



TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
DARMSTADT

Institut für Baubetrieb

Fachbereich 13 • Bauingenieurwesen und Geodäsie

El-Lissitzky-Straße 1
64287 Darmstadt

Telefon: 0 61 51 / 16 - 30 42
Telefax: 0 61 51 / 16 - 66 93

E-Mail: sekretariat@baubetrieb.tu-darmstadt.de
Internet: <http://www.tu-darmstadt.de/fb/bi/baubetrieb>

Fortschritt-Berichte VDI

Reihe 4

Bauingenieurwesen

Nr. 194

Festschrift

anlässlich des 65. Geburtstages von

**Univ.-Prof. Dr.-Ing.
Eberhard Schubert**

Herausgegeben von
Univ.-Prof. Dr.-Ing. Christoph Motzko,
Institut für Baubetrieb
der Technischen Universität Darmstadt,
zusammengestellt von
Dipl.-Ing. Jörg Klingenberg

VDI Verlag

Dr.-Ing. Hans-Joachim Wolff und RA Ulrich Werwig, M.B.L.-HSG

**ALTERNATIVE STREITBEILEGUNG UND NEUE
VERTRAGSMODELLE IN DER BAUABWICKLUNG**

Dr.-Ing. Hans-Joachim Wolff, München, vormals Vorsitzender des Vorstandes der
WALTER BAU-AG vereinigt mit DYWIDAG, Augsburg
Ulrich Werwig, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt, Oberhaching bei München, Leiter des
Vorstandsbüros der WALTER BAU-AG vereinigt mit DYWIDAG, Augsburg

1 Einleitung

Die Bauwirtschaft erwartet von den sogenannten „neue Vertrags- und Kooperationsformen“¹ eine konstruktivere, zeitgemäßere und zwischen Bauherren und Unternehmer erfolgsorientiertere Zusammenarbeit und damit auch eine Minimierung des in der Bauabwicklung zunehmenden Streitpotentials. Die breite Diskussion hat diese Themen in unterschiedlicher Form aufgegriffen² und zum Teil mit eigenen Markenzeichen³ versehen. Die neue Vertrags- und Kooperationsformen bieten durch die mögliche Optimierung von Leistungen („Value Engineering“) für eine bessere Kooperation zahlreiche Ansatzpunkte. Das Prinzip der Transparenz der Kosten („Open Books“) soll im Weiteren bei Konflikten zur Lösung vorwiegend monetärer Streitpunkte beitragen.

Bereits früh hat Nicklisch mit Blick auf die Vielzahl und unterschiedlichen Interessen der Beteiligten und wegen der jeweils auch unterschiedlichen Leistungsbeziehungen den klassischen Bauvertrag als komplexen Langzeitvertrag⁴ bezeichnet. Die Beziehungen zwischen den Beteiligten sind hierbei höchst unterschiedlicher und nicht nur rechtlicher Natur⁵. So stehen Fachingenieure oder Nebenunternehmer in der Regel in keinem formalrechtlichen Verhältnis zum ausführenden Unternehmer. Gleichwohl sind diese Verhältnisse aber für die rechtliche Abwicklung der Leistungsbeziehungen zwischen Unternehmer und Bauherren mit bestimmend. In den klassischen Vertragsmodellen gilt dieser Umstand als eine Ursache für die Konflikthanfälligkeit. Aber auch die sogenannten neuen Vertrags- und Kooperationsformen sind trotz frühzeitiger

¹ aus den mittlerweile zahlreichen Veröffentlichungen sind zu nennen: Diederichs/Borg, Bspr. von Gralla, Garantierte Maximalpreis – GMP-Partnering Modell – Ein neuer und innovativer Ansatz für die Baupraxis, NZBau 2001, 618 ff.; Eschenbruch, Construction Management, 585 ff., 588 f.; Gralla, Neue Wettbewerbs- und Vertragsformen für die deutsche Bauwirtschaft, Dortmund 1999; Girmscheid, Auswege aus dem reinen Preiswettbewerb – Lösungsmansätze für marktorientierte Bauunternehmen, In: Mayrzedl/Fissenewert, Handbuch Bau-Betriebswirtschaft, Düsseldorf 2001, S. 3 ff.; Grünhoff, Die Konzeption des GMP-Vertrages – Mediation und Value Engineering, NZB 2000, 313 ff.; Kapellmann, Ein Construction Management Vertragsmodell, NZBau 2001, 592 ff.; Roland Berger & Partner GmbH – International Management Consultants München, Partnering in der Bauindustrie, November 2000; dies., Beziehungskrise überwinden – Partnering aus Auftraggebersicht in der deutschen Bauwirtschaft, München Januar 2003; dies., Erfolgsfaktoren der Bauindustrie – Europäische Studie, München Februar 2003; Rösser, Alternative Vertragsformen am Beispiel des „garantiertes maximum“-Preises, In: Mayrzedl/Fissenewert, Handbuch Bau-Betriebswirtschaft, S. 185 ff.

² vgl. Ebbinghaus, Neue Vertragsformen – Chancen und Risiken, Deutscher Bautechniktag 2001 in München.

³ z. B. „PreFair“ von Hochtief vgl. hierzu FAZ vom 31.01.2003 „Hochtief erprobt Kooperationen am Bau“ oder „Teamconcept“ von Strabag vgl. hierzu www.strabag.de.

⁴ Nicklisch, Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, BB 1979, 533 ff.; ders., Instrumente der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträgen, RIW 1978, 633 ff.; Nicklisch/Weick, VOB – Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B, Einl. Rdn. 1 ff., München 2001.

⁵ vgl. Nicklisch in Nicklisch/Weick a. a. O., Einl. §§ 4-13 Rdn. 124 ff.

gemeinsamer Planung sowie „Value Engineering“ und „Open Book“-Strategien und strafferer Projektorganisation im Kern nicht weniger konflikthanfällig. Die Zahl der Beteiligten und der damit verbundenen Interessen dürfte in der Praxis nicht wesentlich unter der bei traditionell abgewickelten Projekten liegen⁶. Abhängig ist dies letztlich von der Art und Größe des Vorhabens und den für die Realisierung durch die Vertragsbeziehungen zwischen den einzelnen Beteiligten zu bildenden Netzwerken⁷ der einzelnen Vertragsbeziehungen. Auch wenn in den neuen Vertragsmodellen die Kooperationsaspekte im Vertragsgeflecht stärker hervorgehoben werden, stehen Komplexität und Konflikthanfälligkeit in unmittelbarem Zusammenhang zum Projekt, der Projektart und Projektgröße, zu der Zahl der Beteiligten und der Dauer der Vertragsbeziehungen.

Als auf Kooperation und Konfliktlösung ausgerichtete Vertragsmodelle bedürfen die neue Vertrags- und Kooperationsformen gerade anderer primärer Konfliktlösungsstrategien, als dies bei den klassischen Streitverfahren vor staatlichen Gerichten oder in Schiedsgerichtsverfahren der Fall ist. Alternative Streitbeilegung mit dem integrierenden Element der Interessenorientierung neben der juristischen Beurteilung erscheint hierfür besonders geeignet.

Es soll hier der Versuch unternommen werden, in der Gegenüberstellung von Vertragsmodell und Methoden der Streitbeilegung einen Beitrag zur Verknüpfung von Vertragsmodell und Konfliktlösungsstrategie zu leisten. Es werden nachfolgend nach einem kurzen Blick auf die Grundstruktur des Bauvertrages nach VOB und HOAI zunächst die wesentlichen Formen neuer Vertragsmodelle mit dem wesentlichen Konfliktpotential im Überblick dargestellt und anschließend die Möglichkeiten zur Nutzung der Verfahren außergerichtlicher Streiterledigung mit Blick auf die Kooperations- und Konfliktlösungsfunktion dieser Vertragsmodelle erörtert.

⁶ In diesem Sinne auch Diederichs/Borg a. a. O., S. 620.

⁷ Nicklisch in Nicklisch/Weick a. a. O. Einl. §§ 4-13 Rdn. 126 ff.

