

Mediation/Baubegleitung

# Frühe Streitschlichtung

von Holger Kummer und Erik Schäfer

Es gibt keine große Planung, keine große Baustelle ohne Differenzen zwischen den Beteiligten. Statt Streitigkeiten am Bau bis hin zum Stillstand des Projektes eskalieren zu lassen, kann durch eine das Bauvorhaben ganz oder streckenweise begleitende Instanz zur frühzeitigen Regelung strittiger Fragen der Fortschritt des Vorhabens positiv beeinflusst und ein Rechtsstreit vermieden bzw. wenigstens begrenzt werden. Lesen Sie im Folgenden, welche Möglichkeiten zur frühzeitigen Streitschlichtung am Bau genutzt werden können.

## Worum es geht

Die Eskalation nicht frühzeitig beigelegter Streitigkeiten sorgt für Bauzeitverlängerungen oder für Behinderungen innerhalb der gesamten Projektorganisation und damit letztlich für Kosten. Möglicherweise ‚landet‘ am Ende oder schon während der Arbeiten eine Vielzahl von Ansprüchen vor Gericht und den von diesem eingeschalteten Gutachtern. Dabei tritt für das Projekt selbst keine echte Zustandsverbesserung ein. Die Verfahren selbst sind langwierig und vertrackt. Es geht im Wesentlichen um geldwerte Rechtsansprüche.

Derartiges kann durch den Einsatz von Baubegleitern vermieden, zumindest aber im Umfang reduziert werden. Durch ihre ständige Präsenz im Projekt haben sie eine Projektkenntnis, die die Klärung strittiger Punkte ohne viel Erklärungsaufwand und viel formloser als vor Gericht ermöglicht. Wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren, bleiben sie dabei jederzeit Herr des Verfahrens. Das ist vor Gerichten oder Schiedsgerichten so nicht der Fall. Vielmehr können sie mit Hilfe Dritter sogar einvernehmlich durch die Umstände des konkreten Projektes sinnvoll scheinende Vertragsanpassungen vornehmen. Da Streit die Fronten leicht verhärtet, ist Vergleichbares ohne neutrale Dritte schwerer zu erreichen.

## Mediation, Schiedsgutachten, Adjudikation<sup>1</sup>

Zu Anfang zwei Definitionen, die die zwei grundlegenden Fragen beantwortet, was ein Mediator leistet und was eine Mediation ist [1]: „Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig

und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.“

Seit Inkrafttreten des Mediationsgesetzes, das auf einer EU-Richtlinie [2] basiert, ist die Durchführung von Mediationen in Deutschland, gesetzlich geregelt. Dies gilt natürlich auch für entsprechende Verfahren bei Planungs- und Bauprojekten. Dabei kann die Mediation als eigenständiges Verfahren eingesetzt werden oder Mediationstechniken von einem sogenannten Dispute Board (DB) [3] angewendet werden, das während der Projektdurchführung ständig anrufbar ist, um – abhängig davon, wozu die Parteien es vertraglich autorisiert haben – Streitpunkte einvernehmlich zu klären, unverbindliche Lösungsvorschläge zu unterbreiten oder vorläufig mit vertraglicher Bindungswirkung zu entscheiden.

Einen Rahmen hierfür schaffen zum Beispiel Regelwerke wie die ICC DB-Rules [4]. Das in diesem Zusammenhang häufig erwähnte Adjudikationsverfahren [5] [6] entstammt dem angelsächsischen Rechtskreis und ist z. B. in Großbritannien sondergesetzlich geregelt [7]. Es ist dadurch gekennzeichnet, dass das DB verbindliche und nur unter bestimmten Voraussetzungen gerichtlich überprüfbare Regelungen trifft.

Im deutschen Recht entspricht die Adjudikation am ehesten dem Schiedsgutachten [8]. Von manchen Stimmen wird die Vereinbarkeit von Adjudikationsverfahren mit zwingendem deutschen Recht in Frage gestellt. Nach einem im Mai vorgelegten Rechtsgutachten

greifen diese Bedenken jedoch nicht. Allerdings: Wie jedes Verfahren hat auch die Adjudikation Vor- und Nachteile, die der Anwender abwägen muss, bevor er sich darauf einlässt.

Mediationsverfahren haben den Vorteil, dass die Parteien stets das letzte Wort behalten und ihre Einigung Vertragscharakter hat. Unter Umständen von Nachteil: Die Lösung des Streits hängt von der Überzeugungskraft der Einigung ab und nicht der Entscheidungsmacht des Dritten. Die Autoren vertreten die Ansicht, dass die Vorteile mögliche Nachteile deutlich aufwiegen.

