

**Dr. Martin Jung**

**„Beide werden gewinnen“ – Chancen der  
Streitbeilegung auf der Baustelle**

**Initiativreferat  
auf dem Konfliktmanagement-Kongreß  
Hannover**

**09.07.2005**

Dr. Martin Jung  
Kapellmann und Partner  
Anna-Louisa-Karsch-Straße 2, 10178 Berlin  
030 / 399 769 – 0

[www.kapellmann.de](http://www.kapellmann.de)

**KAPPELLMANN  
UND PARTNER  
RECHTSANWÄLTE**

## Zufriedenheit mit klassischen Konfliktlösungsinstrumenten



### Bei Streit- entscheidung

- wie viele Urteile haben Sie zur rechten Zeit erzielt?
- wie viele der von Ihnen erzielten Urteile geben Ihnen zu 100% Recht?
- in wie vielen Streitfällen realisieren Sie zu 100 % durchgesetzte Forderungen?
- wie hoch war der interne Aufwand – wenn Sie ihn erfassen?
- haben Sie das Gefühl, das Bestmögliche aus dem Konflikt gemacht zu haben?

### Bei Einigung

- Wie viele außergerichtliche Streitigkeiten beenden Sie doch durch Einigung?
- wie zufrieden sind Sie mit der Einigung?
- warum ist diese Einigung nicht deutlich früher erzielt worden?
- wie hoch war der interne Aufwand, wenn sie ihn erfassen?
- haben Sie das Gefühl, das Bestmögliche aus dem Konflikt gemacht zu haben?

### Maßstab der Zufriedenheit

**Sind alle streitrelevanten Aspekte berücksichtigt?**

## Relevante Entscheidungsfaktoren bei Baustreitigkeiten

- Recht
- Baukosten
- Bauzeit
- Qualität
- Handlungsoptionen der Kooperation und Konfrontation
- Insolvenz
- know how
- Interne Kosten
- Rechtsverfolgungs- und Sachverständigenkosten
- Perspektiven
- Psychologie

# Bedeutung der Entscheidungsfaktoren in der Bauzeit



## **Grundsatz:**

Verschiebung der Prioritäten nach Abschluss des Bauvorhabens

Reduzierung der Gestaltungsspielräume nach Abschluss des Bauvorhabens

## **Gründe**

- Baukosten nicht mehr beeinflussbar
- Bauzeit nicht mehr beeinflussbar
- Bauqualität nur eingeschränkt beeinflussbar

# Bedeutung der Entscheidungsfaktoren in der Bauzeit



## **Recht:**

### **Idee:**

- Maßstab der Konfliktlösung, wenn andere Instrumente versagen
- Instrument der Konfliktlösung, wenn andere Instrumente versagen

## **Bedeutung in der Realität**

- Austausch unterschiedlicher Rechtsansichten und Rechtspositionen
- fehlende Gewissheit des Ergebnisses der Streitentscheidung durch einen Dritten
- keine Streitentscheidung innerhalb eines Zeitraums, der Reaktionsmöglichkeiten der Baubeteiligten noch für den Bau ermöglicht

# Bedeutung der Entscheidungsfaktoren in der Bauzeit



## **Kosten:**

- Baukostenüberschreitungen sind die Regel
  - Baukostenüberschreitungen teilen sich auf in
    - beeinflussbare Faktoren: Baugrund, Planung, Ausschreibung, Bauleitung, geänderte Zusatzleistungen, Ausführungsmängel, Stillstandskosten usw.
    - nicht beeinflussbare Faktoren: Wetter, Streik, Gesetzesänderungen
  - Baukostenüberschreitungen resultieren aus beeinflussbaren Faktoren maßgeblich: Planung/Ausschreibung, Bauleitung, geänderte/zusätzliche Leistungen, Ausführungsmängel
- ⇒ Baukosten können noch in der Bauzeit massiv beeinflusst werden