2 Vertragsformen und Konfliktvermeidung

2.1 Grundstruktur des Bauvertrages nach VOB und HOAI

Die Eignung der klassischen Modelle des Einheits- und Pauschalpreisvertrages, der los- und gewerkweisen Vergabe von Leistungen und des Generalunternehmervertrages steht trotz der Hervorhebung der Kooperationspflicht durch die Rechtsprechung⁸ bei der Abwicklung von komplexen Bauaufgaben insbesondere bei Großprojekten im öffentlichen und privaten Bereich zunehmend in Frage. Diese Modelle sind in ihrer Grundstruktur sämtlich bestimmt von einer vorauslaufenden Projektierung und Planung des Vorhabens. Die Vertragsformen der VOB gehen nach §§ 5 und 9 VOB Teil A mit Ausnahme des Selbstkostenerstattungsvertrages von einer ausgeplanten Leistung aus. Die Einbindung des ausführenden Unternehmens erfolgt üblicherweise erst nach Vorlegen der Genehmigung im Zuge der Erstellung der Ausführungsplanung und Ausschreibung der Baumaßnahme⁹. Die Berücksichtigung ausführensrelevanter Belange erfolgt gemäß § 15 HOAI in den einzelnen Planungsstufen über die Planer und ist in aller Regel zunächst beschränkt auf deren Erfahrungen¹⁰. Unter Ausführungs-, Herstellungs- und Betriebsaspekten sind wirtschaftlich optimierte Lösungen oftmals nur eingeschränkt und in einem weit fortgeschrittenen Planungsstadium über Sondervorschläge bei der Vergabe und durch nachträgliche Änderungen der Planung möglich. Sie erfordern häufig Änderungsgenehmigungen und führen nicht selten zu vermeidbaren Verzögerungen. Begleitet wird diese Entwicklung von dem Bestreben der Nachfrageseite zur Risikoverlagerung auf die ausführenden Unternehmen, insbesondere bezüglich der Ausführbarkeit und Vollständigkeit von Entwurf und Planung, z. B. auch die Übernahme von Baugrundrisiken, sowie der Funktionalität und Eignung des Projekts für die vom Nutzer vorgesehenen, aber oft bei Baubeginn noch nicht bekannten oder nur rudimentär definierten oder während der Ausführung sich noch verändernden späteren Nutzungszwecke.

Die klassischen Vertragsmodelle mit der formal deutlichen Trennung von Projektierung und Planung einerseits und Ausführung andererseits berücksichtigen diese Belange nur unzureichend. Zwar können entsprechende Risikoübertragungen auch im

⁸ BGH BauR 2000, 409 ff.; vgl. auch Schuhmann, Kooperationspflichten des Anlagevertrages: Rechtliche Substanz und praktische Konsequenzen, BauR 2003, 162 ff.

⁹ vgl. hierzu den klassischen Ablauf der einzelnen Planungsphasen nach § 15 HOAI und die darauf abgestellten Anforderungen der Ausschreibung von Leistungen in § 9 VOB Teil A.

¹⁰ vgl. hierzu auch Kapellmann a. a. O., NZBau 2001, 591 f.

geltenden System vertragsrechtlich vereinbart werden. Durch die im Grundsatz nicht vorgesehene frühzeitige Mitwirkung des Unternehmens in der Projekt- und Planungsphase sind derartige Regelungen aber in hohem Maße konfliktbehaftet. Die Folgen sind häufig Kosten- und Bauzeitüberschreitungen mit den sich daran anschließenden, zum Teil kaum lösbaren, aufwendigen und langwierigen gerichtlichen Streitverfahren, die wegen der Komplexität der Streitpunkte zwischen Vertragsrecht und Bauabwicklung nur eingeschränkt einer juristischen Entscheidung zugänglich sind¹¹ und über die früher sehr erfolgreiche Praxis der Verfahren nach § 18 Nr. 2 VOB Teil B nicht mehr bewältigt werden können.

2.2 Neue Vertragsmodelle und Konfliktvermeidung

Der frühere Projekteintritt der ausführenden Unternehmen und die dadurch mögliche Optimierung der Projektierungs-, Planungs- und Ausführungsabläufe sowie die hierdurch erreichbare höhere Budgetsicherheit stehen im Vordergrund der Diskussion um die „neuen Vertragsmodelle“ und die Weiterentwicklung der „Kooperationsformen“. Die genannten Instrumentarien des „Value Engineering“ und der „Open Books“-Verfahren werden hierbei je nach Projektart und Bedarf in unterschiedlichem Maße genutzt. Es wird davon ausgegangen, dass mit der strukturellen Veränderung der Kooperationsformen durch frühzeitige Einbindung des Unternehmers in die Projektierung und Planung den gegenseitigen Belangen der Bauabwicklung nach einer stärkeren Risikoübernahme durch den Unternehmer besser als in den bisherigen Vertragsformen Rechnung getragen werden kann und sich hierdurch Konflikte schneller und früher lösen lassen.

Allein die Verwendung des Begriffs der „neuen Vertrags- und Kooperationsformen“ kann indes die erwarteten Effekte noch nicht herbeiführen. In der Diskussion besteht teilweise der Eindruck, dass es sich hier nur um eine neue Bezeichnung des klassischen Generalübernehmer- und Generalunternehmervertrages in Gestalt eines modifizierten Globalpauschalvertrages handelt und die strukturellen Veränderungen der Vertrags- und Kooperationsformen der Bauabwicklung und der Vertragsgestaltung nur unzureichend aufgenommen werden.

¹¹ vgl. hierzu Kniffka, Anspruch und Wirklichkeit des Bauprozesses, NZBau 2000, 2 ff.

Zur Umsetzung der mit den neuen Vertragsmodellen verbundenen Ziele bedarf es indes auf allen Seiten des Baugeschehens eines wahrhaften Umdenkens¹². Für die aktuelle Diskussion kommt es entscheidend darauf an, die Vertrags und Kooperationsstruktur der „neuen Vertragsmodelle“ zu verstehen¹³ und sie nicht nur als eine neue Form der Risikoübertragung anzusehen. Die Besonderheiten der einzelnen Modelle werden nachfolgend kurz skizziert, um anschließend die bestehenden Verbindungen zu den Verfahren der alternativen Streitbeilegung zu bestimmen. Als wesentliche Formen neuer Vertrags- und Kooperationsmodelle sind zu nennen.

- GMP-Vertrag,
- Construction Management,
- Simultaneous Engineering,
- Partnering,
- PPP-Modelle.

Sie werden in der genannten Reihenfolge erörtert. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es sich zum Teil nicht um Vertragsformen im eigentlichen Sinne, sondern auch um die klassischen Vertragsformen übergreifende Kooperationsmodelle¹⁴ handelt.

2.2.1 GMP-Vertrag

Der GMP-Vertrag gehört zu den in der Diskussion am häufigsten erörterten Vertragsmodellen¹⁵. Ziel des GMP-Vertrages ist die maximale Kostenbegrenzung. Grundsätzlich ist zwischen zwei Erscheinungsformen zu unterscheiden, einerseits dem Modell des klassischen Pauschalvertrages mit Optimierungsverpflichtung und Bonusregelung, das im Grunde als modifizierter Pauschalvertrag bezeichnet werden kann¹⁶, und andererseits das Zwei- bzw. Drei-Phasen-Modell¹⁷ des angelsächsischen Rechtskreises, das zunächst eine Evaluierung des zur Verfügung stehenden Budgets im Rahmen eines „Value-Engineering“¹⁸ und anschließend die Umsetzung

¹² vgl. auch Roland Berger, *Beziehungskrise überwinden*, ..., a. a. O.

¹³ besonders hervorzuheben sind hier die beiden herausragenden Beiträge von Eschenbruch, a. a. O. NZBau 2001, 585 ff. und Kapellmann, NZBau 2001, 592 ff. (FN 1)

¹⁴ siehe auch Girmscheid a. a. O., S. 3 ff.; Rösser a. a. O., S. 185 f.

¹⁵ vgl. hierzu die Nachweise in FN 1.

¹⁶ in diese Richtung scheint Grünhoff zu gehen, vgl. Grünhoff a. a. O., S. 314 Abschnitt III „Die Konzeption des GMP-Vertrages“.

¹⁷ zum Ablauf bei Rösser a. a. O., S. 188 f.

¹⁸ Rösser a. a. O., S. 190 f.

des Bauvorhabens mit entsprechender Kostentransparenz durch eine „Open Book“-Strategie¹⁹ mit Bonusregelung vorsieht. Auch hier entspricht die vertragliche Grundstruktur der des Pauschalvertrages²⁰, indes nicht in der Form einer von Anfang an, zu einem bestimmten Preis begründeten Errichtungsverpflichtung, sondern in der Form eines abgestuften, zwei- oder dreiphasigen Ablaufs verbunden mit einer vertraglichen Ausstiegsklausel, sollte der vereinbarte maximale Gesamtpreis trotz Optimierungen und Preisabfragen nicht erreichbar sein²¹.

