfahren fortsetzen müssen. Der befangene Adjudikator trifft dann eine Entscheidung, die von Anfang an unverbindlich ist. Die Unverbindlichkeit wird sich oftmals erst innerhalb eines langwierigen Gerichtsverfahrens klären lassen, in welchem der entsprechende Ablehnungsgrund wegen Befangenheit gegen die Verbindlichkeit der Entscheidung eingewendet wird. Die Entscheidung über einen Ablehnungsgrund sollte daher in 2. Instanz der Benennungsinstitution angetragen werden können, damit schnell Klarheit über den Antrag durch

³⁷ OLG Oldenburg, Urt. v. 30.10.2003 - 8 U 136/03, NJW 2004, 168.

einen neutralen Dritten hergestellt wird. Nachteilig an dieser Regelung ist, dass das Ablehnungsverfahren für opportunistisches Verhalten ausgenutzt werden kann.

4.8.2.2.2 Regelungsvorschlag

¹Über die Ablehnung entscheidet der Adjudikator innerhalb von 2 Tagen. ²Hält er das Ablehnungsbegehren für unbegründet, entscheidet der Benenner auf Antrag des Adjudikators oder einer Partei innerhalb von 5 Tagen endgültig. ³Das Ablehnungsverfahren führt nicht zum Ruhen des Verfahrens. ⁴Einem neuen Adjudikator bleibt jedoch die vollständige Entscheidungsfrist erhalten.

4.8.2.2.3 Kommentierung

Grundsätzlich entscheidet der Schiedsgutachter in einer kurzen Frist von 2 Tagen, die eine optimale Beschleunigung sicherstellt. Nur wenn der Adjudikator keinen Ablehnungsgrund erkennt, kann eine Entscheidung durch den Benenner erlangt werden. Dieser entscheidet innerhalb von 5 Tagen, wobei der Benenner nicht durch die Schiedsgutachten- oder gutachtervereinbarung (die AO-Bau / DBG) verpflichtet werden kann, wenn diese nicht auch zwischen Benenner und den Parteien des Bauvertrages vereinbart wurde.

Der Vertrag kommt für diesen Fall erst durch den Antrag und spätestens durch die Entscheidung des Benenners zwischen Benenner und den Parteien oder Benenner und dem Adjudikator zu Stande - je nachdem wer eine Entscheidung beantragt hat.

Soweit eine Partei den Antrag gestellt hat und der Benenner einen Ablehnungsgrund anerkannt hat und diese Entscheidung bindend ist - auch diese darf nicht „offenbar unbillig“ (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB) sein -, kann diese Partei die Kosten für die Entscheidung gegenüber dem Adjudikator als Schadensersatz geltend machen.

Hat der Adjudikator den Benenner mit der Klärung beauftragt und erkennt dieser keinen Ablehnungsgrund, so kann der Benenner nur Ersatz von den Parteien verlangen, wenn diese dem Antrag vorher zugestimmt haben, was mit Vereinbarung eines solchen Ablehnungsregelung anzunehmen ist.

4.8.3 Satz 3: § 319 Abs. 1 S. 1 BGB bleibt unberührt.

4.8.3.1 Kommentierung

Das Tatbestandsmerkmal „endgültig“ (Satz 2) wird durch Satz 3 relativiert. Soweit eine Partei einen unverzüglichen Ablehnungsantrag abgegeben hat, der Adjudikator sich aber nicht für befunden hält und in dieser Folge das Adjudikations-Verfahren weiterführt und eine Entscheidung trifft, kann diese Partei den Ablehnungsgrund gegen die gerichtliche Durchsetzung der Entscheidung einwenden. Kommt auch das Gericht zu der Annahme, dass ein Ablehnungsgrund vorlag, so erklärt es die Entscheidung des Adjudikators aus diesem Grund für unverbindlich (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB). Es kommt hierfür nicht darauf an, ob sich der Ablehnungsgrund auf das Verfahrensergebnis niedergeschlagen hat.

4.8.3.2 Projektspezifische Anpassungsmöglichkeiten

4.8.3.2.1 Problem

Soweit das Gericht die Entscheidung wegen dieses Verfahrensfehlers für unverbindlich erklärt, findet im Anschluss eine richterliche Ersatzbestimmung statt (§ 319 Abs. 1 S. 2 1. Hs. BGB). Das Gericht trifft dann - mit dem entsprechenden Ermessensspielraum - eine Entscheidung anstelle des Adjudikators. Hierzu müssen in Baustreitigkeiten regelmäßig umfangreiche Sachverständigengutachten eingeholt werden. Insoweit könnte eine Regelung zu erwägen sein, wonach das Gericht bei Verfahrensfehlern keine Ersatzbestimmung trifft, sondern den Parteien erneut die Möglichkeit eröffnet wird, ein neues Adjudikations-Verfahren unter Beteiligung eines anderen Adjudikators zu betreiben. Die langwierige richterliche Ersatzbestimmung würde damit wieder in das schnelle und kostengünstige Adjudikations-Verfahren zurückverlagert werden.

4.8.3.2.2 Regelung

„Wenn das Gericht im Zuge der gerichtlichen Durchsetzung der Adjudikations-Entscheidung zur Unverbindlichkeit des Schiedsgutachtens gelangt ist, trifft es eine

Entscheidung nach billigem Ermessen, es sei denn, dass für diese ein Sachverständigengutachten eingeholt werden muss.“

4.8.3.2.3 Kommentierung

Die „gerichtliche Durchsetzung der Adjudikations-Entscheidung“ meint den Vollstreckungsprozess. Die richterliche Ersatzbenennung i.S.v. § 319 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB erfolgt nur, wenn diese ohne ein Sachverständigengutachten auskommen wird. Insoweit ist eine Prognoseentscheidung veranlasst.

4.9 § 8 Antragsenerweiterung, -änderung, -rücknahme

4.9.1 Satz 1: Der Antragsteller kann seinen Antrag während des Verfahrens ohne Zustimmung des Antragsgegners erweitern, soweit der Adjudikator dies für sachdienlich erachtet.

4.9.1.1 Kommentierung

4.9.1.1.1 „Antrag“

Mit „Antrag“ ist das Verfahrensbegehren gemeint. Der Antragsteller kann daher weitere Streitpunkte einer Klärung durch den Adjudikator zuführen.

4.9.1.1.2 „erweitern“

Erweiterung bedeutet, dass neben das Verfahrensbegehren ein oder mehrere weitere Begehren des Antragstellers treten. Keine Erweiterung liegt darin, dass der Inhalt des Verfahrensbegehrens ohne Erweiterung seines Inhaltes lediglich klarer gefasst oder präzisiert wird. Auch liegt keine Erweiterung vor, wenn der Antragsteller neue rechtliche Gesichtspunkte in der Begründung oder weitere Anspruchsgrundlagen hinzufügt. Auch kann der Antragsteller Berechnungsgrundlagen für die haftungsausfüllende Kausalität eines Schadens austauschen.³⁸ Die haftungsausfüllende Kausalität meint den Zusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und der konkreten Schadenshöhe - mithin dem Anspruch der Höhe nach. Steht beispielsweise fest, dass der Antragsgegner dem Grunde nach für Mängel verantwortlich ist, kann der Antragsteller Berechnungsgrößen für die Selbstvornahmekosten ändern. Allerdings muss der Adjudikator verspätetes Vorbringen nicht berücksichtigen (§ 5 S. 5 AO-Bau / DBGT).

4.9.1.1.3 „sachdienlich“

Die Sachdienlichkeit ist objektiv im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit des Verfahrens zu beurteilen.³⁹ Der bisherige Streitstoff muss eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleiben. Die Zulassung der Erweiterung muss die vorläufige Beilegung des Streites fördern und ein neues Adjudikations-Verfahren vermeiden.⁴⁰ Eine gewisse Verzögerung der Entscheidung oder Erschwerung für den Antragsgegner ist hinzunehmen. Die Sachdienlichkeit ist zu verneinen, wenn die Entscheidungsfrist des § 4 AO-Bau / DBGT durch die Erweiterung nicht eingehalten werden kann. Sie kann auch verneint werden, wenn der Antragsteller einen völlig neuen Verfahrensstoff vorträgt, der das Gesicht der Streitigkeit ändern und das bisherige Ergebnis der Verfahrensführung unverwertbar machen würde.⁴¹

4.9.1.2 Projektspezifische Anpassungsmöglichkeiten

Die Prüfung der Sachdienlichkeit durch den Adjudikator kann viel Zeit kosten. Insoweit sollte der Antragsteller schon in der Antragschrift dazu angehalten werden, zu entscheiden, welche Begehren er verfolgen will. Das Fristkorsett ist so knapp bemessen, dass innerhalb dieses Zeitraumes das Risiko sehr gering ist, dass Dinge eintreten werden, die zwingend noch im laufenden Verfahren mit entschieden werden müssen. Hier kann der An-

³⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 22.11.1990 - IX ZR 73/90, NJW-RR 1991, 1279; BGH, Urt. v. 09.10.1991 - VIII ZR 88/90, DB 1992, 207.

³⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 10.01.1985 - III ZR 93/83, NJW 1985, 1841; BGH, Urt. v. 30.11.1999 - VI ZR 219/98, NJW 2000, 800, 803.

⁴⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 30.11.1999 - VI ZR 219/98, NJW 2000, 800 ff.

⁴¹ Vgl. BGH, Urt. v. 10.01.1985 - III ZR 93/83, NJW 1985, 1841.

tragsteller auf die Durchführung eines neuen Adjudikations-Verfahrens verwiesen werden, sodass Satz 1 gestrichen werden kann.

4.9.2 Satz 2: *Eine Antragsrücknahme ist nur mit Zustimmung des Antragsgegners möglich.*

Die Antragsrücknahme erlaubt grundsätzlich auch eine Teilrücknahme, soweit mehrere Verfahrensbegehren verfolgt werden, die teilbar sind.

Sinn und Zweck der Vorschrift ist, dass verhindert werden soll, dass der Antragsteller eine Streitigkeit auf ihre Erfolgswahrscheinlichkeit hin antestet und für den sich abzeichnenden negativen Ausgang von seinem Verfahrensbegehren Abstand nimmt und diesen damit einer Entscheidung entzieht, um die Streitigkeit vor einem anderen Adjudikator zu verfolgen versucht, von dem er sich einen anderen Ausgang erhofft.

Der Antragsgegner wird durch das Zustimmungserfordernis davor geschützt, dass es keinen gleichgerichteten Feststellungsantrag vor einem anderen Adjudikator geltend machen muss und der Gefahr einer anderen Einschätzung ausgesetzt wird.

4.10 § 9 Widerantrag, Aufrechnung

4.10.1 Satz 1: *Wideranträge und zur Aufrechnung gestellte Ansprüche müssen derselben Adjudikations-Vereinbarung unterliegen, es sei denn diese sind anerkannt oder rechtskräftig festgestellt.*

4.10.1.1 „Wideranträge und zur Aufrechnung gestellte Ansprüche“

Wideranträge beinhalten Verfahrensbegehren die ein Zurückbehaltungsrecht i.S.v. §§ 320 oder 273 Abs. 1 BGB begründen. Eine Teilmenge hiervon sind insoweit zur Aufrechnung gestellte Ansprüche, als diese gegenüber dem Verfahrenbegehren des Antragstellers „gleichartig“ (§ 389 BGB) sind. Die Gleichartigkeit ist insbesondere bei Geldschulden gegeben.

4.10.1.2 „derselben Adjudikations-Vereinbarung“

Diese Gegenrechte müssen grundsätzlich derselben Adjudikations-Vereinbarung unterliegen. Dieselbe Adjudikations-Vereinbarung meint dieselbe Bezugs Klausel des Bauvertrages. Gegenrechte aus anderen Vertragsverhältnissen, wie anderen Bauverträgen, können nicht entgegengehalten werden. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, eine vorläufige Streitbeilegung innerhalb der einzelnen Vertragsverhältnisse zu gewähren. Die Möglichkeit der Verfahrensverzögerung durch Anreicherung des Verfahrensstoffes durch Gegenrechte soll damit möglichst vermieden werden.

4.10.1.3 „anerkannte oder rechtskräftig festgestellte Ansprüche“

Eine Ausnahme gilt für anerkannte oder rechtskräftig festgestellte Ansprüche, weil durch deren Geltendmachung keine Verzögerung zu befürchten steht, da sie unstrittig sind. Anerkannte Ansprüche sind solche, die durch ein Anerkenntnis i.S.v. § 781 BGB anerkannt wurden. Rechtskräftig festgestellte Ansprüche sind solche, denen ein rechtskräftiges (Schieds-) Gerichtsurteil zu Grunde liegt (§ 322 Abs. 1 ZPO). Vom Sinn und Zweck sind keine Ansprüche erfasst, die bereits innerhalb eines (anderen) Adjudikations-Verfahrens entschieden wurden, weil der Einwand, es handele sich um eine „offenbar unbillige“ Entscheidung, sehr verzögerungsträchtig sein kann. Anders wäre der Fall bei einer weitgehenden Bindungswirkung im Sinne von § 319 Abs. 2 BGB zu beurteilen, weil Einwendungen hiergegen weitgehend ausscheiden.

4.10.2 Satz 2: *Sie sind nur in der Antragserwiderung unbeschränkt zulässig; später nur, wenn der Antragsteller zustimmt oder der Adjudikator diese für sachdienlich erachtet.*

4.10.2.1 Kommentierung

4.10.2.1.1 1. Halbsatz

Gegenrechte können, soweit sie derselben Adjudikations-Vereinbarung unterliegen, unbeschränkt in der Antragsrüge in das Adjudikations-Verfahren eingebracht werden. Der Antragsgegner kann damit das Adjudikations-Verfahren zum Erliegen bringen, wenn er entsprechend umfangreiche Gegenrechte gesammelt hat. Für den Adjudikator kann die zu entscheidende Streitigkeit nämlich so komplex werden, dass eine Entscheidung unmöglich wird. Teilentscheidungen darf er nicht treffen, sondern muss die Streitigkeit insgesamt entscheiden. Schon aus haftungsrechtlichen Gründen muss er dann zu dem Ergebnis kommen, dass die Streitigkeit nicht entscheidbar ist und eine entsprechende „Entscheidung“ treffen.

Der Antragsgegner kann diesem nur begegnen, indem er bereits frühzeitig potenzielle Gegenrechte seinerseits in ein Adjudikations-Verfahren einbringt und einer Entscheidung zuführt - etwa durch Feststellungsanträge.

Er kann sich aber mit dem Einwand verteidigen, dass es sich bei den geltend gemachten Gegenrechten nicht um „Streitigkeiten“ handelt, weil diese zuvor gar nicht vom Antragsgegner thematisiert wurden.

