www.RInPrax.de

RInPrax

RECHTSPRAXIS DER INDUSTRIE- UND INFRASTRUKTURPROJEKTE
LAW JOURNAL ON INDUSTRIAL AND INFRASTRUCTURE PROJECTS

FEBRUAR 2025 · Jahrgang 1

1|2025

Herausgeber:
Kilian Bälz
Giancarlo Capurro
Bernd Ehle
Bernd Hauck
Jens Heneweer
Andreas Klauze
Ulrich Kugler
Tobias Lange
Mirella Lechna-Marchewka
Frederick Raffel
Uwe Steingröver
Tobias Voigt
Benjamin Vollmer
Oliver Wieck
Reinmar Wolff
Romy Wunderwald
Jörn Zons

Schriftleitung:
Marco Becker
Johann Hochbaum
Justus Kraner

AUS DEM INHALT

VERTRAGSRECHT

2 LEUPERTZ
Die Vereinbarung deutschen Rechts unter Abwahl des AGB-Rechts in Schiedsverfahren

6 SCHNEIDER / MASSER
Disputed Variations and Similar Scenarios – Underrated Aspects in Contract Drafting

INTERNATIONALES RECHT

18 DECKER / KÜHL
Local Content Requirements

STREITERLEDIGUNG

26 ROQUETTE / SUDKAMP
Same but Different

SPEZIALGEBIETE

59 LESKOVEC / ŠKOF
Use of security exemption as a way to procure crucial infrastructure projects

In Zusammenarbeit mit dem VDMA e. V.

C.H.BECK

T050202501

Der Allrounder
im Architektenrecht.

NEU
im Januar 2025

Thode/Thierau/Wessel
Praxishandbuch Architekten- und Ingenieurrecht

3. Auflage. 2025. X, 1040 Seiten.
In Leinen € 169,–
ISBN 978-3-406-76885-9

beck-shop.de/31994265

Für Alltags- und Spezialfragen gleichermaßen

In der Praxis des Architektenrechts spielen **Haftungs- und Vergütungsfragen** die größte Rolle. Aber auch vergaberechtliche Fragestellungen gewinnen zunehmend an Bedeutung.

Systematisch und ausführlich, **dabei klar gegliedert und gut verständlich** erläutert das Handbuch alle wichtigen Aspekte des Architektenrechts. Es ermöglicht sowohl die sichere Lösung **komplexer architektenrechtlicher Probleme** als auch die schnelle Bewältigung alltäglicher Fälle. Zahlreiche **Muster und Beispiele** erleichtern den Umgang mit dieser Materie.

Der Inhalt

- Der Architektenberuf
- Der Architektenvertrag
- Die Haftung des Architekten
- Mehrere am Bau Beteiligte
- Die Vergütung des Architekten
- Verjährung
- Urheberrechtsfragen
- Versicherungsrechtliche Fragen (neu mit den vom GDV empfohlenen neuen AVB Arch./Ing.)

Zur Neuauflage

Die Schwerpunkte der Neuauflage liegen auf den praktischen Folgen, die sich aus der **neuen HOAI 2021** ergeben, sowie der Darstellung der Rechtslage zum Thema **Mindest- und Höchstsätze** nach der HOAI 2013, deren verbindliches Preisrecht weiterhin für die Vertragsverhältnisse gilt, die vor dem 1.1.2021 begründet wurden.

Erhältlich im Buchhandel oder bei: **beck-shop.de** | Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG · 80791 München | kundenservice@beck.de | Preise inkl. MwSt. | 176065
Folgen Sie uns auf Mehr Infos: ch.beck.de/socialmedia

C.H.BECK

RInPrax

RECHTSPRAXIS DER INDUSTRIE- UND INFRASTRUKTURPROJEKTE
LAW JOURNAL ON INDUSTRIAL AND INFRASTRUCTURE PROJECTS

1|2025
Seite 1 bis 68
1. Jahrgang
10. Februar 2025

INHALTSVERZEICHNIS

EDITORIAL

JAN PAUL MARSCHOLLEK
Perfect fit for industrial purpose **1**

VERTRAGSRECHT

STEFAN LEUPERTZ
Die Vereinbarung deutschen Rechts unter Abwahl des AGB-Rechts in Schiedsverfahren **2**

TINO SCHNEIDER / ANNA MASSER
Disputed Variations and Similar Scenarios – Underrated Aspects in Contract Drafting **6**

VOLKER MAHNKEN
Anlagenlieferverträge „plus", insbesondere Anlagenlieferverträge mit Montageüberwachung und Montageberatung **10**

INTERNATIONALES RECHT

ERIC DECKER / INGO KÜHL
Local Content Requirements **18**

RAFAŁ WOŹNIAK
Liability for Defects in Facility Construction Contracts under Polish law **22**

STREITERLEDIGUNG

ANDREAS J. ROQUETTE / TILL RAPHAEL SUDKAMP
Same but Different **26**

ANKE MEIER
Streitigkeiten mit russischen (ehemaligen) Geschäftspartnern – Survival Kit **32**

ANKE SESSLER / MAX STEIN / JAKOB SÄTTLER
Die Document Production im Schiedsverfahren: Lässt sich der Löwe bändigen? **37**

MATHIAS WITTINGHOFER / NILS KUPKA / LOREDANA EISSNER / HELENA SCHNUR / MUHYUN YANG
Der Weg zum Ziel: Streitbeilegung im Infrastruktur- und Projektkontext – Schiedsgericht oder ordentliche Gerichtsbarkeit? **42**

CORPORATE/COMPLIANCE

CONSTANTIN FRANK-FAHLE / FLORIAN HERKOMMER
Die erfasste Lieferkette nach dem LkSG – Eine Betrachtung am Beispiel des internationalen Maschinen- und Anlagenbaus **47**

IT/DIGITALISIERUNG UND IP

CHRISTIAN FRANK / JULIA FREIFRAU VON IMHOFF
Die Bereitstellung von Daten im Data Act **51**

SPEZIALGEBIETE

VERGABERECHT

BORUT LESKOVEC / ROK ŠKOF
Use of security exemption as a way to procure crucial infrastructure projects **59**

VERSICHERUNGSRECHT

WINFRIED HUCK / TOBIAS VOIGT
Contractors' All-Risk Insurance (CAR): Deckung, Risiko Management und Rechtsrahmen (Teil 2) **65**

ISSN 2944-2966

RInPrax
Rechtspraxis der Industrie- und Infrastrukturprojekte
Law Journal on Industrial and Infrastructure Projects

Herausgegeben in Zusammenarbeit mit dem VDMA e. V.

Hinweis: Die RInPrax ist kein „Verbandsorgan" des VDMA e. V. Anlassbezogene tatsächliche Positionen des VDMA e. V. sind daher in der Zeitschrift stets entsprechend gekennzeichnet.

Schriftleitung:
Marco Becker
Johann Hochbaum
Justus Kraner (V.i.S.d.P.)
FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN & PARTNER mbB | Rechtsanwälte
Agrippinawerft 24
Im Rheinauhafen
50678 Köln
Telefon: +49 221 20807-22

Einsendungen bitte an die Schriftleitung oder an:
Anke Teresa Schaub
Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Telefon: (089) 3 81 89-574
E-Mail: RInPrax@beck.de

Manuskripte und andere Einsendungen: Manuskripte können auch in englischer Sprache eingesandt werden. Es besteht keine Haftung für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die Autorin/der Autor dem Verlag C.H.Beck an ihrem/seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht der Autorin/des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

Redaktionsrichtlinie C.H.Beck:
Redaktionsrichtlinien und Werkabkürzungen sind im Zitierportal des Verlags C.H.Beck abrufbar: www.zitierportal.de

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch im Hinblick auf Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden. Der Verlag behält sich auch das Recht vor, das Werk für die automatisierte Analyse insbesondere zur Erkennung von Mustern, Trends und Korrelationen zu verwenden.

Media Sales: Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG, Media Sales, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München
Media Consultants: Telefon: (089) 3 81 89-687, Telefax: (089) 3 81 89-589, E-Mail: mediasales@beck.de
Auftragsmanagement: Telefon: (089) 3 81 89-609, Telefax: (089) 3 81 89-589, E-Mail: anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil: Dr. Jiri Pavelka

Verlag: Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (089) 3 81 89-0, Telefax: (089) 3 81 89-398, info@beck.de
Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX
Amtsgericht München, HRA 48045
Persönlich haftende Gesellschafter: Dr. h. c. Wolfgang Beck (Verleger in München) und C.H.Beck Verwaltungs GmbH, Amtsgericht München, HRB 254521

Erscheinungsweise: Zweimonatlich

Bezugspreise 2025: Jahresabo € 359,– (inkl. MwSt.). Vorzugspreis für Mitglieder des VDMA: Jahresabo € 279,– (inkl. MwSt.). Einzelheft: € 69,– (inkl. MwSt.). Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.
Jahrestitelei und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.
Hinweise zu Preiserhöhungen finden Sie in den beck-shop AGB unter Ziff. 10.4.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

KundenServiceCenter:
Telefon: (089) 3 81 89-750
Telefax: (089) 3 81 89-358
E-Mail: kundenservice@beck.de

Abbestellung:
Abbestellfristen finden Sie unter: www.beck-shop.de

Adressenänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.
Hinweis gemäß Art. 21 Abs. 1 DS-GVO: Bei Anschriftenänderung kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft Widerspruch bei der Post AG eingelegt werden.

Druck: Druckerei C.H.Beck, Bergerstraße 3 – 5, 86720 Nördlingen

myclimate shape our future
chbeck.de/nachhaltig produktsicherheit.beck.de

RInPrax
RECHTSPRAXIS DER INDUSTRIE- UND INFRASTRUKTURPROJEKTE
LAW JOURNAL ON INDUSTRIAL AND INFRASTRUCTURE PROJECTS

Schriftleitung: Marco Becker, Essen – Dr. Johann-Friedrich Hochbaum, Düsseldorf – Justus Kraner, Köln

Herausgegeben von: Dr. Kilian Bälz, Berlin/Kairo (EG) – Giancarlo Capurro, Düsseldorf – Dr. Bernd Ehle, Genf (CH) – Dr. Bernd Hauck, Basel (CH) – Dr. Jens Heneweer, Essen – Dr. Andreas Klauze, Erlangen – Ulrich Kugler, Ravensburg – Tobias Lange, München – Mirella Lechna-Marchewka, Wrocław (PL) – Frederick Raffel, Düsseldorf – Dr. Uwe Steingröver, Köln – Tobias Voigt, Hamburg – Benjamin Vollmer, Frankfurt a.M. – Oliver Wieck, Berlin – Dr. Reinmar Wolff, Marburg – Romy Wunderwald, Frankfurt a.M. – Dr. Jörn Zons, Köln

Redaktion: Wilhelmstr. 9, 80801 München – RInPrax@beck.de

1|2025
Seite 1–68
1. Jahrgang
10. Februar 2025

EDITORIAL

JAN PAUL MARSCHOLLEK

Perfect fit for industrial purpose

Industrial activities have always been subject to challenges. The current combination of shifts in political landscapes and the increasing complexity of the regulatory framework will have to be considered by legal experts when creating suitable contractual solutions for the respective business partners, especially in an international context. For legal practitioners it is therefore important to have an overview of the most relevant developments, covering the national perspective and international implications. But the sheer number of new laws, regulations, directives, guidelines and communications is becoming increasingly burdensome for companies, especially for small and medium enterprises. VDMA helps its members navigate the complex regulatory landscape (i. e. via publications, training and non-binding templates, etc.) and the RInPrax will be a welcomed helpful new source of information on the most recent developments regarding international industry and infrastructure projects.