Die eingangs zitierte Definition lässt erkennen: Eine Mediation unterscheidet sich von anderen Streitschlichtungsmethoden dadurch, dass die Konfliktparteien ihr Vorgehen jederzeit selbst bestimmen. Das betrifft sowohl ihre Entscheidung, ein solches Verfahren zu beginnen (im Unterschied zum Adjudikations- oder auch Gerichtsverfahren) und die Auswahl des Mediators, als auch das Ergebnis.

Grundsätzlich können alle Konflikte mittels Mediation einem Lösungsversuch unterworfen werden. Dafür ist es nicht notwendig, dass das Mediationsverfahren vorher vereinbart wurde, nicht einmal dass zwischen den Beteiligten überhaupt ein Vertrag existiert hat. Einigen kann man sich über alles in jeder Form, was auch sonst in einem mündlichen oder schriftlichen Vertrag vereinbart werden kann. Im Anlagen- und Baugeschäft sind das fast alle denkbaren Streitigkeiten. Grenzen setzen allenfalls gesetzlich zwingende Einschränkungen der Vertragsfreiheit.

Eine Mediation wird regelmäßig nach einem Stufenplan durchgeführt.

Dabei folgen dem Vorgespräch (Stufe 0) mit beiden Parteien vor der eigentlichen Mediation folgende fünf Phasen:

1. Klärung des Rahmens der Mediation,
2. Konflikt-Darstellungen durch die Parteien,
3. Klärung der Bedürfnisse und Interessen der Parteien, Konfliktumfelderhellung,
4. Lösungserarbeitung/-verhandlung,
5. Ausarbeitung der meist schriftlich gefassten Einigung.

Ziel ist eine interessengerechte, einvernehmliche und nicht oktroyierte Beilegung des Konfliktes. In Wirtschaftssachen und insbesondere in Bausachen sollten die Parteien ihre juristischen und (bau-)fachlichen Berater beteiligen. Das MediationsG [9] erwähnt diese Möglichkeit nicht nur, es enthält auch die Aufforderung: „... Er (der Mediator) hat die Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen...“. Eine beratende Teilnahme bei den Mediationsgesprächen ist oft sinnvoll.

Steht dem gesetzlich oder aus anderen Gründen nicht etwas entgegen, kann die Mediation vertraulich bleiben. Jedenfalls unterliegt der Mediator nach MediationsG einer Verschwiegenheitspflicht [10].

Typischerweise wird erst nachdem ein Konflikt entstanden ist und langwierige Versuche der Parteien, ihn anders zu lösen, erfolglos geblieben, ein meist schriftlicher Vertrag zur Durchführung der Mediation geschlossen. Zur Sicherung des Mediatorenhonorars und der zu erwartenden Kosten wird zugleich eine Vorschusszahlung vereinbart.

Bei Projektverträgen, die fast immer zeitkritisch sind, zeigt sich bei diesem typischen Ablauf, dass die Beteiligten zu lange gezögert und die Mediation zu spät eingeleitet haben, um alle Vorteile dieser Streitschlichtung ausschöpfen zu können.

Obwohl es also erfahrungsgemäß kein größeres Vorhaben gibt, das reibungslos ohne Streit verläuft, wird die Streitbeilegung mit Hilfe des neutralen Dritten zu spät oder gar nicht in Angriff genommen; vermutlich, weil die Auswahl des neutralen Dritten Ressourcen bindet und nicht budgetierte Ausgaben verursacht. Das heißt, es müssen Entscheidungen getroffen werden, die im engeren Sinne nicht projektypisch sind. Oft ist das damit verbun-

dene Eingeständnis, es nicht selbst geschafft zu haben, ein weiterer Hemmfaktor.

Wird der neutrale Dritte demgegenüber gemäß vertraglicher Vereinbarung mit eingepreistem Budget schon vorsorglich bei Projektbeginn bestellt und ist damit jederzeit ohne extra Kostenfreigabe anrufbar, entfallen diese Hemmschwellen zur effizienten, weil frühen Streiteindämmung und -lösung.

### Baubegleitung/frühe Streitbeilegung – Dispute Board

Der Einsatz eines Dispute Board, also einer ständigen Baubegleitung, gibt den an Planung und Bau Beteiligten die Möglichkeit einer schnellen, den Bauablauf weniger behindernden und bei Einsatz der Mediation als Methode im Gegensatz zur Adjudikation mehr selbstbestimmten Konfliktbeilegung. Denkbar ist aber auch, den neutralen Dritten zunächst zu einem Mediationsversuch zu verpflichten, ihm aber bei dessen Scheitern eine verbindliche oder unverbindliche Entscheidungsbefugnis zu geben. Allein der Umstand, dass diese Entscheidungsbefugnis besteht, wird Streitparteien leicht ‚beflügeln‘, sich zu einigen, um den Spruch zu vermeiden.