# Bedeutung der Entscheidungsfaktoren in der Bauzeit



## Zeit:

- Zeitveränderungen sind ein bekanntes Phänomen
  - Zeitveränderungen teilen sich auf in
    - beeinflussbare Faktoren: Baugrund, Planung/Ausschreibung, Bauleitung, geänderte/zusätzliche Leistungen, Ausführungsmängel, Stillstandskosten usw.
    - nicht beeinflussbare Faktoren: Wetter, Streik, Gesetzesänderungen
  - Zeitveränderungen resultieren maßgeblich aus den beeinflussbaren Faktoren
- ⇒ Zeitveränderungen können noch in der Bauzeit massiv beeinflusst werden

# Bedeutung der Entscheidungsfaktoren in der Bauzeit



## Qualität/Ausstattung:

- Qualitäts- und Ausstattungsveränderungen sind ein bekanntes Phänomen
- Qualitäts- und Ausstattungsveränderungen teilen sich auf in
  - bewusste Leistungssollveränderungen von AG oder AN
  - Leistungssoll verändernde Festlegungen bei unklarem technischen oder funktionellen Leistungssoll
  - mangelhafte Ausführung des AN mit oder ohne vorangehende Bedenkenanmeldung

⇒ Qualitäts- und Ausstattungsveränderungen können noch in der Bauzeit massiv beeinflusst werden



# Bedeutung der Entscheidungsfaktoren in der Bauzeit



## Handlungsalternativen:

### kraft Gesetzes:

- Streitentscheidung durch Dritte ohne klaren Zeithorizont
- Kooperation direkt zwischen den Parteien
- Konfrontation, insbesondere

#### **seitens des AG:**

Zahlungsverweigerung,  
Bestehen auf Formalia  
Bestehen auf voller Nachweislast

#### **seitens des AN:**

Anforderung von Sicherheiten nach § 648a  
„Bauen nach (Vertrags-)Vorschrift“

### kraft gesonderter Vereinbarung:

- Streitentscheidung durch Dritte ohne klaren Zeithorizont
- vorläufige Streitentscheidung durch Dritte mit definiertem Zeithorizont
- Kooperation zur Konfliktlösung unter Anleitung Dritter

⇒ **Auswahl von Handlungsalternativen in Abhängigkeit von Risikobereitschaft**

# Bedeutung der Entscheidungsfaktoren in der Bauzeit

## Insolvenz des Partners oder Dritter



### Konsequenzen eingetretener Insolvenzen

- Neuvergaben mit Kosten
- Schnittstellen von Mangelrechten
- Terminverzögerungen
- finanzieller Mehraufwand mit Haftungsstreitigkeiten

### Maßnahmen zur Abwendung von Insolvenzen

- Vorauszahlungen mit Sicherheit
- Vorauszahlungen ohne Sicherheit
- bewusste Inkaufnahme von Überzahlungen
- Abtretung von Ansprüchen
- Eintreten in Fremdverträge

⇒ **Wahlmöglichkeit, ob Insolvenz erduldet oder abgewendet werden soll**

# Bedeutung der Entscheidungsfaktoren in der Bauzeit



## Streitverfolgungskosten:

### Interne Kosten

- Personal:
  - Dokumentation
  - Beschaffen von Informationen
  - interne Kommunikation
  - Management
- Vorhaltung
  - Räume
  - Material
- Kapazitätsbindung und Defizite in neuen Projekten
  - AN: Defizite bei Bauüberwachung und Neu-Dokumentation
  - AG: Defizite bei Entscheidungen und Nachbeauftragungen

### Externe Kosten

- Sachverständigen- und Dienstleistekosten
- Rechtsverfolgungskosten
  - Richter/Schlichter/Mittler
  - Rechtsanwälte

⇒ Gestaltungsmöglichkeiten nach Auswahl der Streitmethode

# Bedeutung der Entscheidungsfaktoren in der Bauzeit



## weitere Entscheidungsfaktoren:

### Know How:

- Mitarbeiter als Wissensträger
- Wissensverlust! durch
  - Einbindung in andere Projekte
  - Fluktuation
  - Tod
  - Wirtschaftliche Verknüpfung mit der Gegenseite