Lediglich im zweiten Fall des Zwei- oder Drei-Phasen-Modells handelt es sich um einen echten GMP-Vertrag. Der Maximalpreis ist zwar die zwischen den Vertragsparteien für das Projekt vereinbarte Obergrenze (Zielpreis)²². In der ersten und gegebenenfalls zweiten Phase stellt er aber lediglich einen Zielpreis dar, der das Engineering und die spätere Auswahl der einzubindenden Unternehmen wesentlich bestimmt und von dessen Erreichbarkeit die Realisierung des Projekts abhängt. Bis zum Abschluss dieser Phase besteht die Möglichkeit des Ausstiegs in Form einer vertraglichen Ausstiegsklausel, die es zumeist dem Auftraggeber, teilweise aber auch Auftraggeber und Auftragnehmer, erlaubt, die Entscheidung über die Fortsetzung des Projekts zu treffen. Sollte der Zielpreis nicht erreichbar sein und der Auftraggeber vom Projekt zurücktreten, werden dem Auftragnehmer die entstanden Kosten nach einem zuvor festvereinbarten Satz vergütet. Kann der als Zielpreis vereinbarte Maximalpreis erreicht und durch die Planung („Value-Engineering“) gesichert werden, wird das Projekt vom Auftraggeber gemeinsam mit dem Auftragnehmer in aller Regel realisiert. Es schließen sich die Phasen der Ausschreibung und Ausführung an. Besonders die Phase der Ausführung ist dem deutschen Pauschalvertrag mit der Errichtungsverpflichtung des Auftragnehmers zu einem zuvor vereinbarten festen Preis vergleichbar.

Die verschiedenen Phasen des GMP-Vertrages in ihrem Zusammenhang betrachtet, zeigen gewiss Gemeinsamkeiten zum klassischen Globalpauschalvertrag, wie er vielen Vertragsabwicklungen zugrundeliegt²³. Der wesentliche Unterschied besteht indes in dem dargestellten zwei- oder dreiphasigen Ablauf der Projektrealisierung mit

¹⁹ Rösser a. a. O., S. 196 f.

²⁰ zur Abgrenzung siehe Kapellmann a. a. O., S. 594.

²¹ hierzu Kapellmann a. a. O., S. 594.

²² vgl. auch Gnalla a. a. O., S. 133 f. und 261 f.; zur Preisfestlegung eindrucklich Kapellmann a. a. O., S. 597.

²³ vgl. hierzu auch Kapellmann a. a. O., S. 595 f.

der Möglichkeit eines Projektabbruchs nach Abschluss einer jeden Phase. Die Möglichkeit eines solchen phasenweisen Ablaufs lässt sich auch im deutschen Recht mit den vorhandenen Instrumentarien umsetzen. Jedoch bedeutet dies eine Abkehr vom bisherigen Verständnis, mit der Beauftragung in jedem Fall auch schon die Ausführung des Bauvorhabens gesichert zu bekommen, wie es dem gesetzlichen Leitbild des § 649 BGB zugrunde liegt. Es ist davon auszugehen, dass bei einem nicht erreichten maximalen Gesamtpreis der Unternehmer außer der vereinbarten Bearbeitungspauschale keine weitere Vergütung erhält. Hierbei dürfte die Bearbeitungspauschale in aller Regel nicht den wirklichen Kosten entsprechen, um für den Unternehmer den notwendigen Anreiz zur Realisierung des Vorhabens zu dem vereinbarten Gesamtpreis zu schaffen.

Von besonderer Bedeutung sind beim GMP-Vertrag der Abstimmungs- und Einigungsprozess zwischen Auftraggeber, GMP-Partner und den weiteren Projektbeteiligten sowohl in der Projekt- und Planungsphase als auch bei der späteren Ausführung²⁴. Die unterschiedlichen Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer sind in sämtliche Phasen zusammenzuführen. Auch bei messbaren Kriterien für Planungs-, Optimierungs- und Ausführungsleistungen sind subjektive Einflüsse auf Abstimmungs- und Entscheidungsprozesse nicht völlig auszuschließen. Hierin liegendes Konfliktpotential muss mit Blick auf die finanziellen Auswirkungen bewältigt werden, auch wenn beim echten GMP-Vertrag insbesondere bei unvorhersehbaren nachträglich erforderlichen Leistungen für die finanzielle Seite durch eine in der Regel angemessene „Rückstellung für Unvorhergesehenes“²⁵ Vorsorge getroffen ist.

2.2.2 Construction Management

Das angelsächsische Construction Management²⁶ entspricht in seiner Grundform als „Construction Management as adviser“ weitgehend dem deutschen Projektsteuerungsmodell. Hinzutreten ist im Laufe der Entwicklung als eigenständige Form das dem Generalübernehmervertrag entsprechende Modell des „Management Contracting“ oder „Construction Management at risk“.

²⁴ vgl. Rösser a. a. O., S. 190 f.

²⁵ vgl. Eschenbruch a. a. O., S. 589.

²⁶ eingehend Eschenbruch a. a. O.

Kennzeichnend für die „Construction Management-Modelle“ sind die starke Ausrichtung des Projektmanagements auf die Interessen des Auftraggebers²⁷ mit Hilfe eines umfassenden Beratungsansatzes des Projektmanagements und des Projektteams und die frühzeitige Einbindung von Abwicklungserfahrung und Ausführungs-Know-How²⁸. Die Form der Einbindung der Abwicklungserfahrung und des Ausführungs-Know-Hows ist abhängig vom jeweiligen Modell. Beim „Construction Management as adviser“ tritt die Abwicklungs- und Ausführungserfahrung in Form eines zu beauftragenden Einzelunternehmers hinzu. Die Einbindung eines GU ist bei diesem Modell eher ungewöhnlich. Das „Value Engineering“ erfolgt durch Steuerung des Projektmanagers in Zusammenarbeit mit dem oder mehreren Einzelunternehmern. Auch für die Kosten- und Termineinhaltung ist in der Regel der Projektmanager im Rahmen seiner Koordinations- und Steuerungsaufgaben verantwortlich.²⁹

Beim „Management Contracting“ übernimmt der „Construction Manager at risk“ neben dem Projektmanagement vergleichbar zu Generalübernehmermodellen eine eigene Ausführungsverpflichtung, die bei eigenen Ressourcen entweder ganz oder teilweise im eigenen Betrieb oder mittels Nachunternehmer ausgeführt werden kann³⁰. Hierbei sind unterschiedliche Vertragsformen mit und ohne GMP möglich³¹. Wesentlich ist ungeachtet der einzelnen Vertragsform auch hier die herausragende Projektmanagementfunktion mit der Beratungsverpflichtung des Construction Managers³² in den maßgeblichen Phasen der Projektierung, Planung und Ausschreibung („Pre-Construction Phase“) sowie der Ausführung („Construction Phase“).

2.2.3 Simultaneous-Engineering

Das Simultaneous Engineering³³ stellt eine prozessorientierte Kooperationsform dar. Sie findet vornehmlich Anwendung im Anlagenbau und bietet durch die Parallelität von Planung und Ausführung die weitreichende Chance zu produktions- und anlagenspezifischen Optimierungen entsprechend dem Anlagenkonzept des Bestellers.

²⁷ vgl. zum GMP-Vertrag auch Rösser a. a. O., S. 188.

²⁸ Eschenbruch a. a. O., S. 587.

²⁹ ebenda S. 589.

³⁰ hierzu auch Kapellmann a. a. O., S. 592 f.

³¹ Eschenbruch a. a. O., S. 588 f.

³² ebenda S. 590.

³³ Girmscheld, a. a. O., S. 39.

Unterstützt wird der Prozess durch Elemente des GMP-Vertrages und Bonusregelungen („Open-Book“-Strategie). Die Grundlage von Simultaneous Engineering Verträgen bildet in der Regel ein Generalübernehmer- oder ein Generalunternehmervertrag mit einer sehr starken projekt- und kooperationsorientierten Komponente und einer im Vertrag definierten Projektstruktur bei einer deutlichen Auftraggeberorientierung. Systematisch wird hier die enge Anlehnung des Simultaneous Engineering an das Construction Management des angelsächsischen Raums augenscheinlich.

