

Zur Vereinbarkeit von Adjudikation und Mediation



Der Autor
Rechtsanwalt,
Dr. Peter Hammacher,
Mediator (BM), Schieds-
richter, Heidelberg

Vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag setzt sich der Beitrag mit der Vereinbarkeit von Mediation und Adjudikation auseinander.

INHALT

1. Erst Mediationsversuch, dann Adjudikation?
2. Wahl zwischen Adjudikation und Mediation?
3. Adjudikation und Mediation in parallelen Verfahren?
4. Adjudikation und Mediation hintereinander?
5. Adjudikation und Mediation in demselben Verfahren?
6. Fazit

Für Deutschland noch relativ neu¹ ist der Vorschlag zur verbindlichen Einführung eines Adjudikationsverfahrens nach englischem Vorbild für Bauprojekte, an denen Verbraucher nicht beteiligt sind²: In welchem Verhältnis steht das Verfahren zur Mediation am Bau?

Das Adjudikationsverfahren war in Großbritannien außerordentlich erfolgreich. Es gibt bereits mehrere Vorschläge für Adjudikations-Ordnungen³. Im Wesentlichen funktioniert das Verfahren so:

Die Parteien einigen sich – möglichst bereits vorab – auf einen Schiedsgutachter, einen Adjudikator. Dieser hat innerhalb kurzer Fristen (hier gibt es unterschiedliche Vorstellungen) die Streitpunkte mit den Parteien aufzuarbeiten und ggf. zu entscheiden. Sein Spruch ist zunächst verbindlich und zu befolgen. Den Parteien ist es aber unbenommen, die Folgen dieser Entscheidung in einem späteren Rechtsstreit einzuklagen.

Als Adjudikator kommt in erster Linie ein Bautechniker in Frage, der die bau-

lichen Fragen einzuordnen weiß, aber auch über baurechtliche Kenntnisse verfügt. Möglich ist auch umgekehrt ein Baurechtler mit bautechnischer Erfahrung.⁴

Es wird Wert darauf gelegt, dass der Adjudikator neben technischem, baubetrieblichem und rechtlichem Wissen auch über »soft skills« verfügt, zu denen auch Kenntnisse in der Mediation zählen.⁵

Die Vorteile der Adjudikation liegen auf der Hand:

1. Gelingt es, eine Persönlichkeit als Adjudikator zu gewinnen, die aufgrund ihrer hohen fachlichen und sozialen Kompetenz das Vertrauen beider Seiten genießt, ist die Akzeptanz ihres Schiedsspruchs sehr hoch.

2. Es gibt eine – wenn ggf. auch nur vorläufige – Entscheidung, die klare Verhältnisse schafft und das im Idealfall sehr schnell. Insbesondere wenn es sich um eine Entscheidung während eines laufenden Bauprojektes handelt, kann das den Konfliktparteien schon ausreichen. Oft genügt es ihnen, wenn sie wissen, wie sie weitermachen sollen.

3. Die Adjudikation entscheidet nicht nach Kriterien der Macht, sondern der Vernunft. Sie findet nach transparenten Regeln statt und sichert so die formale Gerechtigkeit. Der Rechtsweg gegen die Entscheidung ist nicht ausgeschlossen.

Was sich nicht ändert: Ebenso wie bei den staatlichen Gerichten und in der Schiedsgerichtsbarkeit bleibt es die wich-

tigste Aufgabe des Adjudikators, eine Entscheidung zu fällen. Es wird ihm das Recht eingeräumt, die Streitparteien zu einem Dulden oder Handeln zu verurteilen. Eine nachhaltige Befriedung der Konfliktparteien oder gar eine Stärkung des Vertrauens und der Kooperation der Baubeteiligten untereinander durch Aufklärung, Transparenz und Kommunikation steht auch hier nicht im Vordergrund des Verfahrens.

1. Erst Mediationsversuch, dann Adjudikation?

Wäre es nicht sinnvoll, grundsätzlich erst ein Mediationsverfahren anzustreben, bevor man in eine streitige Auseinandersetzung geht? Dem Mediationsverfahren liegt das Bild aufgeklärter, selbstverantwortlicher und selbstbestimmter Menschen zu Grunde, die nur temporär nicht in der Lage sind, ihre Verhältnisse selbst zu ordnen. Der Mediator hilft ihnen dabei, diesem Idealbild wieder näherzukommen. Gerne möchte man mit dieser Haltung allen Baubeteiligten helfen, ihre Konflikte nachhaltig zu lösen. Es sollte doch möglich sein, Probleme gemeinsam zu identifizieren und nach technisch und wirtschaftlich vernünftigen Lösungen zu suchen.