⇒ Relevanz steigt mit zunehmender Zeit

### Perspektiven:

- Wahrscheinlichkeit weiterer Berührungspunkte
- Wahrscheinlichkeit weiterer Zusammenarbeit
- Wahrscheinlichkeit gemeinsamer Interessen

### Psychologie:

- Vertrauen / Misstrauen
- Pragmatisch / Formal
- lösungsorientiert / Risiko avers /
- entscheidungsfreudig / entscheidungsverneinend

⇒ Beeinflussbarkeit kooperativen oder konfrontativen Verhaltens

# Konfliktlösungsalternativen und ihre Eignung in der Bauzeit



## Idee:

### unterschiedliche Instrumente der Zielerreichung

- **Golf:** verschiedene Schläger
- **Segeln:** verschiedene Segel
- **Angeln:** verschiedene Köder
- **Landwirtschaft:** verschiedene Saaten
  
- **Konflikt:**
  - verbindliche Entscheidung durch Dritte
  - Mischformen von Drittentscheidung und Verhandlungslösung
  - Verhandlungslösung

# Konfliktlösungsalternativen und ihre Eignung in der Bauzeit



## Verbindliche Entscheidung durch Dritte:

- **Gericht:**
  - Entscheidungsgrundlage: Parteivortrag
  - Entscheidungsmaßstab „Recht“, d.h. Nichtberücksichtigung anderer Entscheidungsfaktoren
  - Entscheidungszeitpunkt: regelmäßig nicht „rechtzeitig“
- **Schiedsgericht:**
  - Entscheidungsgrundlage: Parteivortrag
  - Entscheidungsmaßstab „Recht“, d.h. fehlende Nichtberücksichtigung anderer Entscheidungsfaktoren
  - Entscheidungszeitpunkt: regelmäßig nicht „rechtzeitig“

# Konfliktlösungsalternativen und ihre Eignung in der Bauzeit

## Mischformen: Drittentscheidung/Verhandlungslösung:



- **Last-Offer-Arbitration**
  - Entscheidungsgrundlage: Die letzten Einigungsvorschläge der Parteien
  - Entscheidungsmaßstab: „Recht“- welcher letzte Vorschlag ist dem Rechtsergebnis näher?
  - Entscheidungszeitpunkt: in Abhängigkeit vom Vorbringen der Einigungsvorschläge
- **High-Low-Arbitration**
  - Entscheidungsgrundlage: Die letzten Einigungsvorschläge der Parteien
  - Entscheidungsmaßstab: „Recht“ – im Rahmen beider letzten Angebote
  - Entscheidungszeitpunkt: in Abhängigkeit vom Vorbringen der Einigungsvorschläge
- **Michigan-Mediation** Sanktion, wenn nicht x % mehr erzielt, als der Vorschlag eines Dritten
  - Entscheidungsgrundlage: Parteivortrag
  - Entscheidungsmaßstab: „Recht“, d.h. Nichtberücksichtigung anderer Entscheidungsfaktoren
  - Entscheidungszeitpunkt: regelmäßig, nicht rechtzeitig
- **Adjudication**
  - Entscheidungsgrundlage: Parteivortrag
  - Entscheidungsvorlage „Recht: im vorgegebenen Rahmen“
  - Entscheidungszeitpunkt: vorläufig: regelmäßig zeitnah

# Konfliktlösungsalternativen und ihre Eignung in der Bauzeit

## strukturierte Verhandlungslösung:

### Mini Trial

- Entscheidungsgremium: Hochrangige Vertreter beider Seiten
- Entscheidungsgrundlage: Parteivortrag
- Entscheidungsmaßstab: Die für die Parteien relevanten Aspekte
- Entscheidungszeitpunkt: Nach dem Willen beider Seiten

### Early Neutral Evaluation

- Entscheidungsgremium: Parteien
- Entscheidungsgrundlage: Erfolgseinschätzung durch neutralen Dritten
- Entscheidungsmaßstab: Recht
- Entscheidungszeitpunkt: Nach dem Willen beider Seiten

