

**Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit
der Adjudikation in Bausachen**

erstellt für die Fördergemeinschaft Adjudikationsgutachten

von

Prof. em. Dr. Dres h.c. Hans-Jürgen Papier

unter Mitwirkung von

Dr. Meinhard Schröder

Inhaltsübersicht

A. Hintergrund.....	4
B. Gegenstand der Untersuchung und Fragen.....	5
I. Gegenstand.....	5
II. Zu untersuchende Fragen.....	6
III. Weitere Fragen.....	7
IV. Vorgehensweise.....	7
C. Verfassungsmäßigkeit der Adjudikation.....	7
I. Vereinbarkeit der Adjudikation mit dem Justizgewähranspruch.....	7
1. Herleitung und Rechtsnatur des Justizgewähranspruchs.....	8
2. Abgrenzung zur Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG..... und Anwendungsbereich.....	9
3. Inhalt des Justizgewähranspruchs.....	9
a) Justizgewähranspruch als Gerichtsschutzanspruch.....	10
aa) Monopol der staatlichen Rechtsprechung bei den Richtern..... (Art. 92 GG).....	10
bb) Begrenzte Zulässigkeit privater Streitentscheidung.....	11
b) Effektivität des Rechtsschutzes.....	14
4. Adjudikation als Teil der Erfüllung des Justizgewähranspruchs?.....	17
5. Beschränkungen der Justizgewähr durch die Adjudikation.....	19
a) Zahlungsansprüche auf Werklohn.....	20
aa) Temporäre Restriktion für die Justizgewähr.....	21
bb) Konsequenzen für Ansprüche.....	22
(1) Befolgung des Adjudikationsspruchs,..... Bestätigung durch ein Gericht.....	22
(2) Befolgung des Adjudikationsspruchs,..... andere Entscheidung durch ein Gericht.....	23
(3) Missachtung des Adjudikationsspruchs,..... Bestätigung durch ein Gericht.....	24
(4) Missachtung des Adjudikationsspruchs,..... andere Entscheidung durch ein Gericht.....	24
cc) Vollstreckbarkeit.....	25
b) Ansprüche auf Erstellung des Werks.....	26
aa) Temporäre Restriktion für die Justizgewähr.....	27
bb) Konsequenzen für Ansprüche.....	27
(1) Befolgung des Adjudikationsspruchs,..... Bestätigung durch ein Gericht.....	27
(2) Befolgung des Adjudikationsspruchs,..... andere Entscheidung durch ein Gericht.....	28

(3) Missachtung des Adjudikationspruchs.....	29
cc) Vollstreckbarkeit	29
c) Sekundäransprüche	29
aa) Temporäre Restriktion für die Justizgewähr	30
bb) Konsequenzen für Ansprüche	30
cc) Vollstreckung	31
d) Zwischenergebnis	31
6. Rechtfertigung der Beschränkungen der Justizgewähr	31
a) Einschränkung vs. Ausgestaltungsbedürftigkeit.....	32
b) Verhältnismäßigkeit als Maßstab.....	32
c) Verhältnismäßigkeit der Rechtsweggestaltung.....	
unter Einbeziehung der Adjudikation	34
aa) Legitimes Ziel	34
bb) Geeignetheit	35
cc) Erforderlichkeit	36
dd) Angemessenheit	37
(1) Zeitverlust.....	37
(2) Vollstreckung.....	38
(3) Kosten.....	41
7. Anforderungen an die Adjudikation.....	42
a) Anforderungen an den Adjudikator	42
b) Anforderungen an das Adjudikationsverfahren	43
II. Vereinbarkeit der Adjudikation mit der Privatautonomie.....	44
1. Grundrechtsschutz der Privatautonomie über Art. 2 Abs. 1 GG.....	44
2. Beeinträchtigungen der Privatautonomie	45
3. Rechtfertigung	46
a) Auswirkungen auf Primäransprüche.....	47
b) Auswirkungen auf Sekundäransprüche	48
c) Verhinderung anderer Streitentscheidungsmechanismen?	50
4. Zusätzliche Anforderungen an die Adjudikation	50
D. Vereinbarkeit der Adjudikation mit Art. 6 Abs. 1 EMRK	51
E. Ergebnisse.....	54
Anhang 1: Papier der Bund-Länder Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht	
beim BMJ vom 19.5.2011	56
Anhang 2: Mitglieder der Fördergemeinschaft Adjudikationsgutachten	59

A. Hintergrund

Die gerichtliche Erledigung von Streitigkeiten auf dem Gebiet des privaten Baurechts wird von den Beteiligten seit langem als suboptimal empfunden.¹ Es werden vor allem überdurchschnittlich lange Verfahrensdauern und hohe Kosten, die leicht 50 % des Streitwerts erreichen können, kritisiert.² Ursache für diese Missstände sind nicht (nur) die allgemein festzustellende mangelnde Ressourcenausstattung der Justiz,³ sondern auch und vor allem besondere Charakteristika der Bauprozesse, die wiederum aus den ihnen zugrundeliegenden Verträgen und tatsächlichen Gegebenheiten resultieren. Bauverträge im weitesten Sinne zeichnen sich nämlich dadurch aus, dass angesichts der regelmäßig langen Zeitspanne zwischen Vertragsschluss und Fertigstellung des Bauvorhabens einerseits mit Änderungen der Realitäten zu rechnen ist, andererseits aber die Verträge nicht jede solche Änderung vorhersehen können. Mit anderen Worten: Die Leistungsbeschreibungen in den Verträgen stimmen mit den tatsächlich zu erbringenden Leistungen nur bedingt überein, womit Streit vor allem über tatsächliche oder vermeintliche Mehrleistungen und ihre Honorierung vorprogrammiert ist.⁴ Die Situation ist in besonderem Maße misslich für die Seite der Bauunternehmer: Sie befinden sich in einer strukturell nachteiligen Position, weil sie nach dem Werkvertragsrecht grundsätzlich vorleistungspflichtig sind und ihnen daher in Verhandlungen mit dem Auftraggeber das Druckmittel der Nichtausführung des Werks nur begrenzt und unter Inkaufnahme des Risikos reduzierten Cash Flows⁵ durch ausbleibende Abschlagszahlungen zur Verfügung steht. Verkompliziert wird die Situation dann noch zusätzlich durch die Involvierung von Sub- und Nebenunternehmern.

¹ Vgl. etwa *Gralla/Sundermeier*, Bedarf außergerichtlicher Streitlösungsverfahren für den deutschen Baumarkt, *BauR* 2007, 1961 (1964 ff.); *Diederichs*, Gesetzliche Adjudikation – Ein auch in Deutschland dringend benötigtes Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten in Bausachen, in: FS Udo Blecken, 2011, S. 431 ff.

² *Gralla/Sundermeier*, Bedarf außergerichtlicher Streitlösungsverfahren für den deutschen Baumarkt, *BauR* 2007, 1961 (1965); *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, *IBR-online* 2011, 1244. Siehe auch den Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“ von *Teubner Oberheim*, abrufbar unter <http://schroeder.rewi.hu-berlin.de/121112-Endbericht.pdf> (zuletzt abgerufen 20.4.2013), S. 22.

³ Siehe hierzu schon *Papier*, Richterliche Unabhängigkeit, in: *Papier/Merten*, *HbGR V*, 2013, Rn. 52.

⁴ Siehe zu diesem besonderen Konfliktpotential beim Bauen schon *Schröder*, Die statistische Realität des Bauprozesses, *NZBau* 2008, 1 (12).

⁵ Siehe zu diesem Problem etwa *Harbst/Winter*, Adjudication in England – Das erste Jahrzehnt, *BauR* 2007, 1974; *Teubner Oberheim/Schröder*, Construction adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?, *NZBau* 2011, 257; siehe inzwischen auch den Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“ von *Teubner Oberheim*, abrufbar unter <http://schroeder.rewi.hu-berlin.de/121112-Endbericht.pdf> (zuletzt abgerufen 20.4.2013), S. 18 f., 32.

Zur Verbesserung dieser Situation wurde vom Deutschen Baugerichtstag schon im Jahr 2008 empfohlen, für alle Bausachen, an denen kein Verbraucher beteiligt ist, einen Mechanismus zur außergerichtlichen Streitbeilegung durch Gesetz verpflichtend einzuführen.⁶ Vorbild hierfür war das in Großbritannien bereits durch den *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* eingeführte Verfahren der *adjudication*,⁷ das auch für den Vorschlag des Baugerichtstags namensgebend war. Die Erfahrungen aus Großbritannien zeigen, dass es seit der Einführung der *adjudication* zu einer Senkung der Zahl der Bauprozesse und damit zu einer Kosteneinsparung für die Parteien bei gleichzeitiger Entlastung der Justiz gekommen ist.⁸

B. Gegenstand der Untersuchung und Fragen

I. Gegenstand

Gegenstand der Untersuchung ist die Frage, ob in Deutschland die Einführung der verpflichtenden Adjudikation in Bausachen verfassungsgemäß ist. Für das Gutachten wird dabei von folgenden Eckpunkten eines Adjudikationsverfahrens ausgegangen:

- Inhalt des Verfahrens ist, dass ein unabhängiger und sachverständiger Dritter (Adjudikator) auf Antrag einer Partei eine summarische Entscheidung über die Baustreitigkeit in technisch-wirtschaftlicher und/oder rechtlicher Hinsicht trifft;
- Je nach Festlegung Bestellung von einem oder drei Adjudikator(en) durch die Vertragsparteien oder ersatzweise durch ein Benennungsgremium;
- Besetzung (bei drei Adjudikatoren) möglichst interdisziplinär (Planer, Baubetriebe, Jurist etc.);
- Das Verfahren ist durchzuführen, wenn zumindest ein Vertragspartner es verlangt; vor Durchführung und Abschluss des Verfahrens ist eine Klage vor staatlichen Gerichten unzulässig;
- Die Entscheidung ergeht innerhalb fester, kurzer Frist;

⁶ BauR 2008, S. 1776 ff.

⁷ Chapter 53, Part II, Section 108.

⁸ *Harbst/Winter*, Adjudication in England – Das erste Jahrzehnt, BauR 2007, 1974 (1982); differenzierend *Teubner Oberheim/Schröder*, Construction adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?, NZBau 2011, 257; siehe inzwischen auch den Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“ von *Teubner Oberheim*, abrufbar unter <http://schroeder.rewi.hu-berlin.de/121112-Endbericht.pdf> (zuletzt abgerufen 20.4.2013), S. 11; siehe auch *Diederichs*, Gesetzliche Adjudikation – Ein auch in Deutschland dringend benötigtes Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten in Bausachen, in: FS Udo Blecken, 2011, S. 431 ff.

- Gleichbehandlung der Vertragsparteien, aber rechtliches Gehör lediglich innerhalb des verfügbaren Zeitrahmens;
- Der Adjudikator hat die Möglichkeit eigener Sachverhaltsermittlung, ebenfalls soweit der Zeitrahmen es zulässt;
- Verfahrensablauf, unter Beachtung obiger Punkte, gemäß fester Verfahrensordnung; einigen sich die Vertragsparteien nicht über den Verfahrensablauf, entscheidet der Adjudikator;
- Eine Entscheidung im Streitfall kann innerhalb vorgegebener Frist (voll oder teilweise) angefochten werden; verstreicht die Frist ohne Anfechtung, ist die Entscheidung endgültig bindend;
- Eine Entscheidung ist umgehend umzusetzen, auch, wenn sie in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Fehler beinhalten sollte. Etwas anderes gilt nur, soweit und sobald die Entscheidung durch ein nachfolgendes (Schieds-) Gerichtsurteil (de novo) oder eine Einigung der Parteien aufgehoben wird;
- Gesetzliche Adjudikation gilt nicht für Verträge mit einem Verbraucher.

II. Zu untersuchende Fragen

Im Rahmen des Gutachtens soll auf folgende Fragen eingegangen werden, die vor allem durch eine Stellungnahme des Bundesministeriums der Justiz⁹ zu den Vorschlägen zur Einführung der Adjudikation in Bausachen veranlasst sind:

- Verstößt eine kraft gesetzlicher Vorschriften angeordnete Adjudikation gegen den Justizgewährleistungsanspruch? Erschwert sie in verfassungswidriger Weise den Zugang zu den staatlichen Gerichten?
- Muss der Adjudikator Richter im Sinne des Grundgesetzes sein oder zumindest die Befähigung zum Richteramt besitzen? Handelt es sich bei der Adjudikation um eine „rechtssprechende Tätigkeit“ im Sinne von Art. 92 GG?
- Ist ein summarisches (Adjudikations-) Verfahren verfassungsrechtlich zulässig, z. B. unter dem Aspekt der Gewährung rechtlichen Gehörs oder der Bestimmtheit des Verfahrensablaufs und des Beurteilungsmaßstabes?

⁹ Papier der Bund-Länder Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJ vom 19.5.2011 (Anlage 1).

- Müssen „die Ausführungen am Werk ...während des gerichtlichen Verfahrens ruhen“ bzw. besteht (auch unter Berücksichtigung der materiell-rechtlichen Natur des Adjudikations-Verfahrens) ein verfassungsrechtliches Verbot, vollendete Tatsachen zu schaffen?
- Ist es verfassungsrechtlich geboten, bereits gegen Primäransprüche Rechtsmittel dergestalt zur Verfügung zu stellen, dass das Entstehen von Sekundäransprüchen verhindert wird? Ist also die Konservierung von Tatsachen verfassungsrechtlich geboten? Genügt die Gewährleistung von Schadensersatzansprüchen?

III. Weitere Fragen

Im Rahmen des Gutachtens soll zudem auf folgende Fragen eingegangen werden, die sich nach unserer Einschätzung aufdrängen:

- Vereinbarkeit der Adjudikation mit dem durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Grundrecht auf Wahrung der Privatautonomie;
- Vereinbarkeit der Adjudikation mit Art. 6 Abs. 1 EMRK.

IV. Vorgehensweise

Im Folgenden wird zunächst die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Einführung eines obligatorischen Adjudikationsverfahrens, das den dargestellten Rahmenbedingungen entspricht, unter Beschränkung auf die kritischen Fragen untersucht. Sodann wird auf die Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 EMRK eingegangen, da diese Norm aufgrund der Wirkungen der EMRK im deutschen Recht¹⁰ ebenfalls zu beachten ist.

C. Verfassungsmäßigkeit der Adjudikation

I. Vereinbarkeit der Adjudikation mit dem Justizgewähranspruch

Eine verpflichtende Adjudikation, also eine vorläufige, gegebenenfalls aber mit den Mitteln staatlichen Zwangs durchsetzbare Streitentscheidung durch Private, wirft die Frage der Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Justizgewähranspruch auf – immerhin entscheiden zumindest vorübergehend nicht staatliche Gerichte, deren Anrufung während des Adjudikati-

¹⁰ Vgl. zu dieser Bindung insbesondere BVerfGE 111, 307 (315 ff.).

onsverfahrens sogar explizit ausgeschlossen ist, sondern Private. Auch das Bundesministerium der Justiz hat vor allem diesen Punkt für problematisch erachtet.¹¹

1. Herleitung und Rechtsnatur des Justizgewähranspruchs

Ein Justizgewähranspruch ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich kodifiziert. Aus der ausdrücklichen grundgesetzlichen Rechtsschutzgewährleistung in Bezug auf die öffentliche Gewalt kann nicht geschlossen werden, dass im Übrigen kein verfassungsrechtliches Gebot der Gewährung von Rechtsschutz bestünde. Art. 19 Abs. 4 GG hat lediglich die allgemeine verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie sektoral präzisiert und grundrechtlich fundiert, keinesfalls aber eine Herausnahme zum Beispiel privatrechtlicher Streitigkeiten aus der umfassenden verfassungsrechtlichen Gerichtsschutzgarantie bewirkt, die Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ist.¹² Die in Art. 20 GG getroffene Entscheidung zugunsten der Rechtsstaatlichkeit knüpft an eine Rechtsstaatsidee an, für die schon im 19. Jahrhundert eine untrennbare Verknüpfung der Herrschaft des Rechts mit ihrer Durchsetzung durch die rechtsprechende Gewalt des Staates bestimmend war. Otto Bähr formulierte im Jahre 1864 in seiner Schrift „Der Rechtsstaat“ jene Verknüpfung mit folgenden Worten: „Damit der ‚Rechtsstaat‘ zur Wahrheit werde, genügt es nicht, daß das öffentliche Recht durch Gesetze bestimmt sei, sondern es muß auch eine Rechtsprechung geben, welche das Recht für den concreten Fall feststellt, und damit für dessen Wiederherstellung, wo es verletzt ist, eine unzweifelhafte Grundlage schafft.“¹³

Die Verankerung der staatlichen Justizgewährpflicht im Rechtsstaatsprinzip bringt es mit sich, dass ihr – anders als der Rechtsschutzgewährleistung aus Art. 19 Abs. 4 GG – die Ausgestaltung als subjektives Grundrecht fehlt.¹⁴ Da eine ungenügende Rechtsdurchsetzung durch den Staat aber regelmäßig geeignet ist, materielle Grundrechtspositionen zu entwerten, also eine Verletzung der Justizgewährpflicht auf materielle Grundrechte rückwirkt, lässt sich eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der Justizgewährpflicht zumindest auf Art. 2 Abs. 1 GG (in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) stützen;¹⁵ insofern korrespondiert der rechtsstaatlichen Justizgewährpflicht ein subjektiver Justizgewähranspruch.¹⁶ Zu berücksichtigen ist dabei allerdings richtigerweise, dass es bei der Geltendmachung dieses Justizge-

¹¹ Papier der Bund-Länder Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJ vom 19.5.2011 (Anlage 1).

¹² Vgl. *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 6; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 4 Rn. 353; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 16. Siehe auch BVerfGE 107, 395 (401) m.w.N. aus der Rechtsprechung.

¹³ *Otto Bähr*, Der Rechtsstaat, 1864, Nachdruck 1963, S. 192.

¹⁴ Vgl. *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 5, 26.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 107, 395 (401).

¹⁶ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 16.

währanspruchs der Einzelnen um das Fordern einer staatlichen Leistung geht. Grundrechte stellen grundsätzlich Abwehrrechte gegen positives staatliches Tun dar. Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG erscheint daher nur geeignet, einen Mindeststandard an Justizgewähr einzufordern; der Staat darf insoweit nicht das Untermaßverbot verletzen.¹⁷

2. Abgrenzung zur Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und Anwendungsbereich

Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet dem Bürger einen faktisch wirksamen und in angemessener Zeit erfolgenden Rechtsschutz der richterlichen Gewalt gegen subjektive Rechtsverletzungen durch Träger öffentlicher Gewalt¹⁸. Als solche kommen grundsätzlich alle Hoheitsträger in Betracht, wozu auch Gerichte zählen, wenn sie außerhalb ihrer rechtsprechenden Funktion tätig werden¹⁹. Die rechtsprechende Tätigkeit selbst ist hingegen nicht vom Begriff der öffentlichen Gewalt in Art. 19 Abs. 4 GG erfasst²⁰. Der allgemeine Justizgewähranspruch tritt gegenüber Art. 19 Abs. 4 GG genauso zurück wie gegenüber den Spezialregelungen in Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG für die Enteignungsentschädigung und Art. 34 Satz 3 GG für den Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzungen. Der Anwendungsbereich des Justizgewähranspruchs liegt damit im Bereich der Durchsetzung der privatrechtlichen Rechtsordnung sowie des Rechtsschutzes gegen nicht von Art. 19 Abs. 4 GG erfasste Rechtsakte.²¹ Da Adjudikatoren nach diesen Maßstäben offensichtlich keine öffentliche Gewalt ausüben, ist Art. 19 Abs. 4 GG für die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht einschlägig.²²

3. Inhalt des Justizgewähranspruchs

Einer genaueren Klärung bedarf die Frage, was Inhalt des Justizgewähranspruchs ist. Dabei sind für die vorliegende Untersuchung vor allem zwei Punkte von Interesse: Angesichts des Streits um die Qualifikation des Adjudikationsverfahrens als rechtsprechende Tätigkeit ist erstens fraglich, in welcher Form der Staat den Justizgewähranspruch zu erfüllen hat und wel-

¹⁷ So zu Recht *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 4 Rn. 355; a.A. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 17, der allerdings in Rn. 17a auch von „offeneren Rechtsfolgen des allgemeinen Justizgewähranspruchs“ spricht.

¹⁸ Siehe bereits *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 5.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 116, 1 (9 f.).

²⁰ So auch die ständige Rechtsprechung des BVerfG seit BVerfGE 4, 74 (96); siehe mit erneuter eingehender Begründung BVerfGE 107, 395 (404 ff.); zu gegenteiligen Tendenzen im Schrifttum vgl. etwa *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Rn. 438 ff.; *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 255 ff. und insbes. S. 308 ff.

²¹ Siehe bereits *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 6; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Rn. 352.

²² A.A. *Vorwerk*, Referat auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag (AK VII), abgedruckt in BauR 2010, 1428 (1429), wie hier dagegen zu Recht *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, IBR-online 2011, 1244.

che Rolle eine Streitbeilegung durch Private dabei spielen darf. Zweitens ist mit Blick auf die Folgen einer Adjudikationsentscheidung fraglich, welche Anforderungen sich aus dem Justizgewähranspruch für die Effektivität des Rechtsschutzes, insbesondere im Hinblick auf die Durchsetzung subjektiver Rechte aus einem Vertrag, ergeben.

a) Justizgewähranspruch als Gerichtsschutzanspruch

Theoretisch verlangt ein Justizgewähranspruch nicht unbedingt einen *gerichtlichen* Schutz für jede Rechtsstreitigkeit²³. Den Ausgleich zwischen dem Gewaltmonopol des Staates und dem Rechtsdurchsetzungsinteresse des Bürgers könnten an sich auch andere staatliche oder sogar private, durch den Staat beauftragte Streitentscheidungsinstanzen wahrnehmen.

aa) Monopol der staatlichen Rechtsprechung bei den Richtern (Art. 92 GG)

Die vom Grundgesetz konstituierte und an die oben skizzierte Entwicklung anknüpfende Rechtsstaatsidee ist allerdings untrennbar mit der Streitentscheidung und Justizgewährung durch die rechtsprechende Gewalt verknüpft. Dies folgt nicht nur aus der allgemeinen, den Gewaltenteilungsgrundsatz verankernden Vorschrift des Art. 20 Abs. 2 GG, sondern vor allem auch aus der expliziten Regelung des Art. 92 GG. Sie begründet ein Rechtsprechungsmonopol zugunsten der Richter. Die uneingeschränkte Zuständigkeit der Richter für die Wahrnehmung „rechtsprechender Gewalt“ macht in Verbindung mit einem materiell zu verstehenden Begriff der „Rechtsprechung“ deutlich, dass auch die allgemeine Rechtsschutzgarantie im rechtsstaatlichen System des Grundgesetzes eine *Gerichtsschutzgarantie* ist. Der allgemeine Justizgewähranspruch ist aufgrund seiner historischen Entwicklung und der den grundgesetzlichen Rechtsstaatsbegriff prägenden Art. 92 ff. GG also ein (echter) Gerichtsschutzanspruch. Er ist gerichtet auf einen Rechtsschutz und eine Streitentscheidung durch eine richterliche Gewalt, deren Träger den Anforderungen der Art. 97, 98 GG entsprechen. Justizgewähr in diesem Sinne bedeutet Rechtsschutz durch den Richter; andere Justizorgane, erst recht andere staatliche Organe oder sonstige öffentlich-rechtliche Einrichtungen vermögen den verfassungsrechtlich verbürgten Rechtsschutz nicht zu gewähren.²⁴ Festzuhalten ist damit im hier interessierenden Zusammenhang zunächst, dass in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten der Zugang zu einem staatlichen Gericht deutscher Gerichtsbarkeit grundsätzlich eröffnet sein muss.²⁵

²³ Vgl. auch BVerfGE 8, 174 (181).

²⁴ Siehe zum Ganzen bereits *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 8.

²⁵ Siehe zum Ganzen bereits *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 8.

bb) Begrenzte Zulässigkeit privater Streitentscheidung

Mit der Feststellung, dass ein Anspruch darauf besteht, in jedem Zivilrechtsstreit ein staatliches Gericht anrufen zu können, ist indessen noch keine Aussage darüber getroffen, ob und inwieweit zuvor oder stattdessen eine Streitentscheidung durch Private zulässig ist. Hierbei ist eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass mit Blick auf die Anknüpfung des Justizgewähranspruchs an die Grundrechte grundsätzlich ein Verzicht²⁶ auf das Recht, staatliche Gerichte anzurufen, in Betracht kommt. Ein solcher freiwilliger Verzicht auf die Justizgewähr kann sowohl durch privatautonome Vereinbarung als auch, dann indirekt, durch freiwillige Verbandsmitgliedschaft erfolgen.²⁷ Der Verzicht auf das Recht auf staatliche Streitentscheidung stellt sich also regelmäßig sogar als Ausnutzen grundrechtlicher Freiheit dar.²⁸ Daher wird die Existenz der Schieds- oder Verbandsgerichtsbarkeit zu Recht als mit dem Justizgewähranspruch vereinbar angesehen,²⁹ etwa im Hinblick auf die Parteien-³⁰ oder Sportgerichtsbarkeit^{31 32}.

Der Grundrechtsverzicht würde indessen nichts helfen, wenn das Rechtsprechungs-„Monopol“ des Art. 92 GG der privaten Streitentscheidung entgegen stünde. Hierfür könnte das gängige Verständnis des Begriffs „Monopol“, das die Existenz nur eines einzigen Anbieters beschreibt, sich also durch einen Ausschlusscharakter auszeichnet, als Anhaltspunkt dienen. Rechtsprechung darf nach einer solchen Sichtweise nur durch die in Art. 92 GG genannten staatlichen Richter ausgeübt werden. Eine Betrachtung der Stellung des Art. 92 GG im Gesamtgefüge des Grundgesetzes und seiner Funktion³³ ergibt allerdings, dass es sich primär um eine Norm handelt, die den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) konkretisiert.³⁴ Sie teilt innerhalb der Ausübung von Staatsgewalt die Aufgabe der Rechtsprechung exklusiv den Richtern zu und verhindert damit verbindliche, staatliche Streitentscheidungen.

²⁶ Siehe zum Grundrechtsverzicht allgemein etwa *Fischinger*, Der Grundrechtsverzicht, JuS 2007, 808 ff.

²⁷ Zur Zulässigkeit eines solchen Verzichts vgl. *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 2000, S. 84 ff.; siehe auch *Stadler*, Außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung – Chance oder Illusion?, NJW 1998, 2479 (2486).

²⁸ Vgl. *Achterberg*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 92 Rn. 181.

²⁹ Vgl. hierzu *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 13; siehe auch *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn 17.; *Robbers*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 20 Rn. 2639.

³⁰ Vgl. hierzu etwa *Ipsen*, ParteienG, 2008, § 14 Rn. 2.

³¹ Siehe *Danner*, Sondergerichtsbarkeit im Sport, VersR 1990, 2; *Lindemann*, Sportgerichtsbarkeit, SpuRt 1994, 17; *Engelbrecht*, Sportgerichtsbarkeit versus ordentliche Gerichtsbarkeit, AnwBl 2001, 637.

³² Zur verbleibenden Kontrollkompetenz staatlicher Gerichte siehe sogleich unten b).

³³ Zur Erforderlichkeit dieser Gesamtbetrachtung siehe schon BVerfGE 22, 49 (76).

³⁴ Vgl. BVerfGE 103, 111 (137); siehe auch *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 92 Rn. 13; *Morgenthaler*, in: Beck OK, Art. 92 GG, Rn. 1; *Achterberg*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 92 Rn. 51 ff.; *Schmidt-Jortzig*, Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaat, NJW 1991, 2377.

dungen durch andere Organe der Staatsgewalt. Aus dieser gewaltenteilenden Funktion des Art. 92 GG ergibt sich, dass die Norm nur anwendbar ist, wenn es der Staat ist, der rechtsprechende Gewalt ausübt. Der Streit darum, was Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG ist,³⁵ betrifft denn auch nur die Frage, ob eine bestimmte Form der Ausübung von Staatsgewalt als Rechtsprechung oder als andere Form der Ausübung von Staatsgewalt, gegen die grundsätzlich nach Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz durch den Richter gewährt wird, anzusehen ist. Keine Aussage lässt sich Art. 92 GG allerdings darüber entnehmen, wie Private ihre Streitentscheidung auszugestalten haben. Art. 92 GG verbietet ihnen nicht, selbst Personen mit Aufgaben der „Rechtsprechung“ zu betrauen, und für den Fall, dass sie dies tun, verlangt Art. 92 GG auch nicht, dass diese Personen „Richter“ im Sinne des Grundgesetzes sind. Art. 92 GG lässt sich also kein generelles Verbot einer Streitentscheidung durch Private entnehmen.³⁶

Weder das Argument der Offenheit des Art. 92 GG für private Streitbeilegung noch das Argument des freiwilligen Grundrechtsverzichts greifen allerdings ein, wenn die Initiative zur Streitentscheidung durch Private nicht mehr von Privaten, sondern vom Staat ausgeht. Nicht zulässig ist es daher, dass der Staat seine Verpflichtung zur Gewährung von Rechtsschutz, und zwar wegen Art. 92 GG von Rechtsschutz gerade durch Richter, nicht selbst erfüllt, sondern die Tätigkeit an Private delegiert;³⁷ Art. 92 GG stellt insofern auch einen sogenannten Funktionsvorbehalt für die Rechtsprechung dar.³⁸ Dies darf allerdings nicht zu dem Fehlschluss verleiten, jede Betrauung Privater mit Tätigkeiten, die (in der Praxis) auch durch staatliche Richter ausgeübt werden, sei verfassungsrechtlich unzulässig. Der Funktionsvorbehalt des Art. 92 GG muss in diesem Kontext vielmehr akzessorisch zum Anspruch auf eine richterliche Entscheidung verstanden werden:³⁹ Verboten ist es dem Staat daher nur, solche Tätigkeiten nicht durch Richter ausführen zu lassen und damit auch an Private zu delegieren, die gerade der Erfüllung des verfassungsrechtlich garantierten Justizgewähranspruchs oder des Anspruchs aus Art. 19 Abs. 4 GG dienen oder die durch spezielle Richtervorbehalte in der Verfassung gerade der Entscheidung durch Richter zugewiesen sind.

³⁵ Vgl. BVerfGE 103, 111 (136): „nicht abschließend geklärt“; siehe auch *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 92 Rn. 18 ff.

³⁶ Vgl. auch schon BGHZ 65, 59 (61). Siehe auch *Achterberg*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 92 Rn. 179; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 92 Rn. 50.

³⁷ Vgl. *Burgi*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR IV, 3. Aufl. 2006, § 75 Rn. 41.

³⁸ Vgl. etwa *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 92 Rn. 28 f.

³⁹ Siehe zu diesem Zusammenhang auch *Morgenthaler*, in: Beck OK, Art. 92 GG, Rn. 1. Die traditionell aufgeführte Rechtsprechung „im materiellen Sinn“ (vgl. etwa *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 92 Rn. 9; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 92 Rn. 35); ist dabei mit Blick auf das Zivilrecht über den Justizgewähranspruch erfasst, so dass dieser Definitionslinie keine eigenständige Bedeutung zukommen kann.

Mit der Feststellung, dass *bei* der Erfüllung des Justizgewähranspruchs der Funktionsvorbehalt des Art. 92 GG eingreift und eine Delegation auf Private ausscheidet, ist indessen noch nichts darüber gesagt, *wann* eine Erfüllung des Justizgewähranspruchs durch den Staat stattfindet, welche „Verfahrensbestandteile“ also Teil der Erfüllung des Justizgewähranspruchs sind. In welchen Fällen eine Delegation gerade im Hinblick auf den Justizgewähranspruch verboten ist, lässt sich am besten verstehen, wenn man sich erneut seine Bedeutung vergegenwärtigt. Er bietet nämlich die Kompensation dafür, dass der Einzelne auf sein Selbsthilferecht (weitgehend) zu verzichten und dem Staat das Gewaltmonopol einzuräumen hat. Der Staat muss daher dieses Gewaltmonopol auch ausüben und etwa auftretende Streitigkeiten zwischen Privaten entscheiden, wenn sie sich an ihn wenden.⁴⁰ Das Hauptkennzeichen der richterlichen Tätigkeit, mit der der Justizgewähranspruch erfüllt wird, ist daher, dass ein Streit (vorbehaltlich etwaiger Rechtsmittel) abschließend und letztverbindlich entschieden wird.⁴¹ „Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung in diesem Sinne gehört das Element der Entscheidung, der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des Ausspruchs dessen, was im konkreten Fall rechtens ist.“⁴² Nur für diese Tätigkeit verbietet Art. 92 GG dementsprechend eine Delegation auf nicht-richterliche, also auch private Stellen. Deutlich wird dieses formale Verständnis der Justizgewähr etwa, wenn man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dem in § 15a EGZPO vorgesehenen obligatorischen Schlichtungsverfahren betrachtet. Obwohl dieses dazu führen kann, dass „eine Inanspruchnahme der staatlichen Gerichte wegen der schon erreichten Einigung entfällt, so dass die Streitschlichtung für die Betroffenen kostengünstiger und vielfach wohl auch schneller erfolgen kann als eine gerichtliche Auseinandersetzung“,⁴³ obwohl man es daher als materiel- len Beitrag zur Justizgewährpflicht des Staates ansehen könnte, hat das Bundesverfassungsgericht eine formale Betrachtungsweise vorgenommen und festgestellt, dass das Schlichtungsverfahren eine Beschränkung der Justizgewähr sei, weil es den Zugang zu den staatlichen Gerichten erschwere.⁴⁴

Diese formale Sichtweise erscheint zutreffend. Der Justizgewähranspruch verlangt nämlich nur, dass überhaupt eine letztverbindliche staatliche Entscheidung durch Richter getroffen wird; er besagt aber nicht, dass die erste vom Staat veranlasste Befassung irgendeiner Person mit der rechtlichen Prüfung einer Angelegenheit bereits Teil der Erfüllung des Justizge-

⁴⁰ Vgl. auch *Burgi*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR IV, 3. Aufl. 2006, § 75 Rn. 41.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 103, 111 (138)

⁴² BVerfGE 103, 111 (137) unter Verweis auf BVerfGE 7, 183 (188 f.); 31, 43 (46); 60, 253 (269 f.).

⁴³ BVerfG, NJW-RR 2007, 1073 (1074).

⁴⁴ BVerfG, NJW-RR 2007, 1073; zur Rechtfertigung der Beschränkung siehe unten.

währanspruchs ist. Daher können vorgeschaltete Verfahren vor privaten Gerichten⁴⁵ und sogar behördliche Vorverfahren, wie sie sich sogar im Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG finden, obgleich dort strengere Anforderungen gelten als für die allgemeine Justizgewähr,⁴⁶ grundsätzlich zulässig sein, auch wenn in ihrem Rahmen kein Richter mit der Angelegenheit befasst wird. Die Frage, ob ein konkretes Vorverfahren, sei es vor einer privaten oder staatlichen Stelle, im Einzelfall mit dem Justizgewähranspruch vereinbar ist, lässt sich dabei nicht pauschal beantworten, sondern nur, indem es als rechtfertigungsbedürftige Beschränkung des Justizgewähranspruchs auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft wird. Die im Schrifttum anzutreffenden Bemerkung, dass es unzulässig wäre, „wenn im Bereich der bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten ein behördliches Vorverfahren eingeführt würde, bei dem eine Behörde bzw. Gütestelle zunächst (etwa durch Verwaltungsakt) eine vollstreckbare Entscheidung über den Anspruch träge, bevor sich der Unterlegene hiergegen an den Richter wenden könnte“⁴⁷, darf daher allenfalls als Ergebnis einer solchen Prüfung, nicht aber als apodiktischer Ausschluss solcher Verfahren verstanden werden.⁴⁸

b) Effektivität des Rechtsschutzes

Der Justizgewähranspruch verlangt nicht nur den bloßen und formalen Zugang zu den staatlichen Gerichten, sondern auch, dass der dort gewährte Rechtsschutz effektiv ist.⁴⁹ Dazu gehört, dass der Streitgegenstand einer umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Prüfung durch den Richter zugänglich ist und dass diese Prüfung mit einer verbindlichen Entscheidung abschließt.⁵⁰ Die richterliche Kontrolle muss, jedenfalls beim ersten Zugang zur Gerichtsbarkeit, auch die Feststellung bzw. Überprüfung des jeweiligen Tatsachenstoffes beinhalten.⁵¹ Sie darf nicht nach der Art eines Revisionsverfahrens auf bloße „Rechtsfehler“ begrenzt sein. Zulässig sind allerdings Beschränkungen der Prüfungsdichte unter dem Aspekt der Präjudizialität⁵² oder der Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten⁵³, da in solchen Fällen bereits vorher eine gerichtliche Kontrolle stattgefunden hat bzw. stattfinden konnte. Auch im vorläufigen

⁴⁵ Für die Zulässigkeit privater Gerichte bei anschließender Kontrolle staatlicher Gerichte *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 92 Rn. 52; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 92 Rn. 29.

⁴⁶ Vgl. *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 23.

⁴⁷ *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 92 Rn. 56.

⁴⁸ Für die Zulässigkeit auch *Classen*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 3, 6. Aufl. 2010, Art. 92 Rn. 32.

⁴⁹ Siehe BVerfGE 107, 395 (408); siehe auch schon BVerfGE 54, 277 (291).

⁵⁰ BVerfGE 54, 277 (291); 85, 337 (345).

⁵¹ BVerfGE 54, 277 (291); 85, 337 (345).

⁵² Dieser Aspekt kommt etwa bei der zivilrechtlichen Nebenintervention nach § 68 ZPO zum Tragen.

⁵³ Vgl. dazu etwa *Forsthoff*, Lehrbuch des Allgemeinen Verwaltungsrecht, Band 1, 10. Aufl. 1973, S. 106 f.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 11 Rn. 8.

Rechtsschutz ist eine reduzierte Kontrolldichte denkbar.⁵⁴ Das gerichtliche Rechtsschutzverfahren muss ferner mit einer richterlichen Entscheidungskompetenz ausgestattet sein, die dem Rechtsschutzsuchenden die Möglichkeit eröffnet, in angemessener Zeit eine der Rechtskraft fähige und vollstreckbare richterliche Entscheidung zu erlangen. Aus dem Justizgewähranspruch des Rechtsschutzsuchenden folgt für den Richter das Verbot der Rechtsverweigerung.⁵⁵ Im Übrigen sind die speziellen Rechtsschutzstandards der besonderen Justizgrundrechte (Art. 101 ff. GG) zu wahren.⁵⁶

Obwohl das Gebot effektiven staatlichen Gerichtsschutzes eine vorrangige Streitentscheidung durch eine Schieds- oder Verbandsgerichtsbarkeit nach dem Gesagten nicht ausschließt, können diese Formen der Streitentscheidung eine staatliche Entscheidung nicht völlig verhindern. Da auch eine Schutzpflicht des Staates besteht, im Interesse materiellen Grundrechtsschutzes für eine angemessene Rechtsdurchsetzung zu sorgen, muss es auch in den Fällen vorrangiger Streitentscheidung durch eine nichtstaatliche Gerichtsbarkeit eine – wenn auch reduzierte – Kontrollkompetenz staatlicher Gerichte geben. Selbst wenn die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts privatautonom vereinbart oder durch Mitgliedschaft begründet, also nicht gesetzlich angeordnet ist, müssen aus Gründen des Justizgewähranspruchs schiedsgerichtliche Entscheidungen einer gewissen „staatsgerichtlichen“ Missbrauchs- oder Evidenzkontrolle unterliegen, z.B. auf die Einhaltung des Verfahrensrechts hin einschließlich der Gewährung rechtlichen Gehörs und der Wahrung der guten Sitten und öffentlichen Ordnung.⁵⁷ Diese Anforderungen bestehen umso mehr, wenn schiedsgerichtliche Entscheidungen durch staatliche Organe vollstreckt werden sollen. Macht sich der Staat durch Vollstreckung die Richtigkeit der zu vollstreckenden Entscheidung zu eigen und nimmt darauf basierend mit seinem Vollstreckungsakt einen der schwersten denkbaren Eingriffe gegen den Bürger vor, so muss er zuvor sicherstellen, dass ein gewisser Mindeststandard der privaten Schiedsgerichtsbarkeit erfüllt ist. Die §§ 1059 f. ZPO genügen diesen Anforderungen.

Das Kriterium der Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes beinhaltet auch eine zeitliche Komponente.⁵⁸ Obwohl sich dem Justizgewähranspruch kein Recht entnehmen lässt, stets sofort Rechtsschutz zu erhalten, darf keine unverhältnismäßige Verzögerung eintreten. Vor allem drei Konstellationen können einen effektiven Rechtsschutz in zeitlicher Hinsicht ge-

⁵⁴ In diese Richtung BVerfGE 107, 395 (408).

⁵⁵ *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 19.

⁵⁶ *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 16.

⁵⁷ Vgl. *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 13.

⁵⁸ Vgl. *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 21.

führen: Erstens kann der Gerichtsschutz zu schnell ausgeschlossen sein, etwa weil die Klage- oder Antragsfristen so kurz bemessen sind, dass ein sachlich fundiertes Rechtsschutzbegehren nicht fristgerecht vorgebracht werden kann. Zweitens kann die Effektivität dadurch beeinträchtigt sein, dass die Möglichkeit der Anrufung des Gerichts zu lange hinausgeschoben wird, z.B. durch Bestimmung eines nicht-gerichtlichen, in zeitlicher Hinsicht unlimitierten Vorverfahrens. Drittens kann effektiver Rechtsschutz an der Dauer der Rechtsschutzverfahren selbst scheitern. Das gilt vor allem, wenn die Gefahr des Eintritts vollendeter Tatsachen besteht. So kann die sachliche Erledigung des Rechtsschutzgesuches so lange hinausgezögert sein, dass sie dem Rechtssuchenden faktisch nichts mehr nützt oder sonst unzumutbare Nachteile bewirkt. Welche Zeit „angemessen“ für den Rechtsschutz ist, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, etwa der Schwierigkeit des Einzelfalls, der Verfahrensart oder der Eilbedürftigkeit; eine generelle Betrachtungsweise ist nicht möglich. Zur Sicherung eines „zeitgerechten“ Rechtsschutzes kann sich für die Gesetzgebung die Notwendigkeit ergeben, Instanzenzüge zu kürzen bzw. zu streichen und/oder sonstige Bestimmungen der Verfahrensstraffung und -beschleunigung zu erlassen. Auch die verbesserte sachliche und personelle Ausstattung der betreffenden Gerichtsbarkeit kann sich zu einem Verfassungsgebot verdichten. Dem Richter selbst obliegt kraft der Justizgewährspflicht ein Gebot zur Verfahrensbeschleunigung.⁵⁹

Auch wenn der Rechtsschutz in privatrechtlichen Streitigkeiten regelmäßig - anders als der verwaltungsrechtliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt - kein (bloß) repressiver Rechtsschutz ist, kann sich im Einzelfall dennoch die Notwendigkeit der Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes ergeben. Im Wege vorbeugender Unterlassungs- oder Feststellungsklagen muss einer drohenden Rechtsverletzung entgegengewirkt werden können, wenn anders wirksamer Hauptsachenrechtsschutz nach Lage der Dinge nicht erzielt werden kann. Die Wirksamkeit des Rechtsschutzes kann auch in zivilrechtlichen Streitigkeiten erfordern, in Eilfällen einstweilen Rechtsschutz zu gewähren, um im Wege vorläufiger Entscheidungen den Eintritt irreparabler Zustände oder Nachteile effektiv zu verhindern. Die nähere Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes und seiner verfahrensrechtlichen Anforderungen im einzelnen bestimmt der Gesetzgeber. Sein Spielraum ist hier von Verfassungs wegen größer als im Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG und des von ihm gewährleisteten öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt.⁶⁰

⁵⁹ Siehe zum Ganzen *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 22 m.w.N.