Ein Dispute Board wird mit Beginn der konkreten Planung bzw. mit Beginn von Ausführungsplanung und Bau gebildet. Es hat klare Aufgaben und steht nicht im Gegensatz zur sonstigen Bauorganisation.

Aufgaben einer solchen Baubegleitung, eines Dispute Board [10], sind:

- regelmäßige Besuche der Baustelle zur Vertiefung der Detailkenntnis,
- laufende Information über Aktivitäten, Fortschritt, Entwicklung, Probleme auf der Baustelle (oder auch bereits in der Planung bei größeren Projekten),
- Förderung der einvernehmlichen Streitbeilegung,
- bei Streit: Abhalten eines (Mediations-)Verhandlungstermins,
- Prozessführung nach Regeln zur Entscheidungsfindung für die Parteien (Mediation, Dispute Review Board [DRB]),
- Überlegungen zu den und Vorbereitung der Entscheidung (Dispute Adjudikation Board [DAB]),
- Entscheidungsfindung,
- DRB – im Prozess durch die Parteien gemeinsam

- DAB – durch die Adjudikatoren.

Die durch das Dispute Board eingesetzten Methoden haben unterschiedliche Einsatzgebiete, eine scharfe Grenze gibt es jedoch nicht. In den FIDIC-Vertragsmustern gibt es je nach Auswahl beide Varianten. Wird bei einem regulären Dispute Board z. B. nach den Regeln der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit DIS [11] von regelmäßig drei Mitgliedern ausgegangen, scheint bei mittleren Projekten auch ein mit zwei Personen, juristischen und ingenieurtechnischen Hintergrunds, besetztes Board sinnvoll.

Die Wahl der Mediation ist die mehr konsensorientierte Form zur Streitbeilegung anhand solcher Sachthemen, wo die Parteien sich, gemeinsam mit ihren Beratern, in der Lage fühlen, selbst zu entscheiden und ein Interesse daran haben, diese Entscheidung zeitnah herbeizuführen. Einen Zeitrahmen wird die Vereinbarung eines solchen Dispute Boards in der Regel vorsehen. Da in der Regel eine schriftliche Vereinbarung abgeschlossen wird, erfolgt hier eine Vertragsanpassung bzw. eine Präzisierung, denn die Parteien selbst sind es, die verhandeln. Eine gerichtliche Überprüfung ist, wie bei jedem Vertrag, nur im gesetzlich angeordneten Umfang möglich und damit regelmäßig auf Missbrauchs- oder Sittenwidrigkeitstatbestände bzw. Willensmängel oder Verstoß gegen zwingende Formvorschriften beschränkt.

Den Parteien steht, wenn sie die Möglichkeit der Vollstreckbarkeit der Einigung wünschen, die Möglichkeit mit Hilfe der üblichen Institute aus §§ 794 ff. ZPO, also z. B. durch Beurkundung vor einem Notar, zur Verfügung.

Bei der Adjudikation wird grundsätzlich durch das DAB eine Entscheidung gefällt, die einen vorläufigen Bestand hat, zumindest bis zur Überprüfung durch ein Schieds- oder ein ordentliches Gericht, die bei Anwendung deutschen Rechts freilich inhaltlich beschränkt ist, wenn der Adjudikator als Schiedsgutachter qualifiziert wird [12].

### Konfliktkosten

Konflikte kosten Geld. Wie viel genau, weiß in der Regel niemand. Auch die hier betrachteten Methoden der Konfliktfolgenreduzierung sind zu finanzieren. Allerdings sind ihre Kosten insgesamt regelmäßig deutlich geringer als die Aufwendungen, die aufgrund der Pro-

bleme sonst angefallen wären. KPMG hat sich in zwei großen Studien 2009 [13] und 2012 [14] grundlegend mit Konfliktkosten in Organisationen und mit der Mediation beschäftigt. Für einen Führungskonflikt zwischen zwei Abteilungen wurden in der KPMG-Studie von 2012 beispielhaft direkte und mittelbare Kosten innerhalb von zwei Jahren von über 3 Mio. € angegeben. Weil komplexe Bauprojekte mit mehreren beteiligten Firmen und deren Abteilungen letztlich ähnlich zu betrachten sind, wie diverse Abteilungen eines Unternehmens, die gemeinsam an einem großen Projekt arbeiten, bietet sich dieses Ergebnis als auch hier verallgemeinerungsfähig an. Der Investitionsaufwand für ein Dispute Board und die regelmäßige Überprüfung der Prozesse im Projekt auf Konflikte erscheint im Verhältnis als gering. Zu den erhöhten Projektkosten und internen Mehraufwendungen kommen ohne frühzeitige Erledigung Rechtsverfolgungskosten, also Gerichtsgebühren, Sachverständigenkosten sowie Anwaltshonorare. Für einen eskalierten Konflikt ist es möglich, einen Vergleich der Mediations- zzgl. der dazugehörigen Anwaltskosten mit den Prozess- und den dazugehörigen Anwaltskosten durchzuführen. Ein solcher Vergleich zeigt exemplarisch die Kostendämpfungseffekte durch Mediation für ausgewählte Streitwerte auf [15]. Die Einsparungen sind beachtlich, soweit die Mediation erfolgreich ist. Alle mit den hier besprochenen Verfahren Vertraute bestätigen, dass die Chancen für weitgehende Einigungen viel besser stehen als die für ein Scheitern. KPMG geht bei betrieblichen Mediationen von ca. 80 % Erfolg aus.

