

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



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

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 Zwischenenerwerbers
- 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