

## Anwaltshaftung im Zusammenhang mit Alternative Dispute Resolution (ADR)

Von Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator MORITZ LEMBCKE, Hamburg

Auch in Deutschland setzt sich mehr und mehr die Erkenntnis durch, daß außergerichtliche Streitbeilegung (*Alternative Dispute Resolution* – kurz: ADR) im Vergleich zu Gerichtsverfahren meist der kostengünstigere Weg zur Lösung von Konflikten ist. Grundkenntnisse der unterschiedlichen ADR-Verfahren sind daher für die anwaltliche Praxis unabdingbar, insbesondere weil bei fehlender Aufklärung über die verschiedenen ADR-Verfahren ein erhebliches Haftungsrisiko für den beratenden Anwalt besteht: »Als unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten hat der Rechtsanwalt seine Mandanten (. . .) konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten (. . .)« (§ 1 Abs. 3 BORA).

### 1. Effizienz

Innerhalb des staatlichen Gerichtsprozesses sollen alle nur erdenklichen Konflikte in einem formalisierten Verfahren gelöst werden. Konflikte sind aber in ihrer Struktur höchst unterschiedlich.<sup>1</sup> Dieses führt innerhalb des Gerichtsprozesses denkbare Effizienzverlusten, da ein konflikt-spezifisches Verfahrensdesign in diesem nicht immer eingehalten werden kann. Alle Konflikte werden hier schlichtweg über einen Kamm geschoren: Für einen Hammer ist jede Schraube ein Nagel.

Innerhalb der anwaltlichen Beratung wird das Gerichtsverfahren funktional häufig falsch verstanden. Das Gerichtsverfahren fungiert nur als Auffangnetz,<sup>2</sup> wenn die Parteien nicht mehr ohne staatliche Hilfe ihren Konflikt lösen können. Juristische Berater müssen mit wachsenden wissenschaftlichen Erkenntnissen im ADR-Bereich wesentlich gründlicher prüfen, ob ein Gerichtsverfahren wirklich dem Mandantenziel der kostengünstigsten Konfliktbeilegung entspricht. Dieses gilt umso mehr, als Standardvertragsbedingungen ausdrücklich die Möglichkeit vorsehen, ADR-Verfahren zu vereinbaren.<sup>3</sup> Die Effizienzvorteile von ADR-Verfahren werden bei Konzernen wie *Bombardier*, *E.ON* und *Siemens*, längst genutzt. Die jüngst veröffentlichte Streitbeilegungs-*Policy* von *Siemens* sieht vor, daß Gerichtsverfahren nur noch als *ultima ratio* betrieben werden dürfen.<sup>4</sup>

Auf dem diesjährigen 67. Deutschen Juristentag war Mediation, auf dem 2. Deutschen Baugerichtstag Adjudikation als

mögliche ADR-Verfahren Themen. Auch versuchen verschiedene Institutionen durch sog. *pledges*<sup>5</sup> das Bewußtsein für ADR-Verfahren zu schärfen.

### 2. Konflikttypus

Besonders deutlich zeigt sich am Beispiel von Baukonflikten, daß diese für Gerichtsverfahren absolut ungeeignet sind, um zu einer kostengünstigen Entscheidung zu gelangen. Gerichtsverfahren in Bau- und Architektensachen dauern durchschnittlich drei bis sechs Jahre<sup>6</sup> und verursachen entsprechende Kosten. Prägnant ist, daß rund 90 % der Urteile des Bausenates des Bundesgerichtshofes nicht abschließend sind, sondern die Sache nur an die Ausgangsinstanzen zurück verweisen.<sup>7</sup>

Die Erstellung eines Bauwerkes dauert im Vergleich zu klassischen Austauschverträgen wesentlich länger. Die Vielzahl der Beteiligten, deren Arbeitsschritte aufeinander aufbauen, führt zu schwierigen Kausalitätsproblemen. Die Beweissituation wird mit Zeitablauf immer schwieriger, weil Mängel dann verbaut sind. Hinter Baukonflikten verbergen sich zudem überwiegend technische Fragestellungen, so daß nicht nur juristischer Fachverstand zur Lösung notwendig ist. Der Bauablauf ist zudem sehr störanfällig, weil die Planung nur Rahmencharakter hat, weil nie alle Eventualitäten bedacht werden können. Der Bauvertrag ist somit in einem besonderen Maße anpassungsbedürftig, so daß es immer wieder Streit über notwendige Zwischenentscheidungen, wie der Vergütung von Änderungswünschen des Auftraggebers, gibt. Störungen des Bauablaufes – etwa ein Stillstand der Baustelle – können zu Schäden führen, die die Entstehungskosten locker übersteigen.<sup>8</sup> Eine weitere Besonderheit des Bauvertrages besteht darin, daß der Auftragnehmer vorleistungspflichtig ist, so daß der Auftraggeber scheinbar am längeren Hebel sitzt.