4.10.2.1.2 2. Halbsatz

Nach Ablauf der Erwidierungsfrist (§ 5 Satz 2 AO-Bau / DBG) ist der Antragsteller weitgehend geschützt. Gegenrechte können nur noch mit seiner Zustimmung geltend gemacht werden oder wenn der Adjudikator dieses für sachdienlich⁴² erachtet.

4.10.2.2 Projektspezifische Anpassungsmöglichkeiten

4.10.2.2.1 Problem

Durch die Zulassung der Geltendmachung von Gegenrechten durch den Antragsgegner innerhalb desselben Adjudikations-Verfahrens, kann dieser das Verfahren „sprengen“ und so selbst berechnete Begehren des Antragstellers abwehren. Um dieses zu verhindern, sollten Gegenrechte grundsätzlich in einem anderen Adjudikations-Verfahren, das auch parallel angestrengt werden kann, verfolgt werden müssen. Dem Antragsgegner werden hierdurch keine Gegenrechte abgeschnitten. Ihm steht es frei, schon vorher diese Gegenrechte innerhalb eines Adjudikations-Verfahrens geltend zu machen und kann diese selbst dann noch innerhalb eines parallel laufenden Adjudikations-Verfahrens betreiben, wenn er mit einem Antrag konfrontiert wird. Die parallelen Adjudikations-Verfahren werden regelmäßig zum gleichen Zeitpunkt entschieden, sodass der Antragsteller keinen Nachteil erleidet.

4.10.2.2.2 Regelungsvorschlag

¹Für Streitgegenstände, die nicht in der Antragschrift enthalten waren, ist der Adjudikator nur entscheidungsbefugt, wenn diese neuen Streitgegenstände im Einvernehmen mit dem Antragsteller und dem Adjudikator in das laufende Verfahren aufgenommen wurden. ²Dieses gilt nicht für Zurückbehaltungsrechte, die synallagmatisch eng miteinander verbunden sind, wenn diese in der Erwidierung geltend gemacht wurden. ³Gegen die Entscheidung des Adjudikators können Einreden nur erhoben werden, wenn diese durch eine Adjudikations-Entscheidung nach dieser Verfahrensordnung bereits entschieden wurden, unbestritten sind oder ein rechtskräftiges Urteil oder eine Parteivereinbarung vorliegt. ⁴Selbiges gilt für die Aufrechnung.

4.10.2.2.3 Kommentierung

4.10.2.2.3.1 Satz 1: Für Streitgegenstände, die nicht in der Antragschrift enthalten waren, ist der Adjudikator nur entscheidungsbefugt, wenn diese neuen Streitgegenstände im Einvernehmen mit dem Antragsteller und dem Adjudikator in das laufende Verfahren aufgenommen wurden.

Der Inhalt der Antragschrift bestimmt grundsätzlich den Inhalt des Adjudikations-Verfahrens. Soweit der Antragsteller und der Adjudikator ihre Zustimmung erteilen, können Gegenrechte auch innerhalb desselben Adjudikations-Verfahrens geltend gemacht werden.

4.10.2.2.3.2 Satz 2: Dieses gilt nicht für Zurückbehaltungsrechte, die synallagmatisch eng miteinander verbunden sind, wenn diese in der Erwidierung geltend gemacht wurden.

⁴² Zur Sachdienlichkeit vgl. die Kommentierung zu § 8 S. 1 AO-Bau / DBG.

Eine Ausnahme macht Satz 2 für Zurückbehaltungsrechte, die synallagmatisch eng miteinander verbunden sind. Dieses sind vornehmlich Mängelreden gegen einen Werklohnanspruch. Andernfalls könnte der Antragsteller seinen Zahlungsanspruch sehr schnell durchsetzen, indem er den Bauvertrag vorlegt; der Antragsgegner müsste hingegen unter Ausschöpfung der gesamten Verfahrensfrist die Mängel feststellen lassen. Allerdings ist der Antragsgegner gehalten, die Mängel bereits in der Erwiderung geltend zu machen. Nach Ablauf der Erwiderungsfrist, können diese nicht mehr eingewendet werden.

4.10.2.2.3.3 Satz 3 und Satz 4: ³*Gegen die Entscheidung des Adjudikators können Einreden nur erhoben werden, wenn diese durch eine Adjudikations-Entscheidung nach dieser Verfahrensordnung bereits entschieden wurden, unbestritten sind oder ein rechtskräftiges Urteil oder eine Parteivereinbarung vorliegt.* ⁴*Selbiges gilt für die Aufrechnung.*

Satz 3 und 4 beinhalten die logische Fortführung der Intention der ersten beiden Sätze. Es muss auch eine Regelung getroffen werden, inwieweit Gegenrechte gegen eine Adjudikations-Entscheidung erhoben werden können. Andernfalls würde der Antragsgegner, der innerhalb des Adjudikations-Verfahrens mit seinen Gegenrechten ausgeschlossen war, diese außerhalb des Adjudikations-Verfahrens (erneut) erheben. Insoweit wird durch Satz 3 sichergestellt, dass auch hier nur Einwendungen erhoben werden können, die zu keinen Verzögerungen führen.

4.11 § 10 Entscheidung

4.11.1 Satz 1: *Der Adjudikator entscheidet über die gestellten Anträge in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.*

4.11.1.1 „tatsächlicher“

In tatsächlicher Hinsicht meint, dass der Adjudikator zunächst darüber entscheiden muss, welcher Lebenssachverhalt⁴³ streitig⁴⁴ ist, da das Adjudikations-Verfahren nur für Streitigkeiten gilt (§ 1 S. 1 AO-Bau / DBGT). Hinsichtlich dieses streitigen Lebenssachverhaltes muss der Adjudikator ermitteln, welcher Lebenssachverhalt dem tatsächlichen Lebenssachverhalt entspricht.⁴⁵ Er muss etwa im Zusammenhang mit Mängelsachverhalten aufklären, welche geschuldeten Bauleistungen wie ausgeführt wurden.

4.11.1.2 „rechtlicher“

Die rechtliche Beurteilung meint, welche Rechte und Pflichten sich für die Parteien aus dem Lebenssachverhalt ergeben. Hat der Adjudikator als erbrachte Bauleistung etwa festgestellt, dass im Zuge eines Gefängnisneubaus der äußerste Sicherheitszaun 10 Meter hoch ist und über keine besondere Mauerkronensicherung verfügt, so muss er feststellen, was vertraglich als Bausoll geschuldet ist „äußerer Sicherheitszaun 10 Meter Höhe“ oder „äußerer Sicherheitszaun muss höchstem Sicherheitsstandard entsprechen“. In der rechtlichen Beurteilung muss dann beurteilt werden, ob das Bau-Ist dem Bau-Soll entspricht und welche Rechtsfolgen sich aus dieser Beurteilung ergeben. Allerdings darf der Adjudikator nur soweit entscheiden, wie das Verfahrensbegehren (§ 3 S. 2c AO-Bau / DBGT) reicht. Ist nur die Feststellung eines Mangels begehrt, darf der Adjudikator keine Feststellungen treffen, wie die Mängelbeseitigung zu erfolgen hat.

4.11.1.3 „entscheidet“

Entscheiden bedeutet, dass der Adjudikator eine positive oder negative Aussage zum Verfahrensbegehren des Antragstellers und zu Wideranträgen bzw. über zur Aufrechnung gestellten Ansprüchen treffen muss. Ist die Streitigkeit nicht entscheidbar, so muss der Adjudikator auch dieses „entscheiden“. Diese Entscheidungsformel sollte der Entscheidung vorgangestellt werden und auch eine Entscheidung über die Verfahrenskosten (§ 15 Abs. 1 AO-Bau / DBGT) beinhalten. Hier ist allerdings nur eine Quote zu nennen. Das Honorar der Höhe nach, kann der Adjudikator später abrechnen.

⁴³ Zum Lebenssachverhalt vgl. die Kommentierung zu § 3 S. 2 und S. 3 AO-Bau / DBGT.

⁴⁴ Zum streitigen Sachverhalt vgl. die Kommentierung zu § 6 Abs. 2 S. 1 AO-Bau / DBGT.

⁴⁵ Zur Wahrheitspflicht vgl. die Kommentierung zu § 5 S. 4 AO-Bau / DBGT.

4.11.1.4 Erledigung

Soweit sich ein Verfahrensbegehren erledigt hat, muss der Adjudikator entsprechend entscheiden, da der Zeitpunkt seiner Entscheidung maßgeblich ist. Eine Erledigung liegt vor, wenn das Verfahrensbegehren durch ein Ereignis nach Verfahrensbeginn (§ 3 S. 6 AO-Bau / DBGT) gegenstandslos ist - etwa, weil zwischenzeitlich gezahlt wurde. Ein Anspruch besteht dann gerade nicht mehr.

4.11.2 Satz 2: Die schriftlich begründete, vom Adjudikator unterschriebene Entscheidung muss allen Parteien zugehen und beendet spätestens das Verfahren.

4.11.2.1 „schriftlich begründete“

Die Entscheidung muss schriftlich begründet werden. Die schriftliche Begründung muss den Richter innerhalb eines möglichen nachfolgenden Gerichtsverfahrens hinsichtlich der Beurteilung der Verbindlichkeit der Adjudikations-Entscheidung in die Lage versetzen können, dass er feststellen kann, ob diese „*offenbar unbillig*“ (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB) ist. Sie muss daher den Parteivortrag und den durch die Amtsermittlungsbefugnisse des Adjudikators (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AO-Bau / DBGT) ergründeten Lebenssachverhalt sowie die Protokolle der wesentlichen Verfahrensschritte (§ 6 Abs. 2 Satz 5 AO-Bau / DBGT) enthalten. Da das Gericht grundsätzlich auch an die rechtlichen Bewertungen des Adjudikators gebunden ist, muss dieser seine Entscheidung auch in rechtlicher Hinsicht begründen. Es empfiehlt sich daher eine Begründung, die aus drei Teilen besteht:

- I. Lebenssachverhalt
- II. Rechtliche Begründung
- III. Begründung der Kostenentscheidung (§ 15 Abs. 1 AO-Bau / DBGT)

4.11.2.2 „unterschriebene Entscheidung“

Die Entscheidung muss unterschrieben werden. Die Unterschrift muss daher die Entscheidung abschließen und darf nicht neben oder über der Entscheidung ausgeführt werden. Sie hat den Zweck, dass innerhalb der gerichtlichen Durchsetzung eine Vermutung dahin greift, dass der Adjudikator die Entscheidung mit dem entsprechenden Inhalt getroffen hat (§ 416 ZPO) - nicht hingegen, dass die Entscheidung verbindlich ist.

4.11.2.3 „allen Parteien zugehen“

Damit die Entscheidung gegenüber den Parteien wirksam wird, muss sie in Abweichung zu § 318 Abs. 1 BGB allen Parteien zugehen.⁴⁶

4.11.2.4 „und beendet spätestens das Verfahren“

Die Beendigung des Verfahrens führt zum Ende der Verjährungshemmung. Das Tatbestandsmerkmal „*spätestens*“ macht deutlich, dass das Verfahren auch schon früher enden kann - etwa bei Überschreitung der Gesamtdauer des Verfahrens (§ 4 AO-Bau / DBGT).

4.11.3 Korrektur von Schreib- und Rechenfehlern

4.11.3.1 Kommentierung

Schreib- und Rechenfehler darf der Adjudikator nicht korrigieren, da seine Entscheidung als Gestaltungsrecht mit Ausübung verbraucht ist. Schreib- und Rechenfehler können daher nur im Wege der Auslegung überwunden werden (§§ 133, 157 BGB).

4.11.3.2 Projektspezifische Anpassungsmöglichkeit

Die Parteien können folgende Regelung aufnehmen um eine Korrektur zu ermöglichen.

„Auf Antrag einer Partei kann der Adjudikator binnen einer Frist von einer Woche ab Zugang der Entscheidung Schreib- und Rechenfehler korrigieren.“

⁴⁶ Zum Zugang vgl. die Kommentierung zu § 3 S. 1 AO-Bau / DBGT.

4.11.4 § 9 Satz 1 AO-Bau / DBGT

Nicht nur gegen den Anspruch des Antragstellers innerhalb des Adjudikations-Verfahrens, sondern auch gegen die Adjudikations-Entscheidung können Zurückbehaltungsrechte bzw. aufrechenbare Ansprüche nicht eingewendet werden, da „später“ (§ 9 S. 2 2. HS AO-Bau / DBGT) auch die Phase nach Verfahrensende meint. Wenn diese Gegenrechte schon während des Verfahrens nicht eingewendet werden können, dann dürfen diese auch nach Verfahrensabschluss nicht eingewendet werden. Sinn und Zweck dieser Regelung ist eine schnelle Streitbeilegung. Man wird selbst Gegenrechte nicht zulassen können, die bereits innerhalb eines Adjudikations-Verfahrens entschieden wurden, weil hier anders als bei rechtskräftig festgestellten Gegenrechten eine Verzögerung droht, da der Einwand der „*offenbaren Unbilligkeit*“ erhoben werden kann. Anders wäre der Fall gelagert, wenn die Bindungswirkung weitergehend wäre, da Einwendungen gegen die Verbindlichkeit der Adjudikations-Entscheidung dann weitgehend ausgeschlossen sind (vgl. § 1 Nr. 4 Abs. 3 AO-Bau / APLHA).

4.12 § 11 Sicherheitsleistung

Auf Antrag kann der Adjudikator festlegen, dass eine von ihm zu bestimmende Leistung nur gegen Sicherheitsleistung zu erbringen ist.

4.12.1 Sinn und Zweck

Die Adjudikations-Entscheidung ist nur vorläufig bindend und kann innerhalb eines nachfolgenden (Schieds-) Gerichtsverfahrens vollständig beseitigt werden (§ 12 S. 2 2. Alt. AO-Bau / DBGT). Es handelt sich damit nur um eine vorläufige Entscheidung, die durch eine Sicherheitsleistung gesichert werden kann. Die Sicherheit garantiert, dass eine anders lautende (Schieds-)Gerichtsentscheidung die Folgen einer Adjudikations-Entscheidung auch dann rückgängig machen kann, wenn die im Adjudikations-Verfahren obsiegende, im (Schieds-)Gerichtsverfahren aber unterliegende Partei zwischenzeitlich insolvent geworden ist.

Die Sicherheit sichert nicht (von Anfang an) unverbindliche Adjudikations-Entscheidungen ab, weil diese „*offenbar unbillig*“ (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB) ist. Das Risiko einer unverbindlichen Entscheidung Folge zu leisten, trägt alleinig derjenige, der der Adjudikations-Entscheidung freiwillig folgt.