2.2.4 Partnering-Modell

Partnering ist im Gegensatz zu den vorgenannten Modellen keine Vertrags-, sondern eine Kooperationsform³⁴. Sie umfasst übergeordnete Elemente der Zusammenarbeit zwischen den an einem Projekt bzw. Bauvorhaben Beteiligten in Form einer klar definierten Projektorganisation. Sie ist nicht beschränkt auf das Verhältnis Auftraggeber und Unternehmer, sondern bezieht auch die Ebene einzuschaltender Nachunternehmer mit ein³⁵. Ziel ist es, bei der Gestaltung der Vertragsbeziehungen auf Projektebene die in die Bauabwicklung eingebundenen Ressourcen bestmöglich zu nutzen und so zu strukturieren, dass zwischen den Beteiligten ein größtmögliches Vertrauen erreichbar ist³⁶. Grundlage sind die gemeinsamen Projektziele einer kostengünstigeren, schnelleren und qualitativ besseren Ausführung des Vorhabens. Als Instrumentarien stehen die vorgenannten Projektformen und die vertraglichen Modelle eines „Open Book“-Verfahrens, eines GMP-Vertrages mit Bonusregelung und eines Risikotopfes für Unvorhergesehenes sowie Methoden zur schnellen und zeitnahen Konfliktlösung zur Verfügung³⁷. Partnering heißt Integration von Entwurf, Planung und Ausführung in Qualität, Quantität und Zeit³⁸ und bedeutet auch den Abbau nicht wertschöpfender Tätigkeiten der Bauabwicklung, wie die Dokumentation von Bauzeitveränderungen und Nachtragsbearbeitung, durch Vermeidung von Ablaufstörungen und nachträglichen Änderungen³⁹.

³⁴ Roland Berger, Partnering ..., a. a. O.: Gralla a. a. O., S. 267 ff.

³⁵ Diederichs/Borg a. a. O. S. 620; Roland Berger, Partnering ..., a. a. O.; anders Grünhoff a. a. O., S. 314 u. 316; offen bei Eschenbruch und Kapellmann a. a. O.

³⁶ Eschenbruch a. a. O. S. 590; Kapellmann a. a. O., S. 594; Roland Berger, Partnering ..., a. a. O.

³⁷ Eschenbruch und Kapellmann a. a. O.

³⁸ Eschenbruch a. a. O., S. 5.

³⁹ Kapellmann a. a. O., S. 593 f; Roland Berger, Partnering ..., a. a. O.

2.2.5 PPP – Public Privat Partnership

Public Private Partnership reicht über die vorgenannten Modelle hinaus und stellt ein öffentlich-privates Kooperationsmodell dar. Public Private Partnership ist vorwiegend gerichtet auf die private Realisierung und den Betrieb von öffentlichen Infrastrukturvorhaben. Als Kooperationsmodelle umfasst PPP die Projektierung, Planung, Ausführung, Finanzierung und den späteren Betrieb des Vorhabens und ist auf eine lange Laufzeit ausgerichtet. Die Grundstruktur ist gekennzeichnet durch die Übertragung der Durchführung der öffentlichen Aufgabe auf Private. Den rechtlichen Rahmen bildet der Konzessions- und Betreibervertrag, in dem die Grundelemente für die Verantwortlichkeiten für Planung, Ausführung, Finanzierung und Betrieb geregelt sind. Dem Konzessions- und Betreibervertrag zu- bzw. untergeordnet sind die für die Realisierung notwendigen weiteren Verträge, wie bspw. die Projektierungs-, Planungs- und Bauverträge sowie die Einzelverträge zur Sicherung der Bereitstellung des Grundstücks, der Personalüberlassung und Betriebsführung⁴⁰. In allen Phasen ist für die Projektrealisierung Kooperation gefordert, um den Projekterfolg für alle Beteiligten unabhängig von ihrer Aufgabe sicherzustellen. Die zu schließenden Verträge legen hierfür die rechtlichen Grundlagen.

Den PPP-Modellen werden in der Praxis auch die klassischen Vorfinanzierungs- und Leasing-Modelle zugerechnet⁴¹. Kennzeichnend sind auch hier die zum Teil vollständige Projektübernahme und Ausführung bis hin zur Finanzierung durch Private und die dadurch zwischen den Beteiligten, einschließlich der öffentlichen Hand, auf Dauer angelegten Vertragsbeziehungen. Den rechtlichen Rahmen bilden hier die Bau- und Finanzierungsverpflichtung des Unternehmers. Auch hier sind wegen der langfristigen Bindungen Kooperationsaufgaben zu berücksichtigen.

⁴⁰ vgl. hierzu Nicklisch in Nicklisch/Welck a. a. O. Einl §§ 4-13 Rdn. 144 ff.; ders., Wirtschaftlicher Hintergrund und Vertragsstrukturen bei BOT-Modellen, in ders. (Hrsg.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, Heidelberg 1994; siehe auch ders. (Hrsg.), Nationale und internationale privatfinanzierte Projekte – Projektstrukturen, Sicherung der Rentabilität und Krisenmanagement, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht, 26.-27.09.2002 Tagungsband in Vorbereitung.

⁴¹ beispielhaft hierfür Jacob/Kochendörfer, Private Finanzierung öffentlicher Bauinvestitionen – ein EU-Vergleich, Berlin 2000; i. O. vgl. auch Tagungsband Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 2002 (in Vorbereitung).

3 Alternative Streitbeilegung und neue Vertragsmodelle

3.1 Formen traditioneller Streitbeilegung

Die Formen traditioneller Streitbeilegung werden bestimmt durch die klassischen kontradiktorischen Verfahren baurechtlicher Streitigkeiten vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten. Daneben besteht das Verfahren nach § 18 Nr. 2 VOB Teil B, das für öffentliche Baumaßnahmen im Grunde als Form alternativer Streitbeilegung angesehen werden kann⁴², in der Praxis trotz großer Erfolge in der Vergangenheit durch die Tendenz der zunehmenden Verlagerung von Konfliktfällen weg von der technischen zur ausschließlich (vermeintlich) rechtlichen Lösung aber immer mehr an Bedeutung verliert.

Trotz der verschiedenen Ansätze zur Kooperation im klassischen Bauvertrag und der Hervorhebung durch den Bundesgerichtshof ist bei öffentlichen wie privaten Bauverträgen eine erhebliche Zunahme an Rechtsstreitigkeiten zu verzeichnen. Gleichzeitig zeigen sich immer deutlicher die Grenzen gerichtlicher Verfahren zur Lösung von Baustreitigkeiten vor allem bei großen öffentlichen Infrastrukturmaßnahmen, im Anlagenbau oder bei privaten Investoren. Die Folgen treffen die Vertragsparteien gleichermaßen. Zwar sind sie für den Unternehmer durch die Streitbefangenheit in der Regel längst fälliger Zahlungsansprüche meist deutlich früher spürbar und können für diesen bis zum wirtschaftlichen Ruin führen. Hieraus gründet sich das Schlagwort vom „Justizkredit“, das die Unfähigkeit der Gerichte verdeutlicht, den Unternehmer vor ungerechtfertigten Einbehalten, die mit vielfach mit fadenscheinigen Gründen bemäntelt werden, zu schützen.⁴³ Aber auch Bauherren und Auftraggeber werden durch die Dauer gerichtlicher Verfahren häufig zu einem Zeitpunkt mit Entscheidungen von gravierender wirtschaftlicher Tragweite konfrontiert, bei denen ein Gegensteuern und eine Änderung des eigenen Verhaltens nicht mehr möglich ist. Die Frage nach veränderten Streitbeilegungsmodellen drängt sich also gerade auch im Zusammenhang mit der Diskussion um die neuen Vertragsmodelle auf.

⁴² Bei Streitigkeiten aus Bauverträgen mit öffentlichen Bauherren kann der Auftragnehmer nach § 18 Nr. 2 VOB Teil B unmittelbar die vorgesetzte Dienststelle zur Entscheidung des Streitfalles anrufen. Im Verfahren soll dem Unternehmer Gelegenheit zur mündlichen Aussprache gegeben werden. Die Entscheidung der vorgesetzten Dienststelle erfolgt schriftlich und wird für die Parteien verbindlich, wenn nicht binnen drei Monaten nach Eingang vom Unternehmer schriftlich Einspruch erhoben wird. Vgl. hierzu die Kommentierung bei Jousen in: Ingenstau-Korbion VOB Teil A und B, Düsseldorf 2001, B § 18 Rdn 51 ff.

⁴³ Vgl. Wolff, Die Streitkultur bei Bauverträgen – Möglichkeiten zur Handhabung aus Sicht einer Bauunternehmung, Darmstädter Baubetriebsseminar 2001.

