

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
A. Allgemeiner Teil	1
I. Konfliktstruktur	1
II. Gerichtsverfahren in Bausachen	8
III. Ökonomische Institutionenlehre (Sundermeier)	13
IV. Ökonomische Anforderungen an einen verbesserten Rechtsschutz	21
V. ADR-Komponenten	27
VI. Rechtsanspruch auf ADR-Verfahren im Bauvertrag	164
VII. Haftung der Berater bei unterlassener Aufklärung über ADR-Verfahren	176
VIII. Versicherungsschutz durch Berufshaftpflichtversicherung	181
IX. Rechtsfortbildung	190
X. Adjudication-Verfahren in England	191
B. Besonderer Teil	195
I. Adjudikation nach § 18 Abs. 3 VOB/B	195
II. Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B	380
III. Systematisches Baukonfliktmanagement	412
IV. Gesetzliche Adjudikation	420
C. Kommentierung der Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau/DBGT)	435
I. Einführung	435
II. Bezugsklausel	440
III. Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau/DBGT)	442
IV. Mehrparteienverfahren	489
V. Schärfere Bindungswirkung	502
D. Kommentierung der Streitlösungsordnung für das Bauwesen (SL-Bau) der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V. (DGfBR) und des Deutschen Beton- und Bautechnik-Vereins e.V. (DBV)	517
I. Einführung	517
II. Präambel	517
III. Abschnitt I: Allgemeine Bestimmungen	519
IV. Abschnitt II: Mediation	530
V. Abschnitt III: Schlichtung	533
VI. Abschnitt IV: Adjudikation	539
VII. Abschnitt V: Schiedsgerichtsverfahren	562

Inhaltsübersicht

E.	Schiedsgutachtenordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS-SchGO)	563
I.	Einführung	563
II.	Kommentierung	565
	Literaturverzeichnis	615
	Stichwortverzeichnis	663

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
A. Allgemeiner Teil	1
I. Konfliktstruktur	1
1. Gegensätzliche Interessen	2
2. Strukturmerkmale des Bauvertrages	4
3. Änderung der Konfliktstruktur durch Zeitablauf	7
4. Claim-Management	7
5. Influenz auf Planerverträge	8
II. Gerichtsverfahren in Bausachen	8
1. Signifikante Zunahme von Bauprozessen	8
2. Qualität richterlicher Entscheidungen	9
3. Verfahrensdauer	10
4. Zwischenergebnis	12
III. Ökonomische Institutionenlehre	13
1. Ausgleich asymmetrischer Information	14
2. Verhinderung von ex-post-Verschiebungen der Verhandlungsmacht	15
3. Absicherung spezifischer Investitionen	16
4. Reduzierung von Transaktionskosten	17
5. Internalisierung externer Effekte	19
6. Minimierung von Residualverlusten	20
IV. Ökonomische Anforderungen an einen verbesserten Rechtsschutz	21
1. Vertragsanpassung als Ausgangspunkt der Konfliktenstehung	21
2. Bedarf schneller und projektbegleitender Entscheidungen	22
3. Erfordernis technischen Sachverständes zur Streitlösung	23
4. Notwendige Bearbeitung von Einzelkonflikten	24
5. Beträchtliche konfliktbedingte Transaktionskosten	25
V. ADR-Komponenten	27
1. Einleitung	27
2. Baumediation	27
a) Was ist Baumediation?	28
b) Vergleichsverhandlungen = Mediation?	28
c) Ablauf eines Mediations-Verfahrens	29
aa) Themen	29
bb) Interessen	31
(1) Interessen und Positionen	31
(2) Grundbedürfnisse	32
(3) Typische Interessen von Auftragnehmer und Auftraggeber in Baukonflikten	33
(a) Vermeidung eines Bauprozesses	33
(aa) Nichteinigungsalternative	33
(bb) Prozessrisikoanalyse	33
(cc) Machtgefälle	34
(dd) Komplexität	35
(b) Schnelle Entscheidung	36

Inhaltsverzeichnis

(c) Erhalt der Geschäftsbeziehungen	37
(d) Reputation	37
cc) Ideen zur Lösung und Einflussfaktoren	38
(1) Begrenzter Spielraum	38
(2) Kompensationsgeschäfte	38
dd) Lösungen	39
ee) Besonderheiten der Baumediation	39
ff) Beispiel einer kreativen Lösung	39
d) Zwischenergebnis	40
3. Bauschlichtung	41
a) Definition und Ablauf des Schlichtungs-Verfahrens	41
b) Rechtsdogmatische Einordnung	41
aa) Auslegung des Parteiwillens	41
bb) Nicht bindende Empfehlung	41
cc) Bindend wenn Widerspruch einer Partei ausbleibt	43
dd) Materiell-rechtliche Präklusionsfrist	44
c) Empfehlung ausreichend?	44
aa) Argumentationstiefe	44
bb) Persönliche Benennung	44
cc) Einräumung unkooperativen Verhaltens	45
d) Hinweise für die Praxis	46
4. Schiedsgutachten	47
a) Größtmögliche vertragliche Gestaltungsfreiheit	47
b) Schiedsgutachten	48
aa) Definition	48
bb) Schiedsgutachten im engeren und im weiteren Sinn	49
cc) Abgrenzung zum Schiedsgerichtsverfahren	50
(1) Exemplarische Vertragsklauseln	50
(2) Gesetzestypische Erscheinungsform des Schiedsgutachtens	51
(3) Gesetzesatypische Erscheinungsformen	54
(4) Parteiwille maßgeblich	56
c) Anwendungsbereich	56
aa) Scheinproblem: Freigabe von Sicherheiten bei Übersicherung	56
bb) Streitbeilegung nur innerhalb des Bauvertrages	57
cc) Rechtliche Beurteilung – Iura novit curia?	58
d) Person des Schiedsgutachters	59
aa) Natürliche oder juristische Person	59
bb) Benennungsverfahren	59
cc) Unabhängigkeit	60
(1) Dritter	60
(2) Geeignetheit des Schiedsgutachters	61
(3) Praxisbeispiele	62
e) Entscheidung	63
aa) Entscheidungsgrundlage und -zeitpunkt	63
(1) Maßgeblicher Sachverhalt	63
(2) Zeitpunkt	65
bb) Entscheidungsmaßstab und Bindungswirkung	66
(1) Billiges Ermessen	66
(a) Inhalt des billigen Ermessens	66