Die Realität lässt leider nicht immer die dafür erforderlichen Freiräume⁶. Ausgeschöpfte Budgets, gravierende Machtungleichgewichte, vor allem aber die immer zu kurz bemessene Planungs- und Bauzeit setzen einer Konfliktbearbeitung, die diesen Namen verdient, extrem enge Grenzen. Interne Restriktionen in den Unternehmen/Organisationen engen den Handlungsspielraum der Vertreter in einer Mediation weiter ein. Es macht deshalb keinen Sinn, Mediation als Grundstufe der Konfliktbearbeitung in Baustreitigkeiten vorzuschreiben⁷, so gerne wir das als Mediatoren auch sehen würden.

1 Lembcke, MedAdj-Mediation in Baustreitigkeiten durch Adjudikation?, ZKM 2009, 122

2 Empfehlungen Deutscher Baugerichtstag 2009, 2010 www.baugerichtstag.de

3 Streitlösungsordnung für das Bauwesen – SL Bau – Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V. und Beton- und Bautechnik-Verein e.V.; – 2010; AO-Bau, Deutscher Baugerichtstag e.V. 2010; demnächst: Verfahrensordnung für (projektbegleitende) Adjudikation (DIS-AVO) und (vorläufig bindende) Schiedsgutachtensordnung (DIS-SchGO) der DIS Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit

4 Der Deutsche Baugerichtstag hat sich in seinem Unterarbeitskreis UK3 über die Voraussetzungen an die Qualifikation von Adjudikatoren intensive Gedanken gemacht. Der Adjudikator soll über eine Meister- oder Ingenieurausbildung, oder 2. jur. Staatsexamen verfügen und 10 Jahre praktische Berufserfahrung in der Bauabwicklung haben. Es wird eine Zusatzausbildung zum Adjudikator im Umfang von ca. 240 Stunden für erforderlich gehalten, die mit komplexerem Fachwissen mit inverser Auswahl, Ordnungen, Verfahren und Verhalten, Soft Skills, IT-Skills, Simulation von Praxisfällen im Adjudikationsverfahren. Die Ausbildung soll durch Hochschulen erfolgen. Ähnliche Qualifikationskriterien hat FIDIC für die Adjudikatoren im internationalen Anlagenbau aufgestellt.

5 Empfehlungen des UAK 3 Deutscher Baugerichtstag

6 Ulrich/Vogt, Mediation in der Praxis II, DS 2009, 263, 266

7 Englert/Schalk, Mediation, BauR 2009, 874

Das schließt natürlich nicht aus, dass die Baubeteiligten nicht dennoch zu Beginn von Bauprojekten auf diesen Weg erständigen, oder auch später, wenn die Konflikte auftreten. Eine Typologisierung von Baustreitigkeiten, für die Mediation geeignet ist und für welche nicht, lässt sich nicht allgemeingültig bestimmen. Es mag einiges dafür sprechen, Konflikte zwischen Baubeteiligten, die persönlich getroffen sind, für eher geeignet zu halten, z. B. zwischen privatem Bauherr und Handwerker, Bauträger und Käufer, Handwerkern untereinander, Inhabern von Ingenieurbüros etc. Doch wäre dies zu kurz gegriffen, denn auch zwischen Unternehmen und Organisationen ist z. B. die Wirtschaftsmediation erfolgreich. Wichtig für die Beurteilung scheint mir die Frage zu sein, ob die Interessen der Baubeteiligten in der Mediation durch weitgehend autonom handelnde, verantwortliche Personen vertreten werden können. Der Vertreter eines Amtes tut sich erfahrungsgemäß schwerer, ergebnisoffene Verhandlungen zu führen, als der Inhaber eines Handwerksbetriebes.

Wahl zwischen Adjudikation und Mediation?

Wenn also die Mediation nicht grundsätzlich als Eingangsstufe für die außergerichtliche Streitbeilegung anzusehen ist, kommt es darauf an, das richtige Verfahren unter einer Vielzahl von sog. ADR-Verfahren auszuwählen⁸.