4.12.2 AGB-Kontrolle

§ 11 AO-Bau / DBGT hält einer AGB-Kontrolle ohne weiteres stand. Innerhalb eines Schiedsgutachtens, bei dem der mittlere Gesetzesstandard hinsichtlich der Bindungswirkung „*offenbar unbillig*“ gilt, könnte das Schiedsgutachten auch endgültig bindend gestellt werden, sodass die Möglichkeit der (schieds-) gerichtlichen Beseitigung nur eine positiv abweichende Regelung beinhaltet. Es bestünden daher keine Bedenken, eine Regelung ohne jede Sicherheitsleistung zu treffen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Insbesondere die Regelungen der ZPO beinhalten für das Schiedsgutachtenrecht kein gesetzliches Leitbild. Anders liegt der Fall hingegen, wenn die Bindungswirkung in Richtung von § 319 Abs. 2 BGB innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen verschärft wird.

4.12.3 „zu bestimmende“

Voraussetzung für einen Antrag nach § 11 AO-Bau / DBGT ist, dass die Leistung noch nicht bestimmt wurde. Der Antrag ist also so rechtzeitig zu stellen, dass vom Adjudikator über die Sicherheitsleistung noch innerhalb der Gesamtverfahrensdauer (§ 4 S. 1 AO-Bau / DBGT) entschieden werden kann.

4.12.4 „Sicherheitsleistung“

Die Sicherheit ist immer in Geld zu bestimmen. Die Höhe bemisst sich nach dem zu prognostizierenden Schaden, welcher der durch die Adjudikations-Entscheidung verpflichteten Partei entstehen kann, wenn ein (Schieds-) Gerichtsverfahren zu einer anderweitigen Entscheidung gelangt. Dieses ist der Wert des Verfahrensbegehrens zuzüglich Zinsen und Kosten der (schieds-)gerichtlichen Beseitigung. Die Summe kann aufgerundet werden.

Die Art der Sicherheit kann derjenige bestimmen, der die Sicherheit zu leisten hat (§ 232 Abs. 1 BGB). Soweit die in § 232 Abs. 1 BGB aufgezählten Arten der Sicherheitsleistung nicht möglich sind, kann ein tauglicher Bürge gestellt werden (§ 232 Abs. 2 BGB).

Soweit über Wideranträge oder zur Aufrechnung gestellter Gegenansprüche befunden wurde, kann auch eine Sicherheitsleistung durch den Antragsgegner erforderlich werden.

4.12.5 „kann“

Die Entscheidung, ob und in welcher Höhe eine Sicherheit zu leisten ist, steht im billigen Ermessen (§ 317 Abs. 1 BGB) des Adjudikators. Er muss hierzu die Interessen der Parteien gegeneinander abwägen. Hier spielt das Insolvenzrisiko der im Adjudikations-Verfahren obsiegenden Partei eine entscheidende Rolle. Dieses wird maßgeblich durch eine Prognoseentscheidung bestimmt, im Zuge derer die Frage zu beantworten ist, mit wie hoher Wahrscheinlichkeit dieser zum Zeitpunkt eines möglichen (Schieds-) Gerichtsurteils insolvent sein könnte. Hierfür ist die 3 Monatsfrist des § 13 Abs. 2 S. 1 AO-Bau / DBGT zuzüglich der möglichen Dauer eines Gerichtsverfahrens zugrunde zu legen. Für die Anordnung einer Sicherheitsleistung ist eine überwiegend *hohe* Wahrscheinlichkeit der Insolvenz zum Zeitpunkt der Verkündung des Urteils notwendig. Auch spielt die Höhe des zu sichernden Anspruchs und die Kapitalausstattung der im Adjudikations-Verfahren unterliegenden Partei für die Abwägung eine Rolle - insbesondere wie schwierig die Erlangung einer Sicherheit ist.

4.12.6 Verbindlichkeit der Entscheidung

Ist mit der Adjudikations-Entscheidung eine Sicherheitsleistung angeordnet worden, so wird die Adjudikations-Entscheidung erst bindend, wenn die Sicherheit geleistet ist. Die Entscheidung ist insoweit aufschiebend bedingt bindend (§ 158 Abs. 1 BGB), weil die Rechtswirkungen erst mit Sicherheitsleistung eintreten.

4.12.7 Rückgabe der Sicherheit

Die Sicherheit ist zurückzugeben, wenn der Sicherungszweck entfällt. Dieses ist der Fall, wenn eine (Schieds-)Gerichtsentscheidung nicht mehr dazu angetan ist, die Adjudikations-Entscheidung zu beseitigen. Dieses ist der Fall, wenn der Sicherheitsnehmer die Adjudikations-Entscheidung nicht mehr beseitigen kann, sei es, dass er keine fristgerechte Anzeige seiner Beseitigungsabsicht getätigt hat (§ 13 Abs. 1 S. 1 AO-Bau / DBGT) oder sei es dass die Frist zur Einleitung eines (Schieds-)Gerichtsverfahrens (sog. Abschlussverfahren) abgelaufen ist (§ 13 Abs. 2 S. 1 AO-Bau / DBGT). Die Sicherheit muss auch zurückgegeben werden, wenn sich die Parteien anderweitig geeinigt haben.

4.13 § 12 Wirkung der Entscheidung

4.13.1 Satz 1: *Der Zugang der Entscheidung führt zur Verbindlichkeit der Entscheidung.*

Die Entscheidung muss entgegen § 318 Abs. 1 BGB allen Parteien zugehen (§ 10 S. 2 AO-Bau / DBGT) und wird mit Zugang⁴⁷ verbindlich. Soweit die Entscheidung ein Tun, Dulden oder Unterlassen anordnet, sind diese Anordnungen mit Zugang fällig (§ 271 Abs. 1 BGB). Weitere Voraussetzungen für die Verbindlichkeit beinhaltet Satz 2.

4.13.2 Satz 2: *Die Entscheidung ist vorläufig verbindlich, wenn diese nicht offenbar unbillig ist oder in einem (Schieds-) Gerichtsverfahren eine neue Entscheidung ergeht (sog. Abschlussverfahren).*

4.13.2.1 „nicht offenbar unbillig“

„Nicht offenbar unbillig“ wiederholt nur den Gesetzeswortlaut des § 319 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine Entscheidung ist grundsätzlich nur verbindlich, wenn diese „nicht offenbar unbillig“ ist. Die offenbare Unbilligkeit bezieht sich sowohl auf Verfahrensfehler (§ 6 AO-Bau / DBGT), als auch auf Entscheidungsfehler (§ 10 S. 1 AO-Bau / DBGT). Eine Leistungsbestimmung durch den Adjudikator ist offenbar unbillig, wenn die Bestimmung in grober Weise

⁴⁷ Zum Zugang vgl. die Kommentierung zu § 3 S. 1 AO-Bau / DBGT.

gegen Treu und Glauben verstößt und sich dies bei unbefangener, sachkundiger Prüfung sofort aufdrängt.⁴⁸

Ausnahmen bilden Verfahrensvorschriften, die kein Ermessen des Adjudikators zulassen. Der Adjudikator muss beispielsweise zwingend die Gesamtdauer des Verfahrens beachten (§ 4 AO-Bau / DBGT), die Erwidierungsfrist gewährleisten (§ 5 S. 2 AO-Bau / DBGT), darf das Verfahren nicht öffentlich durchführen (§ 6 Abs. 1 S. 2 AO-Bau / DBGT), muss auf Antrag einer Partei eine mündliche Verhandlung durchführen (§ 6 Abs. 1 Satz 4 AO-Bau / DBGT), die wesentlichen Verfahrensschritte protokollieren (§ 6 Abs. 2 S. 5 AO-Bau / DBGT), die Vertretung der Parteien zulassen (§ 6 Abs. 4 AO-Bau / DBGT), Wideranträge und zur Aufrechnung gestellte Ansprüche in der Erwidierung unbeschränkt zulassen (§ 9 S. 2 AO-Bau / DBGT) und die Entscheidung unterschreiben und schriftlich begründen (§ 10 S. 2 AO-Bau / DBGT).

Soweit die Entscheidung bindend ist, kann diese innerhalb eines Gerichtsverfahrens durchgesetzt werden (sog. Vollstreckungsprozess). Soweit es sich um Zahlungsbegehren handelt, ist der Urkundenprozess statthaft.⁴⁹ Streitgegenstand die die Adjudikations-Entscheidung. Hiervon zu differenzieren ist das sog. Abschlussverfahren (§ 13 AO-Bau / DBGT), indem der Anspruch aus dem Bauvertrag den Streitgegenstand bildet.

Der Vollstreckungsprozess ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger insolvent geworden ist und der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat, da dann der Sinn und Zweck des Adjudikations-Verfahrens entfällt, weil eine reibungslose und termingerechte Errichtung des Bauwerkes ausgeschlossen ist und auch der Cashflow nicht mehr gesichert werden braucht (§§ 133, 157 BGB).

Der Adjudikator kann grundsätzlich als Zeuge benannt werden. § 13 Abs. 2 S. 2 AO-Bau / DBGT gilt nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift auch für den Vollstreckungsprozess. Um den Adjudikator als Zeugen auszuschalten, kann der Beklagte dem Adjudikator nicht den Streit verkünden (§ 72 Abs. 1 ZPO), weil diesem im Falle seines Unterliegens gerade kein Regressanspruch gegen den Adjudikator zusteht, das das Gutachten dann als bindend befunden würde.

4.13.2.2 „in einem (Schieds-) Gerichtsverfahren eine neue Entscheidung“

4.13.2.2.1 Kommentierung

Die Adjudikations-Entscheidung ist durch eine (Schieds-)Gerichtsentscheidung auflösend bedingt (§§ 158 Abs. 2, 159 BGB). Innerhalb dieses sog. Abschlussverfahrens (§ 13 AO-Bau / DBGT) wird der tatsächliche Lebenssachverhalt neu ergründet und in rechtlicher Hinsicht neu entschieden. Streitgegenstand sind daher die entsprechenden Ansprüche aus dem Bauvertrag. Auf die „*offenbare Unbilligkeit*“ der Adjudikations-Entscheidung kommt es hingegen nicht an.

Allerdings ist zu beachten, dass die Überprüfung der Verbindlichkeit auf „*offenbare Unbilligkeit*“ und das Abschlussverfahren bei vertragsändernden oder vertragsanpassenden Entscheidung des Adjudikators denselben Streitgegenstand haben, weil der Richter in beiden Fällen eine Ermessensentscheidung trifft. In diesem Fall sind die gerichtliche Durchsetzung und das Abschlussverfahren identisch, sodass dieses Verfahren nur einmal erfolgen kann.

Innerhalb des Abschlussverfahrens ist der Urkundenprozess ausgeschlossen, es sei denn, der Kläger kann seinen Rückforderungsanspruch ohne Vorlage der Adjudikations-Ordnung nachweisen (§§ 133, 157 BGB). Es würde ansonsten ein ständiger Kreislauf von Klage aus der Adjudikations-Entscheidung und Rückforderung im Abschlussverfahren einsetzen, was gerade mit der Privilegierung des von Urkunden gestützten Rechtsbegehrens unvereinbar wäre.

4.13.2.2.2 Auftraggeberspezifische Anpassungen

4.13.2.2.2.1 Problem

Die Adjudikations-Entscheidung gilt grundsätzlich nur vorläufig. Allerdings beinhalten Entscheidungen über Bauzeitverlängerungen endgültige Entscheidungen. Ordnet der Adjudika-

⁴⁸ BAG, Urt. v. 10.12.2008 - 4 AZR 801/07, Juris Rn. 73.

⁴⁹ Lembcke, [BauR 2009, 19 ff.](#)

tor eine Bauzeitverlängerung an und wird diese Entscheidung innerhalb eines Abschlussverfahrens beseitigt, so hat der Auftragnehmer durch die Anordnung innerhalb der Adjudikations-Entscheidung den Vorteil erlangt, seine Bauleistung innerhalb eines längeren Zeitfensters vorzunehmen, als zunächst vereinbart. Die ursprüngliche Vertragsfrist wäre zwar nach § 818 Abs. 1 BGB wieder durch den Auftragnehmer einzuräumen (herauszugeben), sodass diesem eine Pflichtverletzung anzulasten wäre. Ein Schadensersatzanspruch aus § 5 Nr. 4 i.V.m. § 6 Nr. 6 S. 1 VOB/B kommt aber nicht zum Tragen, weil dem Auftragnehmer kein Verschulden bei der Fristüberschreitung anzulasten ist, da er entsprechend der Adjudikations-Entscheidung gehandelt hat. Auftraggeber sollten daher die folgende zusätzliche Regelung (b) in die AO-Bau / DBG aufzunehmen. Auftragnehmer müssen diese Regelung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zwingend in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen.

4.13.2.2.2.2 Regelung

¹Trifft das (Schieds-)Gericht hinsichtlich einer Bauzeitverlängerung, die der Adjudikator entschieden hatte, eine insoweit abweichende Entscheidungen im Abschlussverfahren und kann die im Abschlussverfahren nunmehr obsiegende Partei einen Schadensersatzanspruch wegen fehlendem Verschulden der im Adjudikations-Verfahren obsiegenden Partei nicht geltend machen, so haftet die ehemals obsiegende, im Abschlussverfahren nunmehr unterliegende Partei der ehemals unterliegenden, im Abschlussverfahren nunmehr obsiegenden Partei verschuldensunabhängig in Höhe der Hälfte des entstandenen Schadens aus § 5 Nr. 4 1. HS 2. Var. i.V.m. § 6 Nr. 6 S. 1 VOB/B. ²Selbiges gilt für andere faktisch endgültige Entscheidungen des Adjudikators.

4.13.2.2.3 Anfechtung

4.13.2.2.3.1 Kommentierung

Die Parteien können die Adjudikations-Entscheidung auch durch Anfechtung beseitigen. Im Wesentlichen dürfte hier die arglistige Täuschung einer Partei durch wahrheitswidrigen Vortrag als Fallgruppe zum Tragen kommen.

4.13.2.2.3.2 Projektspezifische Anpassungsmöglichkeiten

Als Regelungsoption sollte das Versäumnis des Gesetzgebers im Zuge der Schuldrechtsreform bereinigt werden und ein Fristgleichlauf geregelt werden:

§ 318 Abs. 2 S. 2 BGB wird entsprechend § 124 Abs. 1 BGB abbedungen.

4.13.3 Satz 3: Die sich aus der Nichtbeachtung der Entscheidung ergebenden Folgerechte auf Leistungsverweigerung und Verzugsschadensersatz werden nicht dadurch wieder beseitigt, dass in einem neuen (Schieds-) Gerichtsverfahren (Abschlussverfahren) die Entscheidung anders ausfällt.

