

# Alternative Streitbeilegung – ein praktischer Überblick für Bausachverständige

## 1. Einleitung

Bausachverständige werden immer öfter zur Mitwirkung bei alternativen Streitbeilegungsverfahren herangezogen. Es ist für Bausachverständige unumgänglich, sich einen Überblick über den Zweck und den Ablauf dieser Verfahren zu verschaffen und die wesentlichen Unterschiede zum Verfahren bei staatlichen österreichischen Gerichten und Schiedsgerichten parat zu haben.

Bei der „alternativen Streitbeilegung“ versuchen die Parteien, einen Konflikt mit Hilfe eines neutralen Dritten einvernehmlich zu regeln.<sup>1</sup> Gerade im Bereich des internationalen Anlagenbaus kommt der alternativen Streitbeilegung immer größere Bedeutung zu. Dies hat folgende Gründe:<sup>2</sup>

- Das Streitbeilegungsverfahren ist weniger aufwendig als ein Verfahren beim staatlichen Gericht oder beim Schiedsgericht.
- Das Streitbeilegungsverfahren wird rasch nach Entstehen der Streitigkeit durchgeführt. Dies erleichtert die Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts. Außerdem sind die unternehmensinternen Know-how-Träger nach wie vor verfügbar und arbeiten nicht bereits an anderen Projekten.
- Schiedsverfahren und Verfahren bei staatlichen Gerichten bereiten unternehmensintern im Hinblick auf die umfangreichen Berichtspflichten und die schwierige Beurteilung der Frage, in welcher Höhe Rücklagen zu bilden sind, besondere Probleme.

Im Folgenden werden die in der Praxis am häufigsten vorkommenden „alternativen“ Streitbeilegungsverfahren erörtert, nämlich Mediationsverfahren und Adjudikationsverfahren. Danach wird dargelegt, dass die sogenannte „alternative“ Streitbeilegung durch das Abschließen eines Vergleichs sehr wohl auch im Verfahren beim staatlichen Gericht oder beim Schiedsgericht stattfinden kann.

## 2. Mediationsverfahren

### 2.1. Begriff

Beim Mediationsverfahren versuchen die Parteien, einen Konflikt unter Anleitung eines neutralen Dritten einvernehmlich beizulegen. Der neutrale Dritte („Mediator“) be-

schränkt sich auf das Moderieren und Strukturieren der Diskussion. Er fällt keine Entscheidung.<sup>3</sup>

Das Mediationsverfahren läuft viel freier ab als ein Verfahren vor einem staatlichen Gericht oder vor einem Schiedsgericht. Die Parteien liefern (wenn überhaupt) nur eine kursorische schriftliche Stellungnahme ab und legen nur die allerwichtigsten Dokumente vor. Der Mediator hält mit den Parteien mitunter auch nur eine einzige Sitzung ab, bei der die Parteien auch „unter vier Augen“, das heißt ohne Anwesenheit der Gegenpartei, mit dem Mediator sprechen dürfen.<sup>4</sup> Die Parteien sollen unbefangen und ohne taktische Hintergedanken Lösungsmöglichkeiten für ihren Konflikt suchen.<sup>5</sup>

Voraussetzung für jede unbefangene Diskussion ist natürlich, dass das Mediationsverfahren vertraulich bleibt. Aus diesem Grund sehen verschiedene Mediationsregeln für den Fall, dass keine gütliche Einigung zustande kommt, vor,

- dass die im Mediationsverfahren ausgetauschten Informationen in einem darauffolgenden Verfahren beim zuständigen staatlichen Gericht oder beim zuständigen Schiedsgericht nicht verwendet werden dürfen;
- dass der Mediator nicht als Zeuge befragt werden darf;
- dass der Mediator nicht oder nur mit ausdrücklicher Zustimmung aller Parteien als Schiedsrichter tätig sein kann.<sup>6</sup>

Wenn beide Parteien guten Willens sind, kann das Mediationsverfahren rasch und verhältnismäßig kostengünstig zu einer Regelung des Konflikts führen. Andernfalls besteht das Risiko, dass die Mediation nur zu Zeitverlust und Kosten führt.

In der Mediationsphase kann einem Sachverständigen, der als „Gehilfe“ oder Konsulent einer Partei tätig ist,<sup>7</sup> eine wichtige Rolle zukommen, indem er das aufgetretene Problem in einer für den Mediator verständlichen Weise umfassend dokumentiert und/oder dem Mediator bei der Mediations-sitzung das Problem aus der Sicht seiner Seite schildert. Wenn auf der Gegenseite ebenfalls ein qualifizierter Sachverständiger als Berater tätig ist, kann mit größerer Wahrscheinlichkeit gerechnet werden, dass die Sachverständi-

gen „auf technischer Ebene“ Einigkeit erzielen, was einer Einigung der Parteien auf kaufmännischer Ebene häufig den Weg bereiten wird.