⁶⁰ *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 23.

Voraussetzung für die Einschlägigkeit des Justizgewähranspruchs ist stets das Bestehen eines materiellen Anspruchs, eines subjektiven Rechts, das durchgesetzt werden soll.⁶¹ Damit ergibt sich ein Spannungsverhältnis zum materiellen Recht, das – insbesondere im Zivilrecht – vielfältige Veränderungen von Ansprüchen vorsieht, die durch Zeitablauf, durch Zufall oder durch das Verhalten von Vertragsparteien oder Dritten eintreten und auf die der Gläubiger eines Anspruchs meist keinen Einfluss hat. Der Gesetzgeber des Zivilrechts ist nicht nur berechtigt, sondern wohl auch verpflichtet, in seinen Regelungen über das Schicksal von Ansprüchen tatsächlichen Gegebenheiten und Verkehrsbedürfnissen in dieser Form Rechnung zu tragen. Dabei darf er auch Ansprüche untergehen lassen oder durch andere Ansprüche ersetzen. Verfassungsrechtlicher Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit solcher gesetzgeberischer Entscheidungen ist grundsätzlich das Grundrecht auf Schutz der Privatautonomie, und zwar nicht nur in dem offensichtlichen Fall, dass die Vorschriften nicht dispositiv sind, sondern auch dann, wenn sie den Vertragsschließenden nur als „Regelfall“ vorgegeben sind, der bei fehlender Parteivereinbarung eintritt. Aus der Justizgewähr lässt sich wohl schon kein Anspruch darauf ableiten, dass jeder dieser materiell-rechtlichen Ansprüche, mag er auch nur temporär bestehen, gerichtlich zu jedem beliebigen Zeitpunkt durchgesetzt werden kann,⁶² was in vielen Fällen ohnehin nur unter sehr intensiver Nutzung von Eilrechtsschutz möglich wäre. Ausreichend erscheint, dass über die Ansprüche inzident und im Rahmen eines späteren Rechtsstreits entschieden werden kann. Eine andere Betrachtungsweise, die in den materiell-rechtlichen Regelungen, die den Untergang, die Veränderung oder die Umwandlung von Ansprüchen vorsehen, nicht nur Beschränkungen der Privatautonomie, sondern in der Folge auch als Beschränkung der Justizgewähr sieht,⁶³ wäre aber denkbar und würde die Frage der Verfassungskonformität einer solchen gesetzlichen Regelung im Rahmen der Rechtfertigung einer Beschränkung der Justizgewähr aufwerfen.

4. Adjudikation als Teil der Erfüllung des Justizgewähranspruchs?

Denkbar erscheint es zunächst, die Adjudikation so zu verstehen, dass sie gerade der Erfüllung des Justizgewähranspruchs dient. Geht man zu Recht davon aus, dass die Ausgestaltung der Verfahrensordnung in einer Weise, die die Effektivität des Rechtsschutzes gewährleistet,

⁶¹ Vgl. BVerfGE 116, 135 (150); siehe auch BVerfGE 116, 1 (11 f.) zu Art. 19 Abs. 4 GG.

⁶² In diese Richtung auch BVerfGE 61, 82 (110) für die Parallelvorschrift des Art. 19 Abs. 4 GG „Die Vorschrift gewährleistet nicht selbst den sachlichen Bestand oder Inhalt einer als verletzt behaupteten Rechtsstellung dieser Art; dieser Bestand und sein Inhalt richtet sich vielmehr nach der Maßgabe der Rechtsordnung im übrigen“; ähnlich auch BVerfGE 116, 1 (11 f.).

⁶³ In diese Richtung möglicherweise BVerfGE 116, 135 (151), wo es allerdings um die Gestaltung eines Vergabeverfahrens durch die öffentliche Hand und nicht um Ansprüche des klassischen Zivilrechts zwischen Privaten ging.

Teil der Erfüllung des Justizgewähranspruchs ist, könnte man die Einführung der Adjudikation als Beitrag des Staates zur Erfüllung seiner Justizgewährpflicht verstehen.⁶⁴

Wäre die Adjudikation tatsächlich als echter Bestandteil der Erfüllung des Justizgewähranspruchs anzusehen, wäre damit allerdings zugleich das Verdikt der Verfassungswidrigkeit über sie gesprochen, denn der Justizgewähranspruch kann nach dem oben Gesagten aufgrund des Funktionsvorbehalts in Art. 92 GG nur durch Richter im Sinne dieser Vorschrift erfüllt werden. Adjudikatoren sind aber keine Richter. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass sie einer materiellen Definition von „Richter“ entsprechen, die aus dem Wesen der richterlichen Tätigkeit abgeleitet wird, das darin bestehen soll, dass Rechtsprechung „durch einen nichtbeteiligten Dritten in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit ausgeübt wird“;⁶⁵ zusätzlich wird man ein Mindestmaß an fachlicher Kompetenz verlangen müssen.⁶⁶ Bei diesen Kriterien handelt es sich indessen nur um notwendige, nicht aber um hinreichende Bedingungen für die Qualifikation als Richter im Sinne des Grundgesetzes. Erforderlich ist nämlich auch, dass die Rechtsprechung für den Staat, „im Namen des Volkes“ ausgeübt wird, wofür eine staatliche Anstellung, eine Amtsträgereigenschaft⁶⁷ erforderlich ist. Jedenfalls hieran fehlt es bei den privat agierenden Adjudikatoren.

Die Qualifikation der Adjudikation als Beitrag des Staates zur Erfüllung seiner Justizgewährpflicht erscheint bei genauerer Betrachtung allerdings zweifelhaft. Zwar darf nicht aus dem Umstand, dass der Staat keine Richter einsetzt, darauf geschlossen werden, dass die Adjudikation keine Rechtsprechung in Erfüllung des Justizgewähranspruchs darstellt,⁶⁸ denn es soll ja gerade ermittelt werden, ob vielleicht der Einsatz der rechtsprechenden Gewalt erforderlich und damit die Adjudikation durch Private verboten ist. Entscheidend ist hierfür nach dem oben Gesagten, ob es sich bei der Adjudikation um eine Tätigkeit handelt, für die der Funktionsvorbehalt des Art. 92 GG gilt. In diese Richtung scheint etwa eine Stellungnahme des BMJ zu weisen, in der ausgeführt wird: „Die Entscheidung des Adjudikators stellt rechtsprechende Tätigkeit dar.“⁶⁹ Dieser Einschätzung liegt ein weites Verständnis des Begriffs der

⁶⁴ In diese Richtung *Lembcke*, Adjudikation verfassungswidrig?, *BauR* 2010, 1122 (1124 f.).

⁶⁵ St. Rspr., vgl. BVerfGE 103, 111 (140) m.w.N.; *Morgenthaler*, in: Beck OK Art. 92 GG, Rn. 19.

⁶⁶ BVerfGE 26, 186 (201); 54, 159 (166 ff.); *Morgenthaler*, in: Beck OK Art. 92 GG, Rn. 19.

⁶⁷ Vgl. *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 92 Rn. 64: „besonderer Amtsträger“. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 92 Rn. 54, verweist auf die besondere Übertragung des Amtes. Siehe auch *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 2000, S. 51.

⁶⁸ Genauso unzulässig ist der umgekehrte Schluss, vgl. BVerfGE 103, 111 (137).

⁶⁹ Papier der Bund-Länder Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJ vom 19.5.2011 (Anhang 1). Unklar bleibt freilich, warum aus dieser Qualifikation das Erfordernis vollständiger (staatlicher) gerichtlicher Überprüfung folgen soll, wie das BMJ ebenda feststellt.

Rechtsprechung⁷⁰ zugrunde, das wortlautmäßig möglich erscheint und die Adjudikation dann erfassen würde.

In der Literatur wird gegen den Rechtsprechungscharakter der Adjudikation vor allem angeführt, dass die Adjudikationsentscheidung nicht letztverbindlich sei und noch eine spätere gerichtliche Prüfung stattfinde.⁷¹ Während das Argument der Letztverbindlichkeit nicht vollständig überzeugen kann, da es einerseits auch in Bereichen, die unstreitig als Teil der Rechtsprechung anzusehen sind, nicht-letzverbindliche Entscheidungen gibt (man denke nur an die Möglichkeit von Rechtsmitteln oder Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz), andererseits aber durch die Adjudikation auch Entscheidungen getroffen werden können, die infolge des Eintritts vollendeter Tatsachen später nicht mehr reversibel sind, erscheint der Hinweis auf die spätere gerichtliche Prüfung zutreffend. Wie bereits ausgeführt ist nämlich die Frage, ob eine rechtsprechende Tätigkeit im Sinne des Art. 92 GG vorliegt, im Kontext mit der Erfüllung des Justizgewähranspruchs zu sehen. Diese Verknüpfung verlangt, dass die Adjudikation nicht isoliert betrachtet wird, sondern in ihrer Einbettung in das gesamte zivilrechtliche Rechtsschutzsystem. Eine solche Gesamtbetrachtung ergibt vorliegend, dass die Adjudikation in Baustreitigkeiten nicht etwa die staatliche Justiz ersetzen, sondern sie ergänzen soll. Selbst wenn der Adjudikator „Recht spricht“, indem er Ansprüche aus bestimmten Verträgen zumindest vorübergehend zuspricht (oder verneint), ist dies allenfalls eine „justizähnliche“⁷² Tätigkeit, aber keine Maßnahme der Erfüllung des verfassungsrechtlichen Justizgewähranspruchs. Weder will der Staat mit der Adjudikation den Justizgewähranspruch erfüllen – daher greift das Rechtsprechungsmonopol des Art. 92 GG nicht ein – noch muss er ihn mit der Adjudikation erfüllen, denn das gerichtliche Verfahren, das der Justizgewähr dient, folgt gegebenenfalls im Anschluss.⁷³ Die Adjudikation stellt daher in der Gesamtkonzeption des staatlichen Rechtsschutzes kein Element der „Erfüllung“, sondern eine – zumindest zeitliche – Beschränkung des Justizgewähranspruchs dar.

5. Beschränkungen der Justizgewähr durch die Adjudikation

Zu ermitteln ist in der Folge, worin genau die Beschränkung des Justizgewähranspruchs durch die Adjudikation liegt. Bei dieser verfassungsrechtlich unverzichtbaren Prüfung darf nicht,

⁷⁰ Vgl. hierzu etwa *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 2000, S. 43 ff.

⁷¹ Vgl. *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, IBR-online 2011, 1244 (Rn. 26).

⁷² *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, IBR-online 2011, 1244 (Rn. 33).

⁷³ Vgl. zu diesem Verhältnis zwischen Vorverfahren und gerichtlichem Verfahren auch *Classen*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 3, 6. Aufl. 2010, Art. 92 Rn. 32.

wie es in den bisherigen Auseinandersetzungen mit der Frage häufig geschehen ist,⁷⁴ „die Adjudikation“ als allgemeine Beschränkung aufgefasst werden, sondern es ist zunächst zu ermitteln, worin genau die Belastung für den Rechtsschutzsuchenden liegt. Veranschaulichen lässt sich diese am ehesten durch eine Betrachtung der möglichen Abweichungen von der geltenden Rechtslage. Andererseits darf nicht der Fehler gemacht werden, allein aus einer (negativen) Abweichung von der geltenden Rechtslage auf eine Verletzung des Justizgewähranspruchs zu schließen. Die geltende Rechtslage stellt nämlich nicht notwendigerweise den verfassungsrechtlich geforderten Mindeststandard dar.

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass die Garantie staatlicher Justizgewähr kein Selbstzweck ist, sondern der Durchsetzung subjektiver Rechte dient.⁷⁵ Zu ermitteln ist demnach zunächst, welche Rechtsschutz-Situationen in Bauprozessen auftreten, und sodann, wie sich die Einführung der Adjudikation auf diese auswirken würde. Dabei ist sinnvollerweise zwischen den verschiedenen Ansprüchen zu differenzieren, die möglicherweise geltend gemacht werden, wobei sowohl die Perspektive des Auftraggebers als auch die des Auftragnehmers von Interesse ist. Keiner Entscheidung bedarf jedenfalls⁷⁶ aus der verfassungsrechtlichen Perspektive die Frage, wie das Adjudikationsverfahren einfachrechtlich einzuordnen ist. Diskutiert wird insofern, dass es sich um ein (auflösend bedingtes) Schiedsgutachten gemäß §§ 317 ff. BGB,⁷⁷ aber auch, dass es sich um ein Verfahren *sui generis* handelt.⁷⁸ Für das Verfassungsrecht ist dies irrelevant, hier ist lediglich von Bedeutung, dass es sich um ein – einfachrechtlich wie auch immer zu qualifizierendes – Drittentscheidungsverfahren mit vorläufiger Bindungswirkung⁷⁹ handelt.

a) Zahlungsansprüche auf Werklohn

Bei Bauverträgen handelt es sich in aller Regel um Werkverträge. Bauunternehmer werden daher zumeist Ansprüche auf Zahlung von Werklohn geltend machen, sei es im Hinblick auf Abschlagszahlungen oder auf die Schlussrate. Besonders umstritten ist dabei angesichts häufig unklarer vertraglicher Leistungsbeschreibungen die Vergütung von (vermeintlich) beauf-

⁷⁴ Vgl. etwa *Lembcke*, Bauprozesse – Wenn der Rechtsstaat zum Problem wird, ZRP 2010, 260 (261 f.); *ders.*, Adjudikation verfassungswidrig?, BauR 2010, 1122.

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 116, 135 (150).

⁷⁶ Gegen die Notwendigkeit einer Einordnung auch im Bereich des einfachen Rechts *Stubbe/Schramke*, Adjudikation – Wesen und Reichweite der vorläufigen Bindungswirkung, BauR 2011, 1715 (1717).

⁷⁷ So etwa *Lembcke*, Adjudikation verfassungswidrig?, BauR 2010, 1122 (1127).

⁷⁸ Hierfür wohl angesichts der Betonung der Abweichungen vom Schiedsgutachten *Stubbe/Schramke*, Adjudikation – Wesen und Reichweite der vorläufigen Bindungswirkung, BauR 2011, 1715 (1716).

⁷⁹ *Stubbe/Schramke*, Adjudikation – Wesen und Reichweite der vorläufigen Bindungswirkung, BauR 2011, 1715.

tragten „Nachträgen“.⁸⁰ Prozessuales Mittel, um diese Ansprüche einzuklagen, ist regelmäßig die Leistungsklage. Aus der Perspektive des Anspruchsgegners kommt demgegenüber eine Feststellungsklage in Betracht. Diese ist darauf gerichtet, das Nichtbestehen oder zumindest die fehlende Fälligkeit des jeweiligen Zahlungsanspruchs des Werkunternehmers festzustellen. Zur Anspruchssicherung kommt für den Auftragnehmer, falls er nicht über Werkunternehmerpfandrechte (§ 647 BGB), die Bauhypothek (§ 648 BGB) oder die Bauhandwerkersicherung (§ 648a BGB) gesichert ist, gegebenenfalls ein Arrestverfahren nach § 916 ZPO in Betracht. Von Bedeutung ist in diesem Kontext, in dem es um die gerichtliche Durchsetzung eines Zahlungsanspruchs geht, dessen Fälligkeit. Diese tritt vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Vereinbarungen erst mit der Abnahme des Werkes (§ 640 BGB) ein, mit anderen Worten ist der Werkunternehmer regelmäßig zur Vorleistung verpflichtet.⁸¹ Nichts anderes gilt auch, wenn es um werkfortschrittsbezogene Abschlagszahlungen (§ 632a BGB) geht: Hier tritt die Fälligkeit erst ein, wenn der jeweilige Fortschritt erbracht ist.

aa) Temporäre Restriktion für die Justizgewähr

Die Einführung einer obligatorischen Adjudikation bewirkt zunächst eine temporäre Restriktion für die staatliche Justizgewähr, da einerseits die Durchführung des Adjudikationsverfahrens vor Einleitung eines staatlichen Gerichtsverfahren verpflichtend ist und andererseits auch während der Durchführung des Adjudikationsverfahrens eine Anrufung der staatlichen Gerichte unzulässig ist. Jenseits dessen bleibt die Möglichkeit, die Zivilgerichte anzurufen, unbegrenzt erhalten; das staatliche Gerichtsverfahren wird also nicht substituiert⁸²; die Gerichte behalten das „letzte Wort“⁸³ und entscheiden über die materielle Ausgangsfrage⁸⁴. In formaler Hinsicht ist daher eine Verzögerung des gerichtlichen Rechtsschutzes festzustellen, der erst nach dem Adjudikationsverfahren erfolgen kann. Dass der gerichtliche Rechtsschutz aufgrund einer schnellen adjudikativen Streitbeilegung möglicherweise gar nicht mehr erforderlich ist

⁸⁰ Siehe zu diesem besonderen Konfliktpotential beim Bauen schon *Schröder*, Die statistische Realität des Bauprozesses, NZBau 2008, 1 (12). Siehe auch den Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“ von *Teubner Oberheim*, abrufbar unter <http://schroeder.rewi.hu-berlin.de/121112-Endbericht.pdf> (zuletzt abgerufen 20.4.2013), S. 20.

⁸¹ Siehe zu den Konsequenzen für das Gerichtsverfahren etwa den Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“ von *Teubner Oberheim*, abrufbar unter <http://schroeder.rewi.hu-berlin.de/121112-Endbericht.pdf> (zuletzt abgerufen 20.4.2013), S. 23.

⁸² So auch *Lembcke*, Adjudikation verfassungswidrig?, BauR 2010, 1122 (1124).

⁸³ Siehe zu diesem Erfordernis *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 92 Rn. 32.

⁸⁴ Vgl. *Stubbe/Schramke*, Adjudikation – Wesen und Reichweite der vorläufigen Bindungswirkung, BauR 2011, 1715 (1722). Zur Bedeutung dieser Kompetenz für die Justizgewähr siehe etwa *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 92 Rn. 29; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 92 Rn. 52.

und sich somit die Zeit bis zur Streitbeilegung sogar verkürzen kann, ändert an dieser formalen „Verzögerung“ in Bezug auf den staatlichen Gerichtszugang nichts.⁸⁵

bb) Konsequenzen für Ansprüche

Im Schrifttum wird vertreten, die Beschränkung der Justizgewähr resultiere daraus, dass es sich nicht mehr lohne, die staatlichen Gerichte anzurufen, „weil die Entscheidung des Adjudikators unumkehrbare Folgewirkungen“ entfalte.⁸⁶ In der Tat verlangt die Justizgewähr auch, dass die staatliche Justizgewähr so rechtzeitig kommt, dass sie ihr Ziel der Durchsetzung subjektiver Rechte auch erreichen kann.⁸⁷ Ein Adjudikationsspruch bewirkt selbst allerdings keine Modifikation der unter a) dargestellten materiellen Zahlungsansprüche und ändert dementsprechend auch nichts an ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit, auf die es im Hinblick auf die Justizgewähr ankommt. Auswirkungen auf diese Ansprüche entstehen allerdings durch das Verhalten der Vertragsparteien, die den Adjudikationsspruch entweder befolgen oder ignorieren. Hinzu kommt die Möglichkeit, dass sich infolge der Beachtung oder Missachtung eines Adjudikationsspruchs entweder schon nach dem geltenden Recht oder durch gesetzgeberische Ergänzung zusätzliche Ansprüche ergeben. So sind etwa bei Beachtung eines „falschen“ Adjudikationsspruchs bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsansprüche, bei Missachtung eines „richtigen“ Adjudikationsspruchs dagegen Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung denkbar. Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Adjudikationsspruch „richtig“ oder „falsch“ sein, also im späteren gerichtlichen Verfahren ihm entsprechend oder entgegengesetzt entschieden werden kann. Im Einzelnen ist demnach zwischen folgenden vier Konstellationen zu differenzieren:

(1) Befolgung des Adjudikationsspruchs, Bestätigung durch ein Gericht

Die Befolgung eines zur Zahlung des Werklohns verpflichtenden Adjudikationsspruchs zielt darauf ab, den im Adjudikationsspruch angenommenen werkvertraglichen Primäranspruch auf Zahlung durch Erfüllung (§ 362 BGB) zum Erlöschen zu bringen. Bestätigt eine spätere gerichtliche Entscheidung, dass dieser Anspruch bestand, ergibt sich der Sache nach kein Problem. Im Zweifel werden sich allerdings infolge der Zahlung die Parteien vertauschen, denn es wird nicht mehr der Unternehmer den Auftraggeber auf Zahlung verklagen, sondern der Auftraggeber den Unternehmer auf Rückabwicklung der nur wegen des Adjudikationsspruchs

⁸⁵ Dieser Aspekt ist allerdings im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Einschränkung zu berücksichtigen, siehe dazu unten C. I. 6. c) dd) (1).

⁸⁶ So *Vorwerk*, Referat auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag (AK VII), abgedruckt in *BauR* 2010, 1428 (1429).