Die grundsätzlich vorläufig bindende Adjudikations-Entscheidung ist hinsichtlich der Rechtsfolgen „Leistungsverweigerung und Verzugsschadensersatz“ wegen Nichtbeachtung endgültig bindend. Wird die Adjudikations-Entscheidung innerhalb eines Abschlussverfahrens beseitigt, muss die ehemals im Adjudikations-Verfahren unterliegende Partei beispielsweise trotzdem Verzugszinsen zahlen.

Soweit Ansprüche einer Adjudikations-Entscheidung gegenüber anderen Ansprüchen als Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wurden, so würde eine (Schieds-)Gerichtsentscheidung dazu führen, dass die Adjudikations-Entscheidung - und damit die in dieser verbrieften Ansprüche - beseitigt würden (§§ 158 Abs. 2, 159 BGB). Demnach hätten sich die Parteien mit der Verkündung der (Schieds-)Gerichtsentscheidung so zu stellen, als wenn die Adjudikations-Entscheidung nie in der Welt gewesen wäre - was insbesondere die Folgen - etwa Zahlungen - aus der Entscheidung anbelangt. In rechtlicher Hinsicht handelt es sich bei Satz 3 um eine Ausnahme von § 159 BGB. Gleichwohl besteht nur für den Zeitraum vom Zugang der Adjudikations-Entscheidung bis zur Verkündung einer (Schieds-)Gerichtsentscheidung die Möglichkeit, mit der Adjudikations-Entscheidung ein Zurückbehaltungsrecht zu begründen. Nach einer Urteilverkündung im Abschlussverfahren kann die Adjudikations-Entscheidung kein Zurückbehaltungsrecht mehr begründen (§ 158 Abs. 2 BGB).

Auch Verzugschäden müssen für diesen Interimszeitraum gezahlt werden und können nicht nach §§ 158 Abs. 2, 159 i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 2 BGB zurückgefordert werden.

Die Regelung ist aus AGB-rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, weil es den Parteien im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen offen stünde, ein endgültig bindendes Schiedsgutachten zu regeln.

4.13.4 Satz 4: Eine Kündigung des Bezugsvertrages kann allein aus der Nichtbeachtung der Adjudikator-Entscheidung nicht hergeleitet werden.

Die Ausnahmeregelung des Satz 3 ist abschließend. Insoweit enthält Satz 4 eine Klarstellung. Die Nichtbeachtung der Adjudikations-Entscheidung ergibt keinen Kündigungsgrund, der eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen würde. Dieses wäre auch mit dem Sinn und Zweck des Adjudikations-Verfahrens unvereinbar, das eine störungsfreie Abwicklung des Bauvorhabens gewährleisten soll.

4.14 § 13 Abschlussverfahren

4.14.1 Absatz 1

4.14.1.1 Satz 1: Will die unterlegene Partei die vorläufig bindende Entscheidung des Adjudikators durch ein (Schieds-) Gerichtsverfahren (Abschlussverfahren) beseitigen, muss sie dies innerhalb eines Monats nach Zugang der Entscheidung gegen über der anderen Partei schriftlich erklären.

Die Anzeigefrist beginnt einen Tag nach Zugang der Adjudikations-Entscheidung zu laufen (§ 187 Abs. 1 BGB) und endet einen Monat später, mithin mit Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tage vorausgeht, der den Fristbeginn markiert (§ 188 Abs. 2 BGB). Geht die Adjudikations-Entscheidung am 13. Februar zu, so muss die Anzeige spätestens am 12. Februar, 24:00 Uhr der anderen Partei zugegangen sein.

Fehlt in dem letzten Monat der für den Fristablauf maßgebende Tag, so endet die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats (§ 188 Abs. 3 BGB). Geht die Adjudikations-Entscheidung am 30. Januar zu, so ist Fristablauf der 28. Februar. Ist der 28. Februar ein Sonntag, endet die Frist am Montag, den 1. März (§ 193 BGB).

Die Anzeige muss deutlich erkennen lassen, welche Adjudikations-Entscheidung gemeint ist. Diese muss daher für den Empfänger individualisierbar sein.

4.14.1.2 Satz 2: Andernfalls wird die Entscheidung des Adjudikators insoweit endgültig verbindlich.

Wenn eine entsprechende Anzeige nicht abgegeben wurde, ist die Partei mit der Beseitigung der Adjudikations-Entscheidung im Abschlussverfahren präkludiert. Dies gilt auch für den Fall, als die andere Partei ihrerseits eine Anzeige getätigt hat. „Insoweit“ macht deutlich, dass die Adjudikations-Entscheidung nur für den Nichtanzeigenden endgültig bindend wird. Sie kann daher durch die andere Partei beseitigt werden, sodass diese mit Abgabe der Anzeige durch nur eine Partei einseitig vorläufig bindend ist. Durch die Formulierung „wird“ macht die Regelung deutlich, dass die Entscheidung nicht bindend werden kann, wenn diese „offenbar unbillig“ (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB) ist. Eine „offenbar unbillige“ Entscheidung ist nämlich von Anfang an unwirksam und kann daher nicht „endgültig verbindlich“ werden. Die Prüfung auf offenbare Unbilligkeit ist folglich im Rahmen der Verjährung immer möglich.

4.14.2 Absatz 2

4.14.2.1 Satz 1: Ein entsprechendes Abschlussverfahren muss spätestens 3 Monate nach Zugang der Schlussrechnung und der Entscheidung eingeleitet werden.

„Zugang der Schlussrechnung und der Entscheidung“ meint, den Zeitpunkt, an welchem sowohl Schlussrechnung, als auch die Adjudikations-Entscheidung vorliegen. Damit können

auch Adjudikations-Entscheidungen binnen 3 Monaten innerhalb eines Abschlussverfahrens beseitigt werden, die zwar vor der Schlussrechnung eingeleitet wurden, jedoch erst danach beendet werden. Der Monat wird mit 30 Tagen in Ansatz gebracht (§ 191 BGB).

4.14.2.2 Satz 2: *Im Abschlussverfahren können auch neue Tatsachen vorgetragen und Beweise angetreten werden.*

Da Streitgegenstand nicht die Adjudikations-Entscheidung, sondern die entsprechenden Ansprüche aus dem Bauvertrag sind und es sich beim Abschlussverfahren um ein komplett neues Verfahren handelt, können auch Tatsachen vorgetragen werden und Beweise angetreten werden, die innerhalb des Adjudikations-Verfahrens nicht vorgetragen bzw. angetreten wurden. Der Lebenssachverhalt wird neu ergründet und in rechtlicher Hinsicht neu bewertet.

4.14.2.3 Satz 3: *Die im Adjudikations-Verfahren gewonnenen Tatsachen können verwendet und Zeugen, Sachverständige und der Adjudikator erneut als Zeugen benannt werden.*

4.14.2.3.1 Kommentierung

Es besteht kein Verwertungsverbot von Erkenntnissen aus dem Adjudikations-Verfahren. Ob der Richter dem Adjudikator-Zeugen Glauben schenkt, ist eine Frage der richterlichen Beweiswürdigung. Parteien können den Adjudikator im Abschlussverfahren nicht als Zeugen ausschließen, indem diesem der Streit verkündet wird, da die Adjudikations-Entscheidung nicht Streitgegenstand des Abschlussverfahrens ist und sich daher ein Regressanspruch gegen den Adjudikator nicht ergeben kann.

Mit der Formulierung „*erneut*“ wird klargestellt, dass „*Zeugen, Sachverständige und der Adjudikator*“ auch schon im Vollstreckungsverfahren benannt werden dürfen. Das Vollstreckungsverfahren findet in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich vor dem Abschlussverfahren statt.

4.14.2.3.2 Projektspezifische Anpassungsmöglichkeiten

Soweit der Auftragnehmer im Hinblick auf eine fehlerhafte Adjudikations-Entscheidung Mängel beseitigt (die eigentlich gar nicht vorlagen), stehen im Abschlussverfahren meist nur der Adjudikator und seine Sachverständigen als Zeugen zur Verfügung. Diese haben aber ein maßgebliches Interesse daran, ihre fehlerhafte Adjudikations-Entscheidung zu verteidigen, da ihnen ansonsten ein Regressanspruch droht. Daher sollten diese Personen nicht als Zeugen benannt werden dürfen, da ihnen ohnehin nur ein geringer Beweiswert zukommt.

„Der Adjudikator und seine Sachverständigen können nicht für Tatsachen im Zusammenhang mit im Adjudikations-Verfahren angeordneten Mängelbeseitigungen, die von der unterliegenden Partei im Hinblick auf die Entscheidung des Adjudikators durchgeführt wurden, benannt werden.“

4.15 § 14 Verjährungshemmung

Unbeschadet der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches beginnt die Hemmung der Verjährung spätestens mit Zugang der Antragsschrift gem. § 3 Satz 1.

§ 14 AO-Bau / DBGT enthält für feststellende Adjudikations-Entscheidungen eine Klarstellung in Ergänzung zu § 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB. Bei Vertragsänderungen und -ergänzungen durch den Adjudikator beginnt die Verjährung ohnehin erst mit Schluss des Jahres des Zugangs der Adjudikations-Entscheidung (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Selbiges gilt für Rückforderungen von Zahlungen, die irrtümlich auf eine unverbindliche Adjudikations-Entscheidung hin geleistet wurden.

4.16 § 15 Kosten

4.16.1 Satz 1: *Der Adjudikator entscheidet über die Kosten des Verfahrens nach Obsiegen und Unterliegen.*

Die Entscheidung hinsichtlich der Kosten des Verfahrens steht nicht im Ermessen des Adjudikators. Das Ermessen ist reduziert, sodass der Adjudikator die Kostenentscheidung nach Obsiegen und Unterliegen bestimmen muss. Es handelt sich um eine Kostengrundentscheidung. Der Adjudikator darf daher nur angeben, welche Partei die Kosten zu tragen hat; nicht aber, wie hoch die Kosten sind. Zu dieser Feststellung ist der Adjudikator nur berechtigt, wenn die Kostenhöhe zwischen den Parteien in Streit steht (nicht zwischen den Parteien und dem Adjudikator, da in deren Verhältnis mit der AO-Bau / DBG T kein Adjudikations-Verfahren vereinbart ist).

4.16.1.1 „Kosten des Verfahrens“

Die Kosten des Verfahrens sind im systematischen Zusammenhang mit Satz 2 nur die Kosten, die durch das Verfahren im engeren Sinne ausgelöst werden. Hierzu gehören die Honorare des Adjudikators und seiner Fachleute oder von anderen Sachverständigen (§ 2 Abs. 5 S. 1 AO-Bau / DBG T) sowie Kosten, die für die Benennung durch einen Benenner (§ 3 S. 5 AO-Bau / DBG T) aufgewendet werden müssen.

4.16.1.2 „Obsiegen und Unterliegen“

Die Regelung ist § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO nachgebildet. Die Partei, die im Adjudikations-Verfahren verliert, hat die Kosten zu tragen. Dringt der Antragsteller mit seinem Verfahrensbegehren nur teilweise durch, so obsiegt er entsprechend nur teilweise. Es ist dann eine Quote zu bilden. Der Streitwert verschiedener Verfahrensbegehren ist zu addieren.

4.16.1.3 Kosten bei Rücknahme von Anträgen

Die Kosten für die Rücknahme von Anträgen (§ 8 S. 2 und § 9 S. 3 AO-Bau / DBG T) bestimmen sich nach „billigem Ermessen“ (§ 317 Abs. 1 BGB). Es kommt für die Kostenentscheidung daher darauf an, wie über das Verfahrensbegehren entschieden hätte werden müssen, wenn der Antrag nicht zurückgenommen worden wäre.

4.16.1.4 Kosten bei Erledigung

Auch bei Erledigung⁵⁰ bestimmen sich die Kosten nach „billigem Ermessen“ (§ 317 Abs. 1 BGB). Es kommt darauf an, wie über das erledigte Verfahrensbegehren hätte entschieden werden müssen, wenn der zur Erledigung führende Umstand nicht eingetreten wäre.

4.16.2 Satz 2: *Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten, insbesondere Kosten ihrer Vertretung.*

Die „eigenen Kosten“ meint in Abgrenzung zu Satz 1 die Verfahrenskosten im weiteren Sinne. Hierzu zählen die Kosten für die Parteivertretung innerhalb des Verfahrens sowie alle Kosten, die mit der Verfahrensvorbereitung und -führung im Zusammenhang stehen, wie Beraterkosten (juristische und technische), Kosten für Parteigutachten und die unternehmensinterne Anspruchsdocumentation.

4.16.3 Satz 3: *Der Adjudikator kann in jedem Stadium des Verfahrens angemessene Kostenvorschüsse verlangen und kann davon die Fortsetzung seiner Tätigkeit abhängig machen.*

Dem Adjudikator wird durch Satz 3 ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB eingeräumt, Vorschüsse zu bestimmen. Dies muss nach „billigem Ermessen“ (§ 315 Abs. 1 BGB) erfolgen. Vorschüsse müssen daher in einem angemessenen Verhältnis zur zu erwartenden Gesamtvergütung für das Adjudikations-Verfahren stehen.

Soweit der Adjudikator die Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen fehlendem Kostenvorschuss (des Antragsgegners) verweigert, kann der Antragsteller für den Antragsgegner die Kosten einzahlen und dann gegenüber diesem Regress nehmen (Satz 5).

⁵⁰ Vgl. hierzu die Kommentierung zu § 10 S. 1 AO-Bau / DBG T.

4.16.4 Satz 4: *Kostenvorschüsse sind regelmäßig von jeder Partei zur Hälfte zu leisten.*

Satz 4 beinhaltet eine Regelung des Schiedsgutachtenvertrages, die nur zwischen den Parteien des Bauvertrages Rechtswirkung entfaltet. Der Adjudikator wird hierdurch nicht verpflichtet, sondern kann sich mit seinem Anspruch auf Vorschuss sogleich an eine Partei wenden (Satz 5).

4.16.5 Satz 5: *Im Übrigen haften die Parteien gesamtschuldnerisch für die Kosten.*

4.16.5.1 Kommentierung

Mit „Kosten“ sind nur die Verfahrenskosten im engeren Sinne (Satz 1) gemeint. Die gesamtschuldnerische Haftung führt dazu, dass der Adjudikator Vorschüsse und endgültige Honoraransprüche von jeder Partei nach seinem Belieben fordern kann (§ 421 S. 1 BGB). Die Partei, die an den Adjudikator zahlt, erwirbt einen Regressanspruch gegenüber der anderen Partei (§ 426 Abs. 2 S. 1 BGB). Soweit es um Vorschüsse geht, entsteht der Regressanspruch in Höhe der Hälfte (§ 15 S. 4 AO-Bau / DBGT i.V.m. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB). Soweit es um die Verfahrenskosten im engeren Sinn (Satz 1) geht, kann er nur die nicht auf sich entfallende Quote verlangen. Satz 5 beinhaltet zudem eine Regelung zu Gunsten des Benenners i.S.v. § 3 S. 5 AO-Bau / DBGT.