Innovation and growth require room to maneuver. We should dare more liberal approaches within our democratic setting, without surrendering our core values. Agreements between businesses also require freedom of contract. Regarding German law, a reform of the law on general terms and conditions for business-to-business constellations has been overdue for decades by now. A more flexible approach is necessary. Therefore, VDMA supports initiatives like "*Law made in Germany*" and the so-called "*Frankfurter Initiative*". As *Prof. Leupertz* demonstrates in his *RInPrax* article on the application of German law in arbitration proceedings, the law on general terms and conditions may be modified to a certain degree. However, this approach will not work for normal state court procedures.

In general, entrepreneurs excel at weighing risks and rewards. The regulatory frameworks shall therefore provide clear rules and foreseeable results – considering the involved parties' interests. This also includes effective mechanisms for dispute resolution in an international context, even in times of increasing geopolitical conflicts. The industrial sector, specifically the industrial "*Mittelstand*", *i. e.*, small and medium enterprises, requires and deserves an optimal framework for conducting business. Companies are facing the challenges ahead – regulators should dare to do the same and provide more freedom to act on a fair level playing field for the industry. It must be welcomed that the European Commission has announced to increase competitiveness and to reduce unnecessary bureaucracy. However, the specific measures for achieving these goals have still to be defined. Reducing complexity and streamlining bureaucracy could be the key and worth the effort.

Jan Paul Marschollek, Executive M.B.L.-HSG (St. Gallen, CH)
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt), Head of Legal, VDMA e. V.

PROF. STEFAN LEUPERTZ, KÖLN*

Die Vereinbarung deutschen Rechts unter Abwahl des AGB-Rechts in Schiedsverfahren

Ein seit vielen Jahren diskutiertes und bisher nicht verlässlich gelöstes Problem betrifft die Frage, welche Rolle das deutsche AGB-Recht in Schiedsverfahren spielt, wenn die Vertragsabwicklung dem deutschen Zivilrecht unterliegt. Die Beantwortung dieser Frage hat erhebliche praktische Relevanz, weil insbesondere im Industrie- und Infrastrukturbau die oft international gebräuchlichen Vertragsmustern (bspw. FIDIC, EFC -EFCN und NEC4…) nachgebildeten Vertragsregeln regelmäßig in wichtigen Punkten signifikant abweichen von den Regelungen des für das deutsche Zivilrecht maßgeblichen BGB. Dann besteht bei strikter Anwendung der Vorschriften in §§ 305 ff. BGB die Gefahr, dass Vertragsklauseln der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht standhalten und vom (Schieds-) Gericht für unwirksam erklärt werden. Betreffen solche Klauseln bspw. Haftungsbeschränkungen oder wechselseitig zu gewährenden Sicherheiten, so kann durch ihre Unwirksamkeit das gesamte Vertragsregime ins Wanken geraten, eine Folge, die die Vertragsparteien unbedingt vermeiden wollen.

Der folgende Beitrag befasst sich deshalb mit der Frage, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Anwendung des deutsches AGB-Rechts zur Vermeidung solcher Unwägbarkeiten in Schiedsverfahren wirksam ausgeschlossen werden kann.

A problem that has been discussed for many years and has not yet been reliably resolved concerns the question of what role German general terms and conditions law plays in arbitration proceedings if the contract is governed by German civil law. The answer to this question has considerable practical impact. That is because, particularly industrial and infrastructure construction contracts are often based on internationally used contract templates (e. g. FIDIC, EFC -EFCN and NEC4…), regularly deviating significantly from the provisions of the German Civil Code (BGB). If the provisions of Sections 305 et seq. of the German Civil Code governing the German general terms and conditions law are applied strictly, there is a risk that contractual clauses will we declared void under general terms and conditions law in accordance with Section 307 of the German Civil Code as materially deviating from the provisions of the German Civil Code (BGB). If such clauses concern, for example, limitations of liability or mutually granted securities, their invalidity can jeopardise the entire contractual risk regime, a consequence that the contracting parties want to avoid at all costs.

The following article therefore deals with the question of whether and, if so, under what conditions and to what extent the application of German general terms and conditions law can be effectively excluded in arbitration proceedings to avoid such uncertainties

I. Ausgangslage: Das deutsche AGB-Recht als Hypothek für die Abwicklung von Industrie und Infrastrukturbauprojekten

[1] Das Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), in dem sich der Nukleus des deutschen Zivilrechts materialisiert, steht trotz einer sich in den letzten Jahrzehnten bedenklich entwickelnden Erosion seiner Grundstrukturen für eine mehr als 120 Jahre andauernde Erfolgsgeschichte. Es bildet nicht nur innerstaatlich die Grundlage für eine funktionierende Zivilrechtsrechtspflege, sondern hat weltweit auch andere Zivilrechtsordnungen, etwa in Japan, China, Portugal, Ungarn oder Georgien, geprägt, ganz zu schweigen vom schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB), das ein dem deutschen BGB strukturell und inhaltlich sehr ähnliches Regelungssystem bereitstellt. Da verwundert es auf erste Sicht, dass das deutsche Zivilrecht im

*) Leupertz Baukonfliktmanagement, Schiedsrichter Schlichter Adjudikator, Richter am Bundesgerichtshof a. D.

internationalen Rechtsverkehr selbst im Anwendungsbereich des „*civil law*" keine Rolle spielt, die stattdessen insbesondere das schweizerische Recht einnimmt.

[2] Ein wichtiger Grund hierfür ist die nicht unberechtigte Furcht gerade ausländischer Vertragsparteien und Investoren vor den – im internationalen Vergleich exotischen – Besonderheiten des deutschen AGB-Rechts, das Ihnen im Ergebnis ein Stück weit die Vertragshoheit entzieht. Denn weil die für die Realisierung von Industrie und Infrastrukturbauvorhaben maßgeblichen Vertragswerke in der Regel aus Vertragsklauseln bestehen, die insgesamt *„für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert"* sind und *„von einer Vertragspartei gestellt werden"*[1], handelt es sich insoweit um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSd § 305 Abs. 1 BGB,[2] die mithin dem Anwendungsbereich der AGB-rechtlichen Inhalts- und Transparenzkontrolle nach §§ 307ff BGB unterliegen. Deshalb gilt für jede einzelne dieser Vertragsklauseln der in § 307 Abs. 1, 2 BGB manifestierte Grundsatz, dass sie unwirksam ist, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt, was gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel anzunehmen ist, wenn die in Rede stehende Vertragsklausel von wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes in einer Weise abweicht, die mit eben jenen Grundgedanken nicht zu vereinbaren ist. Zu alledem hat sich gerade für das Werk- und Bauvertragsrecht eine umfangreiche Kasuistik entwickelt, die in der Tendenz immer strengere Regeln für die nach § 307 BGB gebotene Inhaltskontrolle hervorbringt.[3] Hinzu tritt eine von der Rechtsprechung etablierte Praxis, die die grundsätzlich nur[4] auf Verträge mit Verbrauchern anwendbaren Klauselverbote in §§ 308, 309 BGB als Wertungskriterien im Rahmen der gemäß § 307 Abs. 1 BGB gebotenen Inhaltskontrolle auch bei Verträgen zwischen Unternehmern heranzieht[5] und letztlich den im Gesetz angelegten Unterschied zwischen Verträgen mit Verbrauchern und reinen b2b-Geschäften weitgehend nivelliert.

[3] Bei Anwendung dieser Rechtsgrundsätze besteht die Gefahr, dass die AGB-rechtlich begründete Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln das Vertragswerk insgesamt in eine regulatorische Schieflage bringt. So enthalten die typischen Verträge für Industrie- und Infrastrukturbauvorhaben fast schon notorisch Vertragsklauseln für zentrale Bereiche der Projektabwicklung, die oft nur in ihrem ungestörten Zusammenwirken ein sinnvolles, den Realisierungsinteressen und -bedarfen der Vertragsparteien gerecht werdendes Ganzes ergeben. Werden aus einem solchen geschlossenen Regelungssystem einzelne Vertragsklauseln selektiv im Wege der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle eliminiert, so kann dies leicht die Ausgewogenheit des Regelungssystems insgesamt beeinträchtigen und zu Ergebnissen führen, die den im Ausgangspunkt durchaus berechtigten Schutz vor Übervorteilung in sein Gegenteil verkehren. Solche Konstellationen sind gerade bei großvolumigen Verträgen über Industrie- und Infrastrukturbaumaßnehmen nicht selten, deren Regelungskonzepte in Anlehnung an international gebräuchliche Vertragsmuster (bspw.: FIDIC, EPC- oder EPCM, NEC4) den Interessenausgleich zwischen den Vertragspartner oft strukturell anders organisieren, als dies nach den Vorgaben des BGB der Fall ist, etwa im Zusammenhang mit

- Haftungsbeschränkungen
- Sicherheiten
- Vertragsstrafen („*Liquidated Damages*")
- Abnahme
- Gewährleistung und Gewährleistungsfristen
- Zahlungsmodalitäten
- Darlegungs- und Beweislastregeln.

[4] Dann führt die Anwendung des hiesigen AGB-Rechts wegen der solchen Vertragskonstruktionen immanenten Abweichung vom gesetzlichen Leitbild (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und der hierdurch wiederum bedingten Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln dazu, dass die strukturellen Grundlagen des vertraglich organisierten Interessenausgleichs durchbrochen werden, ohne dass sie durch die Anwendung des AGB-Rechts anderweitig wieder hergestellt werden könnten.

[5] In Erwägung all dessen liegt es auf der Hand, dass der unternehmerische Geschäftsverkehr ein starkes Interesse daran hat, jedenfalls solche Konsequenzen zu vermeiden und die Anwendung des deutschen AGB-Recht auf ihre jeweilige Vertragsbeziehung durch entsprechende rechtsgeschäftliche Abreden auszuschließen. Ob und wenn ja, in welcher Weise dies im Zusammenhang mit Schiedsvereinbarungen rechtswirksam geschehen kann, soll nachfolgend erörtert werden.