<sup>1</sup> Lembcke, NVwZ 2008, 42 (42).

<sup>2</sup> Hoffmann-Riem, ZRP 1997, 190 (197 f.); Hoffmann-Riem, JZ 1999, 421 (421).

<sup>3</sup> Vgl. etwa § 18 Nr. 3 VOB/B (2006).

<sup>4</sup> Vgl. hierzu Hobeck/Mahnken/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (230 ff.).

<sup>5</sup> Klowait/Hill, SchiedsVZ 2007, 83 (83 ff.).

<sup>6</sup> Vygen, Bauvertragsrecht, Rn. 519; Kraus, in: FS Vygen, S. 404 (404 ff.).

<sup>7</sup> Vygen, in: FS Werner, S. 1 (18); Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht, Rn. 3458.

<sup>8</sup> Risse, in: Nicklisch, S. 169 (171).

Die Konfliktstruktur von Bausachen zeigt, daß eine konfliktbegleitende<sup>9</sup> schnelle Entscheidung binnen kurzer Fristen gewährt werden muß.<sup>10</sup> Ein ADR-Verfahren muß daher Einzelkonflikte möglichst isoliert und nicht erst in einer komplexen Gemengelage (von Punktesachen) bearbeiten, damit eine zeitnahe Entscheidung möglich wird. Auch benötigt der Entscheidungsträger bautechnischen Sachverstand, damit dieser nicht erst durch langwierige Sachverständigenutachten von einem Dritten in das Verfahren implementiert werden muß.

### 3. ADR-Verfahren

Um Konflikte zu lösen, die innerhalb der anwaltlichen Beratung auftauchen, gibt es unterschiedliche ADR-Verfahren (Mediation,<sup>11</sup> Schlichtung, Adjudikation,<sup>12</sup> Schiedsgutachten<sup>13</sup>). So kann das klassische Schiedsgutachten zu einer schnellen Klärung von technischen Problemen führen. Aber auch ein Familienmitglied kann als Schiedsgutachter innerhalb einer Erbaueinandersetzung eingesetzt werden. Mediation kann innerhalb weniger Stunden zu einer Lösung auch komplexer Konflikte führen. Bedauerlicherweise ist dieses Verfahren noch immer bei den Anwälten viel zu unbekannt und vorurteilsbelastet. Es handelt sich nämlich nicht um ein »Vergleichsgespräch für Weicheier«. Vielmehr können in diesem Verfahren die Interessen des Mandanten sehr stringent und nachhaltig verfolgt werden. Schon gar nicht handelt es sich um etwas, das »ohnehin gekonnt wird und quasi seit jeher praktiziert wird«,<sup>14</sup> wie die sehr erfolgreichen und notwendigen Pilotprojekte gerichtsnaher Mediation in einigen Bundesländern zeigen.<sup>15</sup>

Auch Schlichtungsverfahren können konflikt-spezifisch ausgestaltet werden: Die Bindungswirkung kann etwa nur als Empfehlung oder Vorschlag des Schlichters ausgestaltet sein. Die gerichtliche Überprüfung kann vorübergehend weitgehend ausgeschlossen werden. Eine sehr schnelle Entscheidung kann als Kompensation durch ein Gerichtsverfahren auflösend bedingt gestellt werden. Das Verfahren kann durch Verfahrensgarantien abgesichert werden, etwa der Gewähr rechtlichen Gehörs oder Waffengleichheit. Die *Adjudikations-Ordnung für Baustreitigkeiten* (AO-Bau) beinhaltet etwa für Baukonflikte ein maßgeschneidertes Konflikt-design (www.AO-Bau.com).

Der beratende Anwalt muß die Konfliktstruktur der Streitigkeiten innerhalb seines Beratungsfeldes klären, um dann über ein konflikt-spezifisches Verfahren zu entscheiden. Wenn ein konkreter Konflikt vorliegt, erscheint es naturgemäß einfacher, diesen Schritt zu vollziehen. Wird der Mandant aber schon während eines Vertragsschlusses beraten, so muß vom Anwalt prognostiziert werden, welche Konflikte in diesem Vertrag aufkommen können. Zwingend ist schon mit Vertragsschluß eine Streitbeilegungsklausel zu vereinbaren, da die Einigung schwerer wird, wenn ein Konflikt erst einmal zwischen den Vertragsparteien eskaliert ist. Soweit Verträge notariell beurkundet werden müssen, kommt den Notaren eine Schlüsselrolle bei der Beratung über ein geeignetes ADR-Verfahren zu.<sup>16</sup>