4.16.5.2 Projektspezifische Anpassungsmöglichkeit

4.16.5.2.1 Problem

Allerdings muss diejenige Partei des Bauvertrages, die über ihre Quote hinaus an den Adjudikator zahlt, nach der Rechtsprechung⁵¹ nicht prüfen, ob die Zahlung berechtigt ist, oder der Adjudikator wegen einer Vertragsverletzung gar keinen Anspruch hat. Insoweit bietet sich folgende Ergänzungsregelung an:

4.16.5.2.2 Regelung

Zahlt ein Gesamtschuldner das Honorar über seine Quote hinaus, ist dieser verpflichtet, Einwendungen gegen das Honorar zu prüfen. Eine schuldhaft Verletzung dieser Pflicht führt zum Ausschluss des Ausgleichsanspruchs gegenüber dem anderen Gesamtschuldner.

4.16.6 Satz 6: *Überschreitet der Adjudikator die Gesamtdauer des Verfahrens, entfällt sein Honoraranspruch, es sei denn, Antragsteller und Antragsgegner sind hierfür allein oder weit überwiegend verantwortlich.*

Die Klarstellung ist insoweit relevant, als die rechtsdogmatische Einordnung des Schiedsgutachtenvertrages umstritten ist. Nur bei der Einordnung als Werkvertrag wäre diese Regelung überflüssig. Die Regelung ist AGB-rechtlich nicht zu beanstanden, da für die Parteien ein besonderes Leistungsinteresse in Form einer fristgerechten Entscheidung besteht. Der Fortfall des Honoraranspruches entspricht für diesen Fall dem gesetzlichen Leitbild (vgl. §§ 323 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. i.V.m. Abs. 6 1. Alt. BGB).

4.16.7 Satz 7: *Das Honorar beträgt € [.....] / Stunde.*

Marktüblich dürften hier entsprechend der Qualifikation und des Schwierigkeitsgrades der zu entscheidenden Streitigkeit € 80,00 - 300,00 sein.

4.16.8 Satz 8: *Erzielt der Adjudikator eine endgültige Streitbeilegung oder unterstützter die Parteien hierbei, so erhält er eine einmalige Prämie in Höhe von [...].*

Durch Satz 8 wird für den Adjudikator ein Anreiz geschaffen, die Parteien zu einer konsensualen Lösung zu führen. Er hat ohnehin die Pflicht, auf eine gütliche Vereinbarung hinzuwirken (§ 6 Abs. 3 AO-Bau / DBGT). Der Adjudikator muss zur Erlangung der Prämie für die

⁵¹ OLG München, Urt. v. 02.04.2008 - 7 U 3972/07, [BauR 2008, 2092](#) = IBR 2008, 1225 (m. Anm. Lembcke).

endgültige Streitbeilegung kausal sein, das heißt, sein Handeln dürfte nicht hinweggedacht werden, ohne dass die gütliche Streitbeilegung entfielen.

5 Mehrparteienverfahren

5.1 Einführung

Die Verfasser der AO-Bau / DBGT haben sich bewusst gegen ein Mehrparteienverfahren entschieden. Die überwiegenden Baustreitigkeiten sind gerade keine Mehrparteienverfahren, auch wenn die gerichtliche Praxis zuweilen einen anderen Eindruck vermittelt. Der Generalunternehmer etwa will gerade die Mängel nach unten durchstellen und nach oben abwehren. Es gibt aber gerade aus Sicht des Bauherrn Konstellationen, in denen er seinen Planer einbeziehen will.

Mehrparteienverfahren vertragen sich grundsätzlich nicht mit dem Anspruch einer schnellen Streitbeilegung, weil Dritte den Verfahrensstoff anreichern.⁵² Zudem kostet es Zeit der Einarbeitung, wenn diese erst später hinzutreten. Auch ist das Adjudikations-Verfahren nur zur vorläufigen Sicherung des Bauablaufes konzipiert, sodass sich die Frage stellt, ob hierzu eine Mehrparteienentscheidung notwendig ist.

Die Parteien müssen für das Bedürfnis eines Mehrparteienverfahrens für ihr Bauvorhaben abwägen, ob das Interesse an einer garantierten Gleichschaltung der Ergebnisse schon in diesem Stadium einer insgesamt verzögerten Streitbeilegung überwiegt.

Alternativ zum Mehrparteien-Adjudikations-Verfahren können parallele Adjudikations-Verfahren betrieben werden. Es besteht auch die Möglichkeit, erst im Anschluss an ein Verfahren die anderen Parteiverhältnisse zu klären - dann sogar unter Beteiligung desselben Adjudikators und der Möglichkeit, Ergebnisse des Vorverfahrens in das nachgelagerte Verfahren einzubringen.

Ein Mehrparteienverfahren ist nicht nur in seiner rechtlichen Konzeption komplex, sondern erfordert auch vom Adjudikator ein Höchstmaß an Verfahrensführungskompetenz, die selbst juristisch ausgebildete Adjudikatoren nur selten mitbringen.

5.2 § 16 - Mehrparteienverfahren

1. Anwendungsbereich

- (1) Die nachfolgenden Regelungen für Mehrparteienverfahren gelten nur für Streitigkeiten, die den Zustand einer Sache betreffen, wenn keine abweichenden Regelungen getroffen wurden.
- (2) ¹Der Auftraggeber wird vom Auftragnehmer unwiderruflich bevollmächtigt für den Auftragnehmer die Regelungen über Mehrparteienverfahren nach diesem Paragraphen gegenüber dritten Auftragnehmern (Planer, Überwacher, ausführende Unternehmer) des Auftraggebers zu vereinbaren, wenn auch im Verhältnis des Auftraggebers zu diesen dritten Auftragnehmern die AO-Bau / DBGT vereinbart wird. ²Der Auftraggeber vereinbart hiermit als Bevollmächtigter dritter Auftragnehmer, mit denen er bereits Adjudikations-Vereinbarungen nach der AO-Bau / DBGT im Zusammenhang mit diesem Bauvorhaben geschlossen hat, mit dem Auftragnehmer die Gültigkeit der Regelungen dieses Paragraphen über Mehrparteienverfahren. ³Der Auftraggeber informiert den Auftragnehmer darüber, für welche anderen Auftragnehmer er in Vollmacht handelt und weißt die jeweilige Vollmacht nach. ⁴Der Auftraggeber verpflichtet sich, seine anderen Auftragnehmer über den Gebrauch ihrer Vollmacht zu informieren.
- (3) ¹Der Auftragnehmer wird vom Bauherrn unwiderruflich bevollmächtigt für den Bauherrn die Regelungen über Mehrparteienverfahren nach diesem Paragraphen gegenüber dritten Auftragnehmern (Subunternehmer) des Auftragnehmers zu vereinbaren, wenn auch im Verhältnis des Auftragnehmers zu diesen dritten Auftragneh-

⁵² *Lembcke*, IBR 2007, 1317.

mern die AO-Bau / DBG-T vereinbart wird. ²Der Auftragnehmer informiert den Bauherrn, mit welchen Subunternehmern er in Vollmacht für den Bauherrn ein Mehrparteienverfahren vereinbart hat.

2. Streitgenossenschaft

¹Es gelten die §§ 59 f. ZPO entsprechend. ²Streitgenossen stehen soweit sich nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ein anderes ergibt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, dass die Handlungen und Erklärungen eines Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen. ³Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Streitigkeiten, die den Zustand einer Sache betreffen, findet für diese Nummer (Streitgenossenschaft) nicht statt.

3. Nebenintervention

- (1) ¹Dritte Auftragnehmer können einem Adjudikations-Verfahren nach der AO-Bau zur Unterstützung einer Partei im Wege der Nebenintervention beitreten, wenn diese ein rechtliches Interesse haben, dass eine Partei im laufenden Adjudikations-Verfahren obsiegt. ²Die Nebenintervention kann in jeder Verfahrenslage bis zum Ende des Adjudikations-Verfahrens erfolgen. (3) Die Nebenintervention muss ohne schuldhaftes Zögern erfolgen.
- (2) ¹Hierzu übersendet der Nebenintervenient eine Nebeninterventionsanzeige an die Parteien (Antragsteller und Antragsgegner) und den Adjudikator. ²Die Nebeninterventionsanzeige beinhaltet die Parteien des Adjudikations-Verfahrens, sowie das Interesse, das der Nebenintervenient hat.
- (3) ¹Der Adjudikator entscheidet über die Zulässigkeit der Nebenintervention innerhalb von 3 Tagen nach freiem Ermessen; insbesondere beobachtet er hierbei die grundlegenden Geheimhaltungsinteressen der Parteien. ²Der Nebenintervenient hat gegenüber dem Adjudikator und seinen Fachleuten und anderen Sachverständigen kein Ablehnungsrecht für in der Vergangenheit liegende Sachverhalte, es sei denn, diesem ist der Streit verkündet worden.
- (4) ¹Der Nebenintervenient hat das Adjudikations-Verfahren in der Lage anzunehmen, in dem es sich zum Zeitpunkt seines Beitrittes befindet. ²Der Adjudikator gewährt dem Nebenintervenienten eine angemessene Einarbeitungsfrist und mindestens eine einmalige schriftsätzliche Erwiderungsmöglichkeit. ³Diese und andere Handlungen und Erklärungen dürfen nicht im Widerspruch zu Handlungen und Erklärungen der Hauptpartei stehen. ⁴Den Parteien ist auf die Erwiderung des Nebenintervenienten eine angemessene Erwiderungsfrist einzuräumen.

4. Streitverkündung

- (1) ¹Eine Partei, die für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Adjudikations-Verfahrens einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen dritten Auftragnehmer erheben zu können glaubt, kann bis zur Beendigung des Adjudikations-Verfahrens einem dritten Auftragnehmer den Streit verkünden. ²Die Streitverkündung muss ohne schuldhaftes Zögern erfolgen. ³Eine Streitverkündung ist für jede Partei innerhalb eines Adjudikations-Verfahrens nach der AO-Bau / DBG-T nur einmalig möglich; kann aber gegenüber mehreren Dritten gleichzeitig erfolgen. ⁴Hierzu übersendet die Partei der gegnerischen Partei und dem Adjudikator eine Streitverkündungsanzeige. ⁵Diese beinhaltet die Parteien des Adjudikations-Verfahrens, sowie den Grund der Streitverkündung. ⁶Der Schiedsgutachter Adjudikator entscheidet erst in einem Folgeverfahren über die Zulässigkeit der Streitverkündung. ⁷Dieses gilt nicht für die Entscheidung, ob einer Streitverkündung grundlegende Geheimhaltungsinteressen der Parteien des laufenden Adjudikations-Verfahrens entgegenstehen. ⁸Diese Entscheidung trifft der Adjudikator innerhalb von 3 Tagen nach freiem Ermessen. ⁹Bestehen keine Bedenken gegen eine Streitverkündung, übersendet der Adjudikator die Streitverkündung an den Streitverkündeten.

- (2) ¹Der Adjudikator hat sich auf die Streitverkündungsanzeige innerhalb von 2 Tagen zu erklären, ob der den Auftrag weiterführen kann, insbesondere ob er unabhängig und unparteilich gegenüber dem Streitverkündeten ist. ²Wenn der Adjudikator den Auftrag nicht weiterführen kann, findet eine Ersatzbenennung statt, wenn sich die Beteiligten nicht binnen 2 Tage auf einen neuen Adjudikator verständigen. ³Der Adjudikator kann eine Streitverkündung ablehnen, wenn eine unangemessene Verfahrensverzögerung hierdurch zu befürchten steht.
- (3) ¹Wenn der dritte Auftragnehmer dem Streitverkünder beitrifft, so bestimmt sich sein Verhältnis zu den Parteien nach den Regelungen der Nummer 3 (Nebenintervention). ²Lehnt der dritte Auftragnehmer den Beitritt ab oder erklärt er sich nicht, so wird das Adjudikations-Verfahren ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt. ³In allen Fällen dieser Nummer (Streitverkündung) sind gegen den dritten Auftragnehmer die Regelungen der Nummer 3 (Nebenintervention) mit der Abweichung anzuwenden, dass statt der Zeit des Beitrittes die Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war.
- (4) ¹Der Nebenintervenient wird im Verhältnis zu der Hauptpartei in einem anderen Adjudikations-Verfahren nach der AO-Bau 7 DBGT (Folgeverfahren) mit der Behauptung nicht gehört, dass die Streitigkeit, wie sie dem Schiedsgutachter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei. ²Er wird mit der Behauptung, dass die Hauptpartei das Adjudikations-Verfahren mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Adjudikations-Verfahrens zur Zeit seines Beitrittes oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Erklärungen oder Handlungen vorzunehmen, oder Erklärungen und Handlungen, die ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht erklärt wurden.

5.3 Kommentierung

5.3.1 Nr. 1 Anwendungsbereich

5.3.1.1 Absatz 1: Die nachfolgenden Regelungen für Mehrparteienverfahren gelten nur für Streitigkeiten, die den Zustand einer Sache betreffen, wenn keine abweichenden Regelungen getroffen wurden.

Grundsätzlich gelten die Regelungen für Mehrparteienverfahren nur für Streitigkeiten, die den Zustand einer Sache betreffen, mithin Mängelkonflikte. Eine Ausnahme beinhaltet § 16 Nr. 3 S. 3 AO-Bau-E / DBGT für die Streitgenossenschaft, die immer möglich ist.

5.3.1.2 Absatz 2

Absatz 2 soll sicherstellen, dass das Mehrparteienverfahren zwischen allen Parteien des Bauvertrages Anwendung findet. Hierzu muss es zwischen allen Parteien vereinbart werden. Allerdings stehen nicht alle Bauvertragsparteien in vertraglichen Beziehungen zueinander, sodass das Mehrparteienverfahren für diese Parteien über die Stellvertretung vereinbart werden muss.