Es ist ja nicht so, dass Baubeteiligte sich keine Gedanken darüber machen würden, warum ein Projekt plötzlich in die Schieflage gerät und wie man aus dem Schlamm wieder herauskommt. Die starke Verrechtlichung des Bauwesens führt aber dazu, dass sich jeder so verhält, dass er möglichst wenig angreifbar wird. Mit Hilfe des Dritten lassen sich die Hürden öffnen, leichter gemeinsam Analysen durchführen und Alternativen entwickeln.

Im Rahmen der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) wurde deshalb ein »Konflikt-Klärungsverfahren« entwickelt, das es Streitparteien ermöglichen soll, mit Hilfe eines neutralen Dritten herauszuarbeiten, worüber eigentlich geritten wird und mit welchen geeigneten Mitteln Aufklärung und Streitbeilegung betrieben werden soll⁹. Dieses Verfahren

ist nicht primär für Baustreitigkeiten gedacht, wäre aber auch dort ohne Weiteres einsetzbar und sinnvoll.

Das Konflikt-Klärungsverfahren stellt im Grunde eine Kurzmediation dar mit definiertem Auftrag. Es lässt sich prognostizieren, dass bereits die Durchführung dieses Konflikt-Klärungsverfahrens Streitigkeiten beenden wird, bevor der nächste Schritt der Konfliktlösung überhaupt gegangen wird.¹⁰

3. Adjudikation und Mediation in parallelen Verfahren?

Zum jetzigen Diskussionsstand sieht die Adjudikations-Ordnung des Baugerichtstages für Baustreitigkeiten in § 1 Nr. 2 Abs. 3, S. 4 vor, dass auf Vorschlag des Adjudikators oder einer Partei ein Mediationsverfahren angestrengt werden kann, wenn beide Parteien diesem zustimmen. Eine solche Klausel wäre nicht zwingend notwendig, denn die Parteien sind selbstverständlich jederzeit frei, ein anderes Verfahren zu bestimmen. So können sie auch bestimmen, ob das Adjudikationsverfahren als beendet gelten soll oder ob es ganz oder nur für einen Teil für die Dauer der Mediation ausgesetzt wird. Die entsprechenden Vereinbarungen müssen transparent und sorgfältig formuliert werden, denn ein Wechsel des Verfahrens könnte sich auf die Hemmung der Verjährung auswirken (§ 204 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 11 BGB).

Die Mediations-Klausel in der Adjudikations-Verfahrensordnung ist aber nicht überflüssig. Sie führt den Parteien gerade in der Krise deutlich vor Augen, dass sie jederzeit die Möglichkeit haben, wieder zu strukturierten Verhandlungen zurückzuführen, statt sich der Entscheidung eines Dritten auszuliefern.

Die Mediation ist bei Bauprojekten zu unterschiedlichen Zeitpunkten einsetzbar:

in der Planungsphase, wenn die Parteien kontroverse Ideen über das Projekt unter Berücksichtigung der Interessen Dritter (Nachbarn, Anlieger, Naturschutz etc.) in ein tragfähiges Konzept einarbeiten müssen,

während der Auftragsabwicklung, wenn Kommunikations- und Abstimmungsprobleme, aber auch Meinungsverschiedenheiten über den Liefer- und Leistungsumfang, die Rechte und Pflichten der Beteiligten auftreten, die das Projekt zu behindern drohen, oder

wenn der Konflikt sich bereits negativ auswirkt und die Parteien eine vorübergehende oder eine endgültige Lösung erarbeiten möchten.

Dementsprechend lässt sich die Mediation auch sehr gut in andere Verfahren integrieren:

- Aussetzen eines kontradiktorischen Verfahrens, damit die Parteien mit Unterstützung eines Mediators wieder lösungsorientiert verhandeln können;
- Ausklammern eines Teils des Streitstoffs und Übertragen zur Mediation zur vertieften Klärung und ggf. Aufarbeitung von Fragen, die in einem streitigen Verfahren, das sich an Anspruchsgrundlagen orientiert und im Wesentlichen dazu dient, verbindlich »Schuld zuzuweisen«, keine Rolle spielen.

Aber auch umgekehrt lassen sich in ein zunächst angestregtes Mediationsverfahren Elemente anderer Verfahren einbeziehen, ohne dass das Mediationsverfahren hierzu beendet werden muss:

Wenn die Parteien während eines Mediationsverfahrens beschließen, einen Sachverständigen hinzuzuziehen, kann dies eine hilfreiche Förderung des Lösungsprozesses darstellen.