### Fazit

Insgesamt ist es also möglich und zweckmäßig, eine ständige Begleitung des Baugeschehens entsprechend einem Dispute Board zur zeitnahen Beilegung aller Streitigkeiten einzurichten. Im internationalen Baugeschäft ist es mittlerweile üblich, ein Dispute Board zum Zweck schneller Entscheidungen einzusetzen. In Deutschland kommt es vermehrt, aber nicht systematisch, zum Einsatz von Mediation und Adjudikation, was wohl auch aus der rechtlichen Unsicherheit der vergangenen Jahre herrührt. Wir vertreten die Ansicht, dass aufgrund der

Vertragsfreiheit Maßstab zur Beurteilung von Streiterledigungsverfahren allein die Effizienz der Methode und die Qualität des Ergebnisses sein sollte, die sich im Erfolg des jeweiligen Projekts niederschlagen müssen. Erfolg kann dabei auch schlicht sein, dass Schlimmeres vermieden wurde. Eine im Projekt verankerte Struktur, die es ermöglicht, unkompliziert und schnell, d. h. bei geringer Eskalationsintensität, Probleme zu verhandeln und fortlaufend abzubauen, ist – vorausgesetzt, sie greift – die bessere Methode der Streiterledigung als die häufig anzutreffende Situation am Bau, in der Streitigkeiten nach und nach kumulieren und dann als Paket einem juristischen Entscheidungsverfahren zugeführt werden. Die Autoren meinen daher: Der fortgesetzte Versuch einer frühen Streitbeilegung in Planung und Bau minimiert die Eskalation und befördert das Vorhaben. Dabei gilt erfahrungsgemäß auch: Je früher ein Streit vom Tisch ist, desto niedriger sind die damit verbundenen Kosten. Das bedeutet: Zu Beginn ein wenig Geld in die Hand zu nehmen, kann helfen, später mehr Geld zu sparen.

### Autoren

#### Dipl.-Ing. Holger Kummer,

Beratender Ingenieur und Mediator (univ.),  
TWB Technisch-Wirtschaftliche Beratung,  
Moritzburg

#### RA Erik Schäfer,

Rechtsanwalt/Mediator,  
Cohausz & Florack, Düsseldorf

### Quellen

- [1] Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, gültig seit 26.07.2012, Artikel 1 Mediationsgesetz, § 1 Begriffsbestimmungen.
- [2] Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.
- [3] Dispute Board DB ist ein im UK, aber nicht in Deutschland gesetzlich definierter Begriff, Vergl. [http://en.wikipedia.org/wiki/Dispute\\_board](http://en.wikipedia.org/wiki/Dispute_board).
- [4] <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules>.
- [5] <http://de.wikipedia.org/wiki/Adjudication>, Abruf 14.09.2013.
- [6] Marcus Rohwetter: Anwalts Lieblinge – Mit Bauprozessen verdienen Kanzleien viel Geld. Lobbyisten sorgen dafür, dass das so bleibt. <http://www.zeit.de/2011/48/Anwaltslobby-Baurecht>, 27.11. 2011, Abruf 14.09.2013.
- [7] 1996 by the Housing Grants Construction & Regeneration Act, <http://www.cdr.uk.com/adjudicationsubpage.html>
- [8] Vergl. z. B. <http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/streitbeilegung/schiedsgutachter>.
- [9] Mediationsgesetz, § 2 Verfahren; Aufgaben des Mediators.
- [10] Götz-Sebastian Hök: FIDIC Dispute Adjudication. Der FIDIC-Adjudicator. Bd. 15 der VBI-Schriftenreihe, Berlin 2007.
- [11] <http://www.dis-arb.de/de/>.
- [12] <http://dejure.org/gesetze/BGB/317.html>.
- [13] KPMG, Konfliktkostenstudie. Die Kosten von Reibungsverlusten in Industrieunternehmen, [www.kpmg.de](http://www.kpmg.de).
- [14] KPMG, Best Practice Konflikt(kosten)-management 2012, Der wahre Wert der Mediation, [www.kpmg.de](http://www.kpmg.de)
- [15] [http://www.eucon-institut.de/mediation\\_kostendaempfung.html](http://www.eucon-institut.de/mediation_kostendaempfung.html).