5.3.1.2.1 Satz 1: *Der Auftraggeber wird vom Auftragnehmer unwiderruflich bevollmächtigt für den Auftragnehmer die Regelungen über Mehrparteienverfahren nach diesem Paragraphen gegenüber dritten Auftragnehmern (Planer, Überwacher, ausführende Unternehmer) des Auftraggebers zu vereinbaren, wenn auch im Verhältnis des Auftraggebers zu diesen dritten Auftragnehmern die AO-Bau / DBGT vereinbart wird.*

Auftragnehmer einerseits und Planer und Überwacher andererseits haben keine vertraglichen Beziehungen zueinander. Daher wird der Auftraggeber vom Auftragnehmer nach Satz 1 bevollmächtigt, die AO-Bau / DBGT für diesen zu vereinbaren. Die Vollmacht ist unwiderruflich, sodass der Auftragnehmer die Vollmacht nicht vor Gebrauch durch den Auftraggeber widerrufen kann. Der Auftragnehmer kann ein Mehrparteienverfahren damit nach Vertragsschluss entgegen § 168 Satz 2 BGB nicht durch einseitige Erklärung rückgängig machen.

5.3.1.2.2 Satz 2: *Der Auftraggeber vereinbart hiermit als Bevollmächtigter dritter Auftragnehmer, mit denen er bereits Adjudikations-Vereinbarungen nach der AO-Bau /*

DBGT im Zusammenhang mit diesem Bauvorhaben geschlossen hat, mit dem Auftragnehmer die Gültigkeit der Regelungen dieses Paragraphen über Mehrparteienverfahren.

Zum Zeitpunkt des Bauvertragsschlusses mit dem Auftragnehmer hat der Auftraggeber regelmäßig bereits andere Verträge - etwa mit seinem Planer - geschlossen. Durch Satz 2 vereinbart der Auftraggeber als Vertreter für diese anderen Dritten - etwa seinem Planer - mit dem Auftragnehmer die Regelungen über das Mehrparteienverfahren. Damit gelten dann die Regelungen auch zwischen dem Planer und dem Auftragnehmer (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB), obwohl diese keine (weiteren) vertraglichen Beziehungen miteinander haben.

5.3.1.2.3 Satz 3: Der Auftraggeber informiert den Auftragnehmer darüber, für welche anderen Auftragnehmer er in Vollmacht handelt und weist die jeweilige Vollmacht nach.

Der Auftraggeber muss als Vertreter anzeigen, für wen er in Vollmacht handelt (§ 164 Abs. 1 S. 1). Dieses stellt Satz 3 sicher. Die Vorlagepflicht der Vollmacht führt zu mehr Rechtssicherheit. Der Auftraggeber muss hierfür lediglich die Vereinbarung im Sinne von Satz 2 mit seinem Planer - also den Bauvertrag nebst Bezugs Klausel - vorlegen, da hierin die Vollmacht begründet wird. Damit nicht der gesamte Vertrag offen gelegt werden muss und um entsprechend die Geheimhaltungsinteressen zu wahren, sollte sich der Auftraggeber von seinem Planer eine separate Vollmachtsurkunde ausstellen lassen.

5.3.1.2.4 Satz 4: Der Auftraggeber verpflichtet sich, seine anderen Auftragnehmer über den Gebrauch ihrer Vollmacht zu informieren.

Satz 4 stellt sicher, dass beispielsweise der Planer des Auftraggebers, der am Vertragsschluss zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nicht beteiligt ist, Kenntnis erlangt.

5.3.1.3 Absatz 3

5.3.1.3.1 Satz 1: Der Auftragnehmer wird vom Bauherrn unwiderruflich bevollmächtigt, für den Bauherrn die Regelungen über Mehrparteienverfahren nach diesem Paragraphen gegenüber dritten Auftragnehmern (Subunternehmer) des Auftragnehmers zu vereinbaren, wenn auch im Verhältnis des Auftragnehmers zu diesen dritten Auftragnehmern die AO-Bau / DBGT vereinbart wird.

Auch der Auftraggeber (Bauherr) hat keine vertraglichen Beziehungen zu den Subunternehmern seines Auftragnehmers. Daher kann der Auftragnehmer als Vertreter für seine Subunternehmer auftreten, um so zwischen Auftraggeber (Bauherr) und seinen Subunternehmern das Mehrparteienverfahren zu vereinbaren.

5.3.1.3.2 Satz 2: Der Auftragnehmer informiert den Bauherrn, mit welchen Subunternehmern er in Vollmacht für den Bauherrn ein Mehrparteienverfahren vereinbart hat.

Satz 2 stellt wiederum sicher, dass der Auftraggeber (Bauherr) Kenntnis erlangt, mit welchen Subunternehmern er künftig innerhalb eines Mehrparteienverfahrens rechnen muss.

5.3.2 Nr. 2. Streitgenossenschaft

Eine Streitgenossenschaft liegt vor, wenn auf Seiten des Antragstellers oder auf Seiten des Antragsgegners mehrere Parteien stehen. Streitgenossen stehen dabei auf einer Seite.

5.3.2.1 Satz 1: Es gelten die §§ 59 f. ZPO entsprechend.

5.3.2.1.1 Inhalt der §§ 59 f. ZPO

§ 59 Streitgenossenschaft bei Rechtsgemeinschaft oder Identität des Grundes

Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder wenn sie aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grund berechtigt oder verpflichtet sind.

§ 60 Streitgenossenschaft bei Gleichartigkeit der Ansprüche

Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächli-

chen und rechtlichen Grund beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

5.3.2.1.2 Kommentierung

Eine Streitgenossenschaft liegt vor, wenn ein gemeinsames Adjudikations-Verfahren zweckmäßig ist. Eine Rechtsgemeinschaft nach § 59 1. Alt. ZPO liegt beispielsweise bei Gesamtschuldnern oder bei Bürge und Hauptschuldner vor. Die Identität des Grundes i.S.v. § 59 2. Alt. ZPO liegt vor, wenn die Streitgenossen aus demselben gemeinschaftlichen Vertrag in Anspruch genommen werden. Nach § 60 ZPO liegt eine Streitgenossenschaft auch dann vor, wenn die Streitgenossen aufgrund derselben Gründe in Anspruch genommen werden. Diese sind nicht gegeben, wenn beispielsweise entweder der eine oder der andere Subunternehmer für den Mangel verantwortlich ist, es sich also um ein Alternativverhältnis handelt.

5.3.2.2 Satz 2: *Streitgenossen stehen, soweit sich nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ein anderes ergibt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, dass die Handlungen und Erklärungen eines Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen.*

Satz 2 entspricht § 61 ZPO. Demnach steht jeder Streitgenosse dem Gegner im Adjudikations-Verfahren grundsätzlich unabhängig gegenüber. Das Adjudikations-Verfahren unter Beteiligung von zwei Streitgenossen wird daher wie zwei parallel laufende Adjudikations-Verfahren behandelt. Was ein Streitgenosse vorträgt, berührt daher den anderen Streitgenossen nicht. Die Rücknahme eines Antrages (§§ 8 S. 2, 9 S. 3 AO-Bau / DBGT) wirkt daher nur für denjenigen Streitgenossen, der diese tätigt. Auch die Fristen laufen für die Streitgenossen unabhängig voneinander. Allerdings gilt der Vortrag des einen Streitgenossen nur dann nicht für den anderen Streitgenossen, wenn dieser die Geltung ausdrücklich verneint. Streitgenossen können in ihrem Vortrag voneinander abweichen. Die Sachverhaltsaufklärung (§ 6 Abs. 2 S. 1 AO-Bau / DBGT) durch den Adjudikator gilt für beide Streitgenossen zusammen, es sei denn, ein Streitgenosse hat eine Tatsache zugestanden und damit unstreitig gestellt.

Die Adjudikations-Entscheidung ergeht grundsätzlich in einem einheitlichen Schriftstück. Inhaltlich können Entscheidungen gegenüber den Streitgenossen aber unterschiedlich ausfallen. Auch die Fristen des § 13 AO-Bau / DBGT laufen für jeden Streitgenossen separat - je nach Zugang der Entscheidung bei dem jeweiligen Streitgenossen. Über die Sicherheitsleistung i.S.v. § 11 AO-Bau / DBGT wird gesondert entschieden. Das Honorar für den Adjudikator fällt allerdings nur einmal an.

5.3.2.3 Satz 3: *Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Streitigkeiten, die den Zustand einer Sache betreffen, findet für diese Nummer (Streitgenossenschaft) nicht statt.*

Satz 3 beinhaltet eine Ausnahme zu § 16 Nr. 1 Abs. 1 AO-Bau-E / DBGT, sodass die Streitgenossenschaft für alle Streitigkeiten Anwendung findet.

5.3.3 Nr. 3: Nebenintervention

5.3.3.1 Absatz 1

5.3.3.1.1 Satz 1: *Dritte Auftragnehmer können einem Adjudikations-Verfahren nach der AO-Bau zur Unterstützung einer Partei im Wege der Nebenintervention beitreten, wenn diese ein rechtliches Interesse haben, dass eine Partei im laufenden Adjudikations-Verfahren obsiegt.*

Die Nebenintervention dient also dazu, dass Dritte, die in ihrer Rechtsstellung vom Ausgang des Adjudikations-Verfahrens zwischen den Parteien betroffen werden, Einfluss auf das Adjudikations-Verfahren nehmen können. Diesem muss nicht zwingend eine Streitverkündung (§ 16 Nr. 4 AO-Bau-E / DBGT) vorausgegangen sein.

Nebenintervention bedeutet im Grunde genommen nichts anderes als Streithilfe. Ein Dritter kann nach Satz 1 dem Streit beitreten, um eine Partei zu unterstützen, wobei ein Streithelfer (im Gegensatz zu einem Streitgenossen) nicht Partei wird. Daher kann ein Streithelfer nicht einem Streithelfer beitreten, da nur Parteien beigetreten werden kann. Bei einer

Streitgenossenschaft (§ 16 Nr. 2 AO-Bau-E / DBGT) kann beispielsweise der Gesellschafter auf Seiten der Gesellschaft beitreten. Ein Streithelfer kann in den bei der Streitgenossenschaft gesondert zu behandelnden Adjudikations-Verfahren sogar dem Antragsteller in dem einen und dem Antragsgegner in dem anderen Adjudikations-Verfahren beitreten.

Dritte Auftragnehmer sind sowohl solche des Bauherrn (Planer, Überwacher, weitere Auftragnehmer), also auch solche des Auftragnehmers (Subunternehmer). Der Planer kann beispielsweise bei Mängelkonflikten ein rechtliches Interesse daran haben, dass der Unternehmer obsiegt, weil beispielsweise bei der Feststellung der Mängelfreiheit eines bestimmten Bauteils dann auch ein Mangel des Planers ausscheidet. Ebenso kann der Subunternehmer ein rechtliches Interesse daran haben, dass der Auftragnehmer obsiegt.

Das rechtliche Interesse ist gegeben, wenn die Rechtsstellung des Streithelfers irgendwie durch eine der unterstützten Partei ungünstige Adjudikations-Entscheidung rechtlich verschlechtert oder durch eine günstige Adjudikations-Entscheidung rechtlich verbessert wird. Das rechtliche Interesse kann sich auch nur auf einen Teil des Verfahrensbegehrens (§ 3 S. 2c AO-Bau / DBGT) oder der Wideranträge oder zur Aufrechnung gestellter Ansprüche (§ 9 AO-Bau / DBGT) beziehen.

Am wichtigsten ist, entsprechend der obigen Beispiele der Fall, dass die unterstützte Partei, wenn sie im Adjudikations-Verfahren unterliegt, einen Regressanspruch gegen den Streithelfer hätte. Ein rechtliches Interesse liegt gerade nicht vor, wenn der Streithelfer nur ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Adjudikations-Verfahren hat, etwa dass ein unliebsamer Mitbewerber unterliegt.

5.3.3.1.2 Satz 2: Die Nebenintervention kann in jeder Verfahrenslage bis zum Ende des Adjudikations-Verfahrens erfolgen.

Grundsätzlich ist von Beginn (§ 3 S. 6 AO-Bau / DBGT) bis Ende des Adjudikations-Verfahrens (§§ 4, 12 S. 1 AO-Bau / DBGT) eine Nebenintervention möglich.

5.3.3.1.3 Satz 3: Die Nebenintervention muss ohne schuldhaftes Zögern erfolgen.

Allerdings muss die Nebenintervention ohne schuldhaftes Zögern⁵³ nach positiver Kenntnisnahme oder fahrlässiger Nichtkenntnisnahme von den Voraussetzungen des Satzes 1 durch den Nebenintervenienten (Streithelfer) erfolgen. Der Streithelfer muss also von dem Adjudikations-Verfahren zwischen den Parteien insoweit Kenntnis erlangen, als er sein rechtliches Interesse an dessen Ausgang beurteilen kann.

5.3.3.2 Absatz 2

5.3.3.2.1 Satz 1: Hierzu übersendet der Nebenintervenient eine Nebeninterventionsanzeige an die Parteien (Antragsteller und Antragsgegner) und den Adjudikator.

Die Nebeninterventionsanzeige muss den Beteiligten zugehen.⁵⁴

5.3.3.2.2 Satz 2: Die Nebeninterventionsanzeige beinhaltet die Parteien des Adjudikations-Verfahrens, sowie das Interesse, das der Nebenintervenient hat.

„Die Parteien“ meint dieselben Voraussetzungen wie in § 3 S. 2b AO-Bau / DBGT. Das Interesse an der Nebenintervention (Streithilfe) meint das rechtliche Interesse im Sinne von § 16 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 AO-Bau-E / DBGT.

5.3.3.3 Absatz 3

5.3.3.3.1 Satz 1: Der Adjudikator entscheidet über die Zulässigkeit der Nebenintervention innerhalb von 3 Tagen nach freiem Ermessen; insbesondere beobachtet er hierbei die grundlegenden Geheimhaltungsinteressen der Parteien.

Nach Zugang der Nebeninterventionsanzeige (§ 16 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 AO-Bau / DBGT) prüft der Adjudikator die Voraussetzungen der Nebenintervention. Das freie Ermessen⁵⁵ wird durch die zwingende Beachtung der grundlegenden Geheimhaltungsinteressen der Parteien

⁵³ Zum schuldhaften Zögern vgl. Kommentierung zu § 7 S. 1 AO-Bau / DBGT.

⁵⁴ Zum Zugang vgl. die Kommentierung zu § 3 S. 1 AO-Bau / DBGT.

⁵⁵ Zum freien Ermessen vgl. RG, WarnRspr. 1909 Nr. 395; RG, Urt. v. 12.05.1920 - I 23/20, RGZ 99, 105, 106.

begrenzt. Die Parteien des Bauvertrages, die neben der Vereinbarung des Mehrparteienverfahrens keine vertraglichen Beziehungen zueinander haben, können schützenswerte Interessen daran haben, dass ein Nebenintervenient (Streithelfer) keinen Einblick in ihr Vertragsverhältnis und in ihre Streitigkeit erhält. Der Adjudikator muss daher das Gewicht des Geheimhaltungsinteresses der Parteien des Adjudikations-Verfahrens zu dem rechtlichen Interesse des Nebenintervenienten (Streithelfer) an der Teilnahme am Adjudikations-Verfahren gewichten.