### Schlichtung:

- Entscheidungsgremium: Parteien
- Entscheidungsgrundlage: Schlichtungsvorschlag eines Dritten
- Entscheidungsmaßstab: Recht und Überzeugungskraft des Schlichters
- Entscheidungszeitpunkt: Nach der Vorlage des Schlichterspruchs

### Mediation:

- Entscheidungsgremium: Parteien
- Entscheidungsgrundlage: parteiintern entwickelte Optionen
- Entscheidungsmaßstab: Interessen der Partei
- Entscheidungszeitpunkt: Nach dem Willen beider Seiten



# Mediation und Adjudication im Vergleich



## Adjudication

### **Begriff:**

Konfliktlösungsmodell mit Abfolge von

- Verhandlungsgremium / -gremien
- Entscheider = Adjudicator für Zwischenlösung
- Gericht für Endlösung

Entscheidungsmaßstab:        Recht

### **Idee:**

Vorläufigkeit und Geschwindigkeit statt Qualität

### **Begleitregelungen:**

Friedenspflicht bis Ende der Bauphase

# Mediation und Adjudication im Vergleich



## Mediation

### **Begriff:**

- Methode der Konfliktlösung
- unter Beteiligung eines allparteilichen Dritten
- ohne Streitentscheidung durch den Dritten, sondern:
  - Gesprächs- und Strukturverantwortung des Dritten
  - bei Eigenverantwortlichkeit der Partei
- umfassend:  
nicht ausschließlich rechtliche Maßstäbe,  
sondern auch alle anderen Aspekte der Lebenswirklichkeit

# Mediation und Adjudication im Vergleich



## Mediation

### Idee:

- Interessen statt Positionen
  - warum ist mir etwas wichtig?
  - nicht: worauf habe ich Anspruch?
- ⇒ Die Klärung der Interessen führt zu einem besseren Verständnis von sich selbst, der anderen Partei und deren Sicht der Realität
- Verzahnung von Prioritäten
- Mehrwertschöpfung
- Zukunftsorientierung
- Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Einigungsprozesses
- Kostenminimierung

# Mediation und Adjudication im Vergleich



## Mediation

### Verfahrens- gang

- 1. Phase: Einführung und Vereinbarung der Mediationsregeln
- 2. Phase: Ermittlung der Streitpunkte und regelungsbedürftigen Themen
  - » Tatsachen
  - » Recht
- 3. Phase: Bearbeitung der Konfliktfelder bei Herausarbeitung der Interessen
  - » was ist den Parteien wichtig
  - » warum ist es ihnen wichtig
  - » was wollen Sie damit erreichen
- 4. Phase: Optionen
  - » welche Optionen bestehen für die Konfliktlösung
  - » welche Optionen sind für alle Parteien akzeptabel
- 5. Phase: Einigung

# Mediation und Adjudication im Vergleich

## Mediation

Gegenargumente		unberechtigt
Ergebnislosigkeit bisheriger Verhandlungen	<ul style="list-style-type: none"><li>- zwischen den Parteien alleine</li><li>- zwischen den Parteien vermittelt</li></ul>	Mediationserfolg durch Struktur- und Kommunikationskompetenz
Unsicherheit	<ul style="list-style-type: none"><li>- was ist Mediation?</li><li>- Ist Erfolg möglich?</li></ul>	Klarheit erst nach Versuch Gute Gründe für Erfolg
Risiko	<ul style="list-style-type: none"><li>- Zeitverlust</li><li>- Preisgabe von Informationen</li><li>- Verwertungsverbot neuer Erkenntnisse</li></ul>	Parteien sind <b>Herr des Verfahrens</b>
Angst	<ul style="list-style-type: none"><li>- Bedeutungsverlust</li><li>- Gesichtsverlust</li><li>- Schutzlosigkeit/Nachgiebigkeit</li></ul>	Mehrwert- und zukunftsorientierte Konfliktlösungs- <b>Empfehlung</b>
anderes Bedürfnis	<ul style="list-style-type: none"><li>- Spieltrieb</li><li>- Prinzip</li><li>- Härte</li><li>- Delegation</li></ul>	Mediation bietet auch hierfür <b>Raum</b>

# Mediation und Adjudication im Vergleich



## Mediation

### Stärken

- Konfliktlösung als ganzheitliches Ergebniss
- Zukunftsorientierung
- Managementaufgabe
- Zeitgewinn
- Minimierung der Rechtsverfolgungskosten

# Mediation und Adjudication im Vergleich



## Mediation

### Schlüssel des Mediationserfolges

- Konflikt nicht als Sieg und Niederlage
- Konflikt als gemeinsame Aufgabe:

wie lässt sich der Streit

- überzeugend
- schnell
- preiswert

lösen?