⁸⁷ Siehe oben C. I. 3. b).

und vermeintlich zu Unrecht geleisteten Zahlung; umgekehrt wäre eine negative Feststellungsklage denkbar. Die Frage, wer „üblicherweise“ Kläger und wer Beklagter ist, stellt allerdings keine der Justizgewähr dar. Zwar ließe sich argumentieren, dass die Klägerposition strukturell immer nachteilig ist, weil sie eine Initiative erfordert, während der Beklagte abwarten kann; hinzu kommt das Erfordernis der Zahlung des Gerichtskostenvorschusses für den Kläger. Wer wann welches Recht einklagen kann oder muss, ist allerdings nicht durch den Justizgewähranspruch determiniert, sondern durch die gesetzgeberisch oder privatautonom festgelegte Abfolge des Leistungsaustauschs in einer vertraglichen Beziehung: Immer der, der gerade weniger hat, muss klagen; der Justizgewähranspruch verlangt insofern nur, dass die Frage überhaupt entschieden werden kann und dass beide Seiten diese Entscheidung initiieren können. Dies ist vorliegend mit der Leistungsklage auf Rückabwicklung der Zahlung bzw. der Feststellungsklage auf Behaltendürfen der Fall.

(2) Befolgung des Adjudikationsspruchs, andere Entscheidung durch ein Gericht

Ähnlich sieht es auch aus, wenn die spätere gerichtliche Entscheidung feststellt, dass der Anspruch abweichend vom Adjudikationsspruch nicht bestand. Dann wird eine Rückabwicklung dieser Leistung erforderlich, sei es als Anspruch auf Rückzahlung überzahlter Abschlagszahlungen aus dem Bauvertrag,⁸⁸ sei es gemäß § 812 BGB.⁸⁹ Bei einem Zahlungsbegehren ist diese Rückabwicklung in tatsächlicher Hinsicht zwar wenig problematisch, aber es findet eine temporäre Vermögensverschiebung und damit eine Verlagerung des Insolvenzrisikos statt; hinzu kommt gegebenenfalls das Risiko der Berufung des Zahlungsempfängers = Werkunternehmers auf Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB). Diese Situation tritt ohne das Adjudikationsverfahren nur in dem Ausnahmefall ein, dass der Auftraggeber bereits vorgeleistet hat. Ansonsten kann er die Zahlung einfach verweigern und sich verklagen lassen. Die irri- ge Annahme oder Behauptung eines Zahlungsanspruchs und die aus seiner „Erfüllung“ resultierende Verlagerung von Insolvenz- und finanziellen Verlustrisiken stellt indessen keine Beschränkung des Justizgewähranspruchs dar, sondern es handelt sich um Folgen aus dem Bereich des materiellen Rechts. Sie müssen sich infolgedessen nicht am Maßstab des verfassungsrechtlichen Justizgewähranspruchs, sondern am Maßstab des Grundrechts auf Schutz der Privatau-

⁸⁸ Vgl. zu diesem Anspruch etwa BGH, NJW-RR 2005, 129 (130).

⁸⁹ Ob man dabei einen vorläufigen, durch das Urteil weggefallenen Rechtsgrund in Form der Adjudikationsentscheidung annimmt und daher eine Kondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB (dafür etwa *Stube/Schramke*, Adjudikation – Wesen und Reichweite der vorläufigen Bindungswirkung, *BauR* 2011, 1715 (1722)), oder ob man davon ausgeht, dass der Anspruch nie bestand und daher § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB anwendet, ist für die verfassungsrechtliche Beurteilung ohne Bedeutung.

tonomie, das die Freiheit beinhaltet, Leistungsstörungen und Insolvenzrisiken privatautonom zu verteilen, messen lassen.⁹⁰

Keine über die bereits angesprochene Verzögerung hinausgehende Beeinträchtigung der Justizgewähr liegt in der Situation vor, dass im Adjudikationsverfahren das Bestehen eines Zahlungsanspruchs verneint wird, das spätere staatliche Gerichtsverfahren aber das Gegenteil ergibt. Befolgt der Auftraggeber den Adjudikationsspruch, zahlt also nicht, ist die Situation nicht anders, als wenn der Unternehmer direkt auf Zahlung geklagt und das Gerichtsverfahren etwas länger gedauert hätte.

(3) Missachtung des Adjudikationsspruchs, Bestätigung durch ein Gericht

Eine Missachtung des Adjudikationsspruchs ändert an den ursprünglichen vertraglichen Ansprüchen nichts; diese können nunmehr auf dem Klageweg vor staatlichen Gerichten verfolgt werden. Dass sich aus der Missachtung möglicherweise Konsequenzen ergeben, also beispielsweise ab dem Zeitpunkt des Adjudikationsspruchs Schuldnerverzug mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen anzunehmen ist, ist ebenfalls keine Frage der Justizgewähr, sondern eine Regelung des Leistungsstörungsrechts, die allein am Maßstab des Grundrechts auf Schutz der Privatautonomie zu messen ist (siehe unten). Bestätigt ein Gericht im auf die Adjudikation folgenden Verfahren den Adjudikationsspruch, wird dementsprechend der Schuldner die ursprüngliche Forderung zu erfüllen und zusätzlich die Konsequenzen der Missachtung des Adjudikationsspruchs zu tragen haben – auch insoweit stellen sich keine Fragen der Justizgewähr.

(4) Missachtung des Adjudikationsspruchs, andere Entscheidung durch ein Gericht

Schwieriger zu beurteilen erscheint auf den ersten Blick die Konstellation, dass ein zur Zahlung verpflichtender Adjudikationsspruch missachtet wird und sich im gerichtlichen Verfahren ergibt, dass tatsächlich kein Anspruch bestand. Hier könnte es zu der Situation kommen, dass zwar die ursprüngliche Forderung im gerichtlichen Verfahren richtigerweise abgewiesen wird, aber dennoch die Missachtung des Adjudikationsspruchs als Pflichtverletzung im Raum stünde.⁹¹ Ob eine solche Regelung getroffen würde oder ob die Missachtung des Adjudikationsspruchs „nur“ auf eigenes Risiko erfolgt und gegebenenfalls eben keinerlei Konsequenzen

⁹⁰ Vgl. zur Bedeutung der Privatautonomie im Rahmen privater Gerichtsbarkeit auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 92 Rn. 52.

⁹¹ Dieses Problem betont auch *Vorwerk*, Referat auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag (AK VII), abgedruckt in BauR 2010, 1428 (1429), dessen Beurteilung allerdings nur den konkreten Entwurf einer Adjudikationsordnung (AO-Bau) betrifft.

nach sich zieht, ist eine Frage der konkreten Ausgestaltung der Adjudikation und derzeit nicht abzusehen. Auch dies wäre aber keine Frage der Justizgewähr, sondern der materiell-rechtlichen Risikoverteilung, die am Maßstab des Grundrechts auf Schutz der Privatautonomie zu messen ist.

cc) Vollstreckbarkeit

Eine über die Zeitverzögerung hinausgehende Beeinträchtigung der Justizgewähr könnte allerdings angenommen werden, falls nicht nur die dargestellte materielle Berücksichtigungspflicht des Adjudikationsspruchs mit der Folge von Anspruchsverschiebungen, sondern gesetzlich eine Vollstreckung des Adjudikationsspruchs vorgesehen wäre. Denkbar sind hier unterschiedliche Modelle, beispielsweise die Erklärung des Adjudikationsspruchs zu einem vollstreckbaren Titel i.S.d. § 794 ZPO oder die Möglichkeit, den Adjudikationsspruch von einem staatlichen Gericht in einem Verfahren mit reduzierter Kontrolldichte für vollstreckbar erklären zu lassen. Problematisch kann die Vollstreckung nur bei „Leistungsprüchen“ des Adjudikators sein, da man für feststellende Adjudikationssprüche die für Feststellungsurteile geltende Überlegung, dass sie keinen vollstreckungsfähigen Inhalt haben, wird übernehmen müssen. Gleiches gilt für den Fall der Abweisung des Begehrens im Adjudikationsverfahren; auch hier wird es an einem vollstreckbaren Inhalt des Spruchs fehlen.

Die Vollstreckung eines zur Zahlung des Werklohns verpflichtenden Adjudikationsspruchs verstärkt das soeben benannte materiell-rechtliche Problem der Vermögensverschiebung und gibt ihm eine Dimension, die den Justizgewähranspruch berührt. Solange der Adjudikationsspruch auf eigenes Risiko der unterlegenen Partei missachtet werden kann, bleibt ihr die Möglichkeit, ihre Rechtsauffassung ohne nachteilige Folgen im gerichtlichen Verfahren durchzusetzen; im Falle des Obsiegens steht sie dann so da, als hätte es den Adjudikationsspruch gar nicht gegeben. Die Vollstreckung des Adjudikationsspruchs nimmt ihr diese Möglichkeit und führt dazu, dass die (zumindest temporäre) Vermögensverschiebung und damit auch die Verlagerung des Insolvenzrisikos *zwangsweise* durch den Staat herbeigeführt werden. Hierin liegt eine Abweichung von der ansonsten für werkvertragliche Zahlungsansprüche anzutreffenden Lage: Eine endgültige Vermögensverschiebung infolge einer Vollstreckung solcher Zahlungsansprüche findet grundsätzlich erst nach der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung statt; zuvor besteht zunächst ein Schutz durch das Fehlen eines Vollstreckungstitels und dann aufgrund des Erfordernisses der Sicherheitsleistung bei der vorläufigen Vollstreckbar-

keit von Urteilen (§§ 708 ff. ZPO). Indem durch ein Adjudikationsverfahren (je nach Ausgestaltung entweder unmittelbar oder jedenfalls nach der Vollstreckbarerklärung durch ein staatliches Gericht) ein vollstreckbarer Titel geschaffen wird, ohne dass zuvor eine vollständige gerichtliche Prüfung des zugrunde liegenden Anspruchs stattgefunden hat, wird der Justizgewähranspruch insofern beeinträchtigt, als ihm aus Effektivitätsgründen ein Gebot immanent ist, eine solche Anspruchsprüfung vor der Vollstreckung vorzunehmen.⁹²

b) Ansprüche auf Erstellung des Werks

Auftraggeber von Bauleistungen können nach dem geltenden Recht eher theoretisch Ansprüche auf Erstellung des Werks geltend machen. Auch insofern ist die Leistungsklage das geeignete prozessuale Instrument. Anders als bei der Geldforderung kommt einstweiliger Rechtsschutz hier in aller Regel aber nicht in Betracht: Der Arrest nach § 916 ZPO betrifft nur Geldforderungen und eine einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO kommt in aller Regel nicht in Betracht, da ihr Vollzug schon zur Befriedigung des Anspruchs führen und damit die Hauptsache vorweggenommen würde. In der Praxis werden Klagen auf Erstellung des Werks ohnehin die Ausnahme sein:⁹³ Erbringt der Auftragnehmer das Werk nach Auffassung des Auftraggebers nicht oder nicht wie geschuldet, wird dieser jedenfalls⁹⁴ bei den häufig anzutreffenden VOB/B-Verträgen nach § 4 Abs. 7 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B Ansprüche wegen der (vermeintlichen) Leistungsstörung geltend machen, insbesondere zur Selbstvornahme schreiten oder vom Vertrag zurücktreten. Ein etwaiger Rechtsstreit wird sich in der Folge um die Sekundäransprüche drehen.⁹⁵ Ein Zuwarten des Auftraggebers bis zur gerichtlichen Entscheidung über die als Vorleistung zu erbringende Primärleistung erscheint allenfalls dann realistisch, wenn nur ein einziger Auftragnehmer überhaupt in der Lage ist, das Werk zu erbringen.

Der Werkunternehmer kann sich gegen vermeintliche Ansprüche des Auftraggebers mit einer negativen Feststellungsklage wehren. Diese ist darauf gerichtet, das Nichtbestehen des Anspruchs des Auftraggebers aus dem bestehenden Vertrag festzustellen. Keine Möglichkeit besteht für den Unternehmer, die Berechtigung zur Erbringung der Leistung einzuklagen;⁹⁶

⁹² Siehe dazu oben C.I.3.b).

⁹³ So auch *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, *IBR-online* 2011, 1244 (Rn. 42).

⁹⁴ Nach allgemeinem Werkvertragsrecht ist die Frage von Gewährleistungsrechten vor Abnahme umstritten, vgl. etwa *Busche*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 4, 6. Aufl. 2012, § 634 Rn. 4 m.w.N.

⁹⁵ In diese Richtung auch *Lembcke*, *Adjudikation: Vollendete Tatsachen und Justizgewährleistung im materiellen Prozessrecht*, *BauR* 2011, 1897 (1899).

⁹⁶ So möglicherweise *Lembcke*, *Adjudikation: Vollendete Tatsachen und Justizgewährleistung im materiellen Prozessrecht*, *BauR* 2011, 1897 (1899), der aber wahrscheinlich Auftraggeber und Auftragnehmer verwechselt.

seine Ansprüche beschränken sich nach der Konzeption des Werkvertrags in § 631 BGB auf den Werklohn.

aa) Temporäre Restriktion für die Justizgewähr

Für die temporäre Restriktion der staatlichen Justizgewähr während des laufenden Adjudikationsverfahrens gilt das zu den Zahlungsansprüchen Gesagte: Infolge des zwingend vorgeschalteten Adjudikationsverfahrens ist für alle Beteiligten eine Verzögerung des gerichtlichen Rechtsschutzes um die Dauer des Adjudikationsverfahrens anzunehmen.

bb) Konsequenzen für Ansprüche

Auch im Hinblick auf die indirekten, d.h. durch Befolgung oder Missachtung des Adjudikationsspruchs entstehenden Auswirkungen auf Ansprüche auf Erstellung des Werkes lassen sich die oben genannten⁹⁷ vier Konstellationen untersuchen. Dies ist von besonderem Interesse, denn hier liegt wohl der bedeutendste Anwendungsbereich des Adjudikationsverfahrens: Gerade wenn Uneinigkeit darüber besteht, ob bestimmte Baumaßnahmen vom Vertrag erfasst sind oder nicht und daher ein Stillstand am Bauvorhaben bis zu einer gerichtlichen Entscheidung droht, kann die Adjudikation durch vorübergehend gültige klare Anweisungen den Baufortschritt sichern, wozu das gerichtliche Verfahren mangels Zulässigkeit einstweiligen Rechtsschutzes regelmäßig nicht in der Lage wäre.

(1) Befolgung des Adjudikationsspruchs, Bestätigung durch ein Gericht

Die Befolgung eines zur Herstellung des Werks (oder eines Teils davon) verpflichtenden Adjudikationsspruchs zielt auch hier darauf ab, den im Adjudikationsspruch angenommenen werkvertraglichen Primäranspruch zum Erlöschen zu bringen. Bestätigt eine spätere gerichtliche Entscheidung, dass dieser Anspruch bestand, ergibt sich auch hier kein Problem; das Risiko einer umgekehrten Klagesituation besteht hier noch weniger, weil der Werkunternehmer nach dem Gesagten ohnehin kaum auf Herstellung klagen könnte. Sollten dennoch Kläger und Beklagter die Rollen tauschen, würde aber das oben Gesagte gelten: Wer wann welches Recht einklagen kann oder muss, ist allerdings nicht durch den Justizgewähranspruch determiniert, sondern durch die gesetzgeberisch oder privatautonom festgelegte Abfolge des Leistungsaustauschs in einer vertraglichen Beziehung; immer der, der gerade „zu wenig hat“, muss klagen; der Justizgewähranspruch verlangt insofern nur, dass die Frage überhaupt entschieden werden kann und dass beide Seiten diese Entscheidung initiieren können.

⁹⁷ C. I. 5. a) bb).

(2) Befolgung des Adjudikationsspruchs, andere Entscheidung durch ein Gericht

Ähnliche Probleme wie bei den Ansprüchen auf Zahlung von Werklohn treten auch bei Befolgung eines Adjudikationsspruchs auf, der zur Herstellung des Werks verpflichtet und der im gerichtlichen Verfahren für unrichtig erklärt wird. So kann beispielsweise der Unternehmer zu Nachtragsleistungen verpflichtet werden, obwohl er diese in Wirklichkeit nicht schuldet. Befolgt er den Adjudikationsspruch, wird auch hier eine Rückabwicklung dieser Leistung erforderlich. Mag diese Rückabwicklung einer erbrachten Werkleistung sich auch durch eine höhere Komplexität auszeichnen als bei einem reinen Geldanspruch, ist sie doch in keinem Fall eine Frage des Justizgewähranspruchs, sondern des materiellen Rechts. Das gilt sowohl hinsichtlich der abstrakten Verteilung des Insolvenzrisikos als auch hinsichtlich der Frage des Entstehens zusätzlicher Ansprüche, beispielsweise solcher auf Schadensersatz, weil der Werkunternehmer in Befolgung des Adjudikationsspruchs andere Aufträge nicht annehmen konnte.

Problematischer erscheint auf den ersten Blick die umgekehrte Situation. Wenn der Unternehmer in einem Adjudikationsverfahren nicht zur Leistung verpflichtet wird, deshalb nicht leistet, später aber festgestellt wird, dass er leistungs verpflichtet war, kann der Auftraggeber „innerhalb des Gerichtsverfahrens nicht mehr die Leistung geltend machen, da er diese aller Voraussicht nach zu diesem Zeitpunkt anderweitig vergeben hat“.⁹⁸ Sein Primäranspruch auf Herstellung des Werks aus § 631 BGB ist damit verloren. Ein solcher Verlust von Primäransprüchen ist allerdings kein Spezifikum des Adjudikationsverfahrens. Er kann auch durch das Verhalten der Vertragsparteien eintreten, etwa die Leistungsnichterbringung oder die Ausübung von Gestaltungsrechten.⁹⁹ Im Hinblick auf die Justizgewähr¹⁰⁰ stellt der Wegfall der Primäransprüche durch das Adjudikationsverfahren allenfalls dann eine Verschlechterung gegenüber der bestehenden Rechtslage dar, wenn es ohne das Adjudikationsverfahren eine Möglichkeit gegeben hätte, diese erfolgreich geltendzumachen. Genau dies ist aber zu verneinen: Angesichts der fehlenden Verfügbarkeit einstweiligen Rechtsschutzes für Ansprüche auf Erbringung der Werkleistung käme nur ein reguläres Gerichtsverfahren in Betracht, das aber aufgrund seiner Dauer wohl nie rechtzeitig käme, um die Primäransprüche vor dem Unter-

⁹⁸ *Lembcke*, Adjudikation: Vollendete Tatsachen und Justizgewährleistung im materiellen Prozessrecht, *BauR* 2011, 1897 (1899).

⁹⁹ Vgl. auch *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, *IBR-online* 2011, 1244 (Rn. 42).

¹⁰⁰ Siehe im Übrigen unten C. II.

gang durch Rücktritt, Selbstvornahme o.ä. zu retten.¹⁰¹ Der Verlust von Primäransprüchen auf Leistungserbringung im Adjudikationsverfahren stellt damit im Hinblick auf den Justizgewähranspruch schon gar keine Beeinträchtigung dar und ist vielmehr ausschließlich als Frage der Beeinträchtigung der Möglichkeit zu einer privatautonomen Regelung des Leistungsstörungsrechts zu untersuchen.

(3) Missachtung des Adjudikationsspruchs

Missachtet der Werkunternehmer den Adjudikationsspruch, stellt die Frage der daraus resultierenden Konsequenzen sowohl für den Fall, dass der Adjudikationsspruch bestätigt wird, als auch für den Fall, dass das Gericht ihn für falsch erachtet, wie im Fall der Zahlungsansprüche eine rein materiell-rechtliche Frage dar, die nicht am Maßstab der Justizgewähr, sondern des Grundrechts auf Schutz der Privatautonomie zu messen ist.

cc) Vollstreckbarkeit

Am problematischsten wäre auch im Hinblick auf Ansprüche auf Erbringung der Werkleistung die mögliche Einführung der Vollstreckbarkeit anstelle von oder ergänzend zu einer „materiell-rechtlichen Lösung“, die lediglich zu Modifikationen oder Ergänzungen von Ansprüchen führt. Die Vollstreckung eines zur Erbringung der Werkleistung verpflichtenden Adjudikationsspruchs würde regelmäßig gemäß § 887 ZPO als Ersatzvornahme auf Kosten des Werkunternehmers erfolgen. Die Wahrscheinlichkeit einer solchen Vorgehensweise ist angesichts der Möglichkeiten des Auftraggebers, den Streit durch Ausübung materiell-rechtlicher Gestaltungsrechte auf die Ebene von Sekundäransprüchen zu ziehen, zwar nach wie vor nicht sehr hoch. Die Schnelligkeit des Adjudikationsverfahrens kann allerdings dazu beitragen, dass die Vollstreckung auch des Anspruchs auf Erbringung der Primärleistung an Attraktivität gewinnt. Auch bei dieser Vollstreckung würde – ungeachtet der konkreten Ausgestaltung der Schaffung des vollstreckbaren Titels – die Beeinträchtigung des Justizgewähranspruchs darin bestehen, dass der Staat sich ohne vollständige inhaltliche Prüfung in einem Streit auf die Seite des Vollstreckungsgläubigers stellt.

c) Sekundäransprüche

Sekundäransprüche im Bereich von Bauverträgen können einerseits aufgrund irgendwelcher Umstände innerhalb der vertraglichen Beziehung entstanden sein und andererseits gerade in-

¹⁰¹ In diese Richtung auch *Lembcke*, Adjudikation: Vollendete Tatsachen und Justizgewährleistung im materiellen Prozessrecht, BauR 2011, 1897 (1899: „wie auch im staatlichen Gerichtsverfahren“).

folge der Adjudikation entstehen. Während letztere bereits oben als Folge der Beachtung oder Missachtung eines Adjudikationsspruchs untersucht wurden, geht es hier nur um erstere, also solche Ansprüche, derentwegen gerade ein Adjudikationsverfahren durchgeführt wird.

Solche Sekundäransprüche werden regelmäßig auf Rückzahlung einer Minderungssumme (bei direktem Einbehalt käme es eher zur Klage auf Zahlung des Werklohns, siehe dazu oben) oder Schadensersatz gerichtet sein und vor allem dem Bauherrn zustehen, der sie durch Leistungsklage geltend machen kann. Denkbar sind aber auch Schadensersatzansprüche des Werkunternehmers. Der Anspruchsgegner kann sich auch hier ggf. mit negativen Feststellungsklagen wehren. Da es insoweit erneut um Zahlungsansprüche geht, gilt für die Auswirkungen der Adjudikation das zu den Werklohnansprüchen Gesagte entsprechend:

aa) Temporäre Restriktion für die Justizgewähr

Infolge des zwingend vorgeschalteten Adjudikationsverfahrens ist für alle Beteiligten eine Verzögerung des gerichtlichen Rechtsschutzes anzunehmen.

bb) Konsequenzen für Ansprüche

Auch im Fall eines Adjudikationsverfahrens über Sekundäransprüche lassen sich die indirekten, d.h. durch Befolgung oder Missachtung des Adjudikationsspruchs entstehenden Auswirkungen auf diese Ansprüche in die oben genannten¹⁰² vier Konstellationen unterteilen. Wird der Adjudikationsspruch befolgt und später bestätigt, ergeben sich wie oben keine Probleme. Wird er befolgt und das Gericht stellt im Nachhinein eine andere Rechtslage fest, bedarf es erneut einer Rückabwicklung, deren Ausgestaltung eine Frage des materiellen Rechts ist. Wird der Adjudikationsspruch missachtet, ergibt sich in der Situation, dass er eigentlich der Rechtslage entsprach, keine Besonderheit; der Anspruch (und damit auch der Adjudikationsspruch) muss nun erfüllt werden; das Adjudikationsverfahren bewirkt nur eine Zeitverzögerung. Wenn aus der „verspäteten“ Befolgung weitere Sekundäransprüche entstehen, gilt für diese das oben Gesagte; in jedem Fall geht es auch dabei nicht um ausreichende oder nicht ausreichende Justizgewähr.

Wird der Adjudikationsspruch missachtet und es ergibt sich, dass diese Missachtung der Rechtslage entsprach, der Sekundäranspruch, dessen Existenz im Adjudikationsspruch angenommen wurde, also nicht besteht, stellt sich nur noch die Frage, ob aus der abstrakten Missachtung des Adjudikationsspruchs materiell-rechtlich nachteilige Konsequenzen resultieren,

¹⁰² C. I. 5. a) bb).

was aber ebenfalls nur unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung relevant und daher am Maßstab des Grundrechts auf Schutz der Privatautonomie zu messen ist.

cc) Vollstreckung

Sollte eine Vollstreckung des Adjudikationsspruchs erwogen werden, wird sich diese im Bereich von Sekundäransprüchen regelmäßig auf Zahlungsansprüche (vor allem wegen Schadensersatzes) beziehen. Unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Justizgewähr problematisch ist daher wie bei der Vollstreckung der Werklohnansprüche die zwangsweise temporäre Vermögensverschiebung mit staatlicher Hilfe ohne vollständige vorhergehende Kontrolle des Bestehens des Anspruchs durch ein staatliches Gericht.

d) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass die Beschränkungen des Justizgewähranspruchs in zweierlei Hinsicht bestehen. Einerseits tritt in jedem Fall eine Verzögerung gerichtlichen Rechtsschutzes um die Zeit des Adjudikationsverfahrens ein. Andererseits kann die im Adjudikationsverfahren unterliegende Partei je nach Ausgestaltung des Adjudikationsverfahrens Vollstreckungshandlungen ausgesetzt werden, die nicht auf einem gerichtlichen Urteil beruhen und die erst in einem späteren Gerichtsverfahren wieder rückgängig gemacht werden können. Der Verlust materieller (Primär-) Ansprüche einer Vertragspartei oder die Entstehung neuer Ansprüche gegen sie ist dagegen keine Frage der Justizgewähr, sondern der Wahrung der Privatautonomie.

6. Rechtfertigung der Beschränkungen der Justizgewähr

Beschränkungen der Justizgewähr können gerechtfertigt sein. Hierfür reicht es allerdings nicht aus festzustellen, dass ein zwingendes Adjudikationsverfahren ein positives Element zur Befriedung von Konflikten und zur Entlastung der staatlichen Gerichte darstellen kann. Dies stellt nur einen positiven Faktor dar, der in einer strukturierten Prüfung der Rechtfertigung von Beschränkungen der Justizgewähr zu berücksichtigen ist. Zunächst ist daher die Einschränkung des Justizgewähranspruchs abstrakt zu untersuchen, sodann der Maßstab zu bestimmen, an dem sich Einschränkungen messen lassen müssen, und erst dann sind die ermittelten Beschränkungen anhand dieses Maßstabs auf ihre Vereinbarkeit mit dem Justizgewähranspruch zu überprüfen.

a) Einschränkung vs. Ausgestaltungsbedürftigkeit

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sowohl im Bereich der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG als auch im Bereich des Justizgewähranspruchs keine vollständig klare Differenzierung zwischen einer zweifellos notwendigen „Ausgestaltung“ der jeweiligen Garantie und ihrer Einschränkung durch den Gesetzgeber erkennen. So führt das Gericht aus, es sei „Aufgabe des Gesetzgebers, das Rechtsschutzsystem auszuformen und sicherzustellen, dass effektiver Rechtsschutz für den einzelnen Rechtsuchenden besteht.“¹⁰³

Die Rechtsschutzgewährung bedürfe „einer normativen Ausgestaltung durch eine Verfahrensordnung.“ Dabei könne „der Gesetzgeber auch Regelungen treffen, die für ein Rechtsschutzbegehren besondere formelle Voraussetzungen aufstellen und sich dadurch für den Rechtsuchenden einschränkend auswirken“.¹⁰⁴

Das Gericht geht davon aus, dass „solche Einschränkungen“ mit „den Belangen einer rechtsstaatlichen Verfahrensordnung vereinbar sein“ müssen und „den einzelnen Rechtsuchenden nicht unverhältnismäßig belasten“ dürfen. „Darin findet die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers zugleich ihre Grenze. Der Rechtsweg darf danach nicht in unzumutbarer, durch Sachgründe der genannten Art nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden.“¹⁰⁵

Diese Ausführungen und die darauf folgenden Prüfungen der Rechtsweggarantie sprechen eher dafür, dass das Bundesverfassungsgericht jedwede Verfahrensvorschrift als Frage der zulässigen Ausgestaltung eines Gerichtsverfahrens versteht. Letztlich wird man aber ohnehin davon ausgehen können, dass die Unterscheidung zwischen Ausgestaltung und Eingriff jedenfalls dann von untergeordneter Bedeutung ist, wenn man wie das Bundesverfassungsgericht die jeweilige gesetzliche Regelung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit misst. Allenfalls bedarf es eines mit dem Rechtsschutzanspruch kollidierenden Ziels von Verfassungsrang, wenn man von der Vorbehaltlosigkeit zumindest des Art. 19 Abs. 4 GG ausgeht. Ein solches wird sich allerdings angesichts der Weite der in Frage kommenden Ziele¹⁰⁶ regelmäßig finden lassen.

b) Verhältnismäßigkeit als Maßstab

Im Hinblick auf die demnach entscheidende Verhältnismäßigkeit der Ausgestaltung des Rechtsschutzes lassen sich in abstrakter Sicht vor allem die Ausführungen des Bundesverfas-

¹⁰³ BVerfGE 116, 135 (154).

¹⁰⁴ BVerfG, NJW 1993, 1635 unter Verweis auf BVerfGE 10, 264 (268); 60, 253 (268 f.); 77, 275 (284).

¹⁰⁵ BVerfG, NJW 1993, 1635 (1635 f.).

¹⁰⁶ Siehe hierzu *Papier*, in: Merten/Papier, HbGR III, 2009, § 64 Rn. 23 ff.

sungsrechts aus seinem Beschluss zum Rechtsschutz im Vergaberecht vom 13. Juni 2006 fruchtbar machen. Hier führt das Gericht aus:

„Bei einem Widerstreit zwischen den Belangen des Einzelnen, die für einen möglichst weitgehenden Rechtsschutz streiten, und gegenläufigen Belangen muss der Gesetzgeber entscheiden, ob die allgemeinen in der Rechtsschutzordnung vorgesehenen Schutzmöglichkeiten ausreichen oder aber Sonderregeln geschaffen werden sollen. Der Justizgewährungsanspruch ermöglicht und verlangt in Lagen, in denen unterschiedliche Interessen Mehrerer betroffen sind, keine schlichte Maximierung der Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen Rechtsuchenden. Er zielt vielmehr auf eine sachgerechte Gewichtung und Zuordnung der betroffenen rechtlich geschützten Belange.“¹⁰⁷

„Einzubeziehen ist das Interesse des Rechtsuchenden an einem effektiven Schutz seiner subjektiven Rechte.“¹⁰⁸ „Der Gesetzgeber ist auch bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes dazu berufen, die miteinander kollidierenden und verflochtenen Interessen in einen Ausgleich zu bringen, der allen in verhältnismäßiger Weise gerecht wird.“¹⁰⁹ „Dabei kommt ihm ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu, der sich auf die Beurteilung der Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Güter sowie auf die Güterabwägung mit Blick auf die Folgen für die verschiedenen rechtlich geschützten Interessen bezieht.“¹¹⁰

„Ob besondere Maßgaben aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch für den Gesetzgeber folgen, wenn er den Rechtsschutz in einer Situation ausgestaltet, durch die unterschiedliche Interessen betroffen sind, lässt sich nur mit Rücksicht auf die Eigenart gerade der konkret betroffenen Interessenlage beurteilen. Der Gesetzgeber hat insbesondere grundrechtliche Schutzaussagen zu Gunsten des Rechtsuchenden, aber auch zu Gunsten Dritter, deren Belange durch den begehrten Rechtsschutz berührt werden, zu beachten und hierbei bereichsspezifischen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Sollen Rechtsschutzmöglichkeiten auf Grund öffentlicher Belange erweitert oder beschränkt werden, muss auch das Gewicht dieser Belange in die Abwägung eingestellt werden.“¹¹¹

Der Justizgewährungsanspruch belässt dem Gesetzgeber also einen weiten Spielraum, den Zugang zu den Gerichten sowie das anschließende gerichtliche Verfahren in den Prozessordnungen zu regeln. Dies gilt insbesondere, wenn es um den Ausgleich im Bereich multipolarer Rechtsbe-

¹⁰⁷ BVerfGE 116, 135 (154).

¹⁰⁸ BVerfGE 116, 135 (154 f.) unter Verweis auf BVerfGE 116, 1.

¹⁰⁹ BVerfGE 116, 135 (155) unter Verweis auf BVerfGE 88, 118 (123ff.); 93, 99 (107f.).

¹¹⁰ BVerfGE 116, 135 (155).

¹¹¹ BVerfGE 116, 135 (155).

ziehungen geht.¹¹² Der Gesetzgeber ist in der Lage, zumutbare und sachlich begründete Zulässigkeitsvoraussetzungen für das individuelle Rechtsschutzbegehren zu normieren (Formen, Fristen, Partei- und Prozessfähigkeit, Prozessvertretung, Rechtsschutzbedürfnis, Prozesskostenregelung). Seine Grenzen findet der Gestaltungsspielraum dort, wo der Zugang zu einem Gericht bzw. das anschließende Rechtsschutzverfahren in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden. Daneben sind die speziellen Rechtsschutzstandards der besonderen Justizgrundrechte (Art. 101 ff. GG) zu wahren.¹¹³

c) Verhältnismäßigkeit der Rechtsweggestaltung unter Einbeziehung der Adjudikation

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die Ausgestaltung der gerichtlichen Verfahrensordnung für Bausachen unter Einbeziehung der Adjudikation den genannten Grundsätzen entspricht, ob sich also ein oder mehrere legitime Ziele finden lassen und die eingesetzten Mittel zu deren Verfolgung geeignet, erforderlich und angemessen sind.¹¹⁴

aa) Legitimes Ziel

Legitime Ziele für die Einführung der Adjudikation lassen sich mehrere finden. Nur bedingt einschlägig ist zwar die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts aus seiner Entscheidung zu § 15 EGZPO, dass eine einverständliche Lösung einer Streitigkeit „auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung“ ist.¹¹⁵ Die Adjudikation ist nämlich kein einverständliches, sondern ein kontradiktorisches Verfahren. Allerdings ist es auch legitim, Anreize für eine für die Betroffenen kostengünstigere und vielfach wohl auch schnellere Streitentscheidung zu setzen, als sie in einer gerichtlichen Auseinandersetzung möglich wäre.¹¹⁶ Dies muss in besonderem Maße gelten, wenn der Gerichtsschutz wie in Bausachen faktisch defizitär¹¹⁷ ist.

Neben dieser eher abstrakten Zielsetzung kommt hinzu, dass die Adjudikation einem spezifischen Missstand der meisten Bauverträge abzuhelpen versucht. Angesichts der regelmäßig langen Zeitspanne zwischen Vertragsschluss und Fertigstellung des Bauvorhabens fehlt es den Verträgen an einer vollständigen Steuerungskraft hinsichtlich der Rechte und Pflichten

¹¹² In diese Richtung auch BVerfGE 116, 1 (21).

¹¹³ *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 16 m.w.N.

¹¹⁴ Siehe zu diesen üblichen Prüfungspunkten der Verhältnismäßigkeitsprüfung etwa *Papier/Krönke*, Grundkurs Öffentliches Recht 1, 2012, Rn. 237 f.

¹¹⁵ BVerfG, NJW-RR 2007, 1073 (1074).

¹¹⁶ In diese Richtung BVerfG, ebenda.

¹¹⁷ Darin liegt mitnichten der Vorwurf eines Verfassungsverstoßes – die gründliche rechtliche und tatsächliche Prüfung kostet Zeit.

der Vertragsparteien.¹¹⁸ In dieser Situation soll die Adjudikation „Rechtsunsicherheiten in der Zeit bis zum Gerichtsverfahren abfangen, Schäden vermeiden“ und eine Entscheidung liefern, „auf deren Basis die Arbeiten an der Baustelle vorangetrieben werden können“.¹¹⁹

Ein weiteres legitimes Ziel stellt der (finanzielle) Schutz des Bauunternehmers, vor allem bei kleineren Unternehmen, dar.¹²⁰ Wenn die materielle und prozessuale Rechtslage zu einem Rechtszustand führt, in dem einzelne Vertragsparteien strukturell benachteiligt sind, ohne sich gerichtlich dagegen wehren zu können, erscheint auch die Verbesserung dieses Zustands legitim.

bb) Geeignetheit

Geeignet zur Erreichung eines legitimen Zwecks ist ein Mittel dann, wenn es ihn zumindest fördern kann.¹²¹ Für die Beurteilung der Geeignetheit kommt dem Gesetzgeber auch hinsichtlich der Ausgestaltung des Rechtswegs ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu.¹²² Dies bedeutet, dass es vornehmlich seine Sache ist, unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse der Zielverfolgung für geeignet hält und ergreifen will.¹²³ Eine Verfassungswidrigkeit kann also nur bei offensichtlicher Verfehlung des Zwecks angenommen werden. Unter Berücksichtigung dieses Maßstabs wird man die Annahme, dass das Adjudikationsverfahren die angestrebten Ziele fördert, nicht für unhaltbar erachten können. Für die Geeignetheit sprechen zudem die zumindest teilweise positiven Erfahrungen aus dem Ausland, insbesondere aus Großbritannien.¹²⁴ Zwar wird als Gegenargument mitunter angeführt, das englische Modell habe sich in anderen europäischen Ländern nicht durchgesetzt.¹²⁵ Abgesehen davon, dass damit keine Aussage über negative Erfahrungen einhergeht, sondern nur Nicht-Erfahrungen belegt werden, erlaubt die gesetzge-

¹¹⁸ Siehe bereits oben A.

¹¹⁹ *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, IBR-online 2011, 1244 (Rn. 63).

¹²⁰ Siehe zu diesem auch in Großbritannien verfolgten Ziel *Teubner Oberheim/Schröder*, Construction adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?, NZBau 2011, 257 (258 f.).

¹²¹ Vgl. etwa BVerfGE 30, 292 (316). Siehe auch *Papier/Krönke*, Grundkurs Öffentliches Recht 1, 2012, Rn. 238.

¹²² BVerfGE 116, 135 (155) unter Verweis auf BVerfGE 115, 205 (234).

¹²³ Vgl. etwa BVerfGE 121, 317 (354).

¹²⁴ *Harbst/Winter*, Adjudication in England – Das erste Jahrzehnt, BauR 2007, 1974 (1982); differenzierend *Teubner Oberheim/Schröder*, Construction adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?, NZBau 2011, 257; relativierend im Hinblick auf die Entlastung der Justiz inzwischen der Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“ von *Teubner Oberheim*, abrufbar unter <http://schroeder.rewi.hu-berlin.de/121112-Endbericht.pdf> (zuletzt abgerufen 20.4.2013), S. 13.

¹²⁵ So etwa *Eschenbruch*, Referat auf dem 2. Deutschen Baugerichtstag (AK VII), abgedruckt in BauR 2008, 1771 (1772).

berische Einschätzungsprärogative gerade bei unklarer Sachlage auch gewisse „Experimente“. Die Annahme, dass sich positive Ergebnisse wie in England auch hierzulande erzielen lassen, erscheint jedenfalls nicht unvertretbar und daher von der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative gedeckt..

cc) Erforderlichkeit

Ein Grundrechtseingriff ist erforderlich, wenn sich der verfolgte Zweck nicht durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreichen lässt, welches das jeweilige Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkt.¹²⁶ Nichts anderes gilt auch für eine Beschränkung des Justizgewähranspruchs. Erforderlich zur Erreichung eines legitimen Zwecks ist ein Mittel dann, wenn sich kein milderes, gleich geeignetes Mittel findet. Auch für die Beurteilung der Erforderlichkeit der Maßnahme kommt dem Gesetzgeber allerdings ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu.¹²⁷ Damit ist zunächst klar, dass die Frage, ob nicht mittlerweile ein Trend weg von institutionalisierter Streitentscheidung und hin zu ad-hoc-Entscheidungsmechanismen festzustellen ist,¹²⁸ der die Einführung der Adjudikation überflüssig machen könnte, verfassungsrechtlich irrelevant ist. Es mag einen solchen Trend geben, aber er hindert den Gesetzgeber nicht daran, trotzdem die Adjudikation für notwendig zu erachten, um die angestrebten Ziele zu erreichen – es geht also insoweit um eine politische und nicht um eine verfassungsrechtliche Frage. Ob andere Mittel, insbesondere eine bloße „Bauverfügung“, wie sie als Alternative zur Adjudikation diskutiert wird,¹²⁹ gleich geeignet wären, erscheint dabei vor allem angesichts der Mehrzahl der Ziele, die erreicht werden sollen, fraglich. Auch die bestehenden materiellen Schutzrechte des Werkunternehmers, das Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB), Bauhypothek (§ 648 BGB) und Sicherungsleistung (§ 648a BGB), sind nicht geeignet, die mit der Adjudikation intendierten Effekte in gleichem Maße herbeizuführen. Erst recht gilt dies für eine nicht zwingende, sondern frei wählbare Adjudikation.¹³⁰ Auch im Hinblick auf

¹²⁶ BVerfGE 121, 317 (354).

¹²⁷ Es ist vornehmlich seine Sache, unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls für geeignet hält und ergreifen will, vgl. etwa BVerfGE 50, 290 (332 ff.).

¹²⁸ So etwa *Eschenbruch*, Referat auf dem 2. Deutschen Baugerichtstag (AK VII), abgedruckt in *BauR* 2008, 1771 (1772).

¹²⁹ Vgl. *Vorwerk*, Referat auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag (AK VII), abgedruckt in *BauR* 2010, 1428 (1431 f.); siehe zu weiteren Alternativen, die das geltende Recht bietet, den Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“ von *Teubner Oberheim*, abrufbar unter <http://schroeder.rewi.hu-berlin.de/121112-Endbericht.pdf> (zuletzt abgerufen 20.4.2013), S. 27 ff.

¹³⁰ Für dieses Modell etwa *Stubbe*, Für ein gesetzliches Adjudikationsverfahren, *BauR* 2010, 1423 (1425).

die Erforderlichkeit wird man also davon ausgehen können, dass die Einführung der Adjudikation jedenfalls von der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative gedeckt ist.

dd) Angemessenheit

Entscheidend für die Frage der Vereinbarkeit der Adjudikation mit dem Justizgewähranspruch ist demnach ihre Angemessenheit. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung sind die Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Güter zu beurteilen sowie eine Güterabwägung mit Blick auf die Folgen für die verschiedenen rechtlich geschützten Interessen vorzunehmen.¹³¹

(1) Zeitverlust

Der erste ermittelte Nachteil besteht in dem reinen Zeitverlust, der durch das Adjudikationsverfahren bewirkt wird, da während des laufenden Verfahrens die Anrufung der staatlichen Gerichte nicht zulässig sein soll. Im Hinblick auf die Adjudikation ist festzustellen, dass diese Verzögerung absolut gesehen und erst recht im Verhältnis zur üblichen Dauer von Bauprozessen¹³² eher gering ist. Zudem soll ein bereits anhängiges Verfahren vor einem staatlichen Gericht nicht unterbrochen werden.

Maßstäbe für die Verhältnismäßigkeit eines solchen Zeitverlusts lassen sich dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Februar 2007 zur Verfassungsmäßigkeit des in § 15a EGZPO vorgesehenen obligatorischen Schlichtungsverfahrens¹³³ entnehmen. Zwar wird man die dortige Überlegung, dass das Verfahren nur in Fällen geringer wirtschaftlicher Bedeutung eingreift,¹³⁴ nicht übertragen können. Die übrigen Erwägungen, dass nämlich der Zugang zu staatlichen Gerichten nicht versperrt, sondern nur erschwert wird und dass bei einem Fehlschlag des Schlichtungsverfahrens höhere Kosten und eine zeitliche Verzögerung entstehen,¹³⁵ gelten aber für die Adjudikation in gleicher Weise.

Die diesen Nachteilen gegenüberstehenden Vorteile, dass „eine Inanspruchnahme der staatlichen Gerichte wegen der schon erreichten Einigung entfällt, so dass die Streitschlichtung für die Betroffenen kostengünstiger und vielfach wohl auch schneller erfolgen kann als eine gerichtliche Auseinandersetzung“ sowie die „befriedende Bewältigung des Konflikts“ hat das

¹³¹ BVerfGE 116, 135 (155) unter Verweis auf BVerfGE 115, 205 (234); siehe auch BVerfG, NJW-RR 2007, 1073 (1074).

¹³² Siehe bereits *Diederichs*, Der Bauprozess und der Bausachverständige aus der empirischen Sicht der Gerichte und der Industrie- und Handelskammern, NZBau 2004, 490; *Gralla/Sundermeier*, Bedarf außergerichtlicher Streitlösungsverfahren für den deutschen Bauprozess, BauR 2007, 1961 (1965).

¹³³ BVerfG, NJW-RR 2007, 1073.

¹³⁴ BVerfG, NJW-RR 2007, 1073 (1074).

¹³⁵ BVerfG, ebenda.

Bundesverfassungsgericht als ausreichend erachtet, um eine Verfassungskonformität des obligatorischen vorgerichtlichen Schlichtungsverfahrens anzunehmen.¹³⁶ Diese Überlegungen lassen sich ohne weiteres auf die Adjudikation übertragen. Ein Adjudikationsspruch kann insbesondere dann, wenn noch keine Klage erhoben ist, befriedende Wirkung haben, da die Parteien zum Innehalten und Überdenken ihrer Positionen gezwungen sind.¹³⁷ Insgesamt kann es daher in einer Vielzahl von Fällen sogar zu einer Zeitersparnis kommen, wenn die Streitigkeit ohne Involvierung der staatlichen Gerichte geklärt wird.

Die Verfassungskonformität der im Übrigen durch die Adjudikation eintretenden geringen Verzögerung des gerichtlichen Rechtsschutzes wird durch einen Blick in andere Rechtsgebiete bestätigt, in denen ebenfalls dem staatlichen gerichtlichen Verfahren andere Verfahren vorgeschaltet sind, ohne dass deren Verfassungsmäßigkeit ernsthaft bezweifelt würde. So ist nicht nur die vorrangige Zuständigkeit bestimmter Schieds- oder Sondergerichte etwa in den Bereichen des Sports und der politischen Parteien als grundsätzlich verfassungskonform anerkannt, sondern sogar das verwaltungsrechtliche Widerspruchsverfahren (§ 68 VwGO), obwohl im hierfür einschlägigen Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich strengere Anforderungen gelten als für die allgemeine Justizgewähr.¹³⁸

Festzuhalten ist daher zunächst, dass die durch die Adjudikation zu erwartenden Vorteile die geringe Verzögerung der staatlichen Justizgewähr aufwiegen und daher insoweit keine Verletzung des Justizgewähranspruchs vorliegt.¹³⁹

(2) Vollstreckung

Problematischer als der geringe Zeitverlust erscheint es, wenn die im Adjudikationsverfahren unterliegende Partei vollstreckbaren Ansprüchen ausgesetzt werden soll. Die Prüfung der Angemessenheit ist, wenn eine solche Vollstreckung vorgesehen sein sollte, differenziert zu beurteilen, und zwar je nachdem, ob der Adjudikationsspruch selbst vollstreckbar sein soll, die staatliche Beteiligung sich also auf die Durchführung der Vollstreckung beschränkt, oder ob zuvor eine Vollstreckbarerklärung durch ein staatliches Gericht stattfindet, das die Übereinstimmung des Adjudikationsverfahrens mit gewissen Mindeststandards überprüft.

¹³⁶ BVerfG, NJW-RR 2007, 1073 (1074).

¹³⁷ Marquardt, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, IBR-online 2011, 1244 (Rn. 18).

¹³⁸ Vgl. Papier, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 23.

¹³⁹ So auch Boldt, Vorläufige baubegleitende Streitentscheidung, 2007, S. 173.

Soll der Adjudikationsspruch ohne weiteres vollstreckbar sein, liegt darin ein schwererer Eingriff in das Recht des Einzelnen auf Justizgewähr. Der Staat macht sich ohne jede inhaltliche Prüfung die Auffassung des Adjudikators zu eigen und vollstreckt sie. Der Betroffene bleibt auf eine Korrektur im späteren gerichtlichen Verfahren beschränkt. Der Justizgewähranspruch verbietet eine Vollstreckung ohne eine Entscheidung staatlicher Gerichtsbarkeit freilich nicht per se. Es stellt wohl keinen unzulässigen Schluss aus dem Vorhandensein einfachen Rechts auf seine Verfassungsmäßigkeit dar, wenn man die Verfassungsmäßigkeit des § 794 ZPO nicht bestreitet, der beispielsweise in Nr. 5 notarielle Urkunden für vollstreckbar erklärt. Hinzuweisen ist zudem auf die Vollstreckbarkeit von Verwaltungsakten.¹⁴⁰ Aus der Perspektive der Justizgewähr ist es nicht zu beanstanden, dass für die Schaffung vollstreckbarer Titel kein Monopol der (Zivil-)Gerichte besteht.¹⁴¹ Allerdings fällt auf, dass alle in § 794 ZPO genannten Vollstreckungstitel entweder einem gerichtlichen Verfahren entspringen oder mit Einverständnis des Betroffenen entstanden sind. Für Verwaltungsakte gilt dies nicht, allerdings sind hier gegen die Vollstreckung noch nicht bestandskräftiger Verwaltungsakte besondere Möglichkeiten des verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes gegeben (vgl. § 80 Abs. 5 VwGO).

Aus dem Gebot der Effektivität gerichtlichen Rechtsschutzes wird man die Gebotenheit solcher Rahmenbedingungen einer Vollstreckung durchaus herleiten können: Grundsätzlich darf der Staat eine Vollstreckung als eine der gravierendsten belastenden Maßnahmen gegenüber dem Bürger nur vornehmen, wenn er die Berechtigung des die Vollstreckung Betreibenden dazu gerichtlich geprüft hat. Dieses Erfordernis entfällt, wenn der Betroffene in die konkrete Vollstreckung eingewilligt hat (etwa im Fall des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), und es reduziert sich auf eine Vertretbarkeitskontrolle, wenn er sich abstrakt dem Risiko der Vollstreckung ausgesetzt hat, indem er beispielsweise einer Schiedsgerichtsvereinbarung (vgl. § 794 Abs. 1 Nr. 4a i.V.m. § 1060 ZPO) zugestimmt hat. Für die Fälle, in denen der Staat seine Verwaltungsakte vor Eintritt der Bestandskraft vollstreckt, ist ein ähnlicher Schutz gewährleistet, indem zumindest im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes eine summarische gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit des zu vollstreckenden Verwaltungsakts stattfindet.

Bei der Adjudikation handelt es sich um ein verpflichtendes Verfahren. Eine Freiwilligkeit kann nicht auf der Basis angenommen werden, dass der Abschluss von Bauverträgen freiwillig

¹⁴⁰ Vgl. *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, IBR-online 2011, 1244 (Rn. 29).

¹⁴¹ *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, IBR-online 2011, 1244 (Rn. 28).

lig erfolgt und damit auch die Unterwerfung unter alle sich daraus ergebenden Streitbeilegungsverfahren von dieser Freiwilligkeit mit erfasst sei. Eine solche Betrachtungsweise würde den Begriff der Freiwilligkeit überdehnen und wäre – anders als bei der Verbandsgerichtsbarkeit – nicht mehr realitätsnah. Berücksichtigt man, dass sich der von der Vollstreckung eines Adjudikationsspruchs Betroffene dem Verfahren nicht entziehen konnte, wird man zu dem Schluss kommen, dass eine gesetzliche Vollstreckbarerklärung von Adjudikationssprüchen ohne jede Beteiligung staatlicher Gerichte nicht mit dem Justizgewähranspruch vereinbar ist. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass die Folgen der Vollstreckung möglicherweise nach dem gerichtlichen Hauptsacheverfahren wieder rückgängig gemacht werden können.

Gerechtfertigt erscheint es allerdings, die Kontrolle staatlicher Gerichte auf eine präventive summarische Prüfung zu reduzieren und den Vollrechtsschutz nachgelagert zu gewähren. Hierfür spricht nicht nur, dass auch bei der Vollstreckung von noch nicht bestandskräftigen Verwaltungsakten im verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzverfahren nur eine summarische Prüfung stattfindet, obwohl Art. 19 Abs. 4 GG strengere Maßstäbe für den Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt enthält.¹⁴² Dem könnte man noch entgegenhalten, dass die Besonderheiten des Verwaltungsakts, der gerade ein Instrument der Selbsttitulierung darstellt und auf schnellen Vollzug und Vollstreckung ohne die Mühen eines gerichtlichen Verfahrens ausgerichtet ist, dies geböten. Die Angemessenheit einer nur summarischen präventiven Kontrolle des Adjudikationsspruchs ergibt sich demgegenüber als Ergebnis einer Abwägung zwischen den Vorteilen, die die Einführung der Adjudikation mit sich bringt, und dem Umstand, dass die Vollstreckungsentscheidung bei aller belastenden Wirkung – anders als sonst – nicht den Schlusspunkt der gerichtlichen Auseinandersetzung, sondern nur eine vorläufige Streitregelung darstellt. Eine gewisse Reduzierung der präventiven Justizgewähr vor der Vollstreckung zugunsten der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle erscheint demnach nicht unangemessen.

Gerade der Vergleich mit der Vollstreckung von noch nicht bestandskräftigen Verwaltungsakten wirft indessen die Frage auf, ob nicht ein Gebot der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch staatliche Gerichte gegen die Adjudikationsentscheidung besteht, die entsprechenden Instrumente im Zivilverfahrensrecht also zu stärken sind. Ein solches Erfordernis lässt

¹⁴² Vgl. *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 23; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 4 Rn. 355; eher für parallele Anforderungen dagegen *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 17a.

sich aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nur dann herleiten, wenn andernfalls die Effektivität der Rechtsdurchsetzung gefährdet wäre. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Veränderung der materiell-rechtlichen Anspruchslage keine Frage der Justizgewähr, sondern der Ausgestaltung des materiellen Rechts ist, und dass umgekehrt die dort bestehenden Ansprüche weiter durchgesetzt und auch unrichtige Adjudikationsergebnisse im Hauptsacheverfahren korrigiert werden können. Daher erscheint eine Rechtsdurchsetzung oder zumindest -sicherung in einem Eilverfahren gerade auch vor dem Hintergrund der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, dass schon der Sekundärrechtsschutz den Anforderungen des Justizgewähranspruchs genügen kann,¹⁴³ nicht über das bestehende Maß hinaus geboten.

Es bleibt damit die Frage zu klären, welches Niveau die summarische Prüfung im Rahmen der Vollstreckbarerklärung eines Adjudikationsspruchs haben muss, um die Balance zwischen Ermöglichung der Vorteile der Adjudikation und Wahrung der Rechtsschutzinteressen der Betroffenen zu sichern. Es muss eine Missbrauchs- oder Evidenzkontrolle stattfinden, beispielsweise auf die Einhaltung des Verfahrensrechts hin einschließlich der Gewährung rechtlichen Gehörs und der Wahrung der guten Sitten und öffentlichen Ordnung.¹⁴⁴ Naheliegend erscheint insofern eine Übernahme der auch für die Vollstreckbarerklärung schiedsgerichtlicher Entscheidungen geltenden Maßstäbe, wie sie etwa in §§ 1059 Abs. 2, 1060 ZPO enthalten sind.¹⁴⁵

(3) Kosten

Ein letzter Punkt, der zu berücksichtigen ist, sind die Kosten des Adjudikationsverfahrens. Wenn sich ein Gerichtsverfahren anschließt, kommen die Kosten der Adjudikation zu den allgemeinen Kosten der gerichtlichen Rechtsverfolgung hinzu.¹⁴⁶ Auch insoweit sind allerdings die Vorteile und Chancen zu berücksichtigen, die das Adjudikationsverfahren mit sich bringt.¹⁴⁷ Auch im Hinblick auf die möglichen Zusatzkosten ist daher nicht davon auszugehen, dass eine unangemessene Beschränkung des Justizgewähranspruchs vorliegt.¹⁴⁸

¹⁴³ Vgl. BVerfGE 116, 135 (156 f.).

¹⁴⁴ Vgl. *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 13.

¹⁴⁵ A.A. wohl *Lembcke*, Adjudikation verfassungswidrig?, BauR 2010, 1122 (1125); wie hier dagegen *Stube/Schramke*, Adjudikation – Wesen und Reichweite der vorläufigen Bindungswirkung, BauR 2011, 1715 (1718).

¹⁴⁶ Siehe zur Rolle der Kosten der Rechtsverfolgung beim Justizgewähranspruch *Robbers*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 20 Rn. 2648 ff.

¹⁴⁷ Vgl. für die ähnliche Situation des obligatorischen Schlichtungsverfahrens BVerfG, NJW-RR 2007, 1073 (1074).

¹⁴⁸ So auch *Lembcke*, Adjudikation verfassungswidrig?, BauR 2010, 1122 (1126).

7. Anforderungen an die Adjudikation

Für die Ausgestaltung eines Adjudikationsverfahrens ergeben sich aus diesen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen gewisse Anforderungen, die erfüllt sein müssen, damit es mit dem Justizgewähranspruch vereinbar ist.

a) Anforderungen an den Adjudikator

Da das Adjudikationsverfahren nicht der Erfüllung des Justizgewähranspruchs dient, braucht der Adjudikator kein Richter i.S.d. Art. 92 GG zu sein. Soweit infolge der Adjudikation nur Ansprüche des materiellen Rechts modifiziert werden, aber ein staatliches Gericht unabhängig vom Adjudikationsverfahren und seinem Ausgang über die Rechtslage befindet, ergeben sich aus der Justizgewähr auch keine weiteren Anforderungen an den Adjudikator. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn das Adjudikationsverfahren zur Grundlage einer Vollstreckung gemacht werden soll, da es in diesem Fall die Rolle eines vorgeschalteten nichtstaatlichen Gerichtsverfahrens erfüllt, dieses aber aus Gründen der Justizgewähr zumindest in groben Zügen auf seine Rechtsstaatlichkeit zu überprüfen ist.¹⁴⁹

Auch für diesen Fall lassen sich der Verfassung indessen keine konkreten Maßstäbe darüber entnehmen, welche Anforderungen an den Adjudikator zu stellen sind; der Gesetzgeber hat hier vielmehr den Gestaltungsspielraum, der ihm auch für die Ausgestaltung der Justizgewähr im Übrigen zukommt. Dies gilt für die Gesamtheit der „Besetzungsfragen“, also etwa ob eine Entscheidung durch einen einzelnen Adjudikator zulässig ist oder ob ein Zweier- oder Dreier-Gremium eingerichtet werden muss, für die Bestellung und Ernennung der Adjudikatoren sowie für ihre persönliche fachliche Qualifikation.

Entnimmt man dem Justizgewähranspruch im Einklang mit dem oben Gesagten, dass an die Überprüfung des Adjudikationsanspruchs ähnliche Anforderungen zu stellen sind wie an ein schiedsgerichtliches Verfahren, wird man unter dem Aspekt des *ordre public* (vgl. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO) verlangen müssen, dass der Adjudikator den Geboten der Neutralität, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit genügt.¹⁵⁰ Zudem wird man eine gewisse fachliche Qualifikation des Adjudikators fordern müssen. Auch für deren Sicherstellung belässt die Verfassung dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum. Trotzdem lassen sich aus der Natur des Adjudikationsverfahrens mehrere Aspekte ableiten, die der Gesetzgeber bei der Festlegung der Qualifikationsmerkmale zu berücksichtigen haben wird: Erstens wird man, da es im Kern um

¹⁴⁹ Siehe zu dieser Kontrolle schon oben C. I. 3. b).

¹⁵⁰ Vgl. *Voit*, in Musielak, ZPO, 9. Aufl. 2012, § 1059 Rn. 26; siehe auch *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 2000, S. 206 ff.

eine juristische Tätigkeit geht, eine ausreichende juristische Qualifikation für den Adjudikator verlangen müssen. Ein Anknüpfen an die für die Erledigung von Rechtsangelegenheiten üblicherweise verlangte Befähigung zum Richteramt erscheint dabei denkbar. Zweitens wird man mit Blick darauf, dass es um Bausachen geht und man im Adjudikationsverfahren von Sachverständigengutachten, die eine Hauptquelle der langen Dauer staatlicher Verfahren sind, Abstand nehmen will, auch eine bautechnische Grundausbildung für den Adjudikator fordern müssen. Drittens erscheint es mit Blick auf die Schwierigkeit der regelmäßig zu entscheidenden Fälle geboten, eine gewisse Berufserfahrung des Adjudikators zu fordern. Diese darf sich nicht nur auf die inhaltlichen Fragen von Baustreitigkeiten beziehen, sondern muss gerade auch die Streitentscheidung und/oder Streitbeilegung erfassen. Nicht erforderlich erscheint es dabei, dass alle diese Qualifikationsmerkmale in einer Person verwirklicht sind, denkbar wäre auch die Bestimmung eines Adjudikationsgremiums, in dem unterschiedliche Personen über unterschiedliche Qualifikation verfügen.

b) Anforderungen an das Adjudikationsverfahren

Für Vorgaben an das Adjudikationsverfahren gilt ebenfalls, dass sich aus dem verfassungsrechtlichen Justizgewähranspruch keine Vorgaben entnehmen lassen, solange infolge der Adjudikation nur Ansprüche des materiellen Rechts modifiziert werden, aber ein staatliches Gericht unabhängig vom Adjudikationsverfahren und seinem Ausgang über die Rechtslage befindet. Wenn das Adjudikationsverfahren zur Grundlage der Vollstreckung gemacht werden soll, muss es dagegen vor allem in ausreichendem Maße rechtliches Gehör sicherstellen. Ob sich dies für nicht-gerichtliche Verfahren, zu denen das Adjudikationsverfahren zu zählen ist, unmittelbar aus Art. 103 Abs. 1 GG ergibt, ist umstritten. Dagegen spricht die systematische Stellung der Justizgrundrechte.¹⁵¹ Auch wenn man nicht der verbreiteten Gegenauffassung folgt und Art. 103 Abs. 1 GG auch auf Schiedsverfahren „anwendet“,¹⁵² wird man aber davon ausgehen müssen, dass das Adjudikationsverfahren gewissen Mindestanforderungen an die Gewährung rechtlichen Gehörs genügen muss, weil späteres staatliches Handeln, etwa in Form der Vollstreckung, daran anknüpft.¹⁵³ Hinsichtlich des Maßes des rechtlichen Gehörs ist dabei allerdings nicht ausgeschlossen, dass durch den Adjudikator nur eine summarische Prüfung stattfindet, solange die eigentliche Justizgewähr im nachgelagerten Verfahren erfolgt.

¹⁵¹ So auch *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 2000, S. 187 m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

¹⁵² Vgl. etwa BGH, NJW 1992, 2299.

¹⁵³ In diese Richtung auch *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 2000, S. 198, 204; siehe auch *Boldt*, Vorläufige baubegleitende Streitentscheidung, 2007, S. 172 f.; vgl. auch *Burgi*, in: *Isensee/Kirchhof, HbStR IV*, 3. Aufl. 2006, § 75 Rn. 40.

Zum einen ist schon im Bereich der staatlichen Justizgewähr anerkannt, dass vorläufige Entscheidungen nicht den gleichen Anforderungen unterliegen wie endgültige.¹⁵⁴ Zudem hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, dass speziell in vorgerichtlichen Verfahren nicht immer die richtige Entscheidung eines Konflikts erforderlich ist, sondern seiner Beilegung bereits ein Eigenwert zukommt.¹⁵⁵

Die Vollstreckbarerklärung eines Adjudikationsspruchs muss nach dem Gesagten einem staatlichen Gericht überlassen bleiben. Eine unmittelbare, gesetzlich angeordnete Vollstreckbarkeit des Adjudikationsspruchs kommt nicht in Betracht. Flankierende Maßnahmen, insbesondere eine Stärkung des einstweiligen Rechtsschutzes vor staatlichen Gerichten in den Bereichen, in denen die Adjudikation Anwendung findet, sind dagegen nicht erforderlich.

II. Vereinbarkeit der Adjudikation mit der Privatautonomie

Nach dem bereits im Rahmen der Vereinbarkeit mit dem Justizgewähranspruch Angedeuteten bewirkt die Adjudikation auch Modifikationen materiell-rechtlicher Ansprüche, die unter dem Aspekt der grundrechtlichen Garantie der Privatautonomie rechtfertigungsbedürftig sein können.

1. Grundrechtsschutz der Privatautonomie über Art. 2 Abs. 1 GG

Der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG ist entgegen der früher teilweise vertretenen sog. Persönlichkeitskerntheorie gegenständlich nicht beschränkt, er umfasst jedes menschliche Verhalten ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht ihm für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt.¹⁵⁶ In den Worten des Parlamentarischen Rates: „Jedermann hat die Freiheit, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“.¹⁵⁷ Davon umfasst ist grundsätzlich auch die Privatautonomie;¹⁵⁸ soweit es um unternehmerische Entscheidungen geht, kann auch die Berufsfreiheitsgarantie des Art. 12 Abs. 1 GG einschlägig sein.¹⁵⁹ Die Privatautonomie erfasst das Recht, Verträge abzuschließen oder nicht abzuschließen, genauso wie das Recht, die Konditi-

¹⁵⁴ In diese Richtung BVerfGE 107, 395 (408).

¹⁵⁵ BVerfG, NJW-RR 2007, 1073 (1074).

¹⁵⁶ BVerfGE 6, 32 (36); 80, 137 (152); 90, 145 (171); 91, 335 (338).

¹⁵⁷ JÖR n.F. 1 (1951), S. 55.

¹⁵⁸ Vgl. etwa BVerfGE 12, 341 (347); siehe aus dem Schrifttum *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 2010, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101. Die Verankerung ist indessen nicht ganz unstrittig, vgl. *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 2000, S. 117 f., allerdings kommt es angesichts weitgehend paralleler Maßstäbe letztlich auch nicht darauf an, welches Grundrecht einschlägig ist.

¹⁵⁹ So speziell für die Erwerbsfreiheit *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 2010, Art. 14 Rn. 225, allgemein Rn. 228 f.

onen und insbesondere die Relation zwischen Leistung und Gegenleistung zusammen mit dem Vertragspartner privatautonom bestimmen zu können; insofern besteht eine Abschluss- und Gestaltungsfreiheit.¹⁶⁰ Zudem muss der Staat im Rahmen der Schutzpflichten-Dimension des Art. 2 Abs. 1 GG einen Schutz jedes Vertragspartners vor „Fremdbestimmung“ sicherstellen¹⁶¹ und Vorkehrungen gegen solche Störungen der Vertragsparität treffen.

2. Beeinträchtigungen der Privatautonomie

Eine Einschränkung der Privatautonomie findet im Zusammenhang mit der Adjudikation insofern statt, als diese vertraglich nicht einfach abbedungen werden kann. Sie soll zwar bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung durch ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung ersetzt werden können, ein völliger Verzicht mit der Folge der Geltung des bisherigen Rechtszustands soll aber ausgeschlossen sein, soweit nicht Verbraucher am Vertrag beteiligt sind. Schon dadurch ist die privatautonome Gestaltungsfreiheit beeinträchtigt.

Damit einher gehen weitere Beeinträchtigungen: Den Parteien wird gesetzlich ein besonderes Recht, nämlich das zur Einleitung des Adjudikationsverfahrens, gewährt. Daraus kann sich als (indirekte) Konsequenz ergeben, dass tatsächlich nicht bestehende Ansprüche zugesprochen werden oder tatsächlich bestehende Ansprüche nicht zugesprochen werden, also Situationen entstehen, die einer Rückabwicklung bedürfen und/oder in denen Primäransprüche untergehen und allenfalls noch Sekundäransprüche bestehen. Materiell-rechtlich kann die Adjudikation damit als Einschränkung der Freiheit einer Vertragspartei gesehen werden, über ihre vertraglichen Rechte und Pflichten und deren Erfüllung selbst – also privatautonom – zu entscheiden. Es wird stattdessen – auf Antrag einer Vertragspartei – einem Dritten ein Leistungsbestimmungsrecht ähnlich der Regelung in § 317 BGB zugestanden.

Die damit beschriebene Problematik entsteht vor allem, aber nicht allein im Hinblick auf die auch gerichtlich einklagbaren Ansprüche, die bereits unter dem Blickwinkel der Justizgewähr angesprochen wurden. Vielfach werden Adjudikationssprüche auch Teil- oder Vorfragen betreffen, für die gerichtlicher Rechtsschutz kaum oder gar nicht zu erlangen wäre, etwa die Frage, ob eine bestimmte Bauausführung mangelhaft ist¹⁶², ob die Bauzeit zu verlängern ist¹⁶³

¹⁶⁰ Vgl. zur Preisfreiheit *BVerfGE* 8, 274 (328); 70, 1 (25); siehe auch *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101.

¹⁶¹ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 107.

¹⁶² Vgl. *Stubbe/Schramke*, Adjudikation – Wesen und Reichweite der vorläufigen Bindungswirkung, *BauR* 2011, 1715 (1717).

oder ob die Voraussetzungen für die Abnahme vorliegen¹⁶⁴. Deckt sich ein Adjudikationsanspruch in einer solchen Frage nicht mit der späteren gerichtlichen Entscheidung, können auch infolge der Entscheidung über solche Vor- oder Teilfragen Ansprüche verlustig gehen. Dies gilt insbesondere, weil die Befolgung eines Adjudikationspruchs schwerlich als zu vertretende Pflichtverletzung anzusehen ist.¹⁶⁵ Umgekehrt können auch zusätzliche Ansprüche entstehen, weil die Missachtung eines Adjudikationspruchs wohl als zu vertretende Pflichtverletzung zu werten ist.¹⁶⁶

3. Rechtfertigung

Die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit als Abschluss- und Gestaltungsfreiheit unterliegen als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit deren Schranken, also der Schrankentrias in Art. 2 Abs. 1 GG (Rechte anderer, verfassungsmäßige Ordnung und Sittengesetz). Der Sache nach handelt es sich auch dabei um einen einfachen Gesetzesvorbehalt: Der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG, die den Oberbegriff innerhalb der Schrankentrias bildet, gehört ein Gesetz nämlich dann an, wenn es in formeller und materieller Hinsicht verfassungsgemäß ist.¹⁶⁷

An der Zuständigkeit des Bundes für die Regelung der Adjudikation bestehen mit Blick auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Bürgerliches Recht) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) keinerlei Zweifel. Im Hinblick auf die materielle Verfassungsmäßigkeit der Adjudikation ist darauf hinzuweisen, dass im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG nicht gilt. Entscheidend ist damit die Verhältnismäßigkeit der durch die Adjudikation bewirkten Eingriffe in die Privatautonomie, also die Vereinbarkeit mit der allgemeinen rechtsstaatlichen Grundrechtseingriffsschranke.

Die Verfolgung der Ziele einer Stärkung der Instrumente schneller und außergerichtlicher Streitbeilegung, gerade im Bereich der mit dem staatlichen Rechtsschutz nur unbefriedigend zu lösenden Baustreitigkeiten, und des Schutzes der im Bauvertrag strukturell benachteiligten Vertragspartei erscheint legitim. Auch an der Geeignetheit und der Erforderlichkeit bestehen

¹⁶³ Vgl. *Lembcke*, Adjudikation: Vollendete Tatsachen und Justizgewährleistung im materiellen Prozessrecht, *BauR* 2011, 1897 (1899 f.); *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, *IBR-online* 2011, 1244 (Rn. 51).

¹⁶⁴ Dazu *Stubbe/Schramke*, Adjudikation – Wesen und Reichweite der vorläufigen Bindungswirkung, *BauR* 2011, 1715 (1717).

¹⁶⁵ Siehe dazu *Lembcke*, Adjudikation: Vollendete Tatsachen und Justizgewährleistung im materiellen Prozessrecht, *BauR* 2011, 1897 (1899 f.).

¹⁶⁶ *Stubbe/Schramke*, Adjudikation – Wesen und Reichweite der vorläufigen Bindungswirkung, *BauR* 2011, 1715 (1716).

¹⁶⁷ Vgl. *BVerfGE* 6, 32 (36 ff.).

keine Zweifel; insofern lassen sich die Ausführungen zur Justizgewähr¹⁶⁸ übertragen. Problematisch kann nur die Angemessenheit der vorgesehenen Regelung sein, wobei erneut die Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen sind. Dabei sind hier allerdings nicht die Nachteile im Hinblick auf die Justizgewähr, sondern im Hinblick auf die Wahrung der Privatautonomie zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der Schwere des Eingriffs ist zunächst festzustellen, dass mit den Verbrauchern eine besonders schutzbedürftige Personengruppe von der Anwendung der Adjudikation ausgeschlossen sein soll. Für alle anderen kommt hinzu, dass die Adjudikation nur den Auffangtatbestand bilden soll, wenn kein anderes, außergerichtliches Streitschlichtungsverfahren vertraglich vereinbart ist. Bis zu einem gewissen Grad ist die Adjudikation daher dispositiv, was die Eingriffsintensität reduziert.

a) Auswirkungen auf Primäransprüche

Wenn eine Adjudikation stattfindet, kann dies allerdings im bereits dargestellten Umfang Einfluss auf Primäransprüche haben. Zunächst ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass der zeitliche Gewinn – ein „richtiges“ Ergebnis der Adjudikation vorausgesetzt – sogar einen Vorteil im Hinblick auf die Wahrung der Primäransprüche darstellen kann.¹⁶⁹ Kommt es dagegen infolge eines „falschen“ Adjudikationsspruchs zum Verlust von materiellen Ansprüchen, kann dies problematisch sein.¹⁷⁰ Solange verlorene Primäransprüche dabei durch Sekundäransprüche ersetzt werden und so die Vertragsparität insgesamt gewahrt bleibt, ist auch aus der Sicht der grundrechtlich verbürgten Privatautonomie hiergegen nichts einzuwenden. Der Gesetzgeber hat von Verfassungs wegen weitgehend freie Hand, den Übergang von Primär- zu Sekundäransprüchen im materiellen Recht zu regeln. Eindrücklichstes Beispiel ist wohl der Untergang des Vindikationsanspruchs aus § 985 BGB, wenn ein gutgläubiger Erwerb stattfindet. Der ehemalige Eigentümer wird dann auf – möglicherweise wertlose – Ansprüche beispielsweise nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB beschränkt. Damit wird deutlich, dass auch die Verteilung des Insolvenzrisikos, das sich infolge der Adjudikation im Einzelfall verschieben kann, kaum als unangemessen bezeichnet werden kann. Eine Abweichung von der derzeitigen Verteilung des Insolvenzrisikos bei Rückabwicklung einer erbrachten, aber nicht

¹⁶⁸ Siehe dazu oben C.I.6.c).

¹⁶⁹ Vgl. *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, IBR-online 2011, 1244 (Rn. 43).

¹⁷⁰ Siehe zu diesem Problem auch *Vorwerk*, Referat auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag (AK VII), abgedruckt in *BauR* 2010, 1428 (1429).

geschuldeten Leistung besteht ohnehin nur eingeschränkt, weil der Auftragnehmer im Werkvertragsrecht vorleistungsverpflichtet¹⁷¹ ist.

b) Auswirkungen auf Sekundäransprüche

Möglich ist allerdings auch, dass Sekundäransprüche verloren gehen oder nicht entstehen können – etwa weil in der Befolgung des Adjudikationsspruchs kein Verschulden liegt und daher aufgrund mangelnden Verschuldens kein Schadensersatzanspruch besteht.¹⁷² In dieser Situation gilt das Argument, dass die Einräumung von Sekundärrechtsansprüchen zur Wahrung der Privatautonomie ausreiche, naturgemäß nicht. Die Argumentation mit Primär- und Sekundäransprüchen erscheint allerdings im vorliegenden Kontext ohnehin verfehlt. Sie knüpft an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Justizgewähranspruch¹⁷³ an und ist im öffentlichen Recht im Hinblick auf den Rechtsschutz wichtig.¹⁷⁴ Auch im Zivilrecht ist üblicherweise von Primär- und Sekundäransprüchen bzw. -pflichten in Bezug auf Verträge die Rede.¹⁷⁵ Im vorliegenden Kontext hat das aber keine entscheidende Bedeutung. Aus der grundrechtlich verbürgten Privatautonomie lässt sich kein Satz des Inhalts ableiten, dass der Verlust oder Untergang jedes Anspruchs (sei er in diesem oder jenem Sinne primär oder sekundär) durch einen anderen Anspruch ersetzt werden muss. Die materiell-rechtlichen Bedingungen beispielsweise für das Entstehen eines Schadensersatzanspruchs wegen Verzugs sind nicht verfassungsrechtlich determiniert.

Maßgeblich ist allein, ob die „Anspruchsbilanz“, die das Gesetz zwingend vorgibt, eine Partei in bestimmten Situationen „unangemessen“ im Sinne der Anforderungen des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips benachteiligt. Dies ist – im Hinblick auf die Folgen, die bisher für im Ergebnis fehlerhafte Adjudikationsentscheidungen diskutiert werden¹⁷⁶ – nicht ersichtlich.¹⁷⁷ Der Gesetzgeber muss aber sicherstellen, dass eine „rückwirkende Kor-

¹⁷¹ Siehe zu diesem Argument auch den Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“ von *Teubner Oberheim*, abrufbar unter <http://schroeder.rewi.hu-berlin.de/121112-Endbericht.pdf> (zuletzt abgerufen 20.4.2013), S. 31.

¹⁷² Siehe zur Frage des Vertretenmüssens bei Befolgung des Adjudikationsspruchs etwa Siehe dazu *Lembcke*, Adjudikation: Vollendete Tatsachen und Justizgewährleistung im materiellen Prozessrecht, *BauR* 2011, 1897 (1899 f.).

¹⁷³ BVerfGE 116, 135 (156 f.).

¹⁷⁴ Vgl. statt vieler etwa *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2011, Abschnitte 4 und 5.

¹⁷⁵ Vgl. statt vieler etwa *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 205.

¹⁷⁶ Siehe dazu *Lembcke*, Adjudikation: Vollendete Tatsachen und Justizgewährleistung im materiellen Prozessrecht, *BauR* 2011, 1897 (1899 f.); *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, *IBR-online* 2011, 1244 (Rn. 51).

¹⁷⁷ In diese Richtung im Hinblick auf den Justizgewähranspruch und damit implizit auch *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, *IBR-online* 2011, 1244 (Rn. 53).

rektur¹⁷⁸ fehlerhafter Adjudikationsentscheidungen grundsätzlich möglich ist und zu angemessenen Ergebnissen führt. Dazu gehört auch die Klärung der Frage, ob und in welchen Fällen eine Sicherheitsleistung im Kontext der Adjudikation erforderlich ist¹⁷⁹ und/oder welche Schadensersatzansprüche infolge „falscher“ Adjudikationsentscheidungen entstehen. Der Spielraum des Gesetzgebers ist in diesen Punkten relativ weit: Der Privatautonomie lassen sich keine konkreten Aussagen darüber entnehmen, welche Ansprüche bestehen müssen und welche entbehrlich sind. Ebenfalls nicht verfassungsrechtlich determiniert ist die Frage nach der Verteilung des Insolvenzrisikos. Der grundrechtliche Schutz der Privatautonomie wirkt insofern nur als Gebot an den Gesetzgeber, sachgerechte Begründungen für eine bestimmte Anspruchs- und Risikoverteilung zu liefern, ohne konkrete Ergebnisse vorzugeben. Mag auch das geltende Zivilrecht – nicht zuletzt über die Generalklausel des § 242 BGB – wohl hinreichende Möglichkeiten bieten, um verfassungskonforme Ergebnisse zu erzielen, so wäre es zur Ausräumung etwaiger Bedenken durchaus sinnvoll, eine gesetzliche Kodifikation der Rechtsfolgen im Fall unterschiedlicher Ergebnisse von Adjudikationsspruch und gerichtlichem Verfahren vorzunehmen, etwa in einer gesetzlichen „Adjudikationsordnung“.

Eine Unangemessenheit der Einführung der Adjudikation im Hinblick auf den grundrechtlichen Schutz der Privatautonomie könnte nach alledem allenfalls noch dann angenommen werden, wenn die Adjudikation auch einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz beinhalten würde. Ein solcher Vorwurf wird implizit erhoben, wenn im Hinblick auf die Adjudikation ein Abweichen von gesetzlichen Leitbildern konstatiert wird. Ein solches könnte möglicherweise angenommen werden, wenn die Vollstreckung des Adjudikationsspruchs – anders als sonstige Vollstreckungsmaßnahmen, vgl. §§ 717 Abs. 2, 945 ZPO – im Fall einer späteren abweichenden Entscheidung keine Schadensersatzansprüche nach sich zöge¹⁸⁰ oder wenn – abweichend von der Idee der §§ 708 ff. ZPO – die Adjudikation trotz ihres vorläufigen Charakters ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar wäre. Fraglich ist allerdings zum einen schon, ob es in den genannten Fällen wirklich ein normatives „Leitbild“ gibt, das eine Abwei-

¹⁷⁸ Vgl. *Stubbe/Schramke*, Adjudikation – Wesen und Reichweite der vorläufigen Bindungswirkung, *BauR* 2011, 1715 (1721).

¹⁷⁹ Siehe zur Erforderlichkeit von Sicherheitsleistungen (weitgehend) ablehnend *Stubbe/Schramke*, Adjudikation – Wesen und Reichweite der vorläufigen Bindungswirkung, *BauR* 2011, 1715 (1718 f.); ebenfalls gegen Sicherheitsleistungen *Lembcke*, Adjudikation verfassungswidrig?, *BauR* 2010, 1122 (1128); siehe auch den Endbericht des Projekts „Construction Adjudication in England – ein Vorbild für die baurechtliche Konfliktlösung in Deutschland?“ von *Teubner Oberheim*, abrufbar unter <http://schroeder.rewi.hu-berlin.de/121112-Endbericht.pdf> (zuletzt abgerufen 20.4.2013), S. 33. Für eine Sicherheitsleistung dagegen von *Wietersheim*, Referat auf dem 2. Deutschen Baugerichtstag (AK VII), abgedruckt in *BauR* 2008, 1775 (1776).

¹⁸⁰ Siehe zu dieser Frage etwa *Schramke*, Gesetzliche Regelungen für eine „Adjudikation“ in Bausachen, *BauR* 2007, 1983 (1992 f.); von *Wietersheim*, Referat auf dem 2. Deutschen Baugerichtstag (AK VII), abgedruckt in *BauR* 2008, 1775 (1776).

chung rechtfertigungsbedürftig machen würde. Jedenfalls aber lassen sich im Hinblick auf die Bauverträge mit den der Einführung der Adjudikation zugrundeliegenden Zielen sachliche Gründe¹⁸¹ feststellen,¹⁸² die eine Abweichung von diesen „Leitbildern“ rechtfertigen könnten.

c) Verhinderung anderer Streitentscheidungsmechanismen?

Als negative Auswirkung der verpflichtenden Adjudikation wird teilweise auch angeführt, sie schränke die Möglichkeiten der Vertragsparteien ein, sachgerechte Lösungen zu suchen, indem sie einseitig ein bestimmtes, nicht immer geeignetes Streitbeilegungskonzept vorsehe.¹⁸³ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass die Verpflichtung zur Durchführung des Adjudikationsverfahrens wohl nur als Voraussetzung für ein gerichtliches Verfahren bestehen würde. Dies schließt es aber nicht aus, dass die Parteien noch vor der Einleitung des Adjudikationsverfahrens versuchen, auf anderem Weg zu einer einvernehmlichen Lösung zu kommen, die sogar dieses Verfahren entbehrlich macht.

4. Zusätzliche Anforderungen an die Adjudikation

Der grundrechtliche Schutz der Privatautonomie verlangt nach dem Gesagten, dass die oben ermittelten Anforderungen an das Adjudikationsverfahren und die Person des Adjudikators, deren Relevanz aus Gründen der Justizgewähr zunächst auf die Situation der Vollstreckung von Adjudikationssprüchen beschränkt werden konnte, für das Adjudikationsverfahren uneingeschränkt gelten. Angesichts der dem Adjudikator eingeräumten Befugnis, Einfluss auf die materiell-rechtliche Rechtslage zu nehmen, wird man einerseits eine fachliche Qualifikation des Adjudikators, die sicherstellt, dass nicht durch sein Unvermögen ohne Not Ansprüche vernichtet oder zu Unrecht zugesprochen werden,¹⁸⁴ fordern müssen und andererseits eine rechtstaatlichen Grundsätzen genügende Verfahrensausgestaltung. Die Details zu beiden Punkten sind bereits im Rahmen der Beschreibung der Anforderungen des Justizgewähranspruchs an die Adjudikation dargestellt.¹⁸⁵

¹⁸¹ Siehe zu diesem Maßstab für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen *Papier/Krönke*, Grundkurs Öffentliches Recht 2 - Grundrechte, 1. Aufl. 2012, Rn. 219 ff.

¹⁸² So auch *Schramke*, Gesetzliche Regelungen für eine „Adjudikation“ in Bausachen, BauR 2007, 1983 (1992 f.).

¹⁸³ So *Eschenbruch*, Referat auf dem 2. Deutschen Baugerichtstag (AK VII), abgedruckt in BauR 2008, 1771 (1773).

¹⁸⁴ Vgl. zu dieser Anforderung für Gerichte BVerfGE 26, 186 (201); 54, 159 (166 ff.). Siehe für die Adjudikation etwa *Marquardt*, Vereinbarkeit eines gesetzlich normierten Adjudikationsverfahrens mit dem Justizgewährleistungsanspruch, IBR-online 2011, 1244 (Rn. 56).

¹⁸⁵ Siehe oben C. I. 7.

Sicherzustellen ist zudem eine angemessene Risikoverteilung (im weitesten Sinne), aus der sich beispielsweise Anforderungen hinsichtlich der Notwendigkeit von Sicherheitsleistungen oder der Handhabung des einfachen Rechts im Hinblick auf den Begriff des „Vertretenmüssens“ (§ 276 BGB) ergeben können. Die Folgen der Adjudikation allein mit dem bestehenden Instrumentarium des BGB lösen und damit letztlich der Rechtsprechung überlassen zu wollen, erscheint dabei suboptimal. Der Gesetzgeber sollte diese Fragen vielmehr in einer „Adjudikationsordnung“ regeln.