Adjudikation und Mediation sind sehr gut miteinander zu verbinden, wenn denn die Parteien und vor allem deren Rechtsanwälte, bereit sind, dies in Erwägung zu ziehen.¹¹

4. Adjudikation und Mediation hintereinander?

Die Verfahrensordnungen schließen nicht aus, dass der Mediator einen Funktionswechsel vornehmen darf, um den Parteien als Adjudikator zu dienen. Umgekehrt ebenso wenig.

Wenn die Parteien trotz des Mediationsverfahrens nicht zu einer Verhandlungslösung kommen, können sie selbst entscheiden, auf welchem Wege sie den Konflikt beenden möchten, z.B. durch Übertragen einzelner oder aller Sachentscheidungen auf einen Schiedsgutachter. Sie können das Mediationsverfahren insgesamt beenden oder möglicherweise getroffene Einigungen in Einzelfragen festhalten.

Sie können es für sinnvoll halten, ein Adjudikations- oder ein Schiedsverfahren einzuleiten. Oder die Parteien bitten, die

⁸ Hammacher in Hammacher/Erzikeit/Sage, a.O., S. 30 ff.

⁹ Mit der Veröffentlichung der Konfliktmanagement-Verfahrensordnung (DIS-KMO) ist zunächst zu rechnen www.dis-arb.de

¹⁰ Stubbe, Konfliktmanagement-bedarfsgerichtete Streitbeilegungsinstrumente, SchiedsVZ 2009,321

¹¹ Jost/Neumann, Etablierung der Mediation durch die Anwaltschaft!, ZKM 2009,164; Hammacher, Rechtsanwälte: Widerstand gegen Mediation abbauen, SchiedsVZ 2008,30

Mediatoren, die jetzt über ein gutes Wissen über den Konflikt verfügen, für sie eine vorläufig verbindliche Entscheidung zu fällen – als Adjudikator, Schlichter oder Schiedsrichter («MedArb») – nach zuvor von ihnen aufgestellten Kriterien oder Rahmenbedingungen.

Klarer wäre es, wenn die Verfahren exakt voneinander abgetrennt würden, auch personell. Die ADR-Verfahren sollen aber die Parteien entlasten. Wenn sie jetzt statt eines ordentlichen Gerichtsverfahrens, mehrere außergerichtliche Verfahren mit unterschiedlichen »Dritten« führen sollen, die sie jedes Mal aufs Neue in den Konfliktstoff einführen müssen, wird dieses Ziel kaum erreicht werden können. Hat der Adjudikator deshalb zugleich auch die Kompetenz eines Mediators und umgekehrt, sollte dies kein Problem darstellen.

Es versteht sich von selbst, dass dieser Verfahrenswechsel von den Parteien vereinbart werden muss. Der Mediator bzw. der Adjudikator sollte auch deutlich machen, wie sich dieser Rollenwechsel für die Parteien auswirkt. Ist bereits zu Beginn ein solcher Funktionswechsel wahrscheinlich, sollte dieses Thema auch schon zu Beginn des Verfahrens erörtert werden. Es können bei einem solchen Funktionswechsel ähnliche Fragen auftauchen, wie wir sie aus anderen hybriden Verfahren kennen, z.B. bei dem Übergang aus der Mediation in das Schiedsverfahren («MedArb»). Während in der Mediation Einzelgespräche, »Shuttle-Mediation« ein sinnvoller, manchmal sogar der einzig mögliche Weg sein kann, ist diese Intervention im streitigen Verfahren kaum vorstellbar. Beim Übergang könnten die Parteien Zweifel an der Überparteilichkeit des Dritten bekommen, wenn zuvor zwischen den Parteien vertrauliche Gespräche geführt wurden. Es kann auch schwerfallen, Informationen, die man in einem vertraulichen Gespräch erhalten hat, bei der Festlegung des streitentscheidenden Sachverhaltes auszuklammern. M. E. scheidet deshalb bei für möglich gehaltenen Verfahrenswechseln die Methode des Einzelgesprächs aus.

5. Adjudikation und Mediation in demselben Verfahren?

In Mediationsverfahren hat man gute Erfahrungen mit der Co-Mediation aus Persönlichkeiten mit unterschiedlichem Hintergrund gemacht: Ingenieur/Jurist; Frau/Mann. Ein Gespann Adjudikator/Media-

tor passt aber nicht in diese Reihe. Die Grundentscheidung für Adjudikation oder für Mediation bestimmt den Ablauf. Beide Verfahren lassen sich nicht zugleich durchführen. Deshalb wird auch diese Rollenverteilung nicht funktionieren.