(b) Abgrenzung von Entscheidungsmaßstab und Bindungswirkung	67
(c) Grenzen der Bindungswirkung (»offenbar unbillig«)	68
(aa) Keine Teilverbindlichkeit	68
(bb) Fehlerkategorien	70
(I) Methodische Fehler bei der Gutachtenerstellung ...	70
(II) Verfahrensfehler	71
(III) Rechtliche Beurteilungsfehler	71
(IV) Fehler im Ergebnis	72
(2) Freies Ermessen	73
(3) Freies Belieben	74
cc) Keine vorläufige Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens	75
(1) Unverbindlich aber wirksam?	75
(2) Präklusion?	78
dd) Begründung der Entscheidung	78
ce) Zugang	79
ff) Anfechtung des Schiedsgutachtens nach § 318 Abs. 2 BGB	80
gg) Keine Bestätigung des Schiedsgutachtens	81
hh) Änderung der Entscheidung?	82
ii) Schiedsgutachtergremium, § 317 Abs. 2 BGB	82
(1) Echtes Gremium	82
(a) Qualitativ echtes Gremium	83
(b) Quantitativ echtes Gremium	83
(c) Anfechtung einer Entscheidung eines echten Gremiums	84
(2) Unechtes Gremium	84
(a) Quantitatives unechtes Gremium	84
(b) Qualitatives unechtes Gremium	85
f) Verfahrensgarantien im Schiedsgutachten und materiell-rechtliche Natur	85
aa) Prozessuale oder materielle Sichtweise des Schiedsgutachtens im engeren Sinn	85
(1) Große Unterschiede	85
(2) Notwendigkeit von Rechtsschutzgarantien	86
(3) Iura vovit curia	87
bb) Prozessuale Ansicht	87
cc) Materielle Ansicht	89
(1) Literatur	89
(2) Rechtsprechung	91
(3) Stellungnahme	94
(a) Annäherung	94
(aa) OLG Celle	94
(bb) LG Frankfurt	95
(cc) OLG Köln	96
(dd) Rechtsprechung des BGH	97
(b) Differenzierung nicht veranlasst	98
(aa) Terminologie	98
(bb) Ermessen	98
(cc) Fallbeispiele	99
(I) Keine Teilmenge	99
(II) Anderer Kontrollmaßstab?	100

(III) Kongruenz	100
(IV) Besonderes prozessuales Schutzbedürfnis trotz geringerer Schutzbedürftigkeit?	101
(V) Beurteilungsspielraum bei beiden Typen eröffnet ...	101
(VI) §§ 317 ff. BGB Rudimente?	102
(c) Tatbestandselement	103
(d) Materielle Wirkung	103
(aa) Materieller Vertrag	103
(I) Gerichtliche Kontrolle nur aufgeschoben	103
(II) Unmittelbarer Parteiwille als Bezugspunkt der Einordnung	104
(bb) Beweismittelvertrag, Geständnisvertrag	104
(cc) Subjektiv materiell-rechtliche Gestaltungswirkung	105
(dd) De facto Rechtsgestaltung	106
(ee) Parteiwille gerichtet auf Feststellung	107
(ff) Fälligkeit	109
(gg) Funktionale Ähnlichkeit und prozessualer Reflex	110
(hh) Inkonsequenz der prozessualen Ansicht in Bezug auf das Schiedsgutachten im weiteren Sinn	113
(e) Effektiver Rechtsschutz	113
(aa) Keine Beschränkung des Rechtsschutzes	113
(I) Richterliche Beweiswürdigung	113
(II) Umfassender Rechtsschutz	114
(bb) Parteiwille	116
(cc) Einzelfallgerechte Auslegung	119
(f) Verzicht auf Privatautonomie	120
(g) Kein vollstreckbarer Titel	121
(h) Zwischenergebnis	122
g) Richterliche Ersatzbestimmung	123
aa) Pactum de non petendo, selbständiges Beweisverfahren, Eilverfahren	123
bb) Ersatzbestimmung für mittleren Standard	123
cc) Zweistufiges richterliches Vorgehen	125
h) Verfahrenskosten	126
aa) Teilweise Quotelung	126
bb) Vorschuss	126
cc) Innenverhältnis der Gesamtschuldner	127
i) Drittbeteiligte	127
aa) Bürge	127
(1) Meinungsstand	127
(2) Schiedsgerichtsurteil	128
(a) Materielle Rechtskraft	129
(b) Prozessuale Rechtskraft	129
(3) Schiedsgutachten	129
(a) Materielle Änderung der gesicherten Forderung	129
(b) Problemfall vertragsergänzendes bzw. -änderndes Schiedsgut- achten (im weiteren Sinn)	130
(aa) Nachträgliche Fremddisposition.	130