Die Partei, die den Streit i.S.v. § 16 Nr. 4 AO-Bau-E / DBGT verkündet hat, hat hiermit zum Ausdruck gebracht, dass sie sich mit einem möglichen Beitritt einverstanden erklärt. Insofern brauchen für diesen Fall deren Geheimhaltungsinteressen nicht in die Abwägung eingestellt werden.

5.3.3.3.2 Satz 2: *Der Nebenintervenient hat gegenüber dem Adjudikator und seinen Fachleuten und anderen Sachverständigen kein Ablehnungsrecht für in der Vergangenheit liegende Sachverhalte, es sei denn, diesem ist der Streit verkündet worden.*

Die Nebenintervention soll nicht dazu führen, dass das Adjudikations-Verfahren dadurch verzögert werden kann, dass der Beitritt eines Nebenintervenienten (Streithelfers) dazu führt, dass eine Ablehnung des Adjudikators zu einer neuen Benennung führt und einem neuen Adjudikator die vollständige Entscheidungsfrist erhalten bleiben muss.

Satz 2 ist deswegen nicht zu beanstanden, weil der Nebenintervenient dem Adjudikations-Verfahren auch ohne Nachteile fernbleiben kann, da er seine Streitigkeit auch in einem anderen Adjudikations-Verfahren mit der Partei des laufenden Adjudikations-Verfahrens klären kann, ohne dass ihm Nachteile aus seinem Fernbleiben erwachsen. Wurde dem Nebenintervenienten (Streithelfer) aber der Streit verkündet (§ 16 Nr. 4 AO-Bau-E / DBGT), so muss er die Ergebnisse des Adjudikations-Verfahrens gegen sich gelten lassen (§ 16 Nr. Abs. 4 S.1 AO-Bau-E / DBGT). Daher muss ihm für diesen Fall ein Ablehnungsrecht auch für Sachverhalte eingeräumt werden, die vor seinem Beitritt liegen.

5.3.3.4 Absatz 4

5.3.3.4.1 Satz 1: *Der Nebenintervenient hat das Adjudikations-Verfahren in der Lage anzunehmen, in dem es sich zum Zeitpunkt seines Beitrittes befindet.*

Der Nebenintervenient (Streithelfer) ist nicht Partei des Adjudikations-Verfahrens. Er ist daher nicht Vertreter der unterstützten Partei, sondern verfolgt wegen seines rechtlichen Interesses (§ 16 Nr. 3 Abs. 1 S.1 AO-Bau / DBGT) eigene Ziele. Der Nebenintervenient (Streithelfer) hat einen eigenen Anspruch auf rechtliches Gehör (§ 6 Abs. 1 S.1 AO-Bau / DBGT) und Beachtung der anderen Verfahrensgrundsätze im Sinne des § 6 AO-Bau / DBGT). Ihm sind zudem alle (gewechselten) Schriftsätze zu übersenden.

5.3.3.4.2 Satz 2: *Der Adjudikator gewährt dem Nebenintervenienten eine angemessene Einarbeitungsfrist und mindestens eine einmalige schriftsätzliche Erwiderungsmöglichkeit.*

Im Gegensatz zu den Parteien des Adjudikations-Verfahrens erlangt der Nebenintervenient (Streithelfer) erst kurzfristig von der Streitigkeit Kenntnis. Zudem findet er regelmäßig ein bereits laufendes Verfahren vor, innerhalb dessen bereits Verfahrenshandlungen erfolgt sind. Daher muss dem Nebenintervenienten (Streithelfer) eine angemessene Einarbeitungsfrist und mindestens eine einmalige schriftsätzliche Äußerungsmöglichkeit eingeräumt werden. Insofern ist das Ermessen des Adjudikators i.S.v. § 6 Abs. 1 S.1 AO-Bau / DBGT begrenzt.

5.3.3.4.3 Satz 3: *Diese und andere Handlungen und Erklärungen dürfen nicht im Widerspruch zu Handlungen und Erklärungen der Hauptpartei stehen.*

Der Nebenintervenient kann Tatsachen behaupten, bestreiten und zugestehen und Beweise antreten, solange er damit nicht im Gegensatz zur unterstützten Partei des Adjudikations-Verfahrens handelt. Er darf daher der unterstützten Partei nicht widersprechen, beispielsweise eine Tatsache oder rechtliche Bewertung unstrittig stellen. Anderenfalls sind diese Handlungen unwirksam.

5.3.3.4.4 Satz 4: *Den Parteien ist auf die Erwiderung des Nebenintervenienten eine angemessene Erwiderungsfrist einzuräumen.*

Auch den Parteien ist auf die Erwidernng des Nebenintervenienten (Streithelfers) eine Erwidernngsfrist einzuräumen, sodass wiederum das Ermessen des Adjudikators i.S.v. § 6 Abs. 1 S. 1 AO-Bau / DBGT begrenzt wird.

5.3.4 Nr. 4: Streitverkündung

5.3.4.1 Absatz 1

5.3.4.1.1 Satz 1: *Eine Partei, die für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Adjudikations-Verfahrens einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen dritten Auftragnehmer erheben zu können glaubt, kann bis zur Beendigung des Adjudikations-Verfahrens einem dritten Auftragnehmer den Streit verkünden.*

Die Streitverkündung ist die förmliche Mitteilung an einen außenstehenden Dritten (Streitverkündungsempfänger) von einem laufenden Adjudikations-Verfahren durch eine Partei des Adjudikations-Verfahrens (Streitverkünder). Der Streitverkündungsgrund ist großzügig zu handhaben. Hierfür muss ein Anspruch des Streitverkünders gegen den Streitverkündungsempfänger auf „Gewährleistung oder Schadloshaltung“ bestehen können. Hiervon sind insbesondere Alternativverhältnisse erfasst, wenn also der Streitverkünder entweder einen Anspruch gegen die andere Partei des Adjudikations-Verfahrens oder gegen den Streitverkündungsempfänger hat.

5.3.4.1.2 Satz 2: *Die Streitverkündung muss ohne schuldhaftes Zögern erfolgen.*

Sobald der Streitverkünder positive Kenntnis oder fahrlässige Nichtkenntnis von den Voraussetzungen des Satzes 1 erlangt, muss er dem Streitverkündungsempfänger den Streit verkünden, damit keine Verzögerungen entstehen. Ansonsten ist die Streitverkündung ausgeschlossen.

5.3.4.1.3 Satz 3: *Eine Streitverkündung ist für jede Partei innerhalb eines Adjudikations-Verfahrens nach der AO-Bau / DBGT nur einmalig möglich; kann aber gegenüber mehreren Dritten gleichzeitig erfolgen.*

Auch Satz 3 soll Verfahrensverzögerungen eindämmen. Die Streitverkündung kann daher von jeder Partei innerhalb eines Adjudikations-Verfahrens nur einmalig vorgenommen werden. Der Bauherr muss daher beispielsweise genau überlegen, ob er nur seinem Planer oder auch einem weiteren Unternehmer und seinem Überwacher den Streit verkündet.

5.3.4.1.4 Satz 4: *Hierzu übersendet die Partei der gegnerischen Partei und dem Adjudikator eine Streitverkündungsanzeige.*

Die Streitverkündungsanzeige ist wiederum die formale Mitteilung der Streitverkündung. Diese erfolgt wegen der Geheimhaltungsinteressen zunächst nur gegenüber der anderen Partei und dem Adjudikator.

5.3.4.1.5 Satz 5: *Diese beinhaltet die Parteien des Adjudikations-Verfahrens, sowie den Grund der Streitverkündung.*

Die Parteien des Adjudikations-Verfahrens sind die des § 3 Satz 2 AO-Bau / DBGT. Der Streitverkünder muss die Voraussetzungen der Streitverkündung des § 16 Nr. 4 Abs. 1 S. 1 AO-Bau-E / DBGT in der Streitverkündungsanzeige darlegen.

5.3.4.1.6 Satz 6: *Der Adjudikator entscheidet erst in einem Folgeverfahren über die Zulässigkeit der Streitverkündung.*

Ob die Voraussetzungen der Streitverkündung des § 16 Nr. 4 Abs. 1 S. 1 AO-Bau-E / DBGT tatsächlich vorliegen, wird erst innerhalb des Folgeverfahrens (§ 16 Nr. 4 Abs. 4 S. 1 AO-Bau / DBGT) entschieden. Eine Ausnahme beinhaltet Satz 7.

5.3.4.1.7 Satz 7: *Dieses gilt nicht für die Entscheidung, ob einer Streitverkündung grundlegende Geheimhaltungsinteressen der Parteien des laufenden Adjudikations-Verfahrens entgegenstehen.*

Insoweit gelten die Ausführungen zu § 16 Nr. 3 Abs. 3 S. 1 AO-Bau-E / DBGT entsprechend.

5.3.4.1.8 Satz 8: *Diese Entscheidung trifft der Adjudikator innerhalb von 3 Tagen nach freiem Ermessen.*

Es gelten die Ausführungen zu § 16 Nr. 3 Abs. 3 S. 1 AO-Bau-E / DBGT entsprechend.

5.3.4.1.9 Satz 9: *Bestehen keine Bedenken gegen eine Streitverkündung, übersendet der Adjudikator die Streitverkündung an den Streitverkündeten.*

Um die Geheimhaltungsinteressen der Partei des Adjudikations-Verfahrens, die nicht den Streit verkündet hat, zu schützen, übersendet der Adjudikator erst dann die Streitverkündungsanzeige und den gewechselten Schriftverkehr an den Streitverkündungsempfänger, wenn der Adjudikator über die Geheimhaltungsinteressen entschieden hat.

5.3.4.2 Absatz 2

5.3.4.2.1 Satz 1: *Der Adjudikator hat sich auf die Streitverkündungsanzeige innerhalb von 2 Tagen zu erklären, ob der den Auftrag weiterführen kann, insbesondere ob er unabhängig und unparteilich gegenüber dem Streitverkündeten ist.*

Der Adjudikator muss auf die Streitverkündungsanzeige hin prüfen, ob er auch gegenüber dem Streitverkündeten (Streitverkündungsempfänger) unabhängig und unparteilich (§ 2 Abs. 1 S. 1 AO-Bau / DBGT) ist, da hiervon seine Entscheidung über die Zulässigkeit der Streitverkündung abhängen kann (Satz 3).

5.3.4.2.2 Satz 2: *Wenn der Adjudikator den Auftrag nicht weiterführen kann, findet eine Ersatzbenennung statt, wenn sich die Beteiligten nicht binnen 2 Tage auf einen neuen Adjudikator verständigen.*

Wenn der Adjudikator die Voraussetzungen der Streitverkündung als gegeben erachtet, er sich aber wegen Satz 1 nicht in der Lage sieht, das Verfahren fortzusetzen, muss ein neuer Adjudikator benannt und bestellt werden.

5.3.4.2.3 Satz 3: *Der Adjudikator kann eine Streitverkündung ablehnen, wenn eine unangemessene Verfahrensverzögerung hierdurch zu befürchten steht.*

Für die Bewertung der unangemessenen Verfahrensverzögerung muss der Adjudikator das Interesse an einer schnellen Adjudikations-Entscheidung der Partei des Adjudikations-Verfahrens, die nicht Streitverkünder ist, mit dem Interesse des Streitverkünders und dem des Streitverkündungsempfängers an einer gemeinsamen Klärung der Streitigkeit abwägen.

5.3.4.3 Absatz 3

5.3.4.3.1 Satz 1: *Wenn der dritte Auftragnehmer dem Streitverkünder beitrifft, so bestimmt sich sein Verhältnis zu den Parteien nach den Regelungen der Nummer 3 (Nebenintervention).*

Dem Streitverkündungsempfänger steht es frei, ob er dem Adjudikations-Verfahren auf Seiten des Streitverkünders beitrifft. Wenn er beitrifft, wird er wie der Nebenintervenient (Streithelfer) behandelt.

5.3.4.3.2 Satz 2: *Lehnt der dritte Auftragnehmer den Beitritt ab oder erklärt er sich nicht, so wird das Adjudikations-Verfahren ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.*

Tritt der Streitverkündungsempfänger dem Gegner des Streitverkünders bei, so ist hierin eine Ablehnung des Beitritts auf Seiten des Streitverkünders zu sehen.

5.3.4.3.3 Satz 3: *In allen Fällen dieser Nummer (Streitverkündung) sind gegen den dritten Auftragnehmer die Regelungen der Nummer 3 (Nebenintervention) mit der Abweichung anzuwenden, dass statt der Zeit des Beitrittes die Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war.*

Satz 3 ist notwendig, weil die Nebenintervention grundsätzlich den Beitritt des Nebenintervenienten voraussetzt. Da der Beitritt aber nach der Streitverkündung nicht zwingend erfolgen muss, weil es dem Streitverkündeten frei steht, dem Adjudikations-Verfahren auf Seiten des Streitverkünders beizutreten, wird die Regelung des Satzes 3 notwendig, sodass an die Stelle des Beitritts der mögliche Beitritt rückt. Für den Fall, dass der Streitverkündete dem Adjudikations-Verfahren nicht beitrifft, wird er so behandelt, als wäre er beigetreten (§ 16 Nr. 4 Abs. 4 S. 1 AO-Bau-E / DBGT).

5.3.4.4 Absatz 4

5.3.4.4.1 Satz 1: *Der Nebenintervenient wird im Verhältnis zu der Hauptpartei in einem anderen Adjudikations-Verfahren nach der AO-Bau / DBGT (Folgeverfahren) mit der Behauptung nicht gehört, dass die Streitigkeit, wie sie dem Adjudikator vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei.*

Der Nebenintervenient und auch der Streitverkündungsempfänger, der dem Streit nicht auf Seiten des Streitverkünders beigetreten ist (§ 16 Nr. 4 Abs. 3 S. 3 AO-Bau-E / DBGT), muss die Adjudikations-Entscheidung gegen sich gelten lassen. Hat der Auftraggeber gegen seinen Unternehmer ein Adjudikations-Verfahren eingeleitet und stellt sich in diesem heraus, dass ein Planungsmangel vorliegt und hat der Auftraggeber seinem Planer entsprechend den Streit verkündet, so muss sich der Planer in einem neuen, nachfolgenden Adjudikations-Verfahren grundsätzlich an die vorherige Adjudikations-Entscheidung halten lassen. Der Adjudikator ist im Folgeverfahren an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen im vorigen Adjudikations-Verfahren gebunden. Konnte der Adjudikator im vorigen Verfahren gewisse Umstände nicht aufklären, steht aber im Folgeverfahren damit nicht das Gegenteil fest. Daher können die Parteien neuen Vortrag bringen und der Adjudikator kann seinerseits den Sachverhalt erneut aufzuklären versuchen.