3.2 Formen alternativer Streitbeilegung

Alternative Streiterledigung wird oft in einem Zuge mit der Mediation genannt und mit dieser gleichgesetzt. Während es sich bei der Mediation um ein feststehendes Verfahren zur Streiterledigung handelt, fasst der Begriff der alternativen Streitbeilegung die verschiedensten Verfahren der Streitbeilegung außerhalb des klassischen Zivilprozesses zusammen⁴⁴ und schließt hierbei auch kooperative außergerichtliche Verhandlungsstrategien⁴⁵ und zum Teil sogar auch Schiedsgerichtsverfahren ein⁴⁶. Für baurechtliche Streitigkeiten sind aus dem großen Kreis zur Verfügung stehender Modelle besonders von Bedeutung:

- Mediation,
- Dispute Review Board,
- Adjudication Board (FIDEC),
- Baubegleitende Einigungsstelle und Schiedsgutachter.

wobei das Schiedsgerichtsverfahren durch seine kontradiktorische Natur als ein dem klassischen Zivilprozess vergleichbares Verfahren einer nicht näher betrachtet wird. Nachfolgend kommt es darauf an, gerade für die laufende Bauabwicklung geeignete Verfahren zur Konfliktlösung zu finden. Schiedsgerichtsverfahren scheiden hier bereits durch ihre formale Struktur, aber auch durch ihre Dauer aus.

3.2.1 Mediation

Die Mediation ist die bekannteste Methode der alternativen Streitbeilegung. Bei ihr handelt es sich um ein eigenständiges, klar strukturiertes Verfahren⁴⁷, in dem der Mediator als neutraler Dritter die Parteien in allen Verfahrensstadten bei der einver-

⁴⁴ vgl. die Zusammenfassung zum Diskussionsstand und zu den bestehenden Modellen in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, Brüssel 2002; Breidenbach, Mediation – Struktur, Chancen und Risiken der Vermittlung im Konflikt, Köln 1995; Dendorfer, Wirtschaftsmediation: Die Abkehr von der Streitkultur, DB 2003, 135 ff.; Eberl/Friedrich, Alternative Streitbeilegung im zivilen Baurecht, BauR 2002, 250 ff.; Gottwald/Haft, Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, Tübingen 1993; Jung/Steding, Mediation am Bau – Konfliktfelder baulicher Streitigkeiten als Chance für alternative Streitbeilegung, BB 2001 (Beilage 2), S. 9 ff.; Pondscha/Dendorfer, Mediation in der Arbeitswelt – Eine ökonomisch sinnvolle Perspektive, BB 2001 (Beilage 2), S. 1 ff.; Risse, Wirtschaftsmediation, NJW 2000, 1614 ff.; Schramke, Neue Formen des Streitmanagements im Bau und Anlagenbau, NZBau 2002, 409 ff.; Weigand, Alternative Streiterledigung, BB 1996, 2106 ff.

⁴⁵ Breidenbach a. a. O., S. 13 f., 35 ff.; Dendorfer a. a. O.; Risse a. a. O.

⁴⁶ bspw. Eberl/Friedrich a. a. O.

⁴⁷ Breidenbach a. a. O., S. 137 ff.; Dendorfer a. a. O. S. 136; Risse a. a. O., S. 1614 f.

nehmlichen Konfliktlösung unterstützt. Die Parteien selbst bleiben Herr des Verfahrens. Sie entscheiden im Gegensatz zu Gerichtsverfahren eigenverantwortlich in den einzelnen Verfahrensstadien über den Gegenstand, den Ablauf sowie das Ergebnis des Mediationsverfahrens. Der Mediator steht ihnen dabei mit Rat und Hilfe zur Verfügung und unterstützt sie mit seiner Kommunikationskompetenz, in gemeinsamen oder in Einzel-Gesprächen ihre Interessen zu definieren und einer Lösung in Form einer schriftlich niedergelegten Einigung zuzuführen⁴⁸. Die dadurch herbeigeführte Bindung ist für die weitere Vertragsabwicklung der Parteien verbindlich.

Im Bauvertrag können sowohl Fragen der Qualität und Quantität als auch Fragen der Bauzeit und der Definition von Leistungspflichten und Verantwortlichkeiten zwischen verschiedenen Beteiligten einem Mediationsverfahren zugeführt werden. Dies gilt gleichermaßen für neue als auch für klassische Vertragsmodelle. Bei neuen Vertragsmodellen indes drängt sich die Sinnfälligkeit von Mediationsverfahren durch die starke Kooperationsfunktion noch stärker auf.

Als Mediator kommen je nach Konfliktlage sowohl unabhängige, mit der Materie eingehend vertraute Fachleute wie auch Juristen in Betracht. Bei vorwiegend technischen Fragestellungen spricht viel für die Einschaltung eines entsprechend erfahrenen Bauspezialisten. Dieser muss nicht zwingend Sachverständiger sein. Vielmehr kommt es beim Mediator auf dessen Kommunikations- und Sozialkompetenz an, um das Verfahren unparteilich, unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen der Streitparteien zügig und zielgerichtet durchzuführen⁴⁹. Bei der Abfassung von Einigungs- und Vergleichsvorschlägen sind dem Nichtjuristen als Mediator aus rechtlichen Gründen indes Grenzen gesetzt⁵⁰. Er ist hier auf die Unterstützung der Parteien bzw. deren Anwälte angewiesen. Für die Lösung komplexer und vertragsrechtlich strittiger Fragestellungen wird es daher darauf ankommen, als Mediator einen juristisch ausgewiesenen Fachmann auszuwählen. Bei umfassenden Streitfällen, kann es sich selbst unter Kostengesichtspunkten anbieten, juristisches und technisches Fachwissen in einer Co-Mediation zusammenzuführen und gegebenenfalls für die Dauer der Baumaßnahme als Gremium zur Streitschlichtung vorzuhalten.

⁴⁸ Dendorfer a. a. O., S. 136 f.; Risse, Neue Wege der Konfliktbewältigung, BB 2001 Supplement Mediation&Recht S. 16 ff.

⁴⁹ zu den einzelnen Verfahrensschritten vgl. Risse, Wirtschaftsmediation, a. a. O., S. 1614 ff.

⁵⁰ Hessler, Mediation und Rechtsberatung, NJW 2003, 241 ff.

In der Praxis sind verschiedene Modifikationen von Mediationsverfahren festzustellen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen geben hierfür einen sehr weiten Spielraum. Sie reichen von Kombinationen von Mediation und Arbitration unterschiedlichster Art, über die gemeinsame Wahrnehmung von Mediation und Arbitration durch eine Person und bis zu Mini-Trial-Verfahren und Last-Offer-Arbitration⁵¹.

3.2.2 Dispute Review Board

Dispute Review Boards haben wie die Mediation ihren Ursprung in den USA. Sie sind Teil der Möglichkeiten alternativer Streitbeilegung und setzen für den Bau auf der Erkenntnis auf, dass aufkommende Streitigkeiten am effizientesten vor Ort, zeitnah und von Personen, die weitestgehend mit dem Projekt vertraut sind, beigelegt und entschieden werden können. Dispute Review Boards haben seither bei Großvorhaben vor allem im Auslandsbau zunehmend Eingang in die Bauverträge und die Neufassung der FIDEC-Vertragsbedingungen⁵² gefunden. Die dortigen Erfahrungen bestimmen die verschiedenen gleichgerichteten Bemühungen auch im Inland⁵³.

Beim Dispute Review Board handelt es sich um ein bei Vertragsabschluss vereinbartes Gremium, das vor Baubeginn bestellt wird und in der Regel aus drei Mitgliedern besteht. Von den Mitgliedern des Board werden jeweils ein Mitglied von den Vertragsparteien und der Vorsitzende gemeinsam oder von den beiden benannten Mitgliedern in Abstimmung mit den Vertragsparteien bestellt. Das Board wird gebildet aus je einem von den Parteien benannten Mitglied und einem gemeinsam berufenen Vorsitzenden. Je nach Art und Größe des Bauvorhabens und des möglichen Konfliktstoffes kann aber auch ein größeres Gremium (Panel) von Experten, insbesondere mit Technikern und Juristen, bestellt werden, aus denen im Streitfall je nach Erfordernis und Streitstoff ein geeignetes, dreiköpfiges Board zusammengerufen werden kann.

Als ständiges Gremium ist das Dispute Review Board baubegleitend tätig. Es wird vor Beginn der Arbeiten bestellt und begleitet in regelmäßigen Abschnitten den Bau-

⁵¹ vgl. Eberl/Friedrich a. a. O., S. 257 ; Risse, Neue Wege der Konfliktbewältigung: a. a. O., S. 16 ff.