(bb) Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB bzw. §§ 1 Nr. 3, 4 S. 1 VOB/B	130
(cc) Meinungsstand	131
(I) Anwendungsbereich	131
(II) Auslegung des Bürgschaftsversprechens	131
(III) Anwendbarkeit des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB	132
(IV) Zwischenergebnis	135
(dd) Grundsätze des § 1 Nr. 4 S. 1 VOB/B auf Schieds- gutachten nicht übertragbar	135
(4) Folgen für die Kautelarpraxis	136
(5) Zusammenfassung	137
bb) Zessionar	137
j) Gerichtliche Durchsetzung eines Schiedsgutachtens	137
aa) Beweislast und Auskunftsrecht	137
bb) Urkundenprozess	138
(1) Einrede der Schiedsvereinbarung	139
(2) Anwendungsbereich auf Geldforderungen oder andere vertretbare Sachen beschränkt	140
(3) Schiedsgutachten unmittelbare Urkunde	141
(a) Unmittelbare Urkunde	141
(aa) Urkunde	141
(bb) Unmittelbar	142
(cc) Verfassungsrecht	143
(b) Schiedsgutachten zulässiges Beweismittel	144
(aa) Materieller Beweismittelwert	145
(I) Antizipation des verbotenen Sachverständigen- beweises im Vorverfahren	145
(II) Formeller und materieller Beweismittelwert	146
(bb) Keine Antizipation des Sachverständigenbeweises	147
(c) Darlegungs- und Beweislast	147
cc) Sofortige Unterwerfung in die Zwangsvollstreckung	148
k) Schiedsgutachtervertrag	150
aa) Rechtsnatur	150
(1) Vertrag sui generis	150
(2) Parteigutachter	152
bb) Vertragspartner des Schiedsgutachters	152
cc) Kündigung	153
(1) Beide Parteien	153
(2) Schiedsgutachter	153
(3) Eine Partei	153
dd) Haftung	154
(1) Pflichten	154
(a) Einigungshaftung	154
(b) Spruchhaftung	154
(c) Aufklärungs- und Informationspflichten des Schieds- gutachters	156
(2) Verschulden	156
(3) Haftungsfreistellung	157
(a) Umfang der Vollmacht bei einseitiger Bestellung	157

Inhaltsverzeichnis

(b) Haftungsbeschränkung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	158
(aa) Gesetzliches Leitbild	158
(bb) Verwender der Haftungsfreistellung bzw. -erleichterung ...	159
(4) Haftungsrisiko des Schiedsgutachters	160
ee) Vergütungsanspruch	160
ff) Rechtsdienstleistungsgesetz	161
l) Schiedsgutachten im englischen Recht	162
aa) Verfahrensgarantien	162
bb) Bindungswirkung	163
m) Hinweise für die Praxis	164
VI. Rechtsanspruch auf ADR-Verfahren im Bauvertrag	164
1. Grundsatz des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts bei Rahmenvertrag ...	164
2. Dogmatische Einordnung der aus dem Kooperationsprinzip quellenden Vereinbarungspflicht	166
a) Bauvertragliche Kooperationspflicht	166
b) Quasi-gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	167
3. Verhandlungspflicht als Nebenpflicht	167
a) Verhandlungspflicht im weiteren Sinn	167
b) Verhandlungspflichten im engeren Sinn	168
c) Zwischenstand	168
4. Vereinbarungspflicht als Teil der Verhandlungspflicht	168
a) Materiell-prozedurale Primärpflicht zur Vereinbarung	168
aa) Verhandlungspflicht, § 241 Abs. 1 BGB	169
(1) Nebenpflicht	169
(2) Vereinbarungspflicht primär in Persona	169
bb) Inhalt der materiell-prozeduralen Vereinbarungspflicht	170
(1) Materiell-Prozedural	170
(2) Prozedurale Elemente	170
(3) Materielle Elemente	170
(a) Freiwillige Pflicht	170
(b) Vereinbarungsbereich	172
(aa) Vereinbarungspflicht	172
(bb) Vereinbarungsbereich	173
(cc) Wechselseitige Pflichtverletzungen	173
b) Materiell-prozedurale Sekundärpflicht	174
aa) Fiktion der Einigungspflichtverletzung	174
bb) Delegation der Verhandlungspflicht an unabhängigen Dritten	174
5. Anspruch auf Zustimmung hinsichtlich eines ADR-Verfahrens	176
VII. Haftung der Berater bei unterlassener Aufklärung über ADR-Verfahren	176
1. Gerichtsverfahren nur Auffangnetz	176
2. ADR-Verfahren bringen Effizienzvorteile	177
3. Beraterhaftung	178
a) Anwaltshaftung	178
b) Architekten und Ingenieure	180
4. Zwischenstand	181
VIII. Versicherungsschutz durch Berufshaftpflichtversicherung	181
1. Auslegungsgrundsätze für die AHB	182
2. Freistellungsanspruch	183

a) Schiedsgerichtsurteil als rechtskräftiges Urteil gem. Ziff. 5.1 Abs. 2 S. 1, 2. Var. AHB (2008)	183
b) Bindung des Versicherers an Schiedsgutachten »aufgrund Gesetzes« gem. Ziff. 5.1 Abs. 2 S. 1, 1. Var. AHB (2008)	186
3. Rechtsschutz	187
4. Obliegenheitsverletzung, §§ 25 f. AHB (2008)	188
a) ADR-Vereinbarung keine Obliegenheitsverletzung	188
b) Obliegenheitsverletzung bei Nichtaufklärung des Auftraggebers über ADR-Verfahren	189
5. Risikoausschluss wegen ADR-Verfahren	189
IX. Rechtsfortbildung	190
X. Adjudication-Verfahren in England	191
1. Grundlagen	191
2. Rechtsnatur	192
3. Abgrenzung zu anderen Drittentscheidungsverfahren	192
a) Expert Determination	192
b) Arbitration	192
4. Verfahrensgarantien	193
5. Bindungswirkung	194
B. Besonderer Teil	195
1. Adjudikation nach § 18 Abs. 3 VOB/B	195
1. Bedürfnis in Deutschland erst jetzt?	195
2. § 18 Abs. 3 VOB/B	197
a) Regelungsinhalt	197
b) Keine Privilegierung der VOB/B bei Nichtvereinbarung eines Verfahrens zur Streitbeilegung	198
aa) Neues Positivmerkmal durch FoSiG	198
bb) Altes Negativmerkmal	198
cc) Öffnungsklausel ausfüllungsbedürftig	199
(1) Verfahren zur Streitbeilegung	199
(2) Unausgewogenheit der VOB/B am Beispiel der AGB-Widrigkeit von §§ 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B	199
(a) Rahmencharakter der VOB/B und punktueller Austauschvertrag des BGB	199
(b) Modifikationsrecht des Auftraggebers	200
(c) AGB-Kontrolle	200
(aa) Unangemessene Benachteiligung durch einseitige Änderungsbefugnis	200
(bb) Kontrahierungszwang	202
3. Rechtliche Einordnung des Adjudikations-Verfahrens	203
a) Relevanz der rechtlichen Einordnung	203
b) Rechtliche Einordnung des Adjudikations-Verfahrens nach deutschem Recht	204
aa) Verpflichtung sui generis?	204
bb) Adjudikations-Entscheidung keine Bedingung	205
(1) Aufschiebende Bedingung	205
(a) Objektiv ungewiss	205