Erst in diesem Folgeverfahren wird die Wirksamkeit der Streitverkündung geprüft (§ 16 Nr. 4 Abs. 1 S. 6 AO-Bau / DBGT), es sei denn, der Streitverkündungsempfänger ist dem Adjudikations-Verfahren beigetreten. Dann kommt es auf die Wirksamkeit der Streitverkündung nicht an, weil er durch seinen eigenständigen Beitrittsentschluss das Risiko übernommen hat.

5.3.4.4.2 Satz 2: *Er wird mit der Behauptung, dass die Hauptpartei das Adjudikations-Verfahren mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Adjudikations-Verfahrens zur Zeit seines Beitrittes oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Erklärungen oder Handlungen vorzunehmen, oder Erklärungen und Handlungen, die ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht erklärt wurden.*

Der Streitverkündungsempfänger muss nach § 16 Nr. 3 Abs. 4 S. 1 AO-Bau-E / DBGT das Verfahren in der Lage annehmen, in der es sich zum Zeitpunkt seines Beitritts als Nebenintervenient (Streithelfer) befindet, sodass er entsprechend vorher verhindert war, das Verfahren entsprechend seiner Interessen zu beeinflussen - etwa weil die unterstützte Partei zuvor Tatsachen unstreitig gestellt hat.

Der Nebenintervenient (Streithelfer) ist auch vor Erklärungen oder Handlungen geschützt, die die unterstützte Partei nach seinem Beitritt absichtlich oder grob fahrlässig nicht vorgenommen hat und dem Nebenintervenient (Streithelfer) unbekannt waren. Dieses wird aber wegen der Amtsermittlungsbefugnisse des Adjudikators (§ 6 Abs. 2 S. 1 AO-Bau / DBGT) nur selten der Fall sein.

6 Schärfere Bindungswirkung

6.1 Problem

Die AO-Bau DBGT verfolgt mit dem mittleren Gesetzesstandard „billiges Ermessen“ (§ 317 Abs. 1 BGB) eine hohe Richtigkeitsgewähr für die Adjudikations-Entscheidung. Die Anforderungen an die Bindungswirkung hinsichtlich der Entscheidung und der Verfahrensführung sind damit hoch. Negativ ist, dass Einwendungen in einem entsprechenden Umfang gegen die Verbindlichkeit der Entscheidung eingewendet werden können, was zu entsprechenden Verzögerungen und Kosten bei der gerichtlichen Durchsetzung im Vollstreckungsprozess führt.

Dass vorgeschlagene Modell einer weitergehenden Bindungswirkung nach § 319 Abs. 2 BGB hat den Vorteil, dass Einwendungen wesentlich beschränkter möglich sind. Die Richtigkeitsgewähr an die Entscheidung wird durch eine Haftung des Adjudikators abgesichert und kann durch die Parteien durch die Auswahl eines qualifizierten Adjudikators oder Benenners sichergestellt werden. Zudem haben es die Parteien in der Hand, das Adjudikations-Verfahren qualitätssichernd anzuwenden, indem sie dem Verfahren von der Komplexität her nur geeignete Streitigkeiten zuführen.

6.2 Notwendige Anpassungen der Regelungen der AO-Bau / DBG

§ 6 Verfahrensgrundsätze

(1) ¹Der Adjudikator leitet das Verfahren unter Berücksichtigung der Grundsätze des rechtlichen Gehörs nach freiem Ermessen unter Beachtung der Gesamtdauer des Verfahrens.

§ 7 Befangenheit und Verhinderung

¹Ein Antrag wegen Besorgnis der Befangenheit oder Verhinderung muss unverzüglich gestellt werden. ²Über die Ablehnung entscheidet der Adjudikator innerhalb von 2 Tagen. ³Hält er das Ablehnungsbegehren für unbegründet, entscheidet der Benenner auf Antrag des Schiedsgutachters oder einer Partei innerhalb von 5 Tagen endgültig. ⁴§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB bleibt unberührt. ⁵Das Ablehnungsverfahren führt nicht zum Ruhen des Verfahrens. ⁶Einem neuen Adjudikator bleibt jedoch die vollständige Entscheidungsfrist erhalten.

§ 12 Wirkung der Entscheidung

¹... ²Die Entscheidung ist vorläufig verbindlich, wenn diese bis zur Fertigstellung das freie Belieben (§ 319 Abs. 2 BGB) nicht überschreitet oder in einem (Schieds-) Gerichtsverfahren eine neue Entscheidung verkündet ist (sog. Abschlussverfahren). ³Die sich aus der Nichtbeachtung der Entscheidung ergebenden Folgerechte auf Leistungsverweigerung und Verzugschadensersatz werden nicht dadurch wieder beseitigt, dass in einem neuen (Schieds-) Gerichtsverfahren (Abschlussverfahren) die Entscheidung anders ausfällt, es sei denn, diese ist offenbar unbillig (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB). ⁴... ⁵Ungeachtet von Satz 2 und § 6 Abs. 1 S. 1 ist der Adjudikator gegenüber den Parteien verpflichtet, eine Entscheidung nach billigem Ermessen (§ 317 Abs. 1 BGB) zu treffen. ⁶Bei Verfahrensverstößen muss die Entscheidung zur Unverbindlichkeit auf dem Verfahrensverstoß beruhen. ⁷Entscheidungen, die von einem rechtmäßig abgelehnten Adjudikator getroffen wurden, sind ungeachtet des Beruhens der Entscheidung auf diesem Verfahrensverstoß nicht bindend.

§ 13 Abschlussverfahren

(3) ¹Im Abschlussverfahren im Zusammenhang mit einer vertragsändernden oder vertragsanpassenden Entscheidung des Adjudikators ist dieses Adjudikations-Entscheidung für die Parteien nicht bindend, wenn diese nicht der Billigkeit entspricht. ²Die Bestimmung erfolgt für diesen Fall unmittelbar durch Urteil (§ 319 Abs. 1 S. 2 1. HS BGB).

6.3 Kommentierung

6.3.1 § 6 Verfahrensgrundsätze

Einzige Änderung in § 6 Abs. 1 S. 1 AO-Bau-E / DBG ist, dass die Verfahrensleitung im „freien“ Ermessen steht. „Freies Ermessen“ ist im Vergleich zu „billigem Ermessen“ ein gelockerter Maßstab. Dieses führt dazu, dass weniger Einwendungen gegen die Verbindlichkeit der Adjudikations-Entscheidung wegen Verfahrensfehlern erhoben werden können, die vorläufige Bindungswirkung der Adjudikations-Entscheidung daher weitgehender ist und die Entscheidung schneller mit gerichtlicher Hilfe durchgesetzt werden kann. Die Adjudikations-Entscheidung ist nur unverbindlich, wenn sie eine Unbilligkeit enthält, die sich dem sachkundigen und unbefangenen Beurteiler sofort aufdrängt und nicht erst eine tiefer gehende Prüfung erforderlich wird, wie es für das „billige Ermessen“ angenommen wird. Der Adjudikator muss aber gegenüber den Parteien „billiges Ermessen“ bei seiner Verfahrensführung einhalten (§ 12 S. 5 AO-Bau-E / DBG).

6.3.2 § 7 Befangenheit und Verhinderung

§ 7 AO-Bau-E / DBG muss aus AGB-rechtlichen Gründen zwingen vereinbart werden, soweit der Maßstab der Bindungswirkung strenger geregelt wird. Zur Kommentierung ergeben sich keine Abweichungen zu § 7 S. 2 AO-Bau / DBG.

6.3.3 § 12 Wirkung der Entscheidung

6.3.3.1 Satz 2: ²Die Entscheidung ist vorläufig verbindlich, wenn diese bis zur Fertigstellung das freie Belieben (§ 319 Abs. 2 BGB) nicht überschreitet oder in einem

(Schieds-) Gerichtsverfahren eine neue Entscheidung verkündet ist (sog. Abschlussverfahren).

Für die Bewertung der Verbindlichkeit der Adjudikations-Entscheidung stellt die Fertigstellung des Bauvorhabens eine Zäsur dar. Innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen besteht für die Regelung einer weitgehenden Bindungswirkung im Sinne von § 319 Abs. 2 BGB nur ein besonderes Interesse vor Fertigstellung des Bauvorhabens. Nach der Fertigstellung greift die gesetzliche Zweifelsregelung „*nicht offenbar unbillig*“ (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB). Bis zum Zeitpunkt der Fertigstellung sind die Entscheidungen des Adjudikators daher weitgehend bindend. Freies Belieben im Sinne von § 319 Abs. 2 BGB steht im Gegensatz zum „*billigen Ermessen*“ und dem „*freien Ermessen*“ nahe der Willkür. „*Die Angriffsmöglichkeiten sind auf die Fälle nachweisbarer Sittenwidrigkeit oder Gesetzeswidrigkeit beschränkt.*“⁵⁶ Wirksam sind demnach auch „*offenbar unbillige*“ Leistungsbestimmungen.

6.3.3.2 Satz 3: ³Die sich aus der Nichtbeachtung der Entscheidung ergebenden Folgerechte auf Leistungsverweigerung und Verzugschadensersatz werden nicht dadurch wieder beseitigt, dass in einem neuen (Schieds-) Gerichtsverfahren (Abschlussverfahren) die Entscheidung anders ausfällt, es sei denn, diese ist offenbar unbillig (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB).

Innerhalb von Allgemeinen Geschäftsbedingen ist es unzulässig, Entscheidungen nach „*freiem Belieben*“ (§ 319 Abs. 2 BGB) mit endgültiger Wirkung zu regeln. Dieses ist nur für den mittleren Standard möglich, den das Gesetz als Regelvermutung vorgibt (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB). Daher können die in Satz 3 als endgültig gewollten Folgerechte nur dann Bestand haben, wenn die Adjudikations-Entscheidung diesem mittleren Standard genügt.

6.3.3.3 Satz 5: ⁵Ungeachtet von Satz 2 und § 6 Abs. 1 S. 1 ist der Adjudikator gegenüber den Parteien verpflichtet, eine Entscheidung nach billigem Ermessen (§ 317 Abs. 1 BGB) zu treffen.

Durch Satz 5 wird klargestellt, dass die weitgehende Bindungswirkung der Adjudikations-Entscheidung hinsichtlich der Verfahrensführung (Satz 2) und der Entscheidung als solcher (§ 6 Abs. 1 S. 1 AO-Bau-E / DBGT) nur die Bindungswirkung der Adjudikations-Entscheidung zwischen den Parteien betrifft. Es handelt sich damit um eine Verpflichtung aus der Adjudikations-Vereinbarung (der Schiedsgutachtenvereinbarung). Der Adjudikator hat nach Satz 5 aber gegenüber den Parteien aus dem Adjudikator-Vertrag (dem Schiedsgutachtervertrag) die Pflicht, eine Entscheidung nach „*billigem Ermessen*“ zu treffen und muss dieses auch bei der Verfahrensführung beachten. Soweit er hiergegen verstößt, kommt eine Haftung in Betracht (§ 2 Abs. 4 AO-Bau / DBGT).

Satz 5 ist wiederum dem AGB-Recht geschuldet. Die weitgehende, wenn auch nur vorübergehende, Bindungswirkung i.S.v. § 319 Abs. 2 BGB ist für gewisse Streitigkeiten nur dann zulässig, wenn durch Ersatzlösungen im wesentlichen gleiche Ergebnisse erzielt werden, als wenn die Bindungswirkung von Anfang an am mittleren Gesetzesstandard des § 319 Abs. 1 S. 1 BGB orientiert wäre. Mit der Verpflichtung des Adjudikators gegenüber den Parteien, den mittleren Standard einzuhalten, wird dieser dazu veranlasst, entsprechend zu entscheiden. Es werden daher in der Regel die Entscheidungen § 319 Abs. 1 S. 1 BGB genügen, obwohl die Bindungswirkung zwischen den Parteien durch § 319 Abs. 2 BGB wesentlich weitergehender vereinbart wurde.

6.3.3.4 Satz 6: ⁶Bei Verfahrensverstößen muss die Entscheidung zur Unverbindlichkeit auf dem Verfahrensverstoß beruhen.

Verfahrensverstöße sind Fehler bei der Verfahrensführung. Diese müssen sich nach Satz 6 auch tatsächlich auf die Entscheidung des Adjudikators ausgewirkt haben. Hat der Adjudikator die Erwiderung des Antragstellers nicht beachtet, so beinhaltet dieses grundsätzlich ein Verfahrensfehler, da er rechtliches Gehör zu gewähren hat, wozu auch die Auseinandersetzung mit dem Inhalt der Erwiderung gehört (§ 6 Abs. 1 S. 1 AO-Bau / DBGT). Hat der Adjudikator aber den Inhalt der Erwiderung vollständig durch seine Amtsermittlungsbefugnisse anderweitig aufgeklärt oder war der Inhalt der Erwiderung für die Streitigkeit nicht von Belang, so könnte dieser Verfahrensverstoß auch hinweggedacht werden, ohne dass sich die Adjudikations-Entscheidung ändern würde. Die Entscheidung beruht nach diesem Beispiel nicht auf dem Verfahrensverstoß und ist daher verbindlich.

⁵⁶ OGHBrZ Köln, Urt. v. 25.05.1950 - I ZS 85/49, NJW 1950, 781, 782.

6.3.3.5 Satz 7: ⁷Entscheidungen, die von einem rechtmäßig abgelehnten Adjudikator getroffen wurden, sind ungeachtet des Beruhens der Entscheidung auf diesem Verfahrensverstoß nicht bindend.

Eine Ausnahme von Satz 6 beinhaltet Satz 7. Soweit der Adjudikator abgelehnt wurde, weil ein Ablehnungsgrund tatsächlich vorlag und der Adjudikator das Verfahren weitergeführt hat, sind ungeachtet des Beruhens der Entscheidung auf diesem Verfahrensverstoß die Entscheidungen nicht bindend. Hintergrund der Vorschrift ist, dass bereits die Besorgnis der Befangenheit zur Ablehnung ausreicht und daher keine tatsächliche Befangenheit vorliegen muss. Auch muss sich der Adjudikator nicht von seiner Befangenheit haben leiten lassen. Vor allem aber ist diese Vorschrift notwendig, weil der Nachweis in der Regel nicht erbracht werden könnte, dass sich die Befangenheit tatsächlich in der Entscheidung niedergeschlagen hat.