II. Exkurs: Die Anwendung des AGB-Rechts vor staatlichen Gerichten

[6] Muss eine vertragliche Streitigkeit mangels Schiedsvereinbarung vor staatlichen Gerichten ausgetragen werden, so gilt im Ausgangspunkt der Grundsatz, dass die AGB-rechtlichen Vorschriften in §§ 305ff BGB sachrechtlich zwingendes Recht sind und vom Gericht beachtet werden müssen. Diese Konsequenz können die Vertragsparteien vermeiden, indem sie ihre Vertragsbeziehungen kraft rechtsgeschäftlicher Vereinbarung dem Recht eines anderen Staates ohne vergleichbare Regularien unterwerfen, was auch in AGB geschehen kann.[6] Eine solche Rechtswahl unter Abstandnahme von den Bestimmungen des hiesigen AGB-Rechts ist gemäß Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO grundsätzlich möglich,[7] weil das deutsche AGB-Recht kein international zwingendes Recht als sog. „Eingriffsnorm" iSd Art. 9 Rom I-VO darstellt.[8] Allerdings ist zu unterscheiden:

1) Wegen der strengen Anforderungen der Rspr. an ein „Aushandeln" im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB handelt es sich bei den einzelnen Vertragsklauseln nur sehr selten um Individualvereinbarungen; vgl. dazu: Stoffels, AGB-Recht, 5. Auflage 2024 Rn. 148ff; aus der umfangreichen Rspr. zu den Anforderungen an ein „Aushandeln": BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 Rn. 10 mwN; zuletzt: Urt. v. 10.10.2023 – VI ZR 257/22 Rn. 13
2) vgl. statt vieler zum Anwendungsbereich des AGB-Rechts und den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 BGB: Stoffels, AGB-Recht, 5. Auflage 2024 Rn. 106ff mwN
3) vgl. hierzu ausführlich mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr. die Kommentierung in Staudinger/*Leupertz* (2022), Anhang zu §§ 305-310 BGB, Abschnitt B Rn. B 9 ff.; zu den Besonderheiten bei formularmäßigen Vereinbarungen über Vertragsstrafen und pauschalierten Schadensersatz im Anlagenbau: Bock/Zons/*Fußy*, Rechtshandbuch Anlagenbau, 2. Aufl. 2021 Rn. 602ff mwN
4) § 308 Nr. 1a und b BGB gelten wegen § 310 Abs. 1 S. 1 BGB unmittelbar auch für b2b-Verträge: Grüneberg/*Grüneberg*, § 307 Rn. 40
5) BGH, Urt. v. 3.2.2021 – XII ZR 29/20 Rn. 46ff; VersUrt. v. 19.9.2007 – VIII 141/06 Rn. 11, jeweils mwN
6) BGH, Urt. v. 24.3.2022 – I ZR 52/21 Rn. 32 f.; Urt. v. 26.10.1993 – XI ZR 42/93
7) MükoBGB/*Martiny*, 9. Auflage 2025, Rom I-VO Art. 3 Rn. 8 mwN
8) BGH, Urt. v. 9.7.2009 – Xa ZR 19/08 Rn. 32 ff.; MükoBGB/*Martiny*, 9. Auflage 2025, Rom I-VO Art. 9 Rn. 97; Stoffels, AGB-Recht, 5. Aufl. 2025 Rn. 231

[7] Bei Verträgen zwischen Unternehmern mit Auslandbezug besteht nach den vorerwähnten Regeln des insoweit maßgeblichen Kollisionsrechts die Möglichkeit einer freien Rechtswahl, die keinen sachrechtlichen Bezug hat und deshalb auch die privatautonome „Abwahl" des deutschen AGB-Rechts einschließt.[9] Dies gilt hingegen nicht für reine Inlandssachverhalte, also für Rechtsbeziehungen zwischen inländischen Vertragspartnern ohne Auslandsbezug,[10] für die Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO kollisionsrechtlich bestimmt, dass die Vertragsparteien an die Einhaltung der inländischen nichtdispositiven Bestimmungen der dortigen Rechtsordnung gebunden sind. Dazu gehören für das deutsche Recht auch die Vorschriften in §§ 305ff BGB.[11] Deshalb besteht für Verträge ohne Auslandbezug keine Möglichkeit, die Anwendung des deutschen AGB-Rechts rechtsgeschäftlich auszuschließen oder durch Wahl einer anderen Rechtsordnung zu umgehen.[12]

III. Der Ausschluss des AGB-Rechts durch Schiedsvereinbarungen

[8] Für Schiedsverfahren gelten die unter Ziffer II. dargestellten Grundsätze der Rechtswahl nicht in gleicher Weise.

1. § 1051 ZPO / Allgemeine Grundsätze für die Rechtswahl in Schiedsvereinbarungen

[9] Maßgebend für das vom Schiedsgericht anzuwendende Recht sind gemäß § 1051 Abs. 1 ZPO diejenigen Rechtsvorschriften des Staates, welche die Schiedsparteien als auf den Inhalt des Rechtsstreits anwendbar bestimmt haben („*lex mercatoria*"[13]), wobei sich diese Vereinbarung einer Rechtsordnung im Zweifel auf das Sachrecht und nicht auf das Kollisionsrecht bezieht.[14] Die Parteien müssen nicht die Gesamtrechtsordnung eines Staates wählen, sondern sie können auch einzelne Rechtssätze aus unterschiedlichen Rechtsordnungen für anwendbar erklären.[15] Daraus folgt weiter, dass sie grundsätzlich auch befugt sind, Teile der von Ihnen im Übrigen gewählten Rechtsordnung von der Anwendung im Schiedsverfahren auszuschließen, was somit auch für die AGB-rechtlichen Bestimmungen in §§ 305ff BGB gilt, selbst wenn im Übrigen deutsches Recht Anwendung finden soll.[16]

[10] Das alles trifft jedenfalls auf schiedsgerichtliche Verfahren mit Auslandsbezug zu.

2. Sonderfall: Schiedsverfahren ohne Auslandsbezug

a) Keine Bindung der Rechtswahl an die Bestimmungen des Kollisionsrechts

[11] Ob die gleichen Regeln auch für reine Inlandssachverhalte gelten, ist nicht eindeutig geklärt. Dabei wird man im Ausgangspunkt wahrnehmen müssen, dass die Vorschrift des § 1051 ZPO ihrem Wortlaut nach die Freiheit der Rechtswahl nicht an Fälle mit Auslandberührung knüpft. Gleichwohl wird unter Hinweis auf die Materialien zu § 1051 ZPO[17] vertreten, dass auch für die Rechtswahl der Parteien nach § 1051 ZPO die Bestimmungen des Kollisionsrechts gelten sollen, wonach sie gemäß Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO gehindert wären, von innerstaatlichen zwingenden Vorschriften abzuweichen.[18] Dann ergäbe sich kein Unterschied zu Verfahren vor den staatlichen Gerichten und es würden die unter Ziffer II. dargestellten Grundsätze mit der Folge gelten, dass eine „Abwahl" des deutschen AGB-Rechts bei reinen Inlandssachverhalten unzulässig wäre. Dem ist mit der h. M. zu widersprechen.[19]

b) Keine Bindung der Rechtswahl an zwingendes inländisches Recht

[12] Entscheidend ist vielmehr, ob und wenn ja, inwieweit das Schiedsgericht an die Rechtswahl der Parteien gebunden werden kann, wenn hierdurch von zwingenden inländischen Vorschriften abgewichen wird. Hierzu trifft § 1051 Abs. 1 ZPO keine positive Aussage. Allenfalls wird man aus der den Parteien durch § 1051 Abs. 3 ZPO eröffneten Möglichkeit, das Schiedsgericht zu einer Billigkeitsentscheidung zu ermächtigen, ableiten können, dass eine strikte Bindung an das innerstaatliche dispositive Recht vom Gesetzgeber nicht gewollt ist. Denn es lässt sich kaum sagen, dass jede Außerachtlassung von zwingenden gesetzlichen Vorschriften zur Unbilligkeit der schiedsgerichtlichen Entscheidung führen würde. Wenn aber die Rechtmäßigkeit einer dem Schiedsgericht von den Parteien gestatteten Billigkeitsentscheidung auch bei Inlandssachverhalten nicht von der Einhaltung aller zwingenden gesetzlichen Vorschriften abhängig sein kann, besteht kein sachlicher Grund, die Rechtswahlmöglichkeit der Parteien im Übrigen auf eben dieses Maße zu beschränken.[20]

c) Die Grenzen der Rechtswahlfreiheit bestimmt der ordre public

[13] Gleichwohl gilt die Freiheit der Rechtswahl gemäß § 1051 Abs. 1 ZPO nicht schrankenlos. Denn auch die Schiedsgerichte nehmen kraft staatlicher Legitimation Aufgaben der Rechtsprechung wahr, wodurch sie jedenfalls an „Recht und Gesetz" (Art. 20 Abs. 3 GG) gebunden sind. Die insoweit maßgebliche Grenze der Rechtsstaatlichkeit zeigt § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) ZPO mit dem Hinweis auf, dass der Schiedsspruch aufgehoben werden muss, wenn seine Anerkennung oder Vollstreckung zu einem Ergebnis führen würde, das der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) widerspricht. Zwar betrifft die Vorschrift die staatlich zu legitimierende Vollstreckung eines Schiedsspruchs und nicht die für die Entscheidung des Schiedsgerichts maßgeblichen Rechtsgrundlagen. Sie zeigt jedoch auf, welche Grenzen der Staat den Parteien bei der privatautonomen Durchsetzung ihrer Rechte setzen möchte, und indiziert damit zugleich das Maß der Ihnen im Rahmen der Rechtswahl zuzubilligenden Freiheiten. Deshalb erscheint es vernünftig und sachgerecht, die Rechtmäßigkeitsanforderungen hier wie dort einheitlich danach zu bestimmen, ob die Grenzen des *ordre public* eingehalten sind.[21]

[14] Aus alledem folgt, dass die Vertragsparteien gemäß § 1051 Abs. 1 ZPO berechtigt sind, ihre Rechtsbeziehungen den Vorschrif-

9) Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1169
10) zur Beantwortung der streitigen Frage, ob auch insoweit im Ausgangspunkt eine freie Rechtswahl nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO besteht: BeckOK BGB/Haus/Posseck/*Spickhoff*, 72. Edit. 1.8.2024, Art. 3 Rom I-VO Rn. 7 f. mwN
11) MükoBGB/*Martiny*, 9. Auflage 2025, Rom I-VO Art. 3 Rn. 87
12) ebenso bspw.: Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1169
13) dazu ausführlich: Ritlewski, SchiedsVZ 2007, 130
14) Musielak/*Voit*, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 1051 Rn. 2
15) Musielak/*Voit*, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 1051 Rn. 2; MükoBGB/*Münch*, 6. Auflage 2022, § 1051 Rn. 15; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170
16) BeckOK ZPO/Vorwerk/Wolf/*Wilske/Markert*, 55. Edit. 1.12.2024, § 1051 Rn. 6; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170
17) BT-Drs.13/5274, S. 52
18) MükoBGB/*Münch*, 6. Auflage 2022, § 1051 Rn. 23 mwN
19) Musielak/*Voit*, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 1051 Rn. 3; Prütting/Gehrlein/Prütting, ZPO, 16. Aufl. 2024, § 1051 Rn. 6; BeckOK ZPO/Vorwerk/Wolf/*Wilske/Markert*, 55. Edit. 1.12.2024, § 1051 Rn. 6; Kondring ZIP 2017, 706 ff.; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170
20) iE ebenso: Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1171
21) iE ebenso: Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1173

ten des deutschen Zivilrechts mit Ausnahme der §§ 305 bis 310 BGB zu unterwerfen, wenn hierin kein Verstoß gegen den (inländischen) *ordre public* liegt. Ein solcher Verstoß ist allerdings erst dann gegeben, wenn zu besorgen ist, dass das Schiedsgericht eine vertragliche Regelung für wirksam erachten und anwenden könnte, die mit wesentlichen Grundprinzipien der Rechtsordnung nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Das wäre der Fall, wenn eine auf solcher Grundlage getroffene Entscheidung des Schiedsgerichts zu einem Ergebnis gelangen würde, das nach den nicht zuletzt durch den Geltungsanspruch der Grundrechte beeinflussten Anschauungen der Rechtsordnung in einem untragbaren Widerspruch zu deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen stünde.[22] Demgegenüber stellt nicht bereits jede im Widerspruch zu zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts stehende Entscheidung des Schiedsgerichts einen Verstoß gegen den *ordre public* dar.[23]

d) Selektiver Ausschluss des AGB-Rechts ist kein Verstoß gegen ordre public

[15] Die privatautonome Entscheidung der Vertragsparteien, selektiv auf die Einhaltung der Vorschriften in §§ 305 bis 310 BGB verzichten zu wollen, kollidiert nach diesen Maßstäben nicht mit dem *ordre public*. Sie setzt nichts außer Kraft, was nach den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung im obigen Sinne unverzichtbarer Bestandteil einer geordneten Rechtsanwendung ist und kann deshalb im Zusammenhang mit Schiedsvereinbarungen wirksam auch für Inlandsangelegenheiten getroffen werden.[24]

e) § 242 BGB gewährt auch bei Ausschluss des AGB-Rechts einen Mindestschutz vor Übervorteilung

[16] Haben die Parteien für das Schiedsverfahren deutsches Recht unter Ausschluss der §§ 305 bis 310 BGB vereinbart, so folgt daraus nicht, dass sie völlig schutzlos der Übervorteilung und Überrumpelung durch die jeweils andere Partei mittels Verwendung von AGB ausgeliefert sind. Denn der privatautonome Verzicht auf die Anwendung des gesetzlichen AGB-Rechts beinhaltet nicht die Preisgabe eines Mindestschutzes vor unangemessener Benachteiligung iSd § 307 Abs. 1 BGB, soweit dieser nach obigem Verständnis essenzieller Bestandteil der Grundprinzipien unserer Rechtsordnung und damit des nationalen *ordre public* ist. Dementsprechend findet auch bei wirksamer Abbedingung des deutschen AGB-Rechts eine am Gerechtigkeitspostulat der Rechtsordnung orientierte Korrektur vorformulierter Vertragsklauseln statt, soweit dies die Einhaltung des *ordre public* erfordert.