(b) Parteiwille	205
(c) Mitwirkungspflichten	206
(d) Bezugsobjekt	206
(2) Zeitpunkt der Rechtswirkung	206
(3) Nichtige Adjudikations-Entscheidung	207
(4) Negative Bedingung	208
(5) Recht der Bedingung unanwendbar	208
cc) Adjudikations-Verfahren als Schiedsgutachten einzuordnen	209
(1) Sachverständiger Entscheidungsträger	209
(2) Inquisitorischer Charakter	210
(3) Mandatorischer Charakter	211
(4) Entscheidungsumfang	213
(5) Entscheidungsmaßstab	214
(6) Rechtliches Gehör	216
(7) Bindungswirkung der Entscheidung	217
(8) Vollstreckung	218
(9) Überprüfbarkeit	220
(10) Keine Rechtskraft der Adjudication-Entscheidung	222
(11) Materiell-rechtliche Wirkung	223
(12) Zwischenergebnis	223
4. Modifikationen des gesetzestypischen Schiedsgutachtens	227
a) Abweichungen von gesetzlichen Regelvorgaben	227
aa) Weitgehende Bindungswirkung	227
bb) Auflösende Bedingung	227
(1) Keine Befristung oder Rechtsbedingung	228
(2) Vertragliche Gestaltungsrechte nicht bedingungsfeindlich	228
cc) Kein pactum de non petendo	229
b) Zweistufiges Verfahren	229
aa) Vollstreckungsprozess	229
bb) Rückforderungsprozess	230
c) Parallelität	232
d) Verjährung	233
aa) § 195 BGB bei unwirksamen Schiedsgutachten	233
bb) § 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB bei Schiedsgutachten im engeren Sinn	233
cc) § 195 BGB bei Schiedsgutachten im weiteren Sinn	234
e) Präklusion des Rechtes auf Durchführung eines Adjudikations-Verfahrens	234
5. Verfahrensgarantien im Adjudikations-Verfahren	234
a) Faktische Bindungswirkung im Hauptsache-/Rückforderungsprozess	235
b) Vollstreckungsprozess	236
aa) Derogation	236
bb) Parteiwille	237
c) Einheitliche Qualifikation	238
dd) Vorläufiger Charakter	240
ee) Parallelität von Adjudikations-Verfahren und Hauptsacheprozess	241
ff) Schnelle Entscheidung versus Verfahrensgarantien	241
c) Zwischenergebnis	242
6. Allgemeine Geschäftsbedingungen	242
a) Eröffnung der AGB-Kontrolle	243
aa) Anwendungsbereich unter dem Blickwinkel der Verwendereigenschaft	243

(1) Adjudikator bringt Verfahrensordnung ein	243
(2) Ausschreibung	245
bb) Deklaratorische Regeln	245
cc) § 310 Abs. 4 S. 1 BGB	247
dd) § 310 Abs. 1 S. 3 BGB	249
(1) Norminhalt	249
(2) Abweichung von der VOB/B	250
(3) § 18 Abs. 3 VOB/B als sog. Öffnungsklausel	251
(a) Anerkannte Regel der Technik	251
(b) Öffnungsklausel	252
(aa) Konfliktbegleitend	253
(bb) Beidseitig bindend	253
(cc) Modifikation	253
(4) Regelungen eines Adjudikations-Verfahren privilegiert	254
ee) § 319 BGB lex specialis?	255
b) Kontrollmaßstab	256
aa) Kontrollmaßstab §§ 317 ff. BGB	256
(1) § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	256
(2) § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB	258
bb) § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	259
c) Schiedsgutachten nach dem »mittleren Standard« (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB) ..	260
aa) Einbezug des Schiedsgutachtens durch Rechtsgestaltung	260
bb) Gesetzliches Leitbild	261
(1) Abstrakte Risikogenchtigkeit führt nicht per se zu einem konkreten, unkalkulierbaren Risiko	261
(2) Kooperationsgebot als Leitbild im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	263
(3) Besonderes Interesse einer Schiedsgutachtenklausel in Bauver- trägen feststellbar	264
d) Bindungswirkung nach § 319 Abs. 2 BGB	265
aa) Gesetzliches Leitbild der Bindungswirkung im Schiedsgutachtenrecht	265
(1) Derogationsbefugnis	265
(2) Freies Belieben	266
(3) Grenzen der Regelungsbefugnis innerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen	267
bb) Uneingeschränkte Bindungswirkung	267
cc) Interessenkategorien	268
(1) Unmittelbar projektgefährdende Streitigkeiten	268
(a) Schnelle Entscheidung trotz Komplexität der Streitigkeit	268
(b) Besonderes Interesse im weiteren Sinn an einer schnellen Entscheidung	269
(c) Zeitliches Moment	269
(aa) Fertigstellung als Zäsur	269
(bb) Vor Fertigstellung	270
(I) Besonderes Interesse im weiteren Sinn vorläufig feststellbar	270
(II) Vorläufigkeit gilt auch für Sekundäransprüche	270
(cc) Nach Fertigstellung	271