# Mediation und Adjudication im Vergleich



## Mediation

### Beispiele

- Forderungserhalt durch Insolvenzvermeidung
- Vorzugskonditionen des in der Markteinführung eines neuen Produktes geschädigten Zwischenerwerbers
- Deeskalation durch Wertschätzung
- Solidarisierung durch gemeinsames technisches Grundverständnis
- Verständnis der Sichtweise des Konfliktpartners als Basis des Kompromisses



# Mediation und Adjudication im Vergleich



## Resümee

### **Charakterisierung:**

Mediation: Ganzheitlicher, umfassender Ansatz,  
ohne Erfolgsgarantie

Adjudication: Reduzierter, am Recht orientierter Ansatz  
vorläufiger Entscheidung unter Inkaufnahme reduzierter Qualität

**Abwägung:** Ganzheitlichkeit gegen  
Möglichkeit beschleunigter vorläufiger Entscheidung

**Lösung:** Kombination beider Vorzüge durch Abfolge von  
Mediation und nach geschalteter Adjudication

# Thesen

1. Recht ist kein alleiniger Maßstab des Baukonflikts

2. Recht sichert nicht die rechtzeitige Konfliktlösung am Bau

3. Konfliktlösungsinstrumente erster Wahl während der Bauphase sind

- Adjudication
- Mediation

4. Mediation ist

- umfassend
- endgültig
- realistisch

5. Mediation ist die vorzugswürdige Alternative

6. Adjudication ist als „nachsichtbar der Mediation vorzuziehen

7. § 18 VOB/B ist um eine Mediations- und eine Adjudication-Klausel zu ergänzen

# Gliederung

- 1. Zufriedenheit mit klassischen Konfliktlösungsinstrumenten**
- 2. Relevante Entscheidungsfaktoren bei Baustreitigkeiten**
- 3. Bedeutung der Entscheidungsfaktoren in der Bauzeit**
  - 3.1 Grundsatz
  - 3.2 Recht
  - 3.3 Kosten
  - 3.4 Zeit
  - 3.5 Qualität/Ausstattung
  - 3.6 Handlungsalternativen
  - 3.7 Insolvenz des Partners oder Dritter
  - 3.8 Streitverfolgungskosten
  - 3.9 weitere Entscheidungsfaktoren
    - 3.9.1 Know How
    - 3.9.2 Perspektiven
    - 3.9.3 Psychologie
- 4. Konfliktlösungsalternativen und ihre Eignung in der Bauzeit**
  - 4.1 Idee
  - 4.2 Verbindliche Entscheidungen durch Dritte
    - 4.2.1 Gericht
    - 4.2.2 Schiedsgericht
  - 4.3 Mischformen:  
Drittentscheidung/Verhandlungslösung:
    - 4.3.1 Last-Offer-Arbitration
    - 4.3.2 High-Low-Arbitration
    - 4.3.3 Michigan-Mediation
    - 4.3.4 Adjudication
  - 4.4 strukturierte Verhandlungslösung
    - 4.4.1 Mini Trial
    - 4.4.2 Early Neutral Evaluation
    - 4.4.3 Schlichtung
    - 4.4.4 Mediation

# Gliederung

## **5. Mediation und Adjudication im Vergleich**

### 5.2 Mediation

5.2.1 Begriff

5.2.2 Idee

5.2.3 Verfahrensgang

5.2.4 Gegenargumente und ihre fehlende  
Berechtigung

5.2.5 Stärken

5.2.6 Schlüssel des Mediationserfolges

5.2.7 Beispiele

### 5.3 Resümee

## **6. Thesen**