⁵² siehe unten Ziff. 3.2.3.

⁵³ vgl. Hauschka, Die Baubegleitende Einigungsstelle (BEST) – eine deutsche Version des Dispute Adjudication Board, Jahrbuch Baurecht 2002, hrsgg. Klaus D. Kapellmann und Klaus Vygen, Düsseldorf 2002, S. 297 ff. mit Textvorschlag; eine gleichgerichtete Initiative hat der Bayerische Bauindustrieverband, München, gestartet, siehe www.bayerischerbauindustrieverband.de; Schlapka, Schlichtungsmodell – Ein Weg aus der Krise laufender Bauvorhaben, BauR 2002, 694 ff.

ablauf. In Streitfällen kann das Board damit kurzfristig zusammentreten, ist vertraut mit der Bauaufgabe und dem Bauablauf und in der Lage, kurzfristig tätig zu werden. Das Board soll im Regelfall in einem Ortstermin entscheiden. Ziel des Ortstermins ist es, für den Streitfall in vertraulicher Beratung zu einer einheitlichen Empfehlung zu gelangen. Die Empfehlungen des Boards sind aber grundsätzlich nur insoweit bindend, als sie nicht von den Parteien durch Anrufung eines ordentlichen Gerichts oder bei Vereinbarung eines Schiedsgerichts angefochten werden.

3.2.3 Dispute Adjudication Board (FIDEC)

Die FIDEC-Vertragsbedingungen für Construction for Building and Engineering Works Design („Construction Contract“ – Red Book), Plant and Design Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works („Plant Contract“ – Yellow Book) sowie EPC Turnkey Projects („EPC-Contract“ – Silver Book) sehen für die Streitbeilegung in Ziffer 20.4 weitgehend einheitliche Verfahren vor einem Dispute Adjudication Board vor, das sich gemäß Ziffer 20.2 aus einem oder drei Mitgliedern zusammensetzt und dessen Besetzung an das *Procedere* des Dispute Review Boards angelehnt ist. Die Regelungen in den einzelnen Vertragswerken sind weitgehend einheitlich gefasst⁵⁴. Sie unterscheiden sich jedoch darin, dass der Construction Contract ein ständiges Board und die anderen beiden Verträge ein im Streitfall jeweils zu bestellendes Board mit der Möglichkeit wechselnder Besetzung vorsehen; die darin liegenden Schwierigkeiten für eine schnelle Entscheidung dürfen indes nicht übersehen werden⁵⁵.

Aufgabe des Boards ist es gem. Ziffer 20.4, alle Streitfälle aus und in Zusammenhang mit dem abgeschlossenen Bauvertrag und den auszuführenden Leistungen zu entscheiden. Hierfür ist dem Board eine Frist von 84 Tagen gesetzt. Die Entscheidung des Boards wird für die Parteien verbindlich, soweit sie nicht binnen 28 Tagen nach Verkündung von einer der Vertragsparteien durch Einleitung eines Schiedsverfahrens – „Arbitration“ – angefochten oder durch einvernehmliche Einigung in der Streitsache zwischen den Parteien aufgehoben wird. Im Falle der Einleitung eines Schiedsverfahrens sind die Parteien nach Ziffer 20.5 zunächst gehalten, eine außergerichtliche Einigung – „Amicable Settlement“ – zu suchen.

⁵⁴ Kus/Markus/Steding, Die neuen FIDEC-Verträge: Auftragnehmerlastige Risikoverteilung?, in Jahrbuch Baurecht 2002, S. 237 ff., S. 267 ff.

⁵⁵ ebenda S. 267.

Die Durchführung eines Verfahrens vor dem Dispute Adjudication Board ist grundsätzlich Voraussetzung eines Schiedsverfahrens (Ziffer 20.6). Erst nach dessen Scheitern kann das Schiedsgericht angerufen und von diesem dann eine abschließende und für die Parteien bindende Sachentscheidung getroffen werden. Die Parteien sind im Schiedsverfahren nicht an ihren Sachvortrag vor dem Dispute Adjudication Board gebunden, auch kann das Schiedsgericht die Entscheidung des Boards als Beweismittel verwenden (ebd.).

3.2.4 Baubegleitende Einigungsstelle und Schiedsgutachterverfahren

Die Diskussion um Möglichkeiten einer alternativen Streitbeilegung als Gegensatz zum klassischen Bauprozess ist im Inland neben dem klassischen Schiedsgutachterverfahren von den Überlegungen die von den Erfahrungen der Dispute Review Boards angelsächsischen Musters geprägt, wie sie auch in die FIDEC Eingang gefunden haben⁵⁶. Hierbei sind einzelne Vorschläge für eine Baubegleitende Einigungsstelle sehr weitgehend gediehen und mit Regelungsvorschlägen versehen⁵⁷, die die endgültige Entscheidung über die Anerkennung des Entscheidungsvorschlages grundsätzlich bei den Vertragsparteien belassen. Allerdings ist auch hier die Verwertbarkeit des Entscheidungsvorschlages in einem späteren gerichtlichen Verfahren zum Teil grundsätzlich vorgesehen⁵⁸. Zum Teil bestehen Überlegungen, einem mehrköpfigen Schlichtungsgremium einzelne Sachverständige beizuordnen und Entscheidungen im Weiteren einem Schiedsgericht zur Überprüfung zuzuführen⁵⁹. Auch hier ist die Nähe zum Dispute Review Board bzw. den Regelungen der FIDEC unverkennbar. Jedoch dürfte der Umsetzung eines solchen Modells die bereits sehr komplexe Struktur entgegenstehen; auch erscheint sie durch die unterschiedlichen Bindungen der Vertragsparteien zu Sachverständigen, Schlichtungsgremium und anschließendem Schiedsgericht einer Konfliktlösung und Streitbeilegung, in der es darauf ankommt, Sachverhalte klar und eindeutig zu strukturieren, nicht förderlich.

Die bisher am weitesten verbreitete Form einer außergerichtlichen Streitbeilegung im Bauvertrag stellt bei Einzelfragen das Schiedsgutachten dar. Die Parteien bestellen

⁵⁶ In diesem Sinne sie den Formulierungsvorschlag bei Hauschka, a. a. O., S. 299 ff.

⁵⁷ siehe Hauschka a. a. O.; Bayerischer Bauindustrieverband a. a. O.

⁵⁸ gegen eine spätere Verwendung des Ergebnisses der Baubegleitenden Einigungsstelle Hauschka a. a. O., S. 301; nach dem Vorschlag des Bayerischen Bauindustrieverbandes ist die Verwendung nicht ausgeschlossen.

⁵⁹ Schlapka, a. a. O.

einvernehmlich einen zur Sachentscheidung kundigen Dritten, dessen Befähigung entweder durch eine besondere Sachkunde oder die öffentliche Bestellung zum Sachverständigen nachgewiesen ist. Im Gegensatz zu den diskutierten Verfahren der Mediation und eines Dispute Review- oder Dispute Adjudication Boards oder einer Baubegleitenden Einigungsstelle ist das Verfahren auf die reine Sachentscheidung begrenzt. Vertragliche Aspekte werden nur mit Blick auf den Sachbezug und nicht im Kontext berücksichtigt. Die Vertragsauslegung ist dem Schiedsgutachter aus naheliegenden Gründen versagt⁶⁰. Hierdurch wird die Einigungswirkung und Bindungskraft für komplexe Verfahren indes beschränkt. Im Gegensatz zur Mediation oder dem Verfahren vor einem Board oder einer Baubegleitenden Einigungsstelle ist die Entscheidung des Schiedsgutachters als Sachentscheidung für die Parteien bindend und in einem anschließenden Rechtsstreit einer erneuten Beweisaufnahme entzogen⁶¹.

3.3 Alternative Streitbeilegung und neue Vertragsmodelle

Die Diskussion um die neuen Vertragsmodelle ist eng verknüpft mit der Diskussion um die alternative Streitbeilegung. Dies liegt einerseits an der gemeinsamen angelsächsischen Rechtstradition. Andererseits ist sie aber auch Ausdruck des zunehmenden Unbehagens über eine fehlende effektive Konfliktlösungsstrategie für Baustreitigkeiten. Gleichwohl ist die alternative Streitbeilegung im Baubereich nicht unbestritten⁶². Von ihren Kritikern wird angeführt, dass es beim Bauen anders als in Nachbarschafts- oder Familienrechtsverfahren im Kern ausschließlich um Geld gehe⁶³. Auch wird der alternativen Streitbeilegung entgegengehalten, dass ihre Ziele im vorgerichtlichen Verfahrensstadium klassischer gerichtlicher Rechtsauseinandersetzung ohnehin Berücksichtigung fänden⁶⁴. Schließlich werden gegen die alternative Streitbeilegung der Zeit- und Kostenaufwand ins Feld geführt⁶⁵.

⁶⁰ zur Vertragsauslegung im Zusammenhang mit einer sachlichen Begutachtung vgl. BGH BauR 1995, 538 f. und die dort dargestellte restriktive Handhabung.

⁶¹ Werner/Pastor, Der Bauprozess: prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, 10. Auflage Düsseldorf 2002, Rdn. 539 ff.

⁶² zum Meinungsstand vgl. Jung/Steding a. a. O., S. 10; kritische Werner/Pastor a. a. O., Rdn 258.

⁶³ hierzu Jung/Steding a. a. O. S. 10.

⁶⁴ beispielhaft Duve, Wirtschaftsmediation-Einwände und Argumente, Anwalt 2003, 6 ff.

⁶⁵ vgl. Dendorfer a. a. O., S. 136 und 138; Jung/Steding a. a. O., S. 10.

Diese Beurteilung verkennt die Struktur baurechtlicher Streitigkeiten und die Besonderheiten des von Nicklisch definierten komplexen Langzeitvertrages. Mitnichten handelt es sich bei Baustreitigkeiten lediglich um finanzielle Fragen. Im Ergebnis können zwar sämtliche wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten in Geldforderungen ausgedrückt werden. Dies hat die Anwendung alternativer Streitbeilegungsverfahren im Wirtschaftsrecht aber gerade nicht behindert, sondern im Gegenteil sogar gefördert. Viele große wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten wurden nach zum Teil ineffektiven, aufwändigen und langwierigen Verfahren vor staatlichen Gerichten durch Verfahren alternativer Streitbeilegung außerhalb des Gerichtssaales erledigt und den Parteien dabei eine Fortsetzung ihrer Geschäftsbeziehungen ermöglicht⁶⁶. Die Baurechtsstreitigkeiten stehen hier also nicht allein. Bei komplexen Bauverträgen reichen die zu klärenden Streitfragen in aller Regel weit über die einfache Anspruchsbeurteilung rein finanzieller Fragen hinaus. Gegenstand sind zumelst Verantwortlichkeiten für Planliefer- und Bauverzögerungen, für Qualitäts- und Quantitätsmerkmale und die rechtzeitige Wahrnehmung von Mitwirkungs- und Leistungspflichten auch von nicht in einer unmittelbaren vertraglichen Leistungsbeziehung zum Anspruchsteller stehenden Baubeteiligten. Hier geht es vor allem um die Definition und Zuordnung zum Teil erst während der Ausführung offenkundig werdender Leistungspflichten. Die vertraglichen Regelungen sind dabei in den meisten Fällen nicht erschöpfend. Es bedarf der Kooperation und eines Instrumentariums, bei Streitigkeiten Regelungen auch während der Bauausführung zeitnah, aufgabenbezogen und interessengerecht zu treffen. Die Methoden der außergerichtlichen Streitbeilegung finden hier Anwendungsfeld⁶⁷.

Alternative Streitbeilegung ist dabei mehr als das, was typische Vergleichsbemühungen im vorprozessualen Stadium zu leisten vermögen. Während Vergleichsbemühungen im vorprozessualen Stadium überwiegend ausschließlich vom Rechtsargument geprägt sind, schaut die alternative Streitbeilegung auf die hinter dem Konflikt stehenden Interessen und sucht auf dieser Basis und unter Berücksichtigung bestehender vertraglicher Vereinbarungen sowie direkter Beteiligung der Konfliktparteien nach einer sach- und interessengerechten Lösung und zeitnahen Einigung. Alternative Streitbeilegung ist dadurch auch ohne staatliche Sanktionsmechanismen in der Lage, in Konflikt- und Streitfällen kurzfristige bindende Regelungen zu erreichen und zu einer reibungslosen Fortführung von Geschäftsbeziehungen und Produktionspro-

⁶⁶ Duve, Alternative Dispute Resolution (ADR) – die außergerichtliche Streitbeilegung in den USA, BB 1998 (Beilage 10), S. 9 ff.; Schmidt, Wirtschaftsmediation – die nicht gesehene Chance, BB 1998 (Beilage 10), S. 6 ff.

⁶⁷ in diesem Sinne auch Jung/Steding a. a. O.

zessen beizutragen. Hierdurch werden gerade im Wirtschaftsleben Rechts- und Planungssicherheit gewährleistet⁶⁸, die bei den neuen Vertragsmodellen ebenfalls im Zentrum der Diskussion stehen. Gemeinsam gefundene Lösungen begründen beiderseitige Akzeptanz und bilden die Grundlage für weitere kooperative Geschäftsbeziehungen mit allen sich daran anknüpfenden wirtschaftlichen Vorteilen. Alternative Streitbeilegung greift durch das notwendige Zusammenwirken den Kooperationsaspekt neuer Vertragsmodelle auf und ist durch ihre wirtschaftliche und rechtliche Ausrichtung als Konfliktlösungsmodell bei Bauabwicklungen mit einer Vielzahl von Beteiligten und komplexen Vertragsstrukturen auch unter Berücksichtigung von Mehrparteieninteressen geeignet⁶⁹.

Die genannten Modelle alternativer Streitbeilegung bauen auf dem Ziel einer kurzfristigen und sachgerechten Konfliktlösung durch einvernehmliche Sachentscheidung auf. Die Verfahren müssen zeitnah zum Entstehen des Streitfalls und damit abwicklungsbegleitend eingeleitet werden. Klassische gerichtliche Auseinandersetzungen sind dagegen in aller Regel auf einen Zeitpunkt nach Abschluß der Baumaßnahme verschoben und mit erheblichen verfahrensrechtlichen Anforderungen belastet⁷⁰. Durch die Fachkunde des eingeschalteten Mediators oder Boards und durch die nach wie vor bestehende Verfahrensherrschaft der Parteien ist gegenüber den klassischen gerichtlichen Verfahren ein erheblicher Zeitgewinn realisierbar, selbst wenn sich an ein Verfahren der alternativen Streitbeilegung eine gerichtliche Auseinandersetzung anschließen sollte.

Die Kosten dürften sich in der Praxis in Anbetracht des vielfach getätigten Begründungsaufwandes klassischer großer Bauprozesse im Ergebnis aufheben⁷¹. Bedenkt man den notwendigen und auf Kooperation ausgerichteten Ansatz neuer Vertragsmodelle sollte man von einem Erfolg solcher Verfahren gerade bei diesen Modellen ausgehen dürfen. Sämtliche Modelle folgen mit Ausnahme des Schiedsgutachterverfahrens dem Grundsatz der Kostenteilung.

⁶⁸ Pondschat/Dendorfer a. a. O., S. 2; Jung/Steding a. a. O., S. 11 f.

⁶⁹ zum Multi-Party-Verfahren vgl. Nicklisch in Nicklisch/Welck a. a. O., Einf. §§ 4-13 Rdn. 104.

⁷⁰ vgl. Griem, Strukturierung eines baurechtlichen Großprozesses, in: Jahrbuch Baurecht 2002, S. 303 ff., 308 f. und 317 f.

⁷¹ auf eindruckliche Kostenvorteile weisen alle wesentlichen Veröffentlichungen hin vgl. Dendorfer a. a. O., S. 139; Jung/Steding a. a. O., S. 14; Pondschat/Dendorfer a. a. O., S. 2; Risse, Wirtschaftsmediation, a. a. O., S. 1618; Schramke a. a. O., S. 413.

4 Ausblick

Alternative Streitbeilegung kann durch ihre bei der Konfliktlösung und Streitigbeilegung auf Kooperation ausgelegte Strategie an den Grundelementen der „neuen Vertragsmodelle“ anknüpfen. Hierdurch werden kooperative, ökonomisch sinnvolle und zukunftsorientierte Lösungen gefördert. Dies ist besonders bei Partnering-Modellen, die auch das GMP-Modell erfassen, mit Blick auf die für den Projekterfolg erforderliche Kooperationsleistung und bei PPP-Modellen mit Blick auf die langfristig vereinbarte, notwendigerweise kooperative Zusammenarbeit von eminenter Bedeutung.