Davon zu unterscheiden ist aber die Frage, ob es sich empfiehlt, dass Bausachverständige selbst als neutrale Mediatoren tätig werden sollen. Hierzu ist anzumerken, dass zur Durchführung einer Mediation die Absolvierung einer Mediationsausbildung zwar nicht gesetzlich vorgeschrieben, aber dennoch unbedingt notwendig ist. Zur erfolgreichen Durchführung einer Mediation sind nämlich spezielle Kommunikations- und Verhandlungstechniken sowie rechtliche und psychologische Kenntnisse erforderlich. Nur wer nach Absolvierung der Mediationsausbildung in die beim Bundesministerium für Justiz geführte Liste der Mediatoren eingetragen ist, ist berechtigt, die Bezeichnung „eingetragener Mediator“ zu führen.<sup>8</sup>

Dazu kommt, dass gemäß § 22 Abs 1 Zivilrechts-Mediations-Gesetz die Einleitung und Fortsetzung der Mediation nur dann verjährungshemmende Wirkung hat, wenn sie von einem eingetragenen Mediator durchgeführt wird. Wird eine nicht in die Liste der Mediatoren eingetragene Person als „Mediator“ tätig, besteht das Risiko, dass der Anspruch, um den es in der Mediation geht, während der Dauer des „Verfahrens“ verjährt. Wenn der Gläubiger in diesem Fall nicht durch Einholung einer Verjährungsverzichtserklärung Vorsorge getroffen hat, um die Verjährung des Anspruchs zu verhindern,<sup>9</sup> bleibt ihm als letztes Mittel lediglich noch das Argument, dass das „Mediationsverfahren“, das der nicht eingetragene „Mediator“ durchgeführt hat, nach allgemeinen Regeln ebenso wie Vergleichsgespräche eine den Ablauf der Verjährung hemmende Wirkung hat.<sup>10</sup> Gerichtsentscheidungen zu dieser Frage liegen jedoch noch nicht vor. Bei Durchführung einer Mediation durch einen nicht eingetragenen Mediator ist daher besonders auf die allfällige Verjährung des Anspruchs zu achten.

### 2.2. Verpflichtung zur Einleitung des Mediationsverfahrens?

Es gibt keinen gesetzlichen Zwang zur Durchführung einer Mediation.<sup>11</sup> Eine Mediation kann immer nur erfolgen, wenn die Parteien dies vereinbart haben. Die Mediationsvereinbarung kann schon im Vertrag enthalten sein oder erst beim Auftreten des Konflikts getroffen werden.<sup>12</sup>

Praktische Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen der Konflikt schon bald nach dem ersten Auftreten von Problemen so weit geht, dass eine Partei nicht mehr kooperativ ist (oder beide Parteien nicht mehr kooperativ sind) und die Durchführung einer Mediation zwecklos erscheint. Ist auch in diesen Fällen eine schon im Vertrag vorgesehene Mediation durchzuführen?

Die Frage, ob sich Parteien vor Einbringung der Klage beim zuständigen Gericht oder beim zuständigen Schiedsgericht einer Mediation unterziehen müssen, ist von dem jeweils zuständigen Gericht oder dem jeweils zuständigen

Schiedsgericht als eine die Zulässigkeit des Verfahrens betreffende Vorfrage zu entscheiden.<sup>13</sup> Dabei kommt es auf die Formulierung der Mediationsvereinbarung an.

Im ICC-Fall Nr 4229<sup>14</sup> war folgende Klausel zu beurteilen: „Jede Streitigkeit aus dem vorliegenden Vertrag *kann einvernehmlich* [„pourra être réglé à l’amiable“] durch drei (3) Schlichter bereinigt werden, von denen jede Partei jeweils einen ernennt und der Dritte von diesen beiden einvernehmlich bestimmt wird.“<sup>15</sup>

Diese Vereinbarung hat das Schiedsgericht zu Recht als nicht obligatorische Mediationsvereinbarung beurteilt („pourra“/„kann“). Die Parteien waren daher berechtigt, auch ohne vorherige Mediation bei dem in diesem Fall zuständigen Schiedsgericht Klage einzubringen.

Anders war dagegen im ICC-Fall Nr 9977<sup>16</sup> folgende Klausel zu beurteilen: „Jedwede Streitigkeit, die zwischen den Parteien hinsichtlich des Rechtsverhältnisses entsteht, das aus der vorliegenden Vereinbarung hervorgeht, *ist Vertretern der obersten Geschäftsführung* [„shall be submitted to senior management representatives“] der Parteien vorzulegen, die versuchen werden, binnen 14 Tagen ab der Vorlage eine einvernehmliche Regelung herbeizuführen. Wenn im Verhandlungsweg keine einvernehmliche Lösung erzielt werden kann, ist die Streitigkeit durch ein Schiedsgericht zu bereinigen, das aus einem (1) Schiedsrichter besteht ...“<sup>17</sup>

Bei der obigen Klausel war die Durchführung der Mediation obligatorisch. Das „Senior Management“ der Partei, die Klage einbringen wollte, konnte daher nicht umhin, dem „Senior Management“ der Gegenpartei mitzuteilen, dass ein Konflikt aufgetreten war, und Termine für eine Besprechung vorzuschlagen. Das Schiedsverfahren konnte erst nach Ablauf der 14-Tage-Frist eingeleitet werden.

Die Durchführung eines obligatorischen Mediationsverfahrens ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Gegenpartei in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise mitteilt, dass die Mediation nicht sinnvoll ist. Doch auch in diesen Fällen ist es ratsam, der Gegenseite lediglich der Form halber die Durchführung der Mediation anzubieten und die vereinbarten Fristen abzuwarten, um im Verfahren beim staatlichen Gericht oder beim Schiedsgericht jedweden Einwand der Unzulässigkeit des Verfahrens von vornherein zu unterbinden.

Probleme können auch dann entstehen, wenn in der Mediationsvereinbarung keine Frist vorgesehen ist, nach deren Ablauf die Parteien jedenfalls Klage beim staatlichen Gericht oder beim Schiedsgericht erheben können. Die Partei, die Klage einbringen will, kann sich aber dadurch helfen, dass sie in ihrem Aufforderungsschreiben an die Gegenpartei eine angemessene Frist für die Teilnahme am Mediationsverfahren setzt und für den Fall des fruchtlosen Verstreichens dieser Frist im Vorhinein ankündigt, dass sie das Gerichtsverfahren oder das schiedsgerichtliche Verfahren einleiten wird.

### 2.3. Folgen bei Nichtbeachtung obligatorischer Mediationsvereinbarungen

Wenn die Parteien ein obligatorisches Mediationsverfahren vereinbart haben und eine Seite trotzdem ohne vorherigen Mediationsversuch Klage beim staatlichen Gericht einbringt (die Fälle, in denen die Klage beim Schiedsgericht einzubringen ist, werden sofort behandelt), ist fraglich, wie das staatliche Gericht konkret vorzugehen hat. Die zu dieser Problematik vorliegenden Entscheidungen österreichischer Gerichte zeigen (noch) kein einheitliches Bild:

Nach der Entscheidung des OGH vom 19. 5. 2005, 6 Ob 32/05g, soll die Frage, ob das Mediationsverfahren durchgeführt wurde oder nicht, eine Frage betreffend die Fälligkeit des Anspruchs sein.<sup>18</sup> Dies hätte die gravierende Folge, dass die Klage bei Unterbleiben der Mediation vom Gericht auch von Amts wegen als unbegründet abzuweisen wäre.<sup>19</sup> Weiters könnte es nicht zu einer Heilung des Mangels kommen. Meines Erachtens ist diese Entscheidung nicht zu befürworten.

Die richtige (und mittlerweile wohl auch herrschende) Praxis österreichischer Gerichte ist, dass das Unterbleiben einer obligatorischen Mediation (lediglich) als „Unzulässigkeit des Rechtsweges im Sinn des § 42 Abs 1 JN“ behandelt wird.<sup>20</sup> Dies macht es möglich, dass der Mangel geheilt wird, indem sich der Beklagte rügelos in das Verfahren beim staatlichen Gericht einlässt. Gerichtsentscheidungen hierzu liegen zwar – soweit ersichtlich – nicht vor. Als Rechtsgrundlage für die Heilung käme aber eine analoge Anwendung von § 584 Abs 1 ZPO in Betracht, wonach das Gericht auch bei Vorliegen einer Schiedsvereinbarung dadurch zuständig wird, dass der Beklagte die Einwendung der Schiedsvereinbarung unterlässt.

Wenn eine Partei im Mediationsverfahren nicht mitgewirkt hat, indem sie zB vereinbarte Termine nicht besucht hat, keinen Mediator namhaft gemacht hat oder die erforderlichen Kostenvorschüsse nicht bezahlt hat, so kann sie im nachfolgenden Gerichtsverfahren oder im nachfolgenden Schiedsgerichtsverfahren nicht mehr einwenden, dass die Mediation nicht ordnungsgemäß zu Ende gebracht wurde. Ein solches Verhalten verstieße gegen Treu und Glauben.<sup>21</sup> Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch das staatliche Gericht oder durch das Schiedsgericht ist trotz Vorliegens einer Mediationsvereinbarung zulässig. Beim einstweiligen Rechtsschutz geht es nämlich um die Abwendung eines drohenden, unwiederbringlichen Schadens, wofür die Mediation kein geeignetes Mittel ist.<sup>22</sup>

Bei Zuständigkeit eines Schiedsgerichts für das Verfahren in der Sache selbst ist die Erlassung einstweiliger Verfügungen vor Beginn des Schiedsverfahrens aber nur möglich

- durch das staatliche Gericht oder
- durch einen *pre-arbital referee*, wenn die Parteien ein *Pre-arbital-referee*-Verfahren vereinbart haben.

Gerade bei Anlagenbauverträgen sollte die Vereinbarung der Zuständigkeit eines *pre-arbital referee*, etwa gemäß der ICC-Verfahrensordnung für das *Pre-arbital-referee*-Verfahren, ins Auge gefasst werden. Dadurch hat die Partei schon während der Durchführung der Mediation die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung zu erhalten. Es ist freilich fraglich, ob die Mediation noch aussichtsreich ist, wenn der Gegner im Weg einer einstweiligen Verfügung „vor vollendete Tatsachen“ gestellt wird.

### 3. Adjudikationsverfahren

#### 3.1. Begriff

Die Adjudikationsverfahren unterscheiden sich von Mediationsverfahren dadurch, dass der neutrale Dritte sehr wohl eine Entscheidung fällt. Diese Entscheidung ist jedoch nur vorläufig. Sie hat längstens bis zur endgültigen Entscheidung der Sache durch das Schiedsgericht Bestand.<sup>23, 24</sup>

In der Praxis unterscheidet man zwischen dem

- *Ad-hoc*-Adjudikator, der nur für eine bestimmte Angelegenheit zuständig ist, und
- der Adjudikationsstelle (*board*), die (bei größeren Projekten) für alle auftretenden Streitigkeiten im Vorhinein eingerichtet wird.

Weiters hat sich eine Unterscheidung zwischen

- *dispute review board* und
- *dispute adjudication board*

herausgebildet.<sup>25</sup> Das *dispute review board* erlässt lediglich eine Empfehlung (*recommendation*). Die Empfehlung ist für die Parteien nicht verbindlich, wenn eine Partei in der dafür vorgesehenen Frist Einspruch erhebt. Im Einspruchsfall muss die Streitigkeit vom Schiedsgericht endgültig geklärt werden.

Das *dispute adjudication board* erlässt dagegen eine Entscheidung (*decision*), die bis zur endgültigen Erledigung der Streitfrage durch das Schiedsgericht sehr wohl verbindlich ist. Die Parteien können zwar gegen die Entscheidung des *dispute adjudication board* Einspruch erheben und müssen dies sogar tun, wenn sie die Entscheidung bekämpfen wollen. Dieser Einspruch entbindet die Parteien aber nicht von der Verpflichtung, während der Dauer des Schiedsverfahrens die Entscheidung einstweilen zu befolgen.

#### 3.2. Vorteile von Dispute Adjudication Boards

*Dispute adjudication boards* haben sich in der Praxis durchaus bewährt. Sie kommen insbesondere Auftragnehmern und Subunternehmern zugute, weil *dispute adjudication boards* den Auftraggeber zur (einstweiligen) Zahlung bestimmter Geldsummen verurteilen können. Wenn die Auf-

tragnehmer oder Subunternehmer darauf angewiesen wären, das Schiedsgericht anzurufen, hätten sie bis zur Zahlung unter Umständen Monate zu warten. Andererseits unterbleibt die Einstellung der Bauarbeiten, die von Auftragnehmern und Subunternehmern mitunter als Druckmittel eingesetzt wird, zurückgehaltene Zahlungen freizubekommen.

Selbstverständlich könnten die auf die (Teil-)Zahlung wartenden Auftragnehmer und/oder die Subunternehmer daran denken, beim staatlichen Gericht eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Nach österreichischem Recht sind die Voraussetzungen zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, mit denen Geldforderungen gesichert werden sollen, jedoch sehr restriktiv. Zur Sicherung von Geldforderungen ist die einstweilige Verfügung nur dann zulässig,

- wenn ohne sie die Hereinbringung der Geldforderung vereitelt oder erheblich erschwert würde oder
- wenn die Geldforderung in einem Staat vollstreckt werden müsste, in dem weder die EuGVVO noch das LGVÜ anzuwenden ist.<sup>26</sup>

Schiedsgerichte sind bei der Erlassung einstweiliger Verfügungen an die restriktiven Voraussetzungen des staatlichen Prozessrechts nicht gebunden.<sup>27</sup> Die auf (Teil-)Zahlung wartenden Auftragnehmer oder Subunternehmer können die einstweilige Verfügung beim Schiedsgericht aber (wie bereits erwähnt) erst dann beantragen, wenn das Schiedsgericht konstituiert ist. Haben die Parteien kein *Pre-arbitral-referee*-Verfahren vereinbart,<sup>28</sup> ist in diesen Fällen das *dispute adjudication board* die einzige Alternative.

Das *dispute adjudication board* hat zudem den Vorteil, dass die während der Bauarbeiten auftretenden Streitigkeiten rasch, wenn auch nur vorläufig, bereinigt werden und der Konflikt daher nicht eskaliert. Dazu kommt, dass der Adjudikator mit den Bauarbeiten in der Regel gut vertraut ist und den notwendigen technischen Sachverstand hat.

Ein Nachteil von permanenten *dispute adjudication boards* sind die relativ hohen Kosten für den als Adjudikator tätigen Ingenieur. Rechtsabteilungen internationaler Konzerne berichten, dass sich diese hohen Kosten nur bei „Krisenprojekten“ mit einer Vielzahl von *claims* und *counterclaims* rechtfertigen lassen.<sup>29</sup>

Gegen die *dispute adjudication boards* wird auch ins Treffen geführt, dass die Entscheidung des *board* im Schiedsverfahren kaum noch rückgängig gemacht werden kann. Die Entscheidung des *board* hat für das Schiedsgericht aber keinerlei Bindungswirkung. Die Parteien können dem Schiedsgericht insbesondere zeigen, dass das *dispute adjudication board*, das häufig von technischen Sachverständigen dominiert wird, Rechtsfragen nicht richtig beurteilt hat. Ein wirklich unabhängiger Schiedsrichter wird sich von einer nicht überzeugenden Entscheidung des *dispute ad-*

*judication board* weder in technischer noch in juristischer Hinsicht beeindrucken lassen.

Sachverständige sind sehr häufig als Mitglieder von *dispute adjudication boards* tätig. Dabei kommt ihnen naturgemäß ihre Sachkunde betreffend die zu entscheidenden technischen Fragen zugute. Bei einem aus drei Personen bestehenden *dispute adjudication board* erscheint es jedoch ratsam, dass der Vorsitzende genaue Rechtskenntnisse hat oder überhaupt (auch) Jurist ist.

### 3.3. Verbindlichkeit des Adjudikationsverfahrens?

Ob das Adjudikationsverfahren obligatorisch ist oder nicht, richtet sich nach der Parteienvereinbarung. Art 63 der FIDIC General Conditions of Contract in der Fassung der 3. Auflage (1977) bestimmte zB: „Wenn zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer eine Streitigkeit welcher Art auch immer aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag oder der Durchführung der Arbeiten (sei es während der Durchführung der Arbeiten, sei es vor oder nach deren Fertigstellung, Aufgabe oder einer Vertragsverletzung) entsteht, so sind diese zunächst dem Ingenieur zur Regelung vorzulegen, der in einer Frist von 90 Tagen ab Zugang des Ersuchens einer Partei dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer seine schriftliche Entscheidung bekanntzugeben hat.“<sup>30</sup>

Diese Klausel, die in älteren Verträgen nach wie vor vorkommen kann,<sup>31</sup> hat ein ICC-Schiedsgericht zutreffend als verbindlich beurteilt.<sup>32</sup>

Wenn eine Partei das Schiedsgericht anruft, ohne vorher das verbindliche Adjudikationsverfahren durchgeführt zu haben, braucht das Schiedsgericht die Klage nicht zurückzuweisen. Das Schiedsgericht hat je nach den Umständen des Falls vielmehr auch die Möglichkeit, mit dem Schiedsverfahren bis zur Durchführung der Adjudikation innezuhalten.<sup>33</sup>

### 3.4. Verfahrensablauf

In dem soeben zitierten Art 63 der FIDIC General Conditions of Contract in der Fassung der 3. Auflage war hinsichtlich des Verfahrensablaufes beim Ingenieur nichts Ausdrückliches vorgesehen.<sup>34</sup> Die ICC Dispute Board Rules enthalten ebenfalls keine eingehenden Vorschriften betreffend den konkreten Verfahrensablauf. Es müssen aber auch im Adjudikationsverfahren die Grundsätze der Gleichheit der Parteien, des rechtlichen Gehörs und der Fairness des Verfahrens gewahrt bleiben.<sup>35</sup> Bei einer Verletzung dieser Grundprinzipien ist die von der Adjudikationsstelle getroffene Entscheidung nichtig.

Das Verfahren wird in der Regel mit schriftlichen Stellungnahmen der Parteien eingeleitet. Das *dispute adjudication board* kann den Parteien auftragen, zusätzliche Informationen zu geben. Weiters findet in der Regel eine mündliche Verhandlung statt, unter Umständen gleich vor Ort auf der



Baustelle. Bei dieser Verhandlung sprechen typischerweise die Techniker der beiden Seiten (Projektleiter), während die Rechtsanwälte, wenn sie überhaupt anwesend sind, im Hintergrund bleiben. Auch hier kann dem Bausachverständigen als Partei-Konsulent eine entscheidende Rolle zukommen.

Das Verfahren beim *dispute adjudication board* läuft insgesamt weniger formell ab als ein Schiedsverfahren.<sup>36</sup> Einseitige Kontakte der Adjudikatoren zu den Parteien betreffend den Konflikt sind aber – im Unterschied zur Mediation – ausgeschlossen, denn dies wäre eine Verletzung der eben erwähnten Grundsätze des fairen Verfahrens.

### 3.5. Entscheidungswirkung

Wie bereits ausgeführt, ist eine Empfehlung des *dispute review board* nur dann verbindlich, wenn keine Partei in der dafür vorgesehenen Frist Einspruch erhebt.

Die Entscheidung des *dispute adjudication board* ist dagegen (einstweilen) „verbindlich“, auch wenn eine Partei Einspruch erhebt. „Verbindlich“ bedeutet in diesem Zusammenhang aber nur, dass eine Nichtbefolgung der Entscheidung eine Vertragsverletzung darstellt, die Schadenersatzfolgen haben kann. Die Nichtbefolgung der Entscheidung könnte auch ein wichtiger Grund für die vorzeitige Kündigung des Vertrages sein.<sup>37</sup> Die Entscheidung ist dagegen nicht wie ein Gerichtsurteil oder ein Schiedsspruch vollstreckbar.

### 3.6. Adjudikation gemäß den FIDIC-Bauvertragsbedingungen 1999

Die aktuelle Fassung der FIDIC Conditions of Contract for Construction<sup>38</sup> sieht ebenfalls ein verbindliches Adjudikationsverfahren bei einem *dispute adjudication board* vor. Dieses ist allerdings nur Teil eines mehrstufigen Verfahrens, dessen einzelne Phasen wie folgt ablaufen:

- Der Auftragnehmer hat den Ingenieur von jedem *claim* auf Bauzeitverlängerung und/oder Zahlung binnen 28 Tagen nach Bekanntwerden des *claim* zu verständigen, widrigenfalls der *claim* präkludiert ist (!). Damit ist zunächst sichergestellt, dass der Auftragnehmer seine *claims* sofort auf den Tisch legt.
- Der Auftragnehmer hat dem Ingenieur binnen 42 Tagen ab Bekanntwerden des *claim* eine vollständige Dokumentation zu übermitteln.
- Der Ingenieur hat binnen 42 Tagen ab Erhalt der Dokumentation eine Antwort zu geben, die auf Genehmigung des *claim* wenigstens dem Grund nach oder auf Nichtgenehmigung lauten muss.
- Wenn der Auftragnehmer mit der Antwort des Ingenieurs nicht einverstanden ist, kann er die Angelegenheit dem *dispute adjudication board* vorlegen,

das binnen 84 Tagen eine Entscheidung zu treffen hat. Diese Entscheidung ist so lange verbindlich, bis sie durch eine einvernehmlichen Lösung oder durch Schiedsspruch abgeändert wird.

- Wenn der Auftragnehmer mit der Entscheidung des *dispute adjudication board* wiederum nicht einverstanden ist, muss er binnen 28 Tagen Einspruch erheben, widrigenfalls die Entscheidung unabänderlich wird.
- Wenn der Auftragnehmer rechtzeitig Einspruch gegen die Entscheidung des *dispute adjudication board* erhoben hat, kann er nach Vornahme eines Vergleichsversuchs, jedenfalls aber nach dem Ablauf von 56 Tagen (*cooling off period*) das Schiedsverfahren einleiten. Im Schiedsverfahren kann zwar der Ingenieur als Zeuge auftreten, nicht aber können dies die Mitglieder des *dispute adjudication board*. Das Schiedsgericht kann die Entscheidungen des Ingenieurs und des *dispute adjudication board* in jeder Richtung hin prüfen. Die Parteien sind im Verfahren beim Schiedsgericht nicht auf das Vorbringen beschränkt, das sie bereits gegenüber dem Ingenieur oder dem *dispute adjudication board* erstattet haben.

Diese detailreiche Regelung ist während der Dauer des Bauprojekts durchaus zweckmäßig, weil Konflikte sofort und in geregelten Bahnen abgewickelt werden. Durch das Wiederholen der Diskussion beim Ingenieur und beim *dispute adjudication board* ist gewährleistet, dass sich die Parteien genau mit der Sache auseinandersetzen, was die Wahrscheinlichkeit, zu einem Vergleich zu kommen, erhöht.

Ist das Bauprojekt bereits abgeschlossen, ist das Durchlaufen des Verfahrens beim *dispute adjudication board* jedoch weniger sinnvoll und führt nur zu Verzögerungen. Dennoch sehen die FIDIC-Bedingungen vor, dass das *dispute adjudication board* auch nach Beendigung der Bauarbeiten seine Funktion beibehält.<sup>39</sup>

### 4. Der Richter als „Mediator“

In Österreich kann der Richter oder die Richterin gemäß § 204 Abs 2 ZPO in jeder Lage des Verfahrens auch von Amts wegen eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits versuchen. Im Gerichtshofverfahren ist bei der vorbereitenden Tagsatzung die Vornahme eines Vergleichsversuchs sogar zwingend vorgeschrieben.<sup>40</sup> Der Richter ist in Österreich daher traditionell auch als „Mediator“ im Bereich der „alternativen Streitbeilegung“ tätig.

Den Parteien ist eine Initiative des Richters in Richtung eines Vergleichs mitunter sehr willkommen. In vielen Fällen haben die Parteien nämlich die Sorge, dass die Gegenseite das Einleiten von Vergleichsgesprächen als Zeichen der Schwäche ansehen könnte, und verharren daher starr in ihren festgefahrenen Positionen. Ein besonders günstiger

Zeitpunkt für eine Initiative des Gerichts ist natürlich die bereits erwähnte vorbereitende Tagsatzung, zumal bei der vorbereitenden Tagsatzung gemäß § 258 Abs 2 ZPO entweder die Partei selbst oder, wenn die Partei selbst zur Aufklärung des Sachverhalts nichts beitragen kann, ein informierter Vertreter der Partei anwesend sein müssen. Bei technisch komplizierten Fällen kommt als informierter Vertreter einer Partei auch ein Parteisachverständiger in Betracht. Er hat bei diesen Gesprächen vor allem die Aufgabe, dem Gericht das technische Problem verständlich zu machen, und kann auch bei der Erarbeitung von Lösungsmöglichkeiten aktiv mitwirken. Die Erfahrung hat gezeigt, dass zwischen den technischen Sachverständigen beider Seiten oft ein besseres Gesprächsklima besteht als zwischen den Parteienvertretern, was oft auch daran liegt, dass sie schon von der Baustelle her gut miteinander bekannt sind und auch in Zukunft wieder miteinander arbeiten müssen.

### 5. Der Schiedsrichter als „Mediator“

Auch das Schiedsverfahren wird traditionell als ein Verfahren angesehen, das zur vergleichsweisen, „amikalen“ Regelung eines Konflikts besonders geeignet ist. Statistische Untersuchungen haben gezeigt, dass es bei Anlagenbauschiedsverfahren besonders häufig zu einem vor dem Schiedsgericht geschlossenen Vergleich kommt.<sup>41</sup> Der Grund dafür liegt wohl darin, dass bei Anlagenbauprojekten eine Vielzahl verschiedener Ansprüche auf dem Tisch liegen, die breiten Spielraum für vergleichsweise Lösungen lassen.

Für österreichische Juristen ist es nicht außergewöhnlich, dass Schiedsrichter Vergleichsgespräche anregen oder sogar darin involviert sind. In Österreich haben – wie soeben gezeigt<sup>42</sup> – auch staatliche Richter die Aufgabe, auf eine vergleichsweise Regelung hinzuwirken. Andere Rechtskulturen stehen einer Involvierung des Schiedsgerichts in Vergleichsgespräche aber kritisch gegenüber: Im angloamerikanischen Rechtsbereich überlässt es der Richter traditionell der Initiative der Parteien, Vergleichsgespräche zu führen. Dahinter steht die Überlegung, dass die Parteien selbst am besten wissen müssen, was für sie das Vernünftigste ist, sowie die Sorge, dass ein Richter, der Vergleichsgespräche einleitet oder sogar daran teilnimmt, den Anschein erwecken könnte, er habe sich bereits in die eine oder andere Richtung eine Meinung gebildet. Bei Vergleichsgesprächen ist es in der Tat äußerst schwierig, nicht auch ein Wort über die Plausibilität der jeweiligen Rechtspositionen zu verlieren, wenn das Gespräch nicht vollkommen substanzlos bleiben soll. Diese Erwägungen gelten sinngemäß auch für Schiedsrichter.

Günstige Momente für eine Initiative der Schiedsrichter in Richtung eines Vergleichs sind insbesondere das jeweilige Ende eines Verfahrensabschnitts, wie etwa nach dem Austausch der Schriftsätze, nach dem Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Fällung einer (bejahenden) Entscheidung über den Grund des Anspruchs. Natürlich sollte

jede Initiative des Schiedsgerichts in diese Richtung von allen Mitgliedern des Schiedsgerichts mitgetragen werden. Auf Ersuchen des Schiedsgerichts und nach Anhörung der Parteien kann sehr wohl auch der vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige an diesen Vergleichsgesprächen mitwirken.

Die Schiedsrichter und der vom Schiedsgericht ernannte Sachverständige dürfen vergleichsbereiten Parteien gute Dienste leisten, sie müssen aber streng auf die Wahrung ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit achten. Besonders heikel ist in dieser Hinsicht die Erstattung von konkreten Vergleichsvorschlägen. Art 8 der *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* empfiehlt den Schiedsrichtern folgende Vorgehensweise:

- Die Schiedsrichter sollten nur auf ausdrücklichen Antrag oder nach ausdrücklicher Zustimmung sämtlicher Parteien einen Vergleichsvorschlag erstatten.
- Die Schiedsrichter sollen den Vergleichsvorschlag den Parteien gleichzeitig und wenn möglich bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien erstatten.
- Separate Gespräche eines Schiedsrichters mit einer oder mehreren Parteien hinsichtlich des Inhalts des Vergleichs sind ausgeschlossen.