Inhaltsverzeichnis

(d) Zwischenergebnis	271
(2) Mittelbar projektgefährdende Streitigkeiten	271
(3) Entscheidungen von geringer Komplexität	272
dd) Interessenabwägung	273
(1) Interessen des Verwenders	274
(2) Ersatzlösung	274
(a) Abkoppelung des Entscheidungsmaßstab des Adjudikators von der Bindungswirkung	274
(b) Ablehnungsverfahren	277
(3) Vorläufige Bindungswirkung	277
(4) Rechtsvergleichende Divergenzen	278
(5) Wesentlich gleich bleibende Lasten- und Rechtsverteilung	278
ce) Problem der vorläufigen Bindungswirkung	279
(1) Influenz der Adjudikations-Entscheidung auf Rückforderungsprozess?	279
(2) Endgültige Bindung durch Insolvenz?	279
(a) Insolvenzgefahr	279
(aa) Problem der Verschiebung des Insolvenzrisikos	279
(bb) Gesetzliches Leitbild	280
(I) Leitbild eines allgemeinen Leistungsverweigerungs- rechts?	280
(II) Reflex der weitgehenden Bindungswirkung	281
(b) Insolvenz und Anzeige der Masseunzulänglichkeit	282
(3) Fehlendes Verschulden nach auflösender Bedingung	283
(a) Beispiel Bauzeitverlängerung	283
(aa) Kondition der Bauzeitverlängerung	283
(bb) Pflichtverletzung	284
(I) Eigenes Verschulden	284
(II) Schiedsgutachter Erfüllungsgehilfe?	286
(b) Schutz durch § 160 Abs. 2 BGB?	287
(c) Regelungsbedarf innerhalb von AGB	287
(4) Beweisvereitelung am Beispiel angeordneter Mängelbeseitigung ...	288
e) Angemessene Entscheidungsfrist und Komplexität	289
aa) Entscheidungsfrist	289
(1) Entscheidungsfrist für wenig komplexe Streitigkeiten	289
(2) Konfliktspezifische Entscheidungsfrist	290
(a) Konfliktklassifizierung	290
(b) Fristen	290
(3) Hilfspersonen	291
bb) Komplexität	291
(1) Jederzeitige Verfahrenseinleitung notwendig	291
(2) Streitanzeige als Mechanismus der Konflikteindämmung	293
(a) Streitanzeige	293
(b) Vertragsstrafe als Sanktion für unterlassene Streitanzeige	294
(aa) Gesetzliches Leitbild	294
(bb) Ausgestaltung der Vertragsstrafe	296
(cc) Formulierungsbeispiel	297
(dd) Bewertung	297
(3) Trennung von Verfahren	298

(4) Stand-by Adjudikation	298
cc) Wideranträge/Zurückbehaltungsrechte im engeren Sinn	298
(1) Identität	298
(2) Synallagmatisch eng miteinander verbundene Forderungen	298
(a) Verrechnung	298
(b) Restriktive Auslegung	299
(c) AGB-Konformität	299
dd) Vakanz des Adjudikators	300
f) Schiedsgutachter	300
aa) Fachliche Anforderungen	300
bb) Unabhängigkeit	301
(1) Neutraler Schiedsgutachter	301
(2) Weniger strenger Maßstab als in den gesetzlichen Ablehnungs- fällen	302
(3) Einfluss des primären und sekundären Zwecks des Adjudikations- Verfahrens	303
(4) Absicherung im Schiedsgutachtervertrag	304
(5) Präklusionsregelung	304
cc) Benennung des Schiedsgutachters	305
(1) § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	305
(2) Unangemessene Benachteiligung	305
(a) Rechtsprechung	305
(b) Wertungen des Schiedsgerichtsrechts nicht übertragbar	306
(c) Einseitige Benennung möglich	308
(3) Ersatzbenennung durch neutralen Dritten/Institution	309
dd) Bestellung	310
ee) Ablehnungsverfahren	310
(1) Erforderlichkeit	311
(2) Zeitliches Moment	311
ff) Hilfspersonen	312
g) Ausschluss richterlicher Erstbestimmung	313
aa) Ersatzbestimmung nicht für vorläufig bindendes Schiedsgutachten maßgeblich	313
bb) Ersatzbestimmung durch neuen Adjudikator	314
h) Rechtsschutzgarantien	316
aa) Gesetzliches Leitbild	316
bb) Rechtliches Gehör	316
(1) Aushöhlungsverbot, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB	316
(a) Primäres Ziel des Adjudikations-Verfahrens	316
(aa) Schnelle Entscheidung	316
(bb) Einschränkung von Verfahrensgarantien AGB-rechtlich geboten	317
(b) Sekundäres Ziel des Adjudikations-Verfahrens	318
(aa) Vermeidung eines Rückforderungsprozesses	318
(bb) Schwere Verstöße gegen rechtliches Gehör unzulässig	318
(2) Konkrete Anforderungen	319
(a) § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	319
(b) Ausgestaltung	319
(aa) Einfluss auf Ergebnis erforderlich	319

	(bb) Informationspflichten durch Streitanzeige	320
	(cc) Antrag und Erwidern	320
	(dd) Begründungspflicht der Entscheidung	321
	(ce) Überraschungsentscheidungen	322
cc)	Waffengleichheit	322
	(1) Ambushing	322
	(2) § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	323
	(3) Regelungsoptionen	324
	(a) Ausweitung der Fristen	324
	(b) Streitanzeige	324
	(aa) Präklusion im Adjudikations-Verfahren	325
	(bb) Präklusion des Anspruchs	325
	(cc) Schadensersatz/Vertragsstrafe	325
	(c) Begrenzung des Umfangs der Antragschrift	326
	(d) Schuldnerverzug?	326
dd)	Sachverhaltsermittlung durch Adjudikator	326
ee)	Begründung der Entscheidung	328
ff)	Vertretung	328
i)	Verfahrenskosten	328
j)	Befolgung der Entscheidung	329
	aa) Endgültige Bindungswirkung beschränkt auf Pflichtverletzung	330
	bb) Verzug bei Nichtbefolgung der Adjudikations-Entscheidung	331
	(1) § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	331
	(a) Vermeidung eines Vollstreckungsprozesses als besonderes Interesse?	331
	(b) Urkundenprozess	332
	(c) Außerhalb des Urkundenprozesses	333
	(2) § 305 c Abs. 1 BGB	333
	(a) Inhalt der Ungewöhnlichkeit	334
	(b) Endgültiger Verzug ungewöhnlich?	335
cc)	Sonderkündigungsrecht	335
	(1) Schwere Gefährdung des Vertragszwecks, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	335
	(2) Sonderkündigungsrecht überraschende Klausel, § 305 c Abs. 1 BGB	336
	(a) Vollständige Überprüfbarkeit aber endgültige Folgen?	336
	(b) Druck zur Kooperation durch Beendigungsmöglichkeit der Kooperation?	337
	(c) Gleichklang von Adjudikations-Entscheidung und (Schieds-) Gerichtsurteil	338
dd)	Einstellung der Leistungen	338
ee)	Vertragsstrafe	339
ff)	Verzugsschaden und Vertragsstrafe kumulativ regelbar?	340
k)	Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung	340
l)	Verringerung der Komplexität von Streitigkeiten innerhalb von Gerichtsverfahren	342
	aa) Weitgehende Präklusionsregelung	342
	bb) AGB-Konformität	342
	(1) Zwingender Charakter	342
	(a) Zwingende Adjudikation	342

(b) Ausschluss anderer ADR-Verfahren	343
(2) Verkürzung der Verjährung	344
m) Widerspruchsfrist (Notice of Dissatisfaction)	345
n) Regelungen kumulativ AGB-konform (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB)	347
o) Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau/Alpha) als AGB-konformes Vertragsmuster	348
7. Gerichtliche Durchsetzung	348
a) Urkundenprozess für Rückforderungsprozess ausgeschlossen	349
b) Adjudikations-Entscheidung zulässiges Beweismittel	350
8. Verteidigung im Vollstreckungsprozess	351
a) Doppelte Rechtskontrolle	351
b) Streitigkeiten	352
c) Adjudikations-Entscheidung	352
aa) Zäsur der Fertigstellung	352
bb) Verfahrensfehler	352
cc) Andere Vereinbarung	353
dd) Beispiele einzelner Einwendungen	353
(1) Fehlerhafte Entscheidungen	353
(2) Adjudikator	353
(3) Fristüberschreitung	354
(4) Rechtliches Gehör	354
(5) Waffengleichheit	354
(6) Insolvenz	354
d) Einwendungen im Urkundenprozess weitgehend abgeschnitten	355
aa) Exogene Tatsachen weitgehend ausgeschlossen	355
(1) Schriftliches Gutachten aus selbständigen Beweisverfahren	355
(a) Gutachten kommt zu spät	355
(b) Gutachten unzulässiges Beweismittel	356
(2) Privatgutachten	356
(3) Privatschriftliche Zeugenerklärungen	357
(4) Gerichtlich protokollierte Zeugenaussagen	357
bb) Endogene Einwendungen zulässig	358
(1) Endogene Einwendungen	358
(2) Keine AGB-Kontrolle im Vorverfahren des Urkundenprozesses	358
(3) Urkundenprozess schneidiges Instrument zur Vollstreckung	359
9. Vorläufige Entscheidung im engeren Sinn (Pre-adjudication Referee)?	359
10. Einbezug Dritter: Subunternehmer und Planer	361
a) Parteiliche der Baubeteiligten	361
b) Regelungstendenzen jenseits des Einzelvertrages	363
c) Generalunternehmer/Subunternehmer	364
aa) Mängelsachverhalte	364
(1) Generalunternehmer	364
(2) Bauherr	364
bb) Weitere Konflikte	365
d) Bauherr/Generalunternehmer, Planer, Überwacher	365
e) Regelungsanforderungen an ein gemeinsames Verfahren	365
aa) Anfänglich gemeinsames Verfahren	365
bb) Nachträglich gemeinsames Verfahren	366
(1) Nebenintervenient	366

Inhaltsverzeichnis

(a) Grundsätzlicher vertraglicher Einbezug Dritter	366
(b) Geheimhaltungsinteressen	366
(c) Kein Benennungsrecht	367
(2) Streitverkündeter	368
cc) Entscheidung des Adjudikators	369
dd) Gemeinsames Adjudikations-Verfahren führt zu Verzögerungen	369
f) Parallele Verfahren als Alternative	371
g) Zwischenergebnis	372
11. Versicherungsrecht	372
a) Rechtsschutz, Ziff. 5 AHB (2008) GDV	372
aa) Freistellungsanspruch	373
(1) Rechtskräftiges Urteil, Ziff. 5.1 Abs. 2 S. 1, 2. Var. AHB (2007) ..	373
(a) Urteil im Vollstreckungsprozess eines staatlichen Gerichts	373
(b) Schiedsgerichtsurteil im Vollstreckungsprozess	373
(2) Aufgrund Gesetzes, Ziff. 5.1 Abs. 2 S. 1, 1. Var. AHB (2008)	373
bb) Rechtsschutz	373
cc) Obliegenheitsverletzung, §§ 25 f. AHB (2008)	374
(1) Adjudikations-Vereinbarung keine Obliegenheitsverletzung	374
(2) Obliegenheitsverletzung bei Nichtaufklärung des Auftraggebers über Adjudikations-Verfahren	374
(3) Obliegenheitsverletzung bei Nichtüberlassung der Adjudikations- Verfahrensführung	375
(4) Exkurs: Adjudikations-Vereinbarung keine Obliegenheits- verletzung für Werkunternehmer (Auftragnehmer)	375
dd) Kein Risikoausschluss wegen freiem Belieben des Adjudikators	375
b) Risikoänderung durch Adjudikations-Verfahren für den Versicherer	376
aa) Freistellungsanspruch und Rechtsschutz	376
bb) Einfluss des Adjudikations-Verfahrens auf den Regressprozess des Versicherers	377
(1) Mehrparteien-Adjudikation	377
(a) Gesamtschuldnerische Haftung	377
(b) Streitverkündung und Nebenintervention nicht möglich	377
(2) Lösung für den Versicherer	377
c) Adjudikator-Versicherung als neues Versicherungsprodukt	378
d) Schiedsgutachten im Versicherungswesen weitgehend etabliert	380
II. Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B	380
1. Regelung	380
2. Rechtsnatur des Verfahrens	381
a) Meinungsstand	381
b) Leistungsbestimmung	383
aa) Parteiwille	383
(1) Bescheid der vorgesetzten Stelle	384
(a) Wortlaut	384
(b) Systematische Auslegung	384
(c) Sinn und Zweck	385
(2) Pflicht zur Bescheidung	386
bb) Rechtsdogmatische Einordnung	387
(1) Materielles Prozessrecht	387
(2) § 315 BGB	389

	(a) Leistungsbestimmung durch Partei	389
	(b) Modifikation durch materielle Ausschlussfrist	390
	(c) Einseitig	391
	(d) Zwischenergebnis	391
	(3) Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten	392
	(4) §§ 1 Abs. 3 und Abs. 4 S. 1 VOB/B	392
3.	Praktische Konsequenzen der dogmatischen Einordnung	393
	a) Anwendungsbereich	393
	aa) Persönlich	393
	(1) Öffentlicher Auftraggeber	393
	(a) Weite Auslegung	393
	(b) Enge Auslegung	394
	(2) Privater Auftraggeber	395
	bb) Sachlich	395
	cc) Meinungsverschiedenheiten	396
	b) Einseitig mandatorisch/fakultativ	397
	c) Antrag	398
	d) Verfahrensgarantien	399
	e) Entscheidung	400
	aa) Schriftliche Begründung	400
	bb) Inhalt	401
	cc) Entscheidungsfrist	402
	dd) Schadensersatzanspruch	403
	f) Bindungswirkung	403
	g) Richterliche Bestimmung	405
	h) Gerichtliche Durchsetzung	406
	aa) Gegen den Auftraggeber	406
	bb) Gegen den Auftragnehmer	406
	i) Rückforderung durch den Auftragnehmer	407
	aa) Einspruch fristgerecht eingelegt	407
	bb) Einspruch verspätet oder nicht eingelegt	408
	j) Stillhalteabkommen	408
4.	Risikobewertung des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 VOB/B	409
	a) Einseitigkeit	409
	b) Haftungsrisiken für den Auftraggeber	409
	c) Haftungsminimierung durch Delegation	410
	d) Beratungspraxis	411
	aa) Auftraggeber	411
	bb) Auftragnehmer	411
5.	Zwischenergebnis	411
III.	Systematisches Baukonfliktmanagement	412
	1. Grundlagen des Verfahrensdesigns	412
	2. Entscheidungskaskade zur Lösung von Baustreitigkeiten?	413
	3. Clearing-Instanz	414
	a) Definition	414
	b) Clearing für Baukonflikte vor Vertragsschluss nicht erforderlich	414
	aa) Clearing-Instanz als Schiedsgutachter für die Verfahrenswahl	414
	bb) Kein Rahmenkonfliktmanagement im Bauwesen erforderlich	414
	(1) Verhandlungen	415

Inhaltsverzeichnis

	(2) Mediation	415
	(3) Schlichtung	415
	(4) Adjudikation/(Schieds-) Gericht	416
4.	Mediation-Adjudikation (MedAdj)	416
	a) Influenz auf konsensuale Verfahren	416
	b) Verhandlungen	417
	c) Mediation	417
	aa) Schwierigkeiten der Mediation in Bausachen	417
	bb) Änderung der Rahmenbedingungen durch Adjudikations-Klausel	418
	cc) Influenz von Adjudikation auf Mediation	419
5.	Clearing für Baukonflikte nach Vertragsschluss im konkreten Konfliktfall	419
IV.	Gesetzliche Adjudikation	420
1.	Justizgewährleistung in Baustreitigkeiten	420
	a) Realität des Bauprozesses	420
	b) Effektiver Rechtsschutz in Bausachen de lege lata nicht gewährleistet	421
2.	Gesetzliche Adjudication in England	422
3.	Rechtsstaatsprinzip	423
	a) Adjudikation keine Rechtsprechung, Art. 92 GG	423
	b) Justizgewährleistungsanspruch	424
	aa) Kein verfassungsrechtliches Verbot gesetzlicher, außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren	424
	bb) Erschwerung des Zugangs zur Gerichtsbarkeit	425
	cc) Vorwegnahme der Hauptsache	426
	(1) Verlust von Primär- und Sekundäransprüchen im Adjudikations- Verfahren	426
	(2) Verfassungsrechtliche Einordnung des Problems vollendeter Tatsachen	426
	(a) Effektivität des Rechtsschutzes	426
	(b) Materielles Prozessrecht unterliegt nicht den Justizgrund- rechten	427
	(c) Effektiver Rechtsschutz nicht schrankenlos	428
	(d) Kein verfassungsrechtliches Verbot summarischer Rechts- prüfung	429
	(3) Zwischenergebnis	431
	dd) Weitere Gerichtsverfahrensgarantien	431
4.	Verhältnismäßigkeit	432
5.	Resümee	434
C.	Kommentierung der Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau/DBGT)	435
I.	Einführung	435
	1. Entstehung der AO-Bau/DBGT	435
	2. Rechtsnatur der AO-Bau/DBGT:	435
	3. Verfahrensablauf	436
	a) Einleitung des Verfahrens	436
	b) Antrag und Erwidern	437
	c) Sachverhaltsermittlung und Entscheidung	438
	d) Abschlussverfahren	438

e) Verhältnis zum Gerichts- und zum Mediations-Verfahren	439
II. Bezugsklausel	440
1. Allgemeines	440
2. aus und in Zusammenhang mit diesem Vertrag	441
3. Alt. 1	441
4. Alt. 2	442
III. Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau/DBGT)	442
1. § 1 Anwendungsbereich	446
2. § 2 Adjudikator	449
3. § 3 Einleitung	454
4. § 4 Dauer des Verfahrens	459
5. § 5 Schriftsätze und Fristen	461
6. § 6 Verfahrensgrundsätze	463
7. § 7 Befangenheit und Verhinderung	468
8. § 8 Antragerweiterung, -änderung, -rücknahme	471
9. § 9 Widerantrag, Aufrechnung	473
10. § 10 Entscheidung	476
11. § 11 Sicherheitsleistung	478
12. § 12 Wirkung der Entscheidung	480
13. § 13 Abschlussverfahren	484
14. § 14 Verjährungshemmung	486
15. § 15 Kosten	486
IV. Mehrparteienverfahren	489
1. Einführung	489
2. § 16 – Mehrparteienverfahren	490
3. Kommentierung	492
a) Nr. 1 Anwendungsbereich	492
b) Nr. 2. Streitgenossenschaft	494
c) Nr. 3. Nebenintervention	495
d) Nr. 4. Streitverkündung	499
V. Schärfere Bindungswirkung	502
1. Problem	502
2. Notwendige Anpassungen der Regelungen der AO-Bau/DBGT	503
3. Kommentierung	504
a) § 6 Verfahrensgrundsätze	504
b) § 7 Befangenheit und Verhinderung	504
c) § 12 Wirkung der Entscheidung	505
4. Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten (AO-Bau/Alpha) von Lembcke/Sundermeier	507
D. Kommentierung der Streitlösungsordnung für das Bauwesen (SL-Bau) der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V. (DGfBR) und des Deutschen Beton- und Bautechnik-Vereins e.V. (DBV)	517
I. Einführung	517
II. Präambel	517
III. Abschnitt I: Allgemeine Bestimmungen	519
1. § 1 Anwendungsbereich	519

Inhaltsverzeichnis

2.	§ 2 Allgemeine Grundsätze	520
3.	§ 3 Termine und Fristen	523
4.	§ 4 Schriftverkehr	523
5.	§ 5 Gütliche Einigung	524
6.	§ 6 Ablehnung des Streitlösers und Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung	525
7.	§ 7 Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges bzw. Schiedsgerichtsverfahrens	527
8.	§ 8 Vergütung und Auslagen	528
9.	§ 9 Kosten und Vorschuss	528
10.	§ 10 Haftung des Streitlösers	529
IV.	Abschnitt II: Mediation	530
1.	§ 11 Mediatorenvertrag	530
2.	§ 12 Verfahren der Mediation	531
3.	§ 13 Verfahrensbeendigung	532
4.	§ 14 Verjährung	532
V.	Abschnitt III: Schlichtung	533
1.	§ 15 Schlichtervertrag	533
2.	§ 16 Rechte und Pflichten des Schlichters	533
3.	§ 17 Einleitung und Durchführung des Schlichtungsverfahrens	534
4.	§ 18 Schlichterspruch	536
5.	§ 19 Verfahrensbeendigung	538
6.	§ 20 Verjährung	538
7.	§ 21 Schiedsgutachten	538
VI.	Abschnitt IV: Adjudikation	539
1.	§ 22 Adjudikationsvereinbarung und Bestellung des Adjudikators	539
2.	§ 23 Einleitung des Adjudikationsverfahrens	545
3.	§ 24 Rechte und Pflichten des Adjudikators	547
4.	§ 25 Adjudikationsentscheidung	552
5.	§ 26 Wirkungen der Adjudikationsentscheidung	556
6.	§ 27 Beendigung des Adjudikationsverfahrens	560
7.	§ 28 Bestandskraft der Entscheidung	561
8.	§ 29 Verjährung	562
VII.	Abschnitt V: Schiedsgerichtsverfahren	562
E.	Schiedsgutachtenordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS-SchGO)	563
I.	Einführung	563
II.	Kommentierung	565
	§ 1 Anwendungsbereich	565
	§ 2 Einleitung und Beginn des Verfahrens, Antragsbegründung	566
	§ 3 Schiedsgutachtensverfahren mit mehr als zwei Parteien	568
	§ 4 Anzahl der Schiedsgutachter	569
	§ 5 Anforderungen an die Schiedsgutachter	569
	§ 6 Benennung und Bestellung der Schiedsgutachter	570
	§ 7 Ablehnung eines Schiedsgutachters	575
	§ 8 Verhinderung eines Schiedsgutachters	576
	§ 9 Antragsrwiderrung	578
	§ 10 Weitere Schriftsätze	579
	§ 11 Vortrag der Parteien, Korrespondenz	580

§ 12	Einhaltung von Fristen	582
§ 13	Unterlagen, Sachverständigengutachten	583
§ 14	Mündliche Verhandlung	584
§ 15	Sonstige Verfahrensgestaltung	587
§ 16	Gleichbehandlung, Rechtliches Gehör	588
§ 17	Entscheidungen	588
§ 18	Berichtigung und Interpretation einer Entscheidung	593
§ 19	Anwendbares Recht	594
§ 20	Vorläufige Anordnungen	595
§ 21	Gegenansprüche, Teilentscheidungen	598
§ 22	Bindungswirkung	599
§ 23	Nichtanerkennungserklärung	603
§ 24	Zinsen	606
§ 25	Befristeter Klageverzicht	607
§ 26	Beendigung des Verfahrens	608
§ 27	Verjährung	609
§ 28	Vertraulichkeit	610
§ 29	Haftungsausschluss	611
§ 30	Kosten	612
Literaturverzeichnis		615
Stichwortverzeichnis		663