### 4. Anwaltshaftung

Die Anwaltschaft hat ein ganz erhebliches Eigeninteresse an der Beratung über ADR-Verfahren, um das Haftungsrisiko zu begrenzen. Innerhalb der Mandatsführung erscheint unter Berücksichtigung »objektiver Anhaltspunkte«<sup>17</sup> die Aufklärung über die Möglichkeiten der Konfliktlösung unter

Zuhilfenahme von ADR-Verfahren regelmäßig dem kostengünstigsten Weg zu entsprechen. Der Anwalt muß daher »gewissenhaft die Vor- und Nachteile« eines ADR-Verfahrens, insbesondere die Risiken »der streitigen Beendigung eines Rechtsstreits abwägen und mit dem Mandanten erörtern«.<sup>18</sup> Hierbei sind die zahlreichen Risikofaktoren in die Abwägung einzustellen,<sup>19</sup> die den Ausgang eines Gerichtsverfahrens beeinflussen. Die Rechtsprechung beläßt dem Anwalt nur den Ermessensspielraum, den es bei gewissenhafter Interessenabwägung bedarf.<sup>20</sup> Der Anwalt darf demnach von der Vereinbarung eines ADR-Verfahrens nur in Ausnahmefällen abraten. Eine Ausnahme besteht, wenn nach der Konfliktstruktur eine begründete Aussicht besteht, daß im Fall einer gerichtlichen Entscheidung ein wesentlich günstigeres Ergebnis zu erzielen ist.<sup>21</sup> Dieses heißt aber nicht, daß ein begründeter Anspruch zwingend im Gerichtsverfahren betrieben werden darf, da auch innerhalb eines ADR-Verfahrens selbige Ergebnis, aber mit weniger Kosten, zu erzielen sein kann. Insbesondere »der vorerfolgreiche Verlauf vorprozessualer Gespräche zwischen den Parteien« deutet »nicht zwingend auf die Aussichtslosigkeit eines Schlichtungsverfahrens« hin, so daß diese Begründung nicht gegen eine Pflichtverletzung eingewendet werden kann.<sup>22</sup>

Regelmäßig wird der Anwalt seinem Mandanten die Vereinbarung eines ADR-Verfahrens raten müssen. Wenn nicht bereits ein konflikt-spezifisches ADR-Verfahren existiert, muß der Anwalt ein solches designen oder bestehende Verfahren modifizieren. Ein Gerichtsverfahren ist regelmäßig schon ungeachtet der Erfolgsaussichten des Anspruches wegen der Kosten weniger geeignet als ein ADR-Verfahren. Schon aus der Pflicht der kostengünstigsten Mandatsführung ergibt sich daher die Notwendigkeit umfänglich über geeignete ADR-Verfahren aufzuklären und die Parteien »von dem Sinn des gewählten Verfahrens« zu »überzeugen«.<sup>23</sup>

Der Schaden aus einer Aufklärungspflichtverletzung bemißt sich durch Unterstellung eines hypothetischen Geschehensablaufes,<sup>24</sup> der mit der Vereinbarung eines ADR-Verfahrens zu unterstellen ist, so daß die überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Schadens für dessen Berechnung genügt. Jedenfalls die Kosten eines ADR-Verfahrens lassen sich relativ genau innerhalb eines hypothetischen Ablaufes dem Gerichtsverfahren gegenüberstellen.<sup>25</sup> Eine Aufklärungspflichtver-

9 »(...) eine häufig zu beobachtende Unart, daß die Auseinandersetzung in Baustreitigkeiten nicht mehr sachlich vor Ort stattfindet, sondern später vor den Gerichten die Argumente geliefert werden, die die Gegenseite überzeugen sollen«, vgl. Kniffka, in: Jahrbuch Baurecht 2001, S. 1 (22).

10 Das Erfordernis enger Fristen bei Streitigkeiten innerhalb von Planerverträgen ferner Diederichs, NZBau 2003, 353 (358).

11 Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation.

12 Lembcke, RiW 2006, 824 (824 ff.).

13 Greger/Stubbe, Schiedsgutachten.

14 Leiss, SchiedsVZ 2007, 139 (145).

15 Greger, NJW 2007, 3258 (3258 ff.); Greger, ZRP 2006, 229 (229 ff.); Greger, ZKM 6/2007, 180 (180 ff.); Katzenmeier, NJW 2008, 1116 (1119 f.). Ferner Engelhardt, ZRP 2004, 233 (234); Orloff, NVwZ 2007, 33 (34).