D. Vereinbarkeit der Adjudikation mit Art. 6 Abs. 1 EMRK

Die Verfassungskonformität der Adjudikation hülfe indes nichts, wenn sie gegen Menschenrechte der EMRK verstieße, an die die Bundesrepublik Deutschland gebunden ist.¹⁸⁶ Aus ihr können sich im Einzelfall strengere Anforderungen ergeben als aus dem nationalen Verfassungsrecht. Problematisch erscheint hier allein die Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 EMRK, der Vorschrift, die am ehesten dem Justizgewähranspruch des Grundgesetzes entspricht.

Nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK hat jedermann einen Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht. Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert – in der Rangstufe des einfachen Gesetzesrechts¹⁸⁷ – jedermann in Zivil- und Strafsachen einen Anspruch auf rechtliches Gehör in einem öffentlichen Verfahren („a fair and public hearing“) vor unabhängigen, gesetzlichen Gerichten („established by law“) und innerhalb einer angemessenen Frist („within a reasonable time“). Eine allgemeine Rechtsweggarantie enthält Art. 6 Abs. 1 nicht, er gewährt aber ein Recht auf Zugang zu einem (staatlichen) Gericht zur Durchsetzung „zivilrechtlicher Ansprüche“. Damit ist allerdings nur ein Mindeststandard garantiert; die Ausgestaltung im Einzelnen bleibt den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen vorbehalten.¹⁸⁸

Ausdrückliche Aussagen zur Zulässigkeit eines Adjudikationsverfahrens lassen sich der EMRK nicht entnehmen. Die Rechtsprechung des EGMR wird zumeist auf die grobe Linie gebracht, dass Schiedsgerichte, denen sich die Parteien freiwillig unterwerfen, nicht den Anforderungen des Art. 6 EMRK genügen müssen. Ist eine Schiedsgerichtsbarkeit dagegen ge-

¹⁸⁶ Vgl. zu dieser Bindung insbesondere BVerfGE 111, 307 (315 ff.).

¹⁸⁷ Vgl. aber zur besonderen Stellung der EMRK und der Pflicht, die Vorschriften des Grundgesetzes in ihrem Lichte auszulegen BVerfGE 111, 307 (316 ff.).

¹⁸⁸ Vgl. zum Ganzen *Papier*, in Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 9.

setzunglich angeordnet, sind im Verfahren die Anforderungen des Art. 6 EMRK zu beachten.¹⁸⁹ In der Tat hat schon die Europäische Menschenrechts-Kommission in den 1980er Jahren festgestellt, dass ein schwedisches Schiedsgericht, an das die Beschwerdeführer wegen einer Entzweiung von Aktien verwiesen worden waren, nicht den Anforderungen des Art. 6 EMRK genügte.¹⁹⁰ Im Fall eines in der Folge der Verstaatlichung der englischen Schiffbauindustrie etablierten Schiedsgerichts, das über die Entschädigung für die Verstaatlichung entscheiden sollte, bejahte der EGMR 1986 die Einschlägigkeit des Art. 6 EMRK, stellte sodann aber fest, dass das Schiedsgericht den Anforderungen entspreche.¹⁹¹ Zu einem im englischen (lokalen) Recht vorgesehenen zwingenden Schiedsverfahren für Bagatellklagen unter 1.000 £, das unter Ausschluss der Öffentlichkeit in einem vereinfachten Verfahren erfolgte und dessen Ergebnis nur sehr eingeschränkt durch staatliche Gerichte überprüfbar war (*misconduct of the arbitrator* oder *error of law*), entschied der EGMR im Jahr 1999, dass hierin eine Verletzung von Art. 6 EMRK liege, begründete dies aber ausschließlich mit dem Ausschluss der Öffentlichkeit.¹⁹²

Bei einer Übertragung der genannten Rechtsprechung auf die Adjudikation ist jedoch Vorsicht geboten. Eine Gemeinsamkeit besteht zwar insofern, als auch das Adjudikationsverfahren staatlich vorgeschrieben wäre. Anders als in den vom EGMR entschiedenen Fällen handelt es sich jedoch nur um eine vorläufige Entscheidung, die den staatlichen, ohne weiteres den Anforderungen des Art. 6 EMRK genügenden Rechtsschutz grundsätzlich unberührt lässt. Daher wird man nicht verlangen können, dass die Anforderungen der EMRK, insbesondere die Öffentlichkeit des Verfahrens, im Rahmen des Adjudikationsverfahren erfüllt werden.

Allerdings wird im bereits dargestellten Rahmen die Durchsetzung der Ansprüche vor den staatlichen Gerichten erschwert. Dies gilt zumindest in zeitlicher Hinsicht, im Einzelfall können auch Ansprüche untergehen. Sieht man hierin eine Beeinträchtigung der Rechte aus Art. 6 Abs. 1 EMRK, so stellt sich auch hier die Frage der Rechtfertigung. Dazu ist festzustellen, dass nach der Rechtsprechung des EGMR Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht vorbehaltlos gilt, sondern durch die Konventionsparteien aus legitimen Gründen in verhältnismäßiger Weise einge-

¹⁸⁹ So *Batliner/Gasser*, Sind Schiedsklauseln zulasten Dritter gemäß Art. 6 EMRK zulässig?, in: Monti et al. (Hrsg.), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation – FS Carl Baudenbacher*, S. 705 (715).

¹⁹⁰ Fälle *Bramelid* und *Malmström* gg. Schweden, Rs. 8588/79 und 8589/79.

¹⁹¹ EGMR, *Lithgow* u.a. gg. Vereinigtes Königreich, Rs. 9006/80, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, *ZaöRV* 1986, 539 (567 f.).

¹⁹² EGMR, *Scarth* gg. Vereinigtes Königreich, Rs. 33745/96.

schränkt werden kann. Dies liege schon in der Natur des Zugangsrechts.¹⁹³ Angesichts dessen und in Abwesenheit anderer Maßstäbe wird man die Einschätzung, dass die Einschränkungen des nach deutschem Verfassungsrecht gewährleisteten Justizgewähranspruchs verhältnismäßig sind, auch auf das Gerichtszugangsrecht des Art. 6 Abs.1 EMRK übertragen können. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang ferner darauf, dass auch nach der neueren Rechtsprechung des EGMR nicht stets Primärrechtsschutz für die „zivilrechtlichen Ansprüche“ erforderlich ist.¹⁹⁴

¹⁹³ EGMR, *Lithgow u.a. gg. Vereinigtes Königreich*, Rs. 9006/80, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, *ZaöRV* 1986, 539 (567).

¹⁹⁴ Siehe etwa zum Ausreichen von Staatshaftungsansprüchen *Dörr/Lenz*, *Europäischer Verwaltungsschutz*, Rn. 639.

E. Ergebnisse

1. Die gesetzliche Einführung einer verpflichtenden Adjudikation ist mit dem grundgesetzlichen Justizgewähranspruch grundsätzlich vereinbar und erschwert nicht in verfassungswidriger Weise den Zugang zu den staatlichen Gerichten.
2. Die Adjudikation ist keine „rechtsprechende Tätigkeit“ im Sinne von Art. 92 GG (C. I. 4.). Daher gelten auch nicht die Art. 97 und 103 GG (C. I. 7. b)). Das Adjudikationsverfahren muss dennoch rechtsstaatlichen Mindestanforderungen entsprechen, ähnlich einem Schiedsgerichtsverfahren (C. I. 7. b); C. II. 4.).
3. Der Adjudikator muss weder Richter im Sinne des Grundgesetzes sein noch die Befähigung zum Richteramt besitzen. Erforderlich ist aber eine der Tätigkeit angemessene fachliche Qualifikation. Im Verfahren muss der Adjudikator – vergleichbar einem Richter – unabhängig und unparteiisch sein (C. I. 7. a); C. II. 4.).
4. Das Adjudikationsverfahren darf hinsichtlich der Kontrolldichte und -tiefe hinter einem gerichtlichen Verfahren zurückbleiben und sich auf eine summarische Prüfung beschränken. Es muss allerdings ein Mindestmaß an rechtlichem Gehör bieten (C. I. 7. b)).
5. Eine Vollstreckbarkeit des Adjudikationsspruchs ex lege wäre verfassungsrechtlich nicht zulässig, wohl aber eine Vollstreckbarerklärung durch ein staatliches Gericht. Im Rahmen dieses Verfahrens müssten die Einhaltung der rechtsstaatlichen Mindestanforderungen im Hinblick auf das Adjudikationsverfahren und die Einhaltung des *ordre public* überprüft werden (C. I. 6. c) dd) (2)).
6. Der Justizgewähranspruch setzt das Bestehen von Ansprüchen voraus, begründet oder gewährleistet diese aber nicht (C. I. 3. b)). Das Schicksal einzelner Ansprüche ist eine Frage des materiellen Rechts, für dessen Gestaltung der Privatrechtsgesetzgeber einen weiten Spielraum hat. Dies gilt auch für die Regelung des Übergangs von Primäransprüchen zu Sekundäransprüchen.
7. Es gibt auch aufgrund des Schutzes der Privatautonomie keine verfassungsrechtlich verbürgte Garantie, jeden Anspruch in seiner einmal bestehenden Form gerichtlich durchsetzen zu können. Es besteht daher auch kein verfassungsrechtliches Verbot, während des Adjudikationsverfahrens oder in Befolgung eines Adjudikationsspruchs dadurch „vollendete Tatsachen“ zu schaffen, dass Ansprüche untergehen, verändert

oder umgewandelt werden. Dementsprechend müssen auch Bauarbeiten nicht während eines Adjudikationsverfahrens ruhen (C. II. 3.).

8. Der Gesetzgeber muss zur Wahrung des grundrechtlich verbürgten Privatautonomie bei Einführung der Adjudikation sicherstellen, dass eine angemessene Risikoverteilung innerhalb der vertraglichen Beziehungen besteht (C. II. 4.).
9. Art. 6 Abs. 1 EMRK spricht nicht gegen die Einführung einer Adjudikation und enthält auch keine über die verfassungsrechtlichen Vorgaben hinausgehenden Anforderungen an ihre Ausgestaltung (D.).

München, im Mai 2013

Prof. Dr. Dres. h.c. H.-J. Papier

Anhang 1: Papier der Bund-Länder Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJ vom 19.5.2011

Referat: I B 3 — 3430/25 — 1 — 11 389/2011

Stand: 19. Mai 2011

Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht

Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Vorschlag zur Ausgestaltung eines Streit-schlichtungsmechanismus im Hinblick auf einseitige Anordnungen des Bestellers

1. Vorschläge der Arbeitsgruppe

Die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht hat in ihrer Sitzung vom 30. März 2011 zur Streit-schlichtung folgende Modelle vorgeschlagen:

Bei Streit um die Preisanpassung bedarf es keines vollstreckbaren Titels, hier genügt eine vorläufige außergerichtliche Entscheidung, die als Grundlage für die Berechnung der Abschlagszahlungen dient. Eine endgültige Berechnung der Preisanpassung kann im Rahmen der Schlussrechnung erfolgen.

Zur Konfliktlösung bei Streit um die Zumutbarkeit einer Leistungsänderung bzw. die besonderen Gründe, die eine Anordnung hinsichtlich der Ausführung der Bauleistung bzw. der Bauzeit rechtfertigen, wurden die nachfolgenden Vorschläge erarbeitet.

Jeweils angefügt sind Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der vorge-schlagenen Regelungsmodelle.

- a) Eine außergerichtliche Einrichtung erstellt ein Gutachten, das anschließend durch ein einstweiliges gerichtliches Verfahren für vollstreckbar erklärt wird.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht müsste sichergestellt werden, dass dem Gericht eine vollumfängliche Prüfung der Entscheidung/des Gutachtens ermöglicht wird, d.h. sich die gerichtliche Tätigkeit nicht nur auf die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Gutachtens beschränkt. Denn die Entscheidung des Adjudikators stellt rechtspre-chende Tätigkeit dar, die, wenn sie schon ermöglicht werden soll, in vollem Umfang ge-richtlicher Nachprüfung unterliegen muss; denn die Rechtsschutzgarantie umfasst „eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung eines Streitgegenstan-des... durch den Richter“ (BVerfGE 112, 185, 207).

- b) Die Entscheidung eines Adjudikators muss von den Parteien zunächst beachtet werden, kann aber im Rahmen eines parallel eingeleiteten Verfahrens durch das Gericht vorläufig ausgesetzt werden.

Problematisch ist bei diesem Streitschlichtungsmodell, dass die Entscheidung von den Parteien „zunächst beachtet“ werden muss. Dies impliziert eine Verpflichtung zu deren zeitnaher Umsetzung. Gerichtliche Kontrolle im einstweiligen Rechtsschutzverfahren kann aber nur dann effektiv sein, wenn die Ausführungen am Werk, um deren Zumutbarkeit im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gestritten wird, während des gerichtlichen Verfahrens ruhen. Anderenfalls werden durch den Weiterbau Tatsachen geschaffen, die sich nicht oder nur mit zusätzlichen Kosten wieder beseitigen lassen. Unbeschadet dessen kann natürlich nicht ausgeschlossen werden, dass die Parteien beim Gericht nicht nur eine vorläufige Aussetzung des Adjudikatorenpruchs beantragen, sondern diesen insgesamt zur gerichtlichen Überprüfung stellen.

- c) Das Bestehen eines Anordnungsrechts wird davon abhängig gemacht, dass sich die Parteien für den Streitfall auf ein Schiedsverfahren einigen.

Dieses Modell ist aus verfassungsrechtlicher Sicht prinzipiell unbedenklich, wenn sichergestellt ist, dass die Parteien im Rahmen der ihnen zukommenden Vertragsfreiheit vereinbart haben, die Schiedsentscheidung gerichtlich nicht überprüfen zu lassen. Die freie Vereinbarung der Parteien darf allerdings nicht durch eine wie auch immer geartete gesetzliche Vorgabe ersetzt werden. Ebenso darf die gerichtliche Überprüfung, ob die Schiedsvereinbarung nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist, nicht ausgeschlossen werden (vgl. hierzu § 1032 Absatz 1 a.E. ZPO).

- d) Auf eine Vollstreckbarkeit der außergerichtlichen Entscheidung wird verzichtet, stattdessen wird das Interesse der Parteien an einer Akzeptanz der außergerichtlichen Empfehlung erhöht, indem etwa Schadensersatzansprüche entstehen, wenn ein (nach späterer Überprüfung durch die Gerichte) korrektes Gutachten nicht umgesetzt wurde.

Gegen dieses Modell bestehen aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich keine Bedenken. Allerdings können die Parteien auf diesem Wege grundsätzlich nicht gehindert werden, eine zeitnahe gerichtliche Klärung anzustreben.

- e) Kommt eine Einigung über die Zumutbarkeit einer Leistungsänderung zwischen den Parteien nicht zustande, hat der Auftragnehmer zunächst die Anordnung auszuführen, er kann aber parallel beim Gericht eine einstweilige Verfügung zur Überprüfung seiner Einwände einleiten.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen grundsätzlich keine Bedenken; das Problem „materiellrechtlich“ zu lösen, indem einer der beiden Vertragsparteien ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zuerkannt und die andere auf Sekundäransprüche beschränkt wird, die gerichtlich geltend zu machen sind. Soll allerdings der Auftragnehmer schon gegen die „Primärleistungspflicht“ Einwände erheben können (z.B. Unzumutbarkeit), muss für diese auch eine Möglichkeit zur gerichtlichen Geltendmachung bestehen.

2. Lösungsvorschlag:

Unter der Prämisse, dass vorrangig eine Regelung für einen außergerichtlichen Streitlichtungsmechanismus gesucht werden soll, ist - unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Grenzen - ein Modell denkbar, nach dem die Entscheidung des Adjudikators für die Parteien bindend ist, solange keine Seite eine richterliche Überprüfung der Entscheidung beantragt hat. Ein solcher Antrag könnte binnen einer Notfrist, z.B. von zwei Wochen, hilfsweise ein Monat, beim zuständigen Gericht gestellt werden. Bis zur Entscheidung durch das Gericht muss eine Unterbrechung des Bauvorhabens hingenommen werden. Um die notwendige Rechtssicherheit zu gewährleisten, müsste ein bindender Schlichterspruch bzw. die rechtskräftige gerichtliche Überprüfungsentscheidung für ein späteres Hauptsacheverfahren nach der Abnahme des Bauwerks zwischen den Parteien wiederum bindend sein.

Ob die Möglichkeit zu einer vorläufigen Entscheidung des Gerichts über die Fortführung des Baus vorzusehen ist, bedarf vertiefter Prüfung. Auf diesem Wege könnte das Gericht auf Antrag des Bauherrn vor der Entscheidung in der Hauptsache eine einstweilige Anordnung erlassen und dabei insbesondere anordnen, dass der Bau entsprechend der angefochtenen Entscheidung des Adjudikators fortzuführen ist. Der Gläubiger (Besteller) könnte dann auf Antrag ermächtigt werden, die vertretbaren Handlungen zur Weiterführung des Baus auf Kosten des Schuldners (Unternehmers) vornehmen zu lassen. Eine solche gerichtliche Anordnung könnte der Gläubiger allerdings auch bereits nach geltendem Recht durch eine einstweilige Verfügung ohne den Umweg eines Schlichtungsverfahrens erlangen.

**Anhang 2:
Mitglieder der Fördergemeinschaft Adjudikationsgutachten**

Nr.	Förderer	Adresse
1	DVP Deutscher Verband der Projektmanager in der Bau- und Immobilienwirtschaft	10787 Berlin Landgrafenstr. 14
2	DBGT Deutscher Baugerichtstag e. V.	59065 Hamm Heßlerstraße 47
3	HVBi Hauptverband der deutschen Bauindustrie e. V.	10898 Berlin Kurfürstenstraße 129
4	BayBiV Bayerischer Bauindustrieverband e. V.	80331 München Oberanger 32
5	Bauindustrieverband Hessen-Thüringen e. V.	65189 Wiesbaden Abraham-Lincoln-Str. 30
6	RICS Deutschland Ltd.	60311 Frankfurt am Main Junghofstr. 26
7	AHO Ausschuss der Verbände und Kammern der Architekten und Ingenieure für die Honorarordnung e. V.	10623 Berlin Uhlandstr. 14
8	BVS Bundesverband öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger e. V.	10117 Berlin Charlottenstraße 79/80
9	BFW Bundesverband Freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen e. V.	10707 Berlin Kurfürstendamm 57
10	BayIK-Bau Bayerische Ingenieurekammer-Bau	80335 München Nymphenburger Str. 5
11	IHK Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern	81541 München Balanstr. 55-59
12	ZIA Zentraler Immobilien Ausschuss e. V.	10179 Berlin Wallstr. 16
13	Baker & McKenzie	60311 Frankfurt am Main Bethmannstrasse 50-54
14	Hill International (D) GmbH	80538 München Prinzregentenstraße 20-22
15	DSB + IQ-Bau GbR Diederichs . Peine Sachverständige Bau	82223 Eichenau bei München Allinger Str. 59
16	DU Diederichs Projektmanagement AG & Co. KG	10117 Berlin Universitätsstraße 2-3a

17	DRBF Dispute Resolution Foundation	45133 Essen Lilienstraße 14
18	Hogan Lovells International LLP	60329 Frankfurt am Main Untermainanlage 1
19	Ernst & Young Real Estate GmbH	10117 Berlin Friedrichstr. 140
20	Danielzik Baumanagement	45966 Gladbeck Am Wiesenbusch 2
21	ABC Abel Bau-Consulting	35435 Wettenberg Hauptstr. 27a
22	Sachverständigenbüro Wotschke	38112 Braunschweig Peinerstr. 6
23	SIBETH Partnerschaft Rechtsanwälte Steuerberater	80331 München Oberanger 34 - 36
24	DBI Dr. Dickenbrok Bauprojektmanagement u. Ingenieurgesellschaft mbH	10707 Berlin Düsseldorferstr. 38
25	ipc Dr. Talkenberger GmbH	23552 Lübeck Mühlentorplatz 2
26	Assmann Beraten + Planen GmbH	44227 Dortmund Baroper Str. 237
27	Dr. Baumgärtner, Ulrich	82237 Steinebach am Wörthsee Etterschlager Str. 7
28	TU Graz, Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft	A-8010 Graz Lessingstr. 25/II
29	ZERNA Projektmanagement GmbH, NL Darmstadt	64293 Darmstadt Rößlerstr. 88
30	Oberthür&Partner RAe	20249 Hamburg Arnold-Heise-Str. 10
31	Kaiser Baucontrol Ingenieurgesellschaft mbH	01159 Dresden Tharandter Str. 12
32	Böck Oppler Hering Rechtsanwälte Partnerschaft	81373 München Lipowskystraße 12
33	Mütze Korsch Rechtsanwaltsgesellschaft mbH	40213 Düsseldorf Trinkausstr. 7
34	Burchard von Behr	81545 München Harthausenstr. 65

Ideell fördernde Mitglieder

1	BIV NRW Bauindustrieverband Nordrhein-Westfalen e.V.	40237 Düsseldorf Uhlandstr. 56
2	STUVA e. V.	50827 Köln Mathias-Brüggen-Str. 41
3	VBI Verband Beratender Ingenieure	10787 Berlin Budapester Str. 31
4	Institut für Baurecht Freiburg e. V.	79102 Freiburg im Breisgau Kartäuserstr. 49
5	TU Dortmund, Lehrstuhl Baubetrieb und Bauprozessmanagement	44227 Dortmund August-Schmidt-Str. 8
6	RA Dr. Winfried Grieger	45128 Essen Rellinghauser Str. 4