Das spricht aber keineswegs gegen Doppelbesetzungen. Auch im Adjudikationsverfahren können mehrere Personen bestimmt werden, sodass die Adjudikatoren mit verteilten Schwerpunkten den Parteien die Aufmerksamkeit zukommen lassen können, die sie benötigen, um ihre Anliegen vorzutragen. Das Idealteam bündelt die eigenen Kräfte: So wie ein bautechnischer Fachmann für die Unterstützung durch einen Bauingenieur dankbar sein kann, mag es den Parteien zu Gute kommen, wenn der brillante Analytiker einen kommunikationsstarken Partner erhält, der den Parteien hilft, ihre Anliegen so zu artikulieren, dass sie von den anderen Baubeteiligten verstanden werden.

Zweier-Teams haben gegenüber dem klassischen Dreigestirn in Schiedsverfahren, bei denen je eine Partei einen Schiedsrichter bestimmt und sich diese beiden ihren Vorsitzenden suchen, auch den Vorteil, dass beide Adjudikatoren von beiden Parteien bestimmt werden sollen, also im Idealfall auch das Vertrauen von beiden haben, während beim Dreier-Schiedsgericht latent immer der Verdacht mitschwingt, der von einer Partei Bestimmte unterhalte ein besonderes Verhältnis zu dieser Partei (was die Schiedsrichter natürlich stets zurückweisen).

Ist nur ein Adjudikator zu bestellen, werden die Parteien bei der Auswahl zu berücksichtigen haben, ob er auch über die notwendigen Soft Skills verfügt: Seine Entscheidung ist eine vorläufige. Sie muss so klug hergeleitet sein, dass die Parteien jedenfalls vorläufig mit ihr leben können, sonst ist der nächste Streit vorprogrammiert. Eine profunde Mediations-Ausbildung und die Anwendung mediativer Elemente in den Verhandlungen werden es ihm leichter machen.

6. Fazit

Kontradiktorische und konsensuale Streitbeilegung stehen nicht wirklich in Konkurrenz. Alles, was die Parteien einer schnellen und befriedigenden Lösung näher bringt, ist gut. Das können bilaterale Verhandlungen sein, Beweisverfahren, Adjudikation, Schlichtung, Schiedsverfahren, Mediation – oder eben eine für den Einzelfall geeignete Kombination.

Die Parteien und ihre Berater sollten überlegen, was ihnen in ihrer konkreten Situation am aussichtsreichsten erscheint, um zu einer Lösung zu kommen. Sie sollten die Effektivität des Verfahrens berücksichtigen aber auch die Folgen der Verfahrenswahl für das Projekt und die künftigen Beziehungen der Parteien untereinander: Nachhaltigkeit am Bau beginnt bei den Menschen.

Kontakt Daten

Rechtsanwalt Dr. Peter Hammacher war zwanzig Jahre lang Leiter von Rechtsabteilungen national und international tätiger Unternehmensgruppen der Bau- und Investitionsgüterindustrie (Stahlbau, Anlagenbau, Kraftwerksbau, Brückenbau, Gebäudetechnik). Er ist jetzt vor allem in der Konfliktprävention als Berater, Mediator und Schiedsrichter tätig.
www.drhammacher.de;
www.mediation-planenundbauen.de

ABONNEMENT ZEITSCHRIFTEN – INFODIENSTE

- Sie möchten ein **Abonnement bestellen?**
- Sie haben Fragen zu Ihrem **bestehenden Abo?**
- Sie möchten Ihre **neue Adresse oder andere Änderungen durchgeben?**
- Sie möchten gerne ein **Probeheft zum Kennenlernen?**

Für Kunden:

Bitte halten Sie Ihre Kundennummer bereit. Sie finden die Nummer oben auf Ihrem Adressetikett.

Hier ist Ihr Kontakt:

Bundesanzeiger Verlag
Aboabteilung Zeitschriften
Postfach 10 05 34
50445 Köln

Ulrike Vermeer
Tel: 0221/97 668 229
Fax: 0221/97 668 288
E-Mail: vertrieb@bundesanzeiger.de
www.bundesanzeiger-verlag.de



**Bundesanzeiger
Verlag**