„Neue Vertragsmodelle“ bieten durch ihre auf Kooperation angelegte Vertragsstruktur für Verfahren der alternativen Streitbeilegung außerordentlich gute Voraussetzungen. Als Partnerschaftsmodelle gewährleisten sie für die Vertragsparteien bei Konflikten und Streitigkeiten im Ansatz eine gleichberechtigte Ausgangssituation, wie sie für die Verfahren der alternativen Streitbeilegung Voraussetzung ist. Es besteht hierbei die Chance, den oben genannten Trend einer oftmals zu frühen Verlagerung von Konflikten vom Baufachmann zum Juristen zumindest zum Teil wieder umzukehren und Konflikte auf der Fachebene zu lösen⁷². Dies verkennt nicht die hohe Leistung der Juristen bei der Versachlichung und Strukturierung von streitigen Verfahren, die eigentliche Sachentscheidung sollte dennoch wieder stärker beim Baufachmann und den direkten Baubeteiligten liegen, denn die Grenzen gerichtlicher Klärung von Baustreitigkeiten werden gerade bei Großprojekten immer deutlicher, und gerade hier liegt das Anwendungsgebiet „neuer Vertragsmodelle“. Es darf die Erwartung geäußert werden, dass mit den neuen Vertragsmodellen und den Möglichkeiten der alternativen Streitbeilegung dem lange praktizierten Kooperationsgedanken und damit der fachlichen Steuerung von Bauvorhaben wieder ein stärkeres Gewicht verliehen wird.

LITERATUR

- [1] Breidenbach, Stephan, Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995.

⁷² In diesem Sinne auch Eschenbruch a. a. O., S. 590.

- [2] Dendorfer, Renate, Wirtschaftsmediation: Die Abkehr von der Streithansel-Kultur, Der Betrieb 2003, 135 ff.
- [3] Diederichs, C. J. und Britta Borg, Bespr. Mike Gralla, Garantierter Maximalpreis – GMP-Partnering-Modelle – Ein neuer innovativer Ansatz für die Baupraxis, NZBau 2001, 618 ff.
- [4] Duve, Christian, Alternative Dispute Resolution (ADR) – die außergerichtliche Streitbeilegung in den USA, BB 1998 (Beilage 10), S. 9 ff.
- [5] ders., Wirtschaftsmediation - Einwände und Argumente, Anwalt 2003, 6 ff.
- [6] Ebbinghaus, Ellard, Neue Vertragsformen – Chancen und Risiken, Deutscher Beton- und Bautechniktag 09.-11.05.2001 in München.
- [7] Eberl, Walter und Fabian M. Friedrich, Alternative Streitbeilegung im zivilen Baurecht, BauR 2002, 250 ff.
- [8] Eschenbruch, Klaus, Construction Management, NZBau 2001, 585 ff.
- [9] FAZ 31.01.2003, Hochtief erprobt Kooperationen am Bau.
- [10] Girmscheid, Gerhard, Auswege aus dem reinen Preiswettbewerb – Lösungsansätze marktorientierter Bauunternehmer, in: Mayrzedt und Fissenewert, Handbuch Bau-Betriebswirtschaft, S. 3 ff.
- [11] Gottwald, Walther und Fritjof Haft (Hrsg.), Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, Tübingen 1993.
- [12] Gralla, Mike, Neue Wettbewerbs- und Vertragsformen für die deutsche Bauwirtschaft – Produktivitätssteigerung und partnerschaftliche Zusammenarbeit durch den Einsatz innovativer Wettbewerbs- und Vertragsformen, Berlin/Dortmund 1999.
- [13] Griem, Michael, Strukturierung eines baurechtlichen Großprozesses, in Jahrbuch Baurecht 2002, hrsgg. von Klaus Kapellmann und Klaus Vygen, Düsseldorf 2002, S. 303 ff.
- [14] Grünhoff, Lutz, Die Konzeption des GMP-Vertrages – Mediation und Value Engineering, NZBau 2000, 313 ff.
- [15] Hauschka, Christoph, Eine Baubegleitende Einigungsstelle (BEST) – eine deutsche Version des Dispute Adjudication Board, in Jahrbuch Baurecht 2002, hrsgg. von Klaus Kapellmann und Klaus Vygen, Düsseldorf 2002, S. 297 ff.
- [16] Henssler, Martn, Mediation und Rechtsberatung, NJW 2003, 241 ff.

- [17] Locher, Horst und Klaus Vygen (Hrsg.), Ingenstau-Korbion Verdingungsordnung für Bauleistungen: VOB Teile A und B, Düsseldorf 2001.
- [18] Jacob, Dieter und Bernd Kochendörfer, Private Finanzierung öffentlicher Bauinvestitionen – ein EU-Vergleich, Berlin 2000.
- [19] Jung, Martin und Ralf Steding, Mediation am Bau – Konfliktfelder baulicher Streitigkeiten als Chance für alternative Streitbeilegung, BB 2001 (Beilage 2), S. 9 ff.
- [20] Kapellmann, Klaus D., Ein Construction Management Vertragsmodell, NZBau 2001, 592 ff.
- [21] Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil und Handelsrecht, Brüssel April 2002.
- [22] Kniffka, Rolf, Anspruch und Wirklichkeit des Bauprozesses, NZBau 2000, 2 ff.
- [23] Kus, Alexander, Jochen Markus und Ralf Steding, Die neuen FIDEC-Verträge: Auftragnehmerlastige Risikoverteilung?, in: Jahrbuch Baurecht 2002, hrsgg. von Klaus Kapellmann und Klaus Vygen, Düsseldorf 2002, S. 237 ff.
- [24] Mayrzedt, Hans und Horst Fissenewert (Hrsg.), Handbuch Bau-Betriebswirtschaft – Unternehmensstrategien, Prozessmanagement, betriebswirtschaftliche Funktionen, Düsseldorf 2001.
- [25] Nicklisch, Fritz, Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, BB 1979, 533 ff.
- [26] ders., Instrumente der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträgen, RIW 1978, 633 ff.
- [27] ders., Wirtschaftlicher Hintergrund und Vertragsstrukturen bei BOT-Projekten, in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, hrsgg. von Fritz Nicklisch, Heidelberg 1994.
- [28] ders. (Hrsg.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, Heidelberg 1994.
- [29] Nicklisch, Fritz und Günter Weick, VOB – Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B, München 2001.
- [30] Ponschab, Reiner und Renate Dendorfer, Mediation in der Arbeitswelt – eine ökonomisch sinnvolle Perspektive, BB 2001 (Beilage 2), 1 ff.
- [31] Risse, Jörg, Neue Wege der Konfliktbewältigung: Last-Offer-Schiedsverfahren, High/Low-Arbitration und Michigan Mediation, BB 2001 (Beilage 2), S. 16 f.

- [32] Risse, Jörg, Wirtschaftsmediation, NJW 2000, 1614 ff.
- [33] Rösser, Klaus, Alternative Vertragsformen am Beispiel des „garanteed maximum“-Preises, in: Mayrzedt und Fissenewert, Handbuch Bau-Betriebswirtschaft, S. 185 ff.
- [34] Roland Berger & Partner GmbH – International Management Consultants, Partnering in der Bauindustrie, München 2000.
- [35] dies., Beziehungskrise überwinden – Partnering aus Auftraggebersicht in der deutschen Bauwirtschaft, München 2003.
- [36] dies., Erfolgsfaktoren der Bauindustrie, München 2003.
- [37] Schlapka, Josef, Schlichtungsmodell – Ein Weg aus der Krise laufender Bauvorhaben, BauR 2002, 694 ff.
- [38] Schmidt, Frank, Wirtschaftsmediation – die nicht gesehene Chance, BB 1998 (Bellage 10) S. 6 ff.
- [39] Schramke, H.-Jürgen, Neue Formen des Streitmanagements im Bau und Anlagenbau, NZBau 2002, 409 ff.
- [40] Schuhmann, Ralph, Kooperationspflichten des Anlagenvertrages: Rechtliche Substanz und praktische Konsequenzen, BauR 2003, 162 ff.
- [41] Welgand, Frank-Bernd, Alternative Streiterledigung – „Alternative Dispute Resolution“ auch in Deutschland?, BB 1996, 2106 ff.
- [42] Werner, Ulrich und Walter Pastor, Der Bauprozess: prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, 10. Auflage Düsseldorf 2002.
- [43] Wolff, Hans-Joachim, Die Streitkultur bei Bauverträgen – Möglichkeiten zur Handhabung aus Sicht einer Bauunternehmung, Darmstädter Baubetriebs-Seminar 2001 und 2002.