Diese Vorkehrungen sollten dann, wenn ein vom Schiedsgericht ernannter Sachverständiger einen Vergleichsvorschlag erstattet, sinngemäß angewandt werden. Weiters sind folgende Vorkehrungen ratsam:

- Die Parteien haben zu erklären, dass sie den Inhalt der Vergleichsgespräche vertraulich behandeln und sich im allenfalls fortzusetzenden Verfahren nicht auf das im Zug der Vergleichsgespräche Gesagte beziehen, damit ein offenes Gespräch zwischen den Parteien geführt werden kann.
- Wenn die Parteien einen konkreten Vergleichsvorschlag wünschen, haben sie anzugeben, ob dieser auf der Grundlage des jeweils anwendbaren Rechts ergehen soll oder ob Billigkeitserwägungen einfließen dürfen (*ex aequo et bono*).
- Um das Schiedsverfahren nicht zu verzögern, sollten sich alle Seiten auf eine Höchstdauer für die Vergleichsgespräche einigen; ein gewisser Zeitdruck erhöht oft auch die Wahrscheinlichkeit für das Zustandekommen eines Vergleichs.
- Zum Vergleichstermin hat jede Partei mit einem zum Abschluss bevollmächtigten Organ oder Vertreter zu erscheinen.

### 6. Schlusswort

Der internationale Trend im Anlagenbaubereich geht dahin, alternative Streitbeilegung durch Mediation und Adjudika-

tion zu fördern. Sachverständige können in diesen Verfahren als Adjudikatoren oder als Konsulenten einer Partei tätig werden und mit ihrer Sachkunde einen wesentlichen Beitrag zur gütlichen Beilegung des Rechtsstreits leisten. Alle alternativen Streitbeilegungsmechanismen sind aber letztlich nur dann effektiv, wenn die Parteien die Gewissheit haben, „dass es auch anders geht“. Die Vergleichsbereitschaft einer Seite ist umso größer, je mehr sie davon überzeugt ist, dass die zuständigen Gerichte (oder Schiedsgerichte) effektiv Rechtsschutz bieten können, und wenn sie zudem vermuten muss, dass die Gegenseite gut organisiert ist, den Konflikt sorgfältig dokumentiert hat und auch über das Know-how und die Mittel verfügt, ein Gerichtsverfahren oder ein Schiedsverfahren einzuleiten.

### Korrespondenz:

Dr. Christian Aschauer

Rechtsanwalt

ARP Andreas Reiner & Partners

Freyung 6/12, 1010 Wien

Telefon: + 43 / 1 / 532 23 320

E-Mail: office@reiner-arp.at

### Anmerkungen:

- <sup>1</sup> Vgl die Definition bei *Jenkins/Stebbing*s, International Construction Arbitration Law (2006) 60. Es handelt sich keineswegs um neue Verfahrenstechniken, sondern im Gegenteil um sehr traditionelle Methoden. Eine Statistik des Internationalen Schiedsgerichtshofs der Internationalen Handelskammer aus dem Jahr 1925 zeigt, dass von 40 bis Ende 1925 erledigten Streitigkeiten 82,5 % auf „informelle“ Weise einvernehmlich geregelt worden sind: *Hamilton*, La conciliation à la CCI: un aperçu historique, Supplément Spécial de la Cour internationale de la CCI (2001) 25 (25 und 29).
- <sup>2</sup> *Hobeck/Mahnken/Koebke*, Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Anlagenbau – Ein Auslaufmodell? *SchiedsVZ* 2007, 225 (227 f).
- <sup>3</sup> Vgl die Definition von *Friedrich*, The Enforceability of Mediation Clauses – The Approach of English and German Courts and ICC arbitral tribunals, *SchiedsVZ* 2005, 250.
- <sup>4</sup> *Jenkins/Stebbing*s, International Construction Arbitration Law (2006) 61.
- <sup>5</sup> So ausdrücklich *Plant*, ADR and Arbitration, in *Newman/Hill*, The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration (2003) 245 (247).
- <sup>6</sup> Art 19 der UNCITRAL Conciliation Rules 1980; Art 7 Abs 3 der ICC ADR Rules; Art 4 der Schlichtungsordnung des Internationalen Schiedsgerichts der WKÖ; Art 3 und 7 der Schlichtungsordnung der Camera Arbitrale di Milano; § 16 Abs 1 Satz 2 des österreichischen Zivilrechts-Mediations-Gesetzes.
- <sup>7</sup> Zur Unterscheidung zwischen dem parteiernenannten Sachverständigen, der als „Gehilfe“ oder Konsulent einer Seite tätig wird, und dem vom Schiedsgericht ernannten neutralen Sachverständigen siehe *Aschauer*, Der Sachverständige im neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht, *SV* 2007, 67 ff.
- <sup>8</sup> § 9 Zivilrechts-Mediations-Gesetz.
- <sup>9</sup> Wenn der Schuldner eine Verjährungsverzichtserklärung abgegeben hat, aber danach dennoch die Verjährungseinrede erhebt, kann der Gläubiger ihm die Einrede der Arglist entgegenhalten; vgl hierzu *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1501 Rz 2 mwN.
- <sup>10</sup> Nach allgemeinen Regeln führt die Durchführung konkreter Vergleichsgespräche, an denen der Schuldner nicht nur grundsätzlich ablehnend teilnimmt, zu einer Ablaufshemmung; vgl *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1501 Rz 2a; *Kletečka* in *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I<sup>13</sup> (2006) 232.
- <sup>11</sup> Etwas anderes gilt in England; dort ist gemäß dem *Housing Grant Construction & Regeneration Act 1996* bei Bauprojekten die Durchführung einer Mediation zwingend vorgeschrieben; vgl hierzu das

Urteil der Queen's Bench Division vom 30. 3. 2003 in der Sache *Comsite Projects Limited gegen Andritz AG*, 2003 EWHC 958 (TCC).

- <sup>12</sup> In der Praxis wird es aber oft als Schwächezeichen angesehen, wenn eine Seite der anderen beim Auftreten eines Konflikts eine Mediation vorschlägt; vgl *Jenkins/Stebbing*s, International Construction Arbitration Law (2006) 61.
- <sup>13</sup> Das Schiedsgericht ist aufgrund seiner „Kompetenz-Kompetenz“ zur Entscheidung dieser Frage berechtigt; siehe *Friedrich*, *SchiedsVZ* 2005, 254.
- <sup>14</sup> Veröffentlicht in Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Nr 14/1 (2003) 80.
- <sup>15</sup> Kursive Hervorhebung hinzugefügt; Übersetzung des französischen Originaltexts vom Verfasser.
- <sup>16</sup> Veröffentlicht in Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Nr 14/1 (2003) 90.
- <sup>17</sup> Kursive Hervorhebung hinzugefügt; Übersetzung des englischen Originaltexts vom Verfasser.
- <sup>18</sup> In diesem Fall hatte es die Klägerin unterlassen, vor dem Gerichtsverfahren die gemäß § 94 Ärztegesetz vorgeschriebene Schlichtungsstelle anzurufen.
- <sup>19</sup> Diese Frage müsste vom Gericht mit den Parteien aber im Vorhinein im Zuge des Rechtsgesprächs (§ 182a ZPO) erörtert werden.
- <sup>20</sup> Siehe OGH 27. 2. 2009, 6 Ob 280/08g mwN; in diesem Fall hatte der Kläger unterlassen, die gemäß § 8 Vereinsgesetz vorgeschriebene Schlichtungseinrichtung anzurufen.
- <sup>21</sup> *Friedrich*, *SchiedsVZ* 2005, 253 mwN betreffend die Praxis deutscher Gerichte.
- <sup>22</sup> Siehe *Friedrich*, *SchiedsVZ* 2005, 253 mwN für die Praxis deutscher Gerichte; diese Ansicht ist zutreffend und auch für Österreich zu befürworten.
- <sup>23</sup> Vgl die Definition bei *Gould/Abel*, Adjudication in the UK – recent developments, *SchiedsVZ* 2000, 190.
- <sup>24</sup> Adjudikationsverfahren kommen praktisch nur in Verbindung mit nachfolgenden Schiedsverfahren vor. Fälle, in denen Parteien vereinbart haben, dass nach der Adjudikation staatliche Gerichte zuständig sein sollen, sind außergewöhnlich selten.
- <sup>25</sup> Siehe die ICC DAB Rules.
- <sup>26</sup> § 379 Abs 2 EO.
- <sup>27</sup> Siehe die Beispiele bei *Reiner*, Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI, *Clunet* 1998, 853 (875 ff).
- <sup>28</sup> Gerade bei internationalen Bauverfahren kommt den *pre-arbitral referees* aus diesem Grund besondere Bedeutung zu; vgl *Hobeck/Mahnken/Koebke*, *SchiedsVZ* 2007, 231.
- <sup>29</sup> *Hobeck/Mahnken/Koebke*, *SchiedsVZ* 2007, 230.
- <sup>30</sup> Kursive Hervorhebung hinzugefügt; Übersetzung des englischen Originaltexts vom Verfasser.
- <sup>31</sup> Zu den aktuellen FIDIC-Bauvertragsbedingungen vgl sofort den folgenden Punkt.
- <sup>32</sup> Siehe Fall Nr 6276, veröffentlicht im Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Nr 14/1 (2003) 82.
- <sup>33</sup> Es ist höchst fraglich, ob ein staatliches Gericht ebenso flexibel agieren könnte.
- <sup>34</sup> Mehr ins Detail gehende Regeln enthält das FIDIC Red Book 1999 (Annex „Procedural Rules“).
- <sup>35</sup> Vgl *Garger*, Das Schiedsgutachtenrecht (1996) 274 ff.
- <sup>36</sup> *Jenkins/Stebbing*s, International Construction Arbitration Law (2006) 122 f.
- <sup>37</sup> *Harbst/Mahnken*, Adjudication und Dispute Review Board nach den neuen ICC Regeln, *SchiedsVZ* 2005, 34 (39).
- <sup>38</sup> „1999 Red Book“.
- <sup>39</sup> Vgl Art 20.2 des Red Book.
- <sup>40</sup> Vgl § 258 Abs 1 Z 4 ZPO; siehe hierzu *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III<sup>2</sup> (2004) § 258 ZPO Rz 17.
- <sup>41</sup> *Kaufmann-Kohler/Bonnin*, Arbitrators as Conciliators: A Statistical Study of the Relation between an Arbitrator's Role and Legal Background, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Nr 18/2 (2007) 79 (83): Von 54 untersuchten Schiedssprüchen, die alle aufgrund Einvernehmens der Parteien erlassen wurden, betrafen 14 Unternehmenskäufe und 10 Bau- und Infrastrukturprojekte.
- <sup>42</sup> Vgl den vorigen Punkt 4.