16 Wiesel, in: Wirth, XIV. Teil, Rn. 28.

17 OLG Oldenburg, Urteil v. 12. 4. 1991 – 6 U 230/90, NJW-RR 1991, 1499 (1499).

18 OLG Brandenburg, Urteil v. 21. 6. 2007 – 12 U 147/06, Juris Rn. 4; Volk-kommer/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, Rn. 278.

19 KG, Urteil v. 23. 8. 2004 – 12 U 218/03, Juris Rn. 7 = KGR Berlin 2005, 89 (89).

20 BGH, Urteil v. 5. 1. 1968 – VI ZR 137/66, VersR 1968, 450 (451).

21 BGH, Urteil v. 7. 12. 1995 – IX ZR 238/94, NJW-RR 1996, 567 (568).

22 BVerfG, Beschuß v. 14. 2. 2007 – 1 BvR 1351/01, Os. 1 d = NJW-RR 2007, 1073 (1073).

23 Grieger, in: Kuffer/Wirth, Handbuch, 8. Kap. Rn. 23.

24 OLG Düsseldorf, Urteil v. 15. 1. 2007 – 9 U 82/06, Juris Ls. 1 = GI 2007, 118.

25 Diederichs, Baumarkt + Bauwirtschaft 5/2007, 61 (63); Gralla/Sundermeier, Bauingenieur 2008, 393 (401).

zung hinsichtlich eines effizienten ADR-Verfahrens kann folglich zu immensen Schäden führen, insbesondere wenn man sich dann in vorgerückter Instanz doch verglichen hat.

Die Haftungsrisiken sollten vor allem deswegen nicht auf die leichte Schulter genommen werden, weil in der Vergangenheit vermehrt Fälle bekannt wurden, in denen Verbraucherschützende Institutionen für ihr Klientel bei Anwälten wegen fehlender oder mangelnder Aufklärung über die Möglichkeiten von außergerichtlicher Streitbeilegung Regreß gesucht haben. »*Würde der Rechtsanwalt nach Abschluß eines Bauprozesses eine Nachkalkulation durchführen, wäre häufig festzustellen, daß er bei der Beratung seines Mandanten gegen jegliche wirtschaftliche Vernunft gehandelt hat.*«<sup>26</sup>

## 5. Resümee

Anwälte brauchen ihren Berufsstand durch ADR-Verfahren nicht als gefährdet zu sehen, weil im Zuge von ADR-Verfahren mit einer Substitution anwaltlicher Aufgaben zu rechnen sei.<sup>27</sup> Dabei wird nämlich die »*Erweiterung der anwaltlichen Dienstleistung durch systematisches Konfliktmanagement*«<sup>28</sup> völlig außer Acht gelassen. Etwa in Mediationsverfahren, de-

nen wirtschaftliche Konflikte zu Grunde liegen, sind Parteivertreter unabdingbar.<sup>29</sup> Substituiert wird allenfalls der Richter, so daß die Anwaltschaft ein erhebliches berufspolitisches Interesse an der Etablierung eines systematischen Konfliktmanagements haben muß. Durch die Implementierung von ADR-Verfahren können nämlich originäre Aufgaben der Richterschaft von der Anwaltschaft übernommen werden. Auch der Gesetzgeber könnte insoweit über Vergütungsanreize oder andere Steuerungsmechanismen nachdenken.

ADR-Verfahren sind regelmäßig wesentlich kostengünstiger als ein staatliches Gerichtsverfahren. Die fehlende oder mangelhafte Aufklärung über die Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung durch konfliktspezifische ADR-Verfahren beinhaltet eine Pflichtverletzung des Anwaltsvertrages, die zu empfindlichen aber vermeidbaren Haftungsfolgen führen kann.

<sup>26</sup> Zerhusen, Außergerichtliche Streitbeilegung, Rn. 13.

<sup>27</sup> Eschenbruch, BauR 2008, Beil. 4, 41 (42); Eschenbruch, in: FS Kapellmann, S. 107 (117). Aus empirischer Sicht vgl. Boysen/Plett, Bauschlichtung, S. 72

<sup>28</sup> Neuenhahn/Neuenhahn, NJW 2007, 1851 (1851 ff.). Ferner Deitschun, DS 2008, 123 (123).

<sup>29</sup> Hacke, SchiedsVZ 2004, 80 (87). Auch die Verdienstmöglichkeiten liegen tendenziell höher als bei einem Bauprozeß, vgl. Hammacher, BauSV 1/2008, 48 (50); Knodel/Winkler, ZRP 2008, 183 (185).