

# 11 Konfliktmanagement

## 11.1 Konfliktarten/-ursachen

Es gehört zu den großen kulturhistorischen Leistungen von Gemeinwesen, die sich zu Staaten herausbilden, Konfliktlösungsverfahren anzubieten und durchzusetzen. Unsere heutigen Gerichtsinstanzen, Gerichtswege, einschließlich der eingerichteten Fachgerichtsbarkeiten sind das Ergebnis einer langfristigen Entwicklung, an deren Beginn die Blutrache und das Recht des Stärkeren standen.

### Historie der Konfliktlösungsverfahren

Viele Bürger haben eine Hemmung, zu Gericht zu gehen. Die langwierige Dauer der Verfahren, die hohen Kosten und das Gefühl des unbestimmten Ausgangs haben schon frühzeitig alternative Streitbelegungsverfahren sich entwickeln lassen. Im Mittelpunkt steht hierbei immer der Einsatz eines „Dritten“. Dieser soll und muss helfen, wo die Streitparteien aus sachlichen, vielfach jedoch aus emotionalen Gründen nicht in der Lage sind, selbst Lösungen zu finden.

Vor der Konfliktbewältigung steht zunächst die Analyse der Ursachen eines Konfliktes. Nur eine differenzierte und exakte Analyse kann auch dem „Dritten“ ermöglichen, einen Konflikt nachhaltig beizulegen.

### Analyse des Konfliktes

Die detaillierte Analyse ist die erste „Arbeit am konkreten Fall“. Das Verhalten von Beteiligten in konfliktbeladenen Situationen vor Anrufung eines „Dritten“ und der Umgang der Beteiligten einschließlich des „Dritten“ während des Lösungsmechanismus sind es abhängig von materiellen, sozialen und individuellen Hintergründen.

Konflikte weisen in der Regel drei verschiedene Dimensionen auf<sup>1</sup>:

- Eine rationale Dimension, welches das bestimmte Problem, also die inhaltliche Unstimmigkeit umfasst.
- Die emotionale Dimension bis hin zu dem, was man in der Alltagssprache mit der Aussage „Die Chemie stimmt nicht zwischen den beiden“ sehr genau trifft.
- Eine gesellschaftliche Dimension, die sich auf der sozialen Einordnung des einzelnen innerhalb des Gesellschaftssystems oder innerhalb vertraglicher Gegebenheiten ergibt.

Das Konfliktpotential der streitenden Beteiligten, welches eine einvernehmliche Lösung verhindert, kann sehr verschiedene Hintergründe haben. Die Konflikte sind nach Konfliktarten zu unterscheiden.

Der Sachverhalt wird divergierend eingeschätzt. Dies kann durch Fehlinformation, unterschiedliche Wertschätzung und/oder unterschiedliche Interpretation von Daten hervorgerufen sein.

### Sachverhaltskonflikt

---

<sup>1</sup> Schwarz, Gerhard, Konfliktmanagement, Sechs Grundmodelle der Konfliktlösung, 1997.

<b>Wertekonflikt</b>	Unterschiedliche Lebensstile und -formen, soziale und materielle Ressourcen, aber auch verschiedene Unternehmensstrukturen und -kulturen, sowie die sich hieraus ergebenden individuellen Vorstellungen über Verhaltensnormen sind Auslöser für Wertekonflikte.
<b>Beziehungskonflikt</b>	Diese äußern sich in konfliktbeladener gestörter Kommunikation.
<b>Interessenkonflikt</b>	Sich überlagernde Interessen (z. B. Konkurrenzverhalten) und die sich hieraus ergebenden Interessenkonflikte führen dazu, dass die inhaltlichen Interessen auf die persönlichen Interessen treffen. Dies gipfelt in einem unübersichtlichen Komplex unterschiedlicher Ansichten.
<b>Strukturkonflikt</b>	Ungleiche Lebenssituationen und vor allem Machtgefälle, aber auch zeitliche Engpässe, zwischen den Parteien können zu vorprogrammierten Strukturkonflikten führen.  Die Erkundung bestehenden, aber auch zukünftigen Konfliktpotentials ist notwendig für die Entscheidung, welche Konfliktregelungsverfahren gewählt werden sollen. Diese Regelungsverfahren werden unter Punkt 11.2 dargestellt.

## 11.2 Konventionelle Konfliktregelungsverfahren

### 11.2.1 Schiedsgutachten

Ziele:

- Beilegung eines bestehenden Konflikts
- bindende Klärung einer Tatsachenfrage durch sachkundige Dritte

#### Begriff/Inhalt

Bauprozesse kosten Zeit, Arbeitskraft und Geld. Schon der Gesetzgeber hat deshalb Instrumente zur Verfügung gestellt, den Weg zu den staatlichen Gerichten zu vermeiden. Eine Form dieser Streitbeilegung ist das Schiedsgutachten. Ein solches Schiedsgutachten wird als Rechtsgeschäft in den §§ 317 – 319 BGB beschrieben. Die streitenden Parteien vereinbaren, dass ein Schiedsgutachter aufgrund seiner Sachkunde eine Tatsachenfrage entscheidet. Diese im Schiedsgutachten getroffenen Tatsachen binden dann die Parteien; selbst wenn die getroffenen Feststellungen falsch sein sollten. Lediglich bei offener Unrichtigkeit kann eine Partei das Schiedsgutachten angreifen.

Hauptanwendungsfall im Bauwesen ist der so genannte feststellende Schiedsgutachtenvertrag. Hierbei wird von den Parteien ein sachkundiger Schiedsgutachter mit der Aufgabe betraut, den Inhalt einer Leistung oder eines Vertrages fest- bzw. klarzustellen:

#### Beispiel:

- Feststellung von Werkmängeln,
- Feststellung der Mängelbeseitigungskosten,
- Feststellung der erbrachten und nicht erbrachten Leistungen,
- Klarstellung, ob Nebenleistung oder besondere Leistung i. S. ATV VOB/C,
- Feststellung der Höhe des Nachtragsanspruchs.

Auch können Bauprozesse in einem Vergleich dergestalt enden, dass die streitigen Positionen durch einen Sachverständigen als Schiedsgutachter ermittelt und verbindlich festgeschrieben werden.

Die Klärung von Rechtsfragen ist dem Schiedsgutachter jedoch verwehrt.<sup>2</sup> Zielt also eine Vereinbarung zwischen den streitenden Parteien auf die umfassende Lösung des Konflikts hin, „einschließlich der Klärung von Tatsachen und Rechtsfragen“, liegt kein Schiedsgutachtenvertrag vor.<sup>3</sup>

### **Notwendige vertragliche Regelungen**

Voraussetzung für die Einholung eines Schiedsgutachtens ist, dass die Parteien einen Vertrag mit Schiedsgutachtenklausel, einen so genannten Schiedsgutachtenvertrag, geschlossen haben. Durch diesen Vertrag verpflichten sich die Parteien, bestimmte abgrenzbare Streitfragen nicht vor die Zivilgerichte zu bringen, sondern deren Klärung einem Schiedsgutachter anzuvertrauen.

Eine Form für diesen Schiedsgutachtenvertrag ist nicht vorgeschrieben. Dennoch empfiehlt es sich, eine schriftliche Vereinbarung zu treffen.<sup>4</sup>

Für die Wirksamkeit ist erforderlich, dass bestimmte Bestandteile zwingend geregelt sind:

Die Parteien müssen namentlich aufgeführt werden und die zu klärenden Streitfragen sind zu definieren.<sup>5</sup> Hierbei kann das Schiedsgutachten sämtliche mögliche tatsächliche Streitigkeiten aus einem Rechtsverhältnis umfassen (Abrechnungsfragen, Fertigstellung, Mängel usw.) oder nur für gesondert geregelte Streitfälle, wie z. B. bestimmte Mängel, gelten. Ferner hat der Schiedsgutachtenvertrag einen bestimmten oder bestimmbaren Sachverständigen als Schiedsgutachter zu bezeichnen oder festzulegen, dass ein Dritter (z. B. Industrie- und Handelskammer) den Schiedsgutachter auswählt.

Darüber hinaus kann es sinnvoll sein, weitergehende Ergänzungen zu vereinbaren:

Da die Vorschriften in der Zivilprozessordnung für die Ablehnung eines Schiedsrichters nicht analog anwendbar sind, kann die Frage der Ablehnung des Schiedsgutachters wegen Befangenheit nur als Vorfrage in einem Rechtsstreit vor dem staatlichen Gericht später geklärt werden.<sup>6</sup> Sofern eine Partei deshalb Befürchtungen hat, sollte die Möglichkeit der Ablehnung vereinbart werden.

### **Beispiel:**

Eine Partei klagt eine Leistung ein und beruft sich hierbei auf das erstellte Schiedsgutachten. Die andere Partei trägt die mögliche Befangenheit des Schiedsgutachters vor. Das staatliche Gericht prüft jetzt die Befangenheit als Vorfrage in diesem Prozess.

**Klärung von  
Rechtsfragen**

**Schiedsgutachtenvertrag**

**Form notwendige  
Bestandteile**

**notwendige Bestandteile**

**sinnvolle Ergänzungen**

**Befangenheit des  
Schiedsgutachters**

<sup>2</sup> Kammergericht 26.05.1998, BauR 2000, S. 931

<sup>3</sup> ggf. liegt Schiedsvertrag vor, falls übrige Kriterien wie Endgültigkeit, Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit gegeben sind

<sup>4</sup> Baubegleitende Rechtsberatung, Heiermann Franke Knipp, S. 951

<sup>5</sup> entscheidend für den Erfolg des Schiedsgutachtens ist die klare, exakte Definition der Sachfragen

<sup>6</sup> Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl., 13. Teil B III

<b>Ersatzschiedsgutachter</b>	Ggf. kann es sinnvoll sein, eine Regelung zum Verfahren zur Bestellung eines Ersatzschiedsgutachters zu treffen, da ansonsten bei Wegfall des ursprünglich benannten oder bestimmten Schiedsgutachters durch Urteil zu entscheiden ist. <sup>7</sup> Da es für die Durchführung des Schiedsgutachtauftrags keine gesetzlichen Verfahrensvorschriften gibt, kann es hilfreich sein, dass die Parteien sich auf eine bestimmte Vorgehensweise, ein bestimmtes Verfahren usw. einigen.
<b>Kostenregelung</b>	Soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, tragen sie die Kosten des Schiedsgutachtens je zur Hälfte. Sinnvoll und unbedingt zu empfehlen ist es deshalb, eine Regelung zur Kostentragung nach dem Ergebnis des Schiedsgutachtens zu treffen.
<b>Bauträgervertrag</b>	Bei der Vertragskonzeption ist zu beachten, dass die Schiedsgutachtenabrede in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgervertrages unzulässig ist. <sup>8</sup> Begründet wird dies damit, dass die bindende Festsetzung von Tatsachen die Durchsetzung staatlichen Rechts erschweren kann. Nur wenn die Schiedsgutachtenklausel einen Rechtswegvorbehalt enthält, sei sie wirksam. <sup>9</sup> Eine Individualabrede ist demgegenüber zwar wirksam. Da aber die Bauträgerverträge in aller Regel Geschossbauten betreffen, handelt es sich bei den meisten Bauträgerverträgen um Formularverträge, also um solche, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauträgers eingestuft werden. In jüngster Zeit wird diese Rechtsprechung in der Literatur <sup>10</sup> m. E. zu Recht kritisch beleuchtet.
<b>Einbeziehung Dritter</b>	Hinsichtlich der Einbeziehung Dritter stößt jedoch das Schiedsgutachten an seine Grenzen. Zwar besteht gerade bei Bauverträgen die Notwendigkeit bzw. das Bedürfnis, Dritte in die Streitigkeit mit einzubeziehen (auszuführender Subunternehmer, Bürgen usw.). Der Dritte ist aber an das Schiedsgutachten ohne entsprechende weitergehende Vereinbarung nicht gebunden. Eine Art Streitverkündung an den Dritten ist im Schiedsgutachtenverfahren nicht möglich. Die im Schiedsgutachten getroffenen Feststellungen sind also für die Parteien, nicht aber für den Dritten, bindend. <sup>11</sup>

<sup>7</sup> BGH, 12.01.2001 – V ZR 372/99, NJW 2001, 1928: Scheitern der Bestellung des Schiedsgutachters

<sup>8</sup> BGH, 10.10.1991 – VII ZR 2/91, BGHZ 115/329 ff.

<sup>9</sup> OLG Köln, 27.08.1999: ZfBR 2000, S. 105 (111); zum Teil wird dies damit begründet, dass eine solche Klausel im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 der Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG als missbräuchliche Klausel eingestuft werden soll.

<sup>10</sup> Grundlegend: Wagner, Schiedsgutachterregelung in Bauträgerverträgen? BTR 2004, 69 ff.; zustimmend: Wiesel, IBR 2004, S. 427. Begründet wird dies mit der vom BGH ausdrücklich festgelegten Kooperationsverpflichtung aus dem Bauvertrag, aus der sich ergibt, dass die Parteien technische Auffassungsunterschiede kooperativ zu klären haben und das Schiedsgutachten hierfür ein geeignetes Verfahren ist.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf, 13.11.2003 – 12 U 55/03; BauR 2004, 874ff.; Sienz in IBR 2004, S. 13.

Zwischen Schiedsgutachten und Schiedsgericht bestehen wesentliche Unterschiede. Wenn die Parteien keine eindeutige Regelung getroffen haben, welches Konfliktbewältigungsinstrument angestrebt werden soll, ist dies durch Auslegung zu ermitteln. Während beim Schiedsgutachten – wie oben dargestellt – bestimmte Tatsachen verbindlich festgestellt werden sollen, soll ein Schiedsgericht den gesamten Rechtsstreit entscheiden. Gerade wenn Parteien aus dem angloamerikanischen Rechtsraum in einer fremden Sprache, jedoch deutsches Recht zugrunde gelegt, „Regelungen zur Streitbeilegung“ treffen, ist es oft schwierig, den tatsächlichen Vertragswillen zu ermitteln.<sup>12</sup> In einem vom Oberlandesgericht Hamburg<sup>13</sup> entschiedenen Fall hatten die Parteien in einem englischsprachigen Vertrag ein mehrköpfiges Gremium ausgewählt, dem endgültige und umfassende Entscheidungskompetenz zugebilligt wurde. Dieses Gremium sollte auch die Art der Beweiserhebung bestimmen können; die Durchsetzung festgestellter Ansprüche war jedoch staatlichen Gerichten vorbehalten. Das Oberlandesgericht sah hierin keinen Schiedsgutachtenvertrag, sondern eine Schiedsgerichtsabrede, da – abgesehen von weiteren Kriterien – das Gremium den gesamten Rechtsstreit entscheiden und nicht bloß Tatsachen klären sollte.<sup>14</sup>

Die Vereinbarung des Schiedsgutachtenvertrages ist zu jeder Zeit möglich. Bereits in vielen Werkverträgen ist die Einholung eines Schiedsgutachtens bestimmt. Ebenso häufig sind jedoch die Fälle, in denen bereits Streitigkeiten entstanden sind. Die Parteien vereinbaren, dass die – klar definierten, bereits entstandenen – Streitpunkte geklärt werden.

### Verfahren

Ein Schiedsgutachten setzt die Beauftragung des Schiedsgutachters voraus, so genannter **Schiedsgutachtervertrag**. Weigert sich eine Partei, wie es bei Baustreitigkeiten nicht unüblich ist, an dieser Beauftragung mitzuwirken, ist die andere Partei berechtigt, allein den Schiedsgutachter im Namen beider zu beauftragen, wenn dabei eindeutig klargestellt wird, dass es sich um ein für beide Seiten zu erstattendes Gutachten handelt.<sup>15</sup>

Der Schiedsgutachter erstellt über die zu klärenden Fragen das Schiedsgutachten. Für die Durchführung des Schiedsgutachtauftrags gibt es keine gesetzlichen Verfahrensvorschriften. Dies bedeutet, der Schiedsgutachter kann die Vorgehensweise, Methode, Untersuchung, Bewertung usw. frei gestalten, es sei denn, die Parteien haben hierzu bestimmte Verfahrensanweisungen in der Schiedsgutachtenvereinbarung festgelegt und dann dem Schiedsgutachter im Schiedsgutachtauftrag vorgegeben.

### Abgrenzung Schiedsgericht

### Zeitpunkt für den Abschluß des Schiedsgutachtenver- trages

### Beauftragung des Schiedsgutachters

### Verfahrensanweisungen

<sup>12</sup> OLG Stuttgart, 15.05.2006 – 5 U 21/06: Auslegung fremdsprachiger Vertragsklauseln kann sich über die allein am Wortlaut orientierte Übersetzung eines Dolmetschers hinwegsetzen

<sup>13</sup> OLG Hamburg, 26.09.1994 – 7 U 154/93; Mandelkow in IBR 98, S. 175

<sup>14</sup> OLG Hamburg a. a. O.

<sup>15</sup> seit BGH 6.6.1994 – II ZR 100/92; bestätigt durch BGH, 14.2.2005 – II ZR 365/02

Als Vorgehensweise bieten sich beispielsweise an: Ortsbesichtigung nur in Gegenwart aller Parteien, Erörterungstermin mit allen Parteien vor Erstellung des Schiedsgutachters, nur schriftliche Sachverhalts-schilderungen der Parteien sind maßgebend, bestimmte Untersuchungsmethoden usw..

### **Wirkung**

#### **Offenbare Unrichtigkeit**

Die vom Schiedsgutachter geklärten Fragen gelten – wie bereits dargelegt – verbindlich zwischen den Parteien. Nur in sehr beschränktem Umfang können die Parteien die Feststellungen angreifen.<sup>16</sup> Sie müssen darlegen und beweisen, dass das Schiedsgutachten offenbar unrichtig ist. Offenbar unrichtig ist das Schiedsgutachten nur, wenn sich der Fehler dem sachkundigen und unbefangenen Betrachter – und nicht dem Gericht – aufdrängt, sei es auch erst nach eingehender Prüfung.<sup>17</sup> Betrachtet man die hierzu ergangene Rechtsprechung der letzten Jahre, ist dies kein einfaches Unterfangen. Sofern sich die Ungenauigkeiten und Unkorrektheiten in dem Gutachten ergebnisneutral auswirken, kommt es nicht mehr auf einzelne unrichtige Gutachtenansätze an.<sup>18</sup> Vielmehr ist nur das Gesamtergebnis entscheidend.<sup>19</sup> Will eine Partei das Schiedsgutachten angreifen, hat sie folglich genau darzulegen, ob und wie sich die Fehler im Gutachten auf das Gesamtergebnis auswirken.<sup>20</sup>

Zudem hat die Schiedsgutachtenabrede die Wirkung, die Verjährung zu hemmen. Hemmung der Verjährung bedeutet, dass der Lauf der Verjährungsfrist angehalten wird, also die Frist zum Stillstand gebracht wird und erst nach Wegfall des Hemmungsgrundes weiterläuft. Der entsprechende Zeitraum wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.

### **Kosten**

#### **Vergütung frei verhandelbar**

Die Höhe der Vergütung des Schiedsgutachters wird im Schiedsgutachtervertrag bestimmt. Sie richtet sich nicht nach den Stundensätzen des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes, sondern ist zwischen den Parteien und dem Schiedsgutachter frei vereinbar. Je nach Branche werden Stundensätze, streitwertabhängige Gesamtpauschalen oder Prozent- oder Promillesätze vom Wert des zu begutachtenden Gegenstandes verlangt.

### **Konkurrenz zu anderen Verfahren**

#### **Klage**

Liegt ein Schiedsgutachtenvertrag vor, ist das Schiedsgutachten jedoch noch nicht eingeholt, kann zu der zu klärenden Frage kein Prozess geführt werden. Erhebt eine Partei Klage, ohne vorher ein Schiedsgutachten eingeholt zu haben, kann die andere Partei dies vorbringen. Dies hat die Folge, dass die Klage als zur Zeit unbegründet

<sup>16</sup> Beispiele u. a. bei: Bleutge, Institut für Sachverständigenwesen e.V.: „Das Schiedsgutachten“ Merkblatt für den Sachverständigen und seine Auftraggeber.

<sup>17</sup> BGH, 21.1.2004 – VIII ZR 74/03

<sup>18</sup> OLG Köln, NJW-RR 97, 1412.

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf, 07.05.2000, BauR 2000, S. 1229.

<sup>20</sup> OLG Düsseldorf, 07.05.2000, a. a. O.

abgewiesen wird.<sup>21</sup> Eine Partei kann sich jedoch dann nicht auf die Schiedsgutachtenklausel berufen, wenn sie selbst das Schiedsgutachtenverfahren verzögert, indem sie z. B. die Benennung eines Schiedsgutachters ablehnt. Die Gegenpartei ist dann nicht gezwungen, auf Mitwirkung an dem Schiedsgutachtenverfahren zu klagen, sondern kann gleich Klage auf die eigentliche Leistung erheben.<sup>22</sup> Ob dagegen die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens bei einer Schiedsgutachtenklausel zulässig ist, wird streitig beurteilt.<sup>23</sup>

Ist dagegen ein Schiedsgutachten eingeholt, bindet die hierin festgeschriebene Tatsachenfeststellung das Gericht.

**selbstständiges  
Beweisverfahrens**

### 11.2.2 Selbständiges Beweisverfahren

Ziele:

- Vorbereitung des Bauprozesses durch vorgezogene Beweiserhebung
- Beilegung bestehenden Konflikts
- Klärung einer Tatsachenfrage durch vom Gericht bestellten Sachverständigen

#### Begriff/Inhalt

Zweck des selbständigen Beweisverfahrens ist in einem Großteil der Fälle die Vorbereitung, idealer Weise die Vermeidung eines Bauprozesses. Es ist damit ein Quasi-Vorverfahren für ein sich daran anschließendes Hauptverfahren. Grund hierfür ist, dass die Beweiserhebung durch das selbständige Beweisverfahren einer Beweisaufnahme in einem möglichen späteren Hauptprozess gleichsteht. Mit dem selbständigen Beweisverfahren wird also die Möglichkeit eröffnet, einen streitigen Sachverhalt vor Eröffnung des Hauptprozesses – trotzdem durch eine gerichtliche Beweisaufnahme – zu klären. Ähnlich wie das Schiedsgutachten dient das selbständige Beweisverfahren also dazu, streitige Tatsachen umfassend durch einen Dritten mit entsprechendem Sachwissen zu klären. Der große Unterschied besteht darin, dass das Gericht Herr des Verfahrens ist und somit das selbständige Beweisverfahren prozessrechtlichen Regelungen unterworfen ist. In der Baupraxis wird überwiegend das isolierte selbständige Beweisverfahren gewählt; also die Tatsachenfeststellung, ohne dass ein Streitiges Verfahren bereits anhängig ist. Das rechtliche Interesse an der begehrten Feststellung ist dann anzunehmen, wenn dies der Vermeidung

**Quasi-Vorverfahren  
Lines spätern Baupro-  
zesses**

**Unterschied zum  
Schichtgutachten**

<sup>21</sup> OLG Köln, 27.8.1999 – 19 U 198/98

<sup>22</sup> BGH NJW 1979, 1543 f.

<sup>23</sup> bejahend u. a.: OLG Köln, IBR 1999, 289; OLG Koblenz, BauR 1999, S. 1055 f.; verneinend u. a.: Zanner, BauR 1998, 1154 ff.: Gegen die parallele Zulassung beider Verfahren ist anzuführen, dass dasselbe Ziel mit einem Schiedsgutachten schneller, einfacher erreicht wird.