[17] Maßstab hierfür ist das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB), dessen Anwendung freilich nicht dazu führen kann, dass auf diesem Wege die abbedungenen Vorschriften in §§ 305 bis 310 BGB dann doch wieder vollumfänglich Geltung beanspruchen. Vielmehr gewährleistet die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben als Bestandteil der *ordre public*-Kontrolle lediglich einen maßvollen Schutz vor gänzlich unangemessenen und deshalb inakzeptabel treuwidrigen Klauseln, der deutlich hinter den für die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB geltenden Maßstäben zurückbleibt und insbesondere nicht dem Grundsatz verpflichtet ist, dass im Zweifel jede Abweichung von wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes den Vorwurf einer unangemessenen Benachteiligung begründet. Diese deutliche Absenkung des Kontrollmaßstabs wirkt sich insbesondere bei der Beurteilung von AGB-rechtlich stark gefährdeten Klauseln aus, die Haftungsbeschränkungen oder Sicherheiten zum Gegenstand haben. Ebenfalls werden im unternehmerischen Geschäftsverkehr die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB nicht ohne weiteres als Indiz für eine korrekturbedürftige Benachteiligung heranzuziehen sein. Und schließlich dürfte die Beantwortung der Frage, ob es sich bei einer kritischen Klausel überhaupt um eine Allgemeine Geschäftsbedingung iSd § 305 Abs. 1 BGB handelt, nicht an den von der Rechtsprechung zu § 305 Abs. 1 S. 3 BGB entwickelten, strengen Grundsätzen für das „Aushandeln" der jeweiligen Klausel zu messen sein.[25]

IV. Ergebnisse

- Die Vertragsparteien dürfen gemäß § 1051 Abs. 1 ZPO im Zusammenhang mit einer Schiedsvereinbarung die auf ihre Vertragsbeziehung anzuwendenden Rechtsvorschriften frei wählen.
- Das betrifft nicht nur die Wahl der Rechtsordnung, der sie ihre Vertragsbeziehungen unterstellen wollen, sondern auch die selektive Auswahl einzelner Rechtsvorschriften. Dementsprechend kann die Anwendung des deutschen Rechts unter Ausschluss der §§ 305 bis 310 BGB wirksam vereinbart werden.
- Dieses Wahlrecht besteht auch bei reinen Inlandssachverhalten.
- Die Grenzen der Freiheit der Rechtswahl werden bestimmt durch den *ordre public*, dessen Anwendung der rechtsgeschäftlichen „Abwahl" des deutschen AGB-Rechts nicht entgegensteht.
- Haben die Vertragsparteien die Anwendung der Vorschriften der §§ 305 bis 310 BGB durch das Schiedsgericht wirksam ausgeschlossen, gewährleistet das Gebot von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB einen Mindestschutz vor Übervorteilung und Überrumpelung. Dieser Mindestschutz kann nicht abbedungen werden. Er bleibt inhaltlich hinter den Maßstäben der gesetzlichen Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 bis 309 BGB zurück, weil
  (1) die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild das Unangemessenheitspostulat in aller Regel nicht begründet;
  (2) die Klauselverbote in §§ 308, 309 BGB keine Indizwirkung für die Unwirksamkeit für Klauseln in Unternehmerverträgen haben;
  (3) die Feststellung, dass Vertragsklauseln von den Parteien ausgehandelt wurden und deshalb nicht als AGB gelten, nicht an den von der Rspr. zu § 305 Abs. 1 S. 3 BGB entwickelten hohen Anforderungen zu messen ist.

22) BGH, Urt. v. 12.7.1990 – III ZR 174/89
23) BGH, Urt. v. 30.10.2008 – III ZB 17/08; MükoBGB/*Münch*, 6. Auflage 2022, § 1059 Rn. 46 und Rn. 56 f. mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr.
24) vgl.: Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1173
25) vgl. zum Ganzen mit ähnlichen Erwägungen: Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1173 f.

DR. TINO SCHNEIDER/ANNA MASSER*

Disputed Variations and Similar Scenarios – Underrated Aspects in Contract Drafting

Disputed variations in construction contracts present significant challenges, often leading to complex disputes between contractors and employers. This article delves into the intricacies of such disputes, focusing on scenarios like the 'perceived holdout' and the 'acceleration versus mitigation problem.' It examines the contractual and legal frameworks provided by widely used international models, such as the FIDIC Yellow Book, and compares them with the German VOB/B and national law. The analysis highlights the critical importance of clear contractual provisions and effective dispute resolution mechanisms to manage the risks and interests of both parties. By exploring these frameworks, the article underscores the necessity for tailored solutions in construction contracts to mitigate the financial and operational impacts of disputed variations.

Auseinandersetzungen über vermeintliche Bestellungsänderungen stellen Unternehmer und Bauherren oft vor erhebliche Herausforderungen. Dieser Artikel untersucht die Unterschiede im Umgang mit solchen Situationen in verschiedenen Regelwerken anhand eines Vergleichs eines weitverbreiteten internationalen Bauvertragsstandards, dem FIDIC Yellow Book, mit der deutschen VOB/B und deutschem Recht. Die Untersuchung verdeutlicht die Bedeutung klarer vertraglicher Bestimmungen und effektiver Streitbeilegungsmechanismen für den Umgang mit strittigen Bestellungsänderungen. Es wird aufgezeigt, dass jedes Bauprojekt maßgeschneiderte Lösungen im Bauvertrag benötigt, um potenziell kostspielige Probleme bei der Handhabung solcher Situationen zu vermeiden.

I. Key Challenges: The 'Perceived Holdout' and the 'Acceleration versus Mitigation Problem'

[1] Major and complex construction projects are rarely ever executed exactly as planned. Virtually every construction contract recognizes this and provides for variations, *i. e.*, changes to the scope of the works to be executed by the contractor for the employer. If the employer and the contractor agree on whether certain works exceed the original contractual scope and the impact on costs and delivery time, such changes are unproblematic. However, often they do not agree. Without any doubt, arguments about variations are among the most common types of construction disputes.

[2] Disputed variations exist in all shapes and forms. A common and complex scenario is the 'perceived holdout':

A contractor, engaged in constructing a safety system for an existing power plant under an engineering, procurement, and construction agreement, designs parts of the system based on an incomplete 3-D model. The actual plant layout necessitates a design change, leading to increased project execution costs. The contractor claims to have been entitled to rely on the 3-D model. It considers the design change a variation and claims additional compensation. By contrast, the employer maintains that the contractor should have understood which design the plant layout required based on drawings which were shared during the tender process. It considers the purportedly new design as falling under the scope of the original contract and rejects the contractor's claims for additional compensation. In response, the contractor contemplates refusing to execute the design change, which is critical for the project to proceed, until the employer issues a variation order recognizing the requested additional compensation.

[3] A somewhat similar scenario, which some contract models consider as a variation issue while others do not, is the 'acceleration versus mitigation problem': Let us assume the above design problem did not occur but, by the time onsite installation commences, the project is nevertheless several months behind schedule. The contractor claims that the employer provided specific information late that it needed for engineering and procurement. The employer maintains that the missing information had no impact on the critical path of the project and therefore did not cause delay. Now, the employer requests that the contractor take "any measures possible to mitigate" the delay during installation, *e. g.*, by increasing manpower and working in shifts. The contractor is prepared to implement these measures but only if the employer undertakes to pay the additional costs.

II. Stakeholder Interests and Associated Risks

[4] Legitimate contractor and employer interests clash in these circumstances. Contractors typically need to ensure sufficient cash flow during a project. This is regularly achieved via detailed payment schedules linked to project milestones. Having to perform a disputed variation and incur all related expenses for no immediate compensation can be a heavy burden on a contractor's

*) Dr. Tino Schneider, LL. M. (Columbia) and Anna Masser are arbitration lawyers at A&O Shearman.

finances. By contrast, an employer that is convinced that a disputed variation is in fact no variation at all will be understandably reluctant towards making any additional payments for work which it believes to be already compensated by the contract price. It will also seek to avoid assuming the risk of having to recover any amounts paid in subsequent legal proceedings, subject to the contractor's continuing solvency.

[5] This renders the above scenarios extremely unpleasant for both the contractor and the employer. Their respective strategic choices carry significant risks:

- If a contractor refuses to carry out a disputed variation without being entitled to do so, the employer may terminate the contract, and the contractor might not only lose the profits that it could have made during the remainder of the project but also become liable for damages (in addition to possible reputational damage). Whether contractual liability caps apply in such situations is a case-specific and potentially tricky question.
- If an employer terminates the contract in the same situation or replaces the contractor (if that is possible at all), it also risks being liable for damages, potentially including the contractor's lost profits, if a court or tribunal subsequently determines that the contractor had the right to refuse the performance of the disputed variation. But even if the contractor has no such right, employers will consider carefully whether insisting on their legal position is worth the potential delay to their project.

III. Contractual and Legal Frameworks: A Comparative Analysis

[6] Given the high stakes involved for both the contractor and the employer, the above-described situations call for clear contractual or legal guidance. In most cases, variations will be governed by a nuanced set of rules contained in the respective construction agreements. We will therefore first summarize how examples of widely used international and local model contracts deal with disputed variations, before discussing the legal framework in Germany, the jurisdiction where the authors are based.

1. The FIDIC Yellow Book

[7] The International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) provides widely-used standard contract forms in the international construction industry, aiming to balance contractor and employer interests. This analysis focuses on the 2017 Conditions of Contract for Plant & Design Build (the "FIDIC Yellow Book").

a) The relevant contractual framework

[8] Under Clause 13.1 of the FIDIC Yellow Book, the engineer, a third party with specific duties assigned to it in the conditions of contract,[1] acting for the employer in this instance (Clause 3.2 of the FIDIC Yellow Book), may initiate a variation. The engineer can do so either by instruction (Clause 13.3.1) or by requesting a proposal from the contractor (Clause 13.3.2). The contractor can also submit a proposal on its own initiative, which, if accepted by the engineer on behalf of the employer, leads to the instruction of a variation. Clause 13 of the FIDIC Yellow Book contains detailed particulars on the variation procedure, the contents of proposals, the substantiation of the cost and time impact of variations and the valuation of additional work, but it does not deal with disputed variations.

[9] In the two scenarios discussed above, the engineer would not expressly instruct a variation because it is the employer's view that the work to be performed falls within the original contract scope. From the employer's perspective, the engineer is only instructing the contractor to perform the contract. The engineer's instructions are governed by Clause 3.5 of the FIDIC Yellow Book. Under Clause 3.5, the provisions relating to variations only apply if the engineer *expressly* specifies that it considers the instruction a variation. If an instruction does not state that it constitutes a variation, but the contractor considers that it does, under Clause 3.5 of the FIDIC Yellow Book, the contractor must immediately give a notice to the engineer with reasons, before commencing any work relating to the instruction. If the engineer does not respond within seven days by "confirming, reversing or varying the instruction, the Engineer shall be deemed to have revoked the instruction." If the engineer responds, under Clause 3.5 of the FIDIC Yellow Book, the contractor "shall comply with and be bound by the terms of the Engineer's response."

[10] Obviously, this cannot mean that the engineer can unilaterally decide whether a disputed variation in fact constitutes a change of the contract scope or not. However, it implies that a contractor is obligated to carry out the instructed work and can only subsequently claim additional time and costs under Clause 20.2 of the FIDIC Yellow Book. This 'work now, argue later' approach applies, unless any of the exceptions listed in Clause 13.1 of the FIDIC Yellow Book apply, namely that (i) the varied work was unforeseeable; (ii) the contractor cannot readily obtain the required goods; (iii) the varied work affects the contractor's ability to comply with obligations relating to health and safety or environmental protection; or (iv) the instructed work will adversely impact the fitness for purpose of the totality of the work to be delivered.

[11] The treatment of instructions to accelerate under the FIDIC Yellow Book depends on why the need to accelerate has arisen. If the contractor's progress is too slow for reasons within its responsibility, then, pursuant to Clause 8.7 of the FIDIC Yellow Book, the engineer may instruct the contractor to submit a revised programme setting out proposed measures to mitigate the delay. This is a sensible solution because contractors will generally be in a better position to assess which acceleration measures are most effective. Other types of model contracts that deal with instructions to accelerate separately from variations, such as for example Article 95 of the SIA-Norm 118 issued by the Swiss Society of Engineers and Architects (or *Société des Ingénieurs et des Architects*, "SIA"), therefore also often stipulate an obligation for the contractor to submit an acceleration proposal. In any event, in the context of Clause 8.7 of the FIDIC Yellow Book, the employer's instruction to submit a revised programme is not a variation because it does not amend the contractor's obligation to deliver the works within the agreed timeframe.

[12] If a delay has arisen due to circumstances entitling the contractor to an extension of time pursuant to Clause 8.5 of the FIDIC Yellow Book or if the employer is asking the contractor to complete the works earlier than originally agreed, then, under Clause 8.7, the instruction to accelerate is considered as a variation by instruction.

1) See Manner/von Kossak, Quo vadis Engineer? Zur Rolle des Engineers in internationalen Anlagenbauprojekten, RIIPrax 1/2024, 8, 9-10, paras. 8-17.

[13] If there is a dispute between the contractor and the employer about the responsibility for the delay giving rise to the instruction to accelerate, the above-described procedure under Clause 3.5 of the FIDIC Yellow Book applies, whereby the contractor is ultimately bound to perform the instruction and must seek to obtain compensation via the agreed dispute resolution mechanism.

b) The 'perceived holdout' scenario

[14] Therefore, in the 'perceived holdout' scenario discussed above, a contractor under a FIDIC Yellow Book contract would have to perform the instructed task first and claim compensation and/or extension of time later. This approach ultimately prioritizes speed of project execution over the contractor's cash flow concerns.

[15] The burden on the contractor is somewhat mitigated by a sequence of dispute resolution steps under the FIDIC Yellow Book. First, as described above, a third party in person of the engineer is involved in determining whether a variation exists and under what conditions it should be carried out. Second, the FIDIC Yellow Book provides for a Dispute Avoidance and Adjudication Board (DAAB) with the goal of facilitating agreement between the parties or resolving disputes quickly by rendering decisions within a reasonably short timeframe (see Clauses 21.3 and 21.4 of the FIDIC Yellow Book). A decision by a DAAB can be challenged by providing a notice of dissatisfaction, and the matter can ultimately be submitted to an arbitral tribunal for decision (Clauses 21.4.4, 21.6 of the FIDIC Yellow Book). However, under Clause 21.4.3 of the FIDIC Yellow Book, while such a challenge is pending, a DAAB decision remains binding. Thus, the FIDIC Yellow Book seeks to reduce the period of uncertainty for the parties and thereby also the time for which a contractor may have to advance expenses for the work on a disputed variation.

[16] However, construction contracts can also be modelled on the FIDIC Yellow Book without having a DAAB in place (Clause 21.8). In such case, the mitigating impact of preliminary adjudication is not available, and the risks and financial burden associated with the uncertainty surrounding the disputed variation is predominantly allocated to the contractor.

c) The 'acceleration versus mitigation' problem

[17] Dealing with the 'acceleration versus mitigation' scenario can be more complicated because there may be additional uncertainty as to whether an instruction under Clause 3.5 of the FIDIC Yellow Book has been given. The engineer may ostensibly only remind the contractor of its general obligation to mitigate any delay caused by it. It will depend on the circumstances of the specific case whether such a reminder qualifies as an instruction under Clauses 8.7 and 3.5 and contractors will be well-advised to seek confirmation from the employer.

[18] Aside from this additional complication though, pursuant to Clauses 8.7, 13.3.1 and 3.5 of the FIDIC Yellow Book, the same 'work now, argue later' approach discussed above also applies to an instruction to accelerate in circumstances where the responsibility for delay is in dispute.

3. The VOB/B

[19] The *Vergabe- und Vertragsordung für Bauleistungen, Teil B* (VOB/B) is the most commonly used model contract in the German construction industry.

a) The relevant contractual framework

[20] In terms of changes to the contractual scope of the works after the conclusion of the contract, the VOB/B distinguishes between (i) variations of the project design; (ii) other changes to the contractual scope that are necessary to complete the project; and (iii) other tasks falling outside of the contractual scope (see Article 1(3) and 1(4) VOB/B). The employer has the right to instruct variations regarding (i) and (ii) (regarding (ii) provided that the task falls within the purview of the contractor's business), but not regarding (iii).[2]

[21] Since instructions pursuant to Articles 1(3) or 1(4) alt. 1 of the VOB/B change the scope of the works, the contractor may be entitled to compensation pursuant to Articles 2(5) or 2(6), respectively.

[22] The contractor must carry out instructed variations under Articles 1(3) or 1(4) alternative 1 of the VOB/B.[3] Despite these provisions making no reference to disputed variations, there appears to be agreement that they apply to disputed variations as well, so that the contractor must generally also carry out the works if it is in dispute between contractor and employer whether there has been a variation at all.[4] This makes sense because a contractor that has to comply with an instruction in circumstances where both parties agree that it extends the scope of the contract should *a maiore ad minus* also be obligated to carry out an instruction where it is yet to be determined whether the instruction extends the scope of the contract or remains within its original scope.

[23] However, there is a material difference to the solutions under other model contracts if German law is applicable, which is virtually always the case for VOB/B contracts: If the employer categorically refuses to pay any compensation for the variation in question (as opposed to a dispute concerning only the amount of compensation), then the contractor may refuse to carry out the instruction.[5]

[24] In this respect, a VOB/B contract is therefore more contractor-friendly than for example the FIDIC Yellow Book discussed above.

b) The 'perceived holdout' scenario

[25] In the 'perceived holdout' scenario, the employer disputes that there is a variation at all and, therefore, will typically categorically refuse to pay any compensation. Under a VOB/B contract subject to German law, this means that the contractor will typically be entitled to refuse carrying out the disputed variation.

c) The 'acceleration versus mitigation' problem

[26] Pursuant to the prevailing view among legal scholars, the employer's right to instruct variations does not extend to changes

2) See von Rintelen, in Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 8th ed. 2022, § 1 VOB/B, paras. 80-84.
3) von Rintelen, in Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, § 1 VOB/B, para. 123.
4) See, *e. g.*, Higher Regional Court of Düsseldorf, NJW-RR 2002, 165.
5) German Federal Supreme Court, NZBau 2004, 612, 613; Higher Regional Court of Düsseldorf, NJW-RR 2002, 165; Higher Regional Court of Zweibrücken, BauR 1995, 251; Higher Regional Court of Celle, BauR 1999, 262. Similar but more hesitant towards a right to refuse performance: Higher Regional Court of Dresden, BauR 1998, 565. See also Kuffer, Leistungsverweigerungsrecht bei verweigerten Nachtragsverhandlungen, ZfBR 2004, 110; Wieseler, in Cramer/Kandel/Preussner BeckOK VOB/B, 57th ed. 2024, VOB/B § 1 Abs. 3, para. 46.

to the project schedule.[6] This means that contractors can refuse to execute instructions to accelerate until they have reached an agreement with the employer about compensation. An employer may threaten termination or a claim for damages, but these may not always be feasible options (*e. g.*, because replacing the contractor would be connected with substantial delay). For better or worse, the VOB/B therefore does not equip the employer with the same means as for example a FIDIC Yellow Book contract to compel a 'work first, argue later' approach.

4. The legal framework under German law

[27] Construction contracts fall within the scope of the provisions on contracts for works under the German Civil Code (BGB), *i. e.*, sections 631 *et seq.* BGB. These provisions were not specifically designed for complex construction projects. Accordingly, before an amendment in 2018, the provisions on contracts for works did not contain any rules for changes of the scope of the works between conclusion of the construction contract and take-over. Under these old rules and general contract law principles, a construction contract only had to be performed as originally agreed and neither side had the right to unilaterally vary the contractual obligations.[7] This has changed with the introduction of a specific section on construction contracts in sections 650 a *et seq.* BGB in 2018.

a) The relevant legal framework

[28] Under the new rules, pursuant to section 650 b(1) BGB, the employer has a right to vary the works which encompasses both changes required to complete the agreed construction (section 650 b(1) no. 2 BGB) and changes that extend, reduce or amend the nature of the originally agreed construction (*Änderung des vereinbarten Werkerfolgs*, section 650 b(1) no. 1 BGB). In the case of the latter, the employer can only instruct variations if the execution thereof can reasonably be expected (*zumutbar*) of the contractor.[8]

[29] Unless an exception applies, the contractor is obligated to make an offer regarding an increase or reduction of its compensation corresponding to the variation. If contractor and employer do not reach an agreement on compensation based on the contractor's offer within 30 days, then the employer may instruct the variation pursuant to section 650 b(2) 1st sentence BGB. Under section 650 b(2) 2nd sentence BGB, the contractor is obligated to comply with the instruction, unless it concerns a variation under section 650 b(1) no. 1 BGB which it cannot reasonably be expected to perform.

[30] However, contractors do not have to pursue compensation claims relating to variations in regular state court or arbitration proceedings. Under section 650 d BGB, they can seek an injunction by way of interim relief from a court with jurisdiction. Section 650 d BGB stipulates that the claimant does not have to show urgency and that injunctions ordering performance (*Leistungsverfügungen*), including payment, are permissible if they relate to disputes regarding the right to instruct variations or compensation for variations.[9]

[31] It is controversial among legal scholars whether a contractor may refuse to carry out an instructed variation under section 650 b (2) 1st sentence BGB if the employer categorically refuses to pay any compensation. The majority view appears to be that the jurisprudence discussed above in the context of claims based on a VOB/B contract, applies to claims based on sections 650 b and 650c BGB as well.[10] However, other authors submit that a contractor claiming compensation based on these provisions does not require a right to withhold performance because it can obtain an injunction ordering payment pursuant to section 650 d BGB.[11]

b) The 'perceived holdout' scenario

[32] For the 'perceived holdout' scenario, this means that the employer can instruct a variation after having negotiated with the contractor for 30 days, and the contractor will then have to carry it out. However, the availability of a court-ordered injunction means that the contractor will be able to assert compensation claims, at least on a preliminary basis, within a relatively short timeframe.

c) The 'acceleration versus mitigation' problem

[33] The employers right to instruct variations under section 650 b (2) 1st sentence BGB does not extend to the time available for construction.[12] This means that the employer cannot issue a binding instruction to accelerate, unless stipulated otherwise in the construction agreement. The situation is thus identical as described above for VOB/B contracts.

III. Strategic Considerations for Contract Drafting

[34] The comparative analysis of the FIDIC Yellow Book, the VOB/B, and German national law reveals diverse approaches to managing disputed variations. This article does not advocate for a singular superior solution; rather, it emphasizes the importance of tailoring contractual provisions to the unique requirements of each construction project and the specific needs of the parties involved.

[35] As highlighted above, there are several levers that influence the allocation of risks and responsibilities associated with disputed variations among the contractor and the employer, in particular (i) the definition of a variation; (ii) the existence and purview of the employer's right to instruct binding variations; (iii) possible contractor rights to refuse performance; (iv) obligations on the contractor to submit proposals for disputed variations; and (v) preliminary and final dispute resolution mechanisms. The interplay of these factors is critical to a fair and practicable handling of disputed variations that avoids delay and protracted disputes.

[36] Model contracts and national laws may not always deal with the type of disputed variations that can be expected in a given project adequately. Given the prevalence of disputed variations, a lack of care in the choice of a suitable contract model and contract drafting can prove costly.

---

6) Kandel, in Cramer/Kandel/Preussner BeckOK VOB/B, VOB/B § 2(5), paras. 42-51; Markus, in Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, § 2 VOB/B, paras. 352-355; regarding other views, see also Kues, in Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 4th ed. 2023, § 1(3), paras. 50-80.
7) See also Higher Regional Court of Düsseldorf, NJW-RR 2002, 165; Kuffer, Leistungsverweigerungsrecht bei verweigerten Nachtragsverhandlungen, ZfBR 2004, 110, 114.
8) For further explanations on the distinction between types of variations under section 650 b BGB, see Mundt, in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann beck-online.GROSSKOMMENTAR, 1 October 2024, BGB § 650b paras. 81-90, 109.
9) See BeckOGK/Mundt BGB § 650d paras. 2-8.
10) Leinemann/Kues, in Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht, 2nd ed. 2023, § 650b paras. 169-170; Leupertz, in Leupertz/Preussner/Sienz BeckOK Bauvertragsrecht, 27th ed. 2024, BGB § 650b para. 80; von Rintelen, in Messerschmidt/Voit Privates Baurecht, 4th ed. 2022, BGB § 650b paras. 114-115.
11) BeckOGK/Mundt BGB § 650b para. 246.
12) See, *e. g.*, BeckOGK/Mundt BGB § 650b paras. 64-67.

VOLKER MAHNKEN*

Anlagenlieferverträge „plus", insbesondere Anlagenlieferverträge mit Montageüberwachung und Montageberatung

Anlagenlieferverträge, bei denen der Auftragnehmer auch zur Überwachung der oder Beratung in Bezug auf die Montage verpflichtet ist, ohne selbst zur vollen Montage verpflichtet zu sein, spielen in der Praxis eine erhebliche Rolle, sind bisher aber im juristischen Schrifttum weitgehend ignoriert worden. Der folgende Aufsatz gibt einen Überblick über ihre Gestaltung und behandelt, inwieweit sie dem UN-Kaufrecht bzw. dem Kauf- oder Werkvertragsrecht des BGB unterfallen.

The following article deals with plant supply contracts through which the contractor is also obliged to render certain services like engineering and/or supervision or consulting in respect of installation and commissioning of technical equipment (but without full installation). Although these contracts are quite relevant in practice they have so far been largely ignored in legal publications. The article discusses in particular to what extent the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the provisions of the German Civil Code on sales and work contracts should apply to them.

I. Einleitung – Einige Anmerkungen zur Terminologie

[1] Wer juristische Beiträge zu Verträgen im Anlagenbau verfassen will, steht vor der Schwierigkeit, dass es dazu keine einheitliche Terminologie gibt. Wohl überwiegend ist von Anlagenverträgen die Rede,[1] zum Teil von Anlagenbauverträgen,[2] mitunter auch von Industrieanlagenverträgen[3] bzw. Industrieanlagenbauverträgen.[4] Etliche der – ohnehin nicht allzu zahlreichen – juristischen Bücher zu Anlagenverträgen verwenden zwar einen der zuvor genannten Begriffe, beschränken sich aber auf die Behandlung von Turnkey-Anlagenbauverträgen.[5] Damit sind in diesem Beitrag Anlagenverträge gemeint, bei denen es um die schlüsselfertige Errichtung einer Anlage durch einen Generalunternehmer (oder ein Konsortium) geht – einschließlich Bauleistungen (mit Tiefbau) und Inbetriebnahme und oft einschließlich Planung.[6] Betrachtet man die Zahl der genannten Veröffentlichungen sowie von Mustertexten internationaler Organisationen und Institutionen,[7] stellt sich der Eindruck ein, dass Turnkey-Anlagenbauverträge die dominierende Vertragsform im Anlagenbau sind. Das dürfte aber nicht der Fall sein, auch wenn Statistiken dazu nicht vorzuliegen scheinen. Andere Vertragsformen sind im Anlagenbau ebenfalls gebräuchlich und dürften rein zahlenmäßig sogar dominieren, auch wenn ihr jeweiliges Vertragsvolumen oft geringer ist als das von Turnkey-Anlagenbauverträgen.

*) Der Verfasser ist Rechtsanwalt mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Anlagenbau. Er ist außerdem als Schiedsrichter und Adjudikator tätig. Vor seiner Tätigkeit als Anwalt arbeitete er viele Jahre in der Rechtsabteilung eines deutschen Großunternehmens, das u. a. im Anlagenbau tätig ist.

1) Schuhmann, Handbuch des Anlagenvertrages, 2001, S. 6 ff., Michaelis de Vasconcellos, Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag, 1987, S. 20 ff.; Flocke, Risiken beim internationalen Anlagenvertrag, 1986, S. 23 ff.; Bock/Zons/Mahnken/Clopppenburg, Rechtshandbuch Anlagenbau, 2. Aufl. 2021 Teil A IV Rn. 172 ff.

2) Steding/Wittemeier/Liauw Einführung in das Recht des Anlagenbaus, 2017, Rn. 52 ff.; Hilgers/Kaminsky, Anlagenbau im In- und Ausland, 2013, S. 1 ff.; Hilgers/Buscher, Der Anlagenbauvertrag, 2005, S. 1 ff.; Bock/Zons/Zons, Rechtshandbuch Anlagenbau, 2. Aufl. 2021, Teil A Rn. 1 ff., die Begriffe Anlagenvertrag und Anlagenbauvertrag werden hier wohl synonym verwendet.

3) Joussen, Der Industrieanlagen-Vertrag, 2. Aufl. 1996, S. 9; von Oppen, Der internationale Industrieanlagenvertrag, 2001 und Hesse-Rauhut, Legal Risk Management im Industrieanlagenbau, 2016, S. 9 ff.

4) Dünnweber, Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehrt, 1984, S. 25 ff.

5) Hesse-Rauhut, Legal Risk Management im Industrieanlagenbau, 2016, S. 8 und S.27; Dünnweber, Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage, S. 9; Michaelis de Vasconcellos, Garantieklauseln, S. 22; von Molls, ZfBR 1980, S. 55 f. und von von Oppen, Industrieanlagenvertrag S. 33, als Anlagenverträge im engeren Sinn bezeichnet ähnlich übrigens auch § 88 Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge (GIW) der DDR: "Durch den Anlagenvertrag verpflichtet sich der eine Partner (Auftragnehmer), eine Anlage zu projektieren, zu liefern, zu montieren, in Betrieb zu setzen und das Eigentumsrecht daran zu übertragen, und der andere Partner, die erforderlichen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, den Vertragspreis zu zahlen und die Anlage abzunehmen." https://www.trans-lex.org/600601/_/giw-ddr/.

6) Andere Bezeichnungen: Engineering/Procurement/Construction (abgekürzt: „EPC") oder Design Build.

7) FIDIC Conditions of Contract for Plant & Design Build, 2. Aufl. 2017 (= FIDIC Yellow Book) und FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, 2. Aufl. 2017 (= FIDIC Silver Book). Diese Vertragsmuster sind nicht nur für Anlagenbau-, sondern auch für Bauprojekte konzipiert. Die FIDIC Conditions of Contract for Construction (= FIDIC Red Book), 2. Aufl. 2017, sind dagegen eher auf Bauprojekte zugeschnitten. S. https://fidic.org/bookshop. FIDIC ist der internationale Dachverband der beratenden Ingenieure; die Abkürzung FIDIC steht für Fédération Internationale des Engenieurs Conseil, Genf. S. außerdem ICC Model Contract Major Turnkey Projects (= ICC MC Major TK Projects), 2. Aufl. 2020; Engineering Advancement Association, Japan (abgekürzt "ENAA"), ENAA Model Form International Contract for Process Plant Construction, 2010, und ENAA Model Form International Contract for Power Plant Construction, 2010; die General Conditions in den Standard Bidding Documents Procurement of Plant Design, Supply and Installation der Weltbank basieren auf ENAA Model Forms; https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework, s. dort unter 3. und dann am Ende unter „Plant"; Institution of Chemical Engineers (abgekürzt "IChemE"), s. z. B. IChemE International Form of Contract Lump sum Contracts, 2007 (= IChemE Int'l Red Book), https://www.icheme.org/knowledge-networks/forms-of-contract/.

[2] Betrachtet man Anlagenverträge, die eine Lieferung von Komponenten enthalten, so finden sich Turnkey-Anlagenbauverträge auf der einen Seite des Spektrums und auf der entgegengesetzten Seite „reine" Anlagenlieferverträge.[8] Bei diesen geht es nur um die Lieferung – und ggf. um die Herstellung – von Anlagenteilen (ggf. mit Montage- und Bedienungsanleitung bzw. Betriebs- und Wartungshandbuch). Beispiele sind Zulieferverträge und Verträge über die Lieferung von Ersatzteilen. Mustertexte internationaler Organisationen oder Institutionen speziell für den Anlagenbau sind nicht allzu zahlreich.[9]

[3] Zwischen diesen Formen von Anlagenverträgen finden sich im Spektrum weitere Varianten. Gelegentlich wird in Mustertexten der Anlagenliefervertrag um die Planung ergänzt.[10] Liegt in dieser Konstellation der Schwerpunkt auf der Anlagenlieferung kann von einem Anlagenliefervertrag „plus" gesprochen werden.

[4] Als weitere Variante kann der Vertrag über Lieferung und Montage von technischer Ausrüstung genannt werden. Er kann außerdem Planung und Inbetriebnahme (abgekürzt „IBN") sowie Training des Betriebspersonals des Auftraggebers enthalten. Er wird nachfolgend als Anlagenerrichtungsvertrag bezeichnet, da die „volle" Montage von technischer Ausrüstung als charakteristisch angesehen wird. Beispiele sind Verträge über Abfüllanlagen oder die technische Ausrüstung von Wasserkraftwerken wie insbesondere Turbinen und Generatoren. Der Begriff ist allerdings nicht ganz genau, da er nicht deutlich macht, dass Lieferung und IBN enthalten sein können (und ggf. auch noch Planung und die Herstellung von Komponenten). Auch für diese Kategorie gibt es allem Anschein nach nur recht wenige Vertragsmuster einer internationalen Institution/Organisation.[11]

[5] Ferner sind Anlagenbauverträge zu nennen. Sie enthalten neben der Lieferung und Montage technischer Ausrüstung auch Bauleistungen. Planung, Herstellung von Komponenten und Inbetriebnahme sowie Training des Betriebspersonals können sie ebenfalls umfassen. Beispiele für diese Kategorie sind Verträge in Bezug auf (Onshore- und Offshore-) Windenergieanlagen, bei denen der Auftragnehmer neben technischer Ausrüstung wie Rotor, Turbine und ggf. Getriebe auch Bauteile wie Turmsegmente und Gondel liefert und montiert.[12] Der eingangs genannte Turnkey-Anlagenbauvertrag ist eine spezielle Form dieser Kategorie.

[6] Zwischen dem zuvor genannten Anlagenliefervertrag „plus" mit Anlagenplanung und dem Anlagenerrichtungsvertrag ist als weitere Kategorie eine Vertragsform angesiedelt, bei der es um die Lieferung technischer Ausrüstung geht – im Anschluss daran aber nicht um eine volle Montage, sondern nur um – je nach Vertragsgestaltung – eine Überwachung (englisch „supervision") der Montage oder eine Beratung (englisch „consulting") in Bezug auf die Montage – ggf. ergänzt um Planung, Herstellung von Komponenten und Training/Schulung des Betriebspersonals.[13] In Bezug auf die Inbetriebnahme erfolgt entweder ebenfalls eine Überwachung/Beratung durch den Auftragnehmer[14] – er kann aber auch zur „vollen" Inbetriebnahme verpflichtet sein. Für die Gestaltung mit Montage- und IBN-Überwachung gibt es einige Mustertexte einer internationalen Organisation/Institution.[15] Soweit ersichtlich gibt es allerdings keinen Mustertext in Bezug auf Beratung bei der Montage (und ggf. IBN), obwohl es eine in der Praxis nicht unübliche Konstellation ist. Soweit auch in diesen Fällen die Lieferung dominiert, kann man sie als weitere Form der Anlagenlieferverträge „plus" ansehen.

II. Der Begriff Anlagenverträge

[7] Der Begriff Anlagenverträge wird hier somit weit verstanden als Ober- oder Sammelbegriff für die zuvor genannten Vertragskategorien.[16] Auf die Anlagengröße soll es nicht ankommen. Der Begriff sollte nicht im Sinne eines Numerus Clausus aufgefasst werden, sondern für den Neubau oder die Modernisierung/Erweiterung einer Anlage erforderliche, von Unternehmen/Selbständigen zu erbringende Leistungen – von der Planung bis hin zur IBN und zum Probebetrieb – umfassen. Von einer Qualifizierung durch den Begriff „Industrie" wird abgesehen, um den Eindruck zu vermeiden, es ginge nur um Anlagen des verarbeitenden Gewerbes. Anlagen zur Rohstoffgewinnung z. B. im Bereich Öl und Gas und für sonstige Leistungen – z. B. Elektrizitätsübertragung – sollen vielmehr ebenfalls erfasst werden.

III. Typische Regelungen von Anlagenlieferverträgen „plus"

[8] Da die zuvor genannte Kategorie Anlagenlieferverträge „plus" allem Anschein nach im juristischen Schrifttum bisher allenfalls recht stiefmütterlich[17] behandelt wurde, soll sie an dieser Stelle eingehender betrachtet und es sollen insbesondere die Unterschiede zu Anlagenbau- und -errichtungsverträgen herausgearbeitet

8) Hierzu und zum Folgenden auch Mahnken BauR 2024, 1729 (1730 ff.).
9) S. z. B. das Muster Supply of Major Items of Plant and Equipment von LOGIC/OEUK, 4. Aufl. 2019, https://logic-energy.org/standard-contracts/; OEUK/LOGIC repräsentiert Offshore-Energieunternehmen im UK; außerdem die Lieferbedingungen Orgalim S 2022, Orgalim ist der europäische Dachverband, der u. a. Maschinenbau, Elektrotechnik- und Elektronikanbieter repräsentiert.
10) S. ENAA Model Form International Contract for Engineering, Procurement and Supply for Plant Construction, 2013 (abgekürzt "ENAA EPS") https://www.enaa.or.jp/EN/activities/model.html; MF/2 der Institution of Mechanical Engineers, Institution of Electrical Engineers, Association of Consulting Engineers, 1999 https://shop.theiet.org/mf-2-revision-1.
11) S. Orgalim(e) Turnkey Contract for Industrial Works, 2003; Construction Edition, 3. Aufl. 2018 und Marine Construction Edition, 3. Aufl. 2021, von LOGIC/OEUK, https://logic-energy.org/standard-contracts/ in Bezug auf Offshore-Energieanlagen; Orgalim SI 2024; s. auch die ursprüngliche Version des FIDIC Yellow Book, die zuletzt 1987 in 3. Auflage erschien.
12) S. Bock/Zons/*Knütel*, Rechtshandbuch Anlagenbau, 2. Aufl. 2021, C III. Rn. 162 f.; als Mustertexte können genannt werden Construction Edition, 3. Aufl. 2018, und Marine Construction Edition, 3. Aufl. 2021, von LOGIC/OEUK; ggf. auch Orgalim(e) Turnkey.
13) S. ENAA EPS GC 7.4; s. a. § 74 GIW/DDR, der Montagevertrag als Oberbegriff für Vollmontage und Montageleitung verwendete: „Durch den Montagevertrag verpflichtet sich der eine Partner (Hersteller), eine Montage auszuführen (Vollmontage) oder ihre Durchführung zu leiten (Montageleitung), und der andere Partner (Besteller), die Vergütung zu zahlen."
14) Nachfolgend wird unter V. 2 ausführlich behandelt, inwieweit auf Anlagenlieferverträge "plus" Kauf- oder Werkvertragsrecht anwendbar ist. Deshalb werden die Vertragsparteien nicht als Käufer, Verkäufer bzw. Besteller, Unternehmer bezeichnet, sondern es werden die „neutraleren" Begriffe Auftraggeber und Auftragnehmer verwendet.
15) ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant. 2003 (abgekürzt „ICC TK Supply"), die Bezeichnung Turnkey für diesen Mustertext ist allerdings unglücklich und missverständlich, da der Auftragnehmer weder Bauleistungen noch volle Montage, noch volle IBN schuldet; außerdem Orgalim S 2022 S als Ergänzung zu den – bereits zuvor genannten – Lieferbedingungen Orgalim S 2022; s. a. MF/2 Sub-Cl. 40.1 und Appendix Form of Supervision Contract, bezieht sich auf Überwachung der Montage und Testing.
16) S. a. Mahnken BauR 2024, 1729 (1732 f.).
17) Kurz erwähnt von Molls ZfBR 1980, S. 55 f., von Oppen, Industrieanlagenvertrag, S. 33, und Schuhmann, Handbuch, S. 16; von Molls und von von Oppen als Anlagenverträge im weiteren Sinne bezeichnet; Anlagenverträge im engeren Sinne sollen Turnkey-Anlagenbauverträge sein. Diese Kategorisierung überzeugt nicht, denn sie blendet reine Anlagenlieferverträge, Anlagenerrichtungsverträge und Anlagenbauverträge, die keine Turnkey-Anlagenbauverträge sind, aus, ohne dass ein Grund dafür ersichtlich ist. Zudem sollten alle diese Gestaltungen als gleichrangig angesehen werden.

werden. Die Darstellung soll anhand der zuvor genannten öffentlich zugänglichen Vertragsmuster erfolgen.

[9] Die genannten Mustertexte sehen etliche Regelungen vor, die für Lieferverträge typisch sind, nicht aber für Bau-, Werkverträge. Zu nennen ist vor allem die Übergabe/Ablieferung[18] (englisch „delivery").[19] Die maßgebliche vertragliche Leistungszeit für den Auftragnehmer ist folgerichtig die time for delivery.[20] Es finden sich ferner Regelungen zu einer Extension of Time (abgekürzt EoT).[21] Wird der vertragliche Termin nicht eingehalten, ist der Auftragnehmer zur Zahlung von pauschaliertem Schadenersatz oder einer Pönale verpflichtet.[22] Der Gefahrübergang findet zum Zeitpunkt der Übergabe/Ablieferung/delivery statt.[23] Der Beginn der Mängelgewährleistung des Auftragnehmers ist daran geknüpft.[24]

[10] Außerdem wird oft die Geltung von Incoterms vorgesehen.[25] Zum Teil wird der Gefahrübergang bei Anlagenlieferverträgen „plus" durch Bezugnahme auf die Incoterms geregelt[26] ebenso wie die Zuständigkeit für den Abschluss einer Transportversicherung.[27] Für Anlagenbau- und –errichtungsverträge ist die Verwendung von Incoterms dagegen eher untypisch, da in ihnen die durch Incoterms geregelten Punkte durch Vertragsbedingungen bestimmt werden. Eine Verwendung von Incoterms im Rahmen von Anlagenbau- und –errichtungsverträgen kann deshalb sogar zu widersprüchlichen Regelungen führen.

[11] Oft findet sich noch eine vertragliche Regelung zu der Verpackung und Markierung der Güter durch den Auftragnehmer vor dem Transport.[28] Teilweise wird eine Überprüfung der gelieferten Komponenten durch den Auftraggeber bei Ankunft auf der Baustelle vertraglich vorgesehen.[29]

[12] Es gibt aber auch Gemeinsamkeiten mit Anlagenbau- und –errichtungsverträgen und Unterschiede zu „reinen" Lieferverträgen. So ist der Auftragnehmer oft zum Training bzw. zur Schulung des Betriebspersonals[30] verpflichtet. Der Auftraggeber hat das Recht zur Überprüfung der Güter und zur Teilnahme an Tests nach Ankunft der Güter auf der Baustelle.[31]

[13] Die vom Auftragnehmer gelieferten Güter müssen – nach Montage und Inbetriebnahme – vertraglich definierte technische Werte einhalten.[32] Die Überprüfung findet im Rahmen von Leistungstests (performance tests) – oft während des Probebetriebs – statt.[33] Falls vertraglich vereinbarte technische Werte nicht erreicht werden, hat der Auftraggeber Anspruch auf pauschaliertem Schadensersatz (liquidated damages, abgekürzt „L/Ds")[34] oder eine Pönale. Derartige Regelungen dürften für Anlagenerrichtungs- und –bauverträge üblicher sein als für „reine" Anlagenlieferverträge, wobei sie allerdings auch in letzteren vorkommen können.

[14] Einige der Mustertexte sehen neben der Übergabe/Ablieferung/delivery eine Abnahme/Acceptance[35] bzw. ein Take Over[36] vor. In einem Mustertext ist außerdem vorgesehen, dass ein verspätetes Take Over zu L/Ds führt.[37]

[15] Bei Sachmängeln hat der Auftraggeber gemäß den Regelungen der Mustertexte primär ein Nachbesserungsrecht.[38] Geringfügige Mängel berechtigen den Auftraggeber nach einem Mustertext nicht dazu, die Übergabe/Ablieferung/delivery zu verweigern.[39] Sicherheiten für den Auftraggeber wie Anzahlungssicherheit[40] und Erfüllungssicherheit[41] sind ebenfalls vorgesehen.

[16] Einige Mustertexte geben dem Auftraggeber das Recht, den Leistungsumfang einseitig zu ändern („variations")[42] und/oder die Vertragsdurchführung durch den Auftragnehmer einseitig auszusetzen bzw. zu sistieren („suspension").[43] Ein Mustertext sieht sogar einen Engineer als Repräsentanten des Auftraggebers vor.[44]

IV. Anwendung des UN-Kaufrechts auf Anlagenlieferverträge „plus"

[17] Für internationale Kauf- und Lieferverträge gilt im Prinzip das UN-Kaufrecht.[45] Aus Art. 3 Abs. 1 UN-Kaufrecht ergibt sich, dass es im Grundsatz auch auf Werklieferungsverträge anwendbar ist.[46]

[18] Art. 3 Abs. 2 UN-Kaufrecht regelt die Anwendung des UN-Kaufrechts auf gemischte Verträge.[47] Planung, Training/Schulung von Betriebspersonal, Überwachung von Montage (und ggf. IBN) oder Beratung in Bezug darauf sind Dienstleistungen („services")

18) Deutsches Äquivalent von "delivery" kann sowohl die Übergabe als auch die Ablieferung sein, wobei nach deutschem Kaufvertragsrecht zwischen Übergabe und Ablieferung zu unterscheiden ist (s. §§ 433 Abs. 1, 446 BGB einerseits und § 438 Abs. 2 BGB, § 377 Abs. 1 HGB andererseits sowie die Ausführungen untern V. 3).
19) ENAA EPS Definition in GC 1, GC 21; ICC TK Supply Art. 12; MF/2 Cl. 18.
20) ENAA EPS Agreement 5.2 u. GC 26.1; ICC TK Supply Art. 29.1; MF/2 Cl. 22.
21) ENAA EPS GC 40; ICC TK Supply Art. 7.2; MF/2 Cl. 23.1.
22) ENAA EPS Agreement Cl. 5.3 und GC 26.2; ICC TK Supply Art. 29.1; MF/2 Cl. 24.1.
23) ENAA EPS GC 32; MF/2 Cl. 31.
24) ENAA EPS Agreement Cl. 5.5; ICC TK Supply Art. 31.2; MF/2 Cl. 25.1.
25) ICC TK Supply Art. 11.1; ENAA EPS GC 3.5.
26) ENAA EPS GC 32; ICC TK Supply Art. 11.5 (widersprüchlich dazu aber Art. 23.6).
27) ENAA EPS GC 34; MF/2 Cl. 33.
28) ICC TK Supply Art. 11; ENAA EPS GC 21.3; MF/2 Cl. 13.4.
29) ENAA EPS GC 23.2.
30) ENAA EPS GC 7.4; ICC TK Supply Art. 4.2g und 24.
31) ENAA EPS GC 23.2; ICC TK Supply Art. 19.
32) ICC TK Supply Art. 4.4; ENAA EPS Agreement Art. 7.
33) ENAA EPS GC 25 und 28; ICC TK Supply Art. 22.
34) ICC TK Supply Art. 29.4; ENAA EPS GC 28.3.
35) ENAA EPS GC 25.3; dazu, dass (provisional) acceptance/take over der Abnahme nach § 640 BGB entsprechen s. Mahnken ZfBR 2020, 508.
36) ICC TK Supply Art. 23; ENAA EPS GC 25.3; MF/2 Supervision Contract Cl. 18.
37) ICC TK Supply Art. 29.2.
38) ICC TK Supply Art. 31.1; ENAA EPS GC 27.2; MF/2 Cl. 25.2.
39) ENAA EPS GC 24.1.
40) ICC TK Supply Art. 27.1; ENAA EPS Agreement Art. 8.1 und GC 13.2.
41) ICC TK Supply Art. 27.2; ENAA EPS GC 13.3; MF/2 Cl. 8.
42) MF/2 Cl. 21; ENAA EPS GC 39; ICC TK Supply Art. 5 (nur non-substantial alterations).
43) MF/2 Cl. 19; ENAA EPS GC 41.
44) MF/2 Cl. 2.
45) Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf v. 11.4.1980; https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf. Es hat mittlerweile 97 Mitgliedsstaaten. Zuletzt sind Saudi Arabien und Ruanda beigetreten. https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status
46) „Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production." "Den Kaufverträgen stehen Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware gleich, es sei denn, dass der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat." S. dazu auch BGH 7.12.2017 – VII ZR 101/14 BauR 2018, 529.
47) „This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services." „Dieses Übereinkommen ist auf Verträge nicht anzuwenden, bei denen der überwiegende Teil der Pflichten der Partei, welche die Ware liefert, in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen besteht."

im Sinne von Art. 3 Abs. 2 UN-Kaufrecht. Die Frage ist, ob und wann sie den „überwiegenden Teil" („preponderant part") ausmachen. Teile der Rechtsprechung – vor allem im Ausland – stellen dazu ausschließlich[48] oder vorrangig[49] auf einen Wertvergleich von Lieferung und kauffremden Leistungen ab. In den zugrundeliegenden Fällen ging es in aller Regel um eine „volle" Montage und ggf. IBN, was normalerweise aber nicht dazu führt, dass deren Wert den der Lieferung übersteigt.

[19] Da der Wert der Lieferung bei Anlagenlieferverträgen „plus" normalerweise überwiegt, würde diese Rechtsprechung in aller Regel zur Anwendung von UN-Kaufrecht führen.[50] Nach Ansicht des BGH soll allerdings nicht nur auf einen Wertvergleich abgestellt werden, sondern auch auf den Willen und die Interessen der Vertragsparteien.[51] In dem zugrunde liegenden Fall ging es um die Herstellung, Lieferung und „volle" Montage – und wohl auch IBN – einer Anlage zur Produktion von Kartoffelchips, also um einen Anlagenerrichtungsvertrag gemäß der hier verwendeten Terminologie. Der Wert der Lieferung überwog – wenig überraschend – den der kauffremden Leistungen. Der BGH führte aus, dass es nicht erforderlich sei, dass der Wert der Arbeiten und anderen Dienstleistungen den Wert der Ware erreicht, wenn aus der für den Lieferanten erkennbaren Sicht des Erwerbers die Arbeiten und anderen Dienstleistungen im Mittelpunkt stehen. Entscheidend sei, dass die Beschaffung von Material nur nebenbei geschuldet sei, was nach Ansicht des BGH bei Anlagenlieferverträge häufig gegeben sein dürfte. Der BGH ging im konkreten Fall von einem Überwiegen der Arbeiten und sonstigen Dienstleistungen aus und stützte sich dabei vor allem darauf, dass die Parteien die Einhaltung bestimmter technischer Werte (im zugrundeliegenden Vertrag „Garantiebedingungen" genannt) vereinbart hatten.[52] Der BGH lehnte deshalb die Anwendung von UN-Kaufrecht ab und gelangte stattdessen zur Anwendung des deutschen Werkvertragsrechts.[53] Es ist nicht ganz klar, wie der BGH bei Anlagenlieferverträgen „plus" entscheiden würde. Für die Anwendung von UN-Kaufrecht würde sprechen, dass der Wert der Lieferung den der kauffremden Leistungen in aller Regel noch deutlicher überwiegen dürfte als bei einer vollen Montage. Allerdings wird – wie zuvor dargestellt – auch in diesen Verträgen – und selbst in reinen Lieferverträgen – oft die Einhaltung bestimmter technischer Werte vereinbart. Das Abstellen des BGH auf die im Vertrag vereinbarten technischen Werte überzeugt deshalb nicht vollends.

[20] Auch nach Ansicht des Verfassers sollte es bei Art. 3 Abs. 2 UN Kaufrecht nicht vorrangig auf einen Wertvergleich ankommen, denn dann würde selbst auf Anlagenerrichtungs- und –bauverträgen in beträchtlichem Umfang UN-Kaufrecht zur Anwendung kommen, da auch bei diesen Verträgen die Lieferung nicht selten wertmäßig überwiegt. Es ist aber zweifelhaft, ob das den Erwartungen der Parteien entsprechen würde und interessengerecht wäre. Es sollte stattdessen vor allem der Parteiwille, wie er im Vertrag zum Ausdruck gekommen ist, maßgeblich sein. Stellen die Parteien auf eine Übergabe/Ablieferung/delivery ab, so spricht das für einen Kauf-, Liefervertrag und die Anwendung von UN-Kaufrecht. Das gilt selbst dann, wenn im Vertrag zusätzlich noch eine acceptance/take over/Abnahme vorgesehen wird, sofern die Parteien nicht ausdrücklich Abweichendes vereinbaren. Mit der Übergabe/Ablieferung/delivery findet der Besitzübergang statt. Darauf ist der Auftraggeber angewiesen, um die Montage durchführen zu können, für die er zuständig ist. Dies gilt umso mehr, wenn gemäß Vertrag mit Übergabe/Ablieferung/ delivery der Gefahrübergang verbunden ist und die Rechtzeitigkeit der Erfüllung durch den Auftragnehmer. Die Verwendung von Incoterms würde ein weiteres Indiz dafür darstellen, dass die Parteien von einem Kauf-, Liefervertrag ausgehen.

[21] Für internationale Anlagenlieferverträge „plus" dürfte deshalb ganz überwiegend im Prinzip UN-Kaufrecht gelten.[54] Möchten die Parteien das vermeiden, steht es ihnen natürlich frei, dessen Anwendung nach Art. 6 UN-Kaufrecht abzubedingen.

V. Anlagenlieferverträge „plus" und die Vertragstypen des BGB

[22] Als nächstes soll geklärt werden, inwieweit Anlagenlieferverträge „plus" den Vertragstypen des BGB zugeordnet werden können.

1. Anlagenlieferverträge „plus" als gemischte Verträge

[23] Würden in Bezug auf die Hauptleistungen des Auftragnehmers im Rahmen eines Anlagenliefervertrags „plus" separate Verträge abgeschlossen, so würde es sich um folgende Vertragstypen des BGB handeln:

- Ein Vertrag über die Planung der Anlage wäre ein Werkvertrag.
- Die Lieferung der Anlagenteile würde einen Kaufvertrag darstellen. Käme die Herstellung hinzu, läge ein Werklieferungsvertrag nach § 650 Abs. 1 BGB vor, auf den im Prinzip ebenfalls Kaufvertragsrecht anwendbar wäre.[55] Zu beachten wäre,

48) Schweiz: Bundesgericht v. 16.7.2012 – 4 A_753/2011 (Abbau, Lieferung und Wiederaufbau einer Spinnerei) unter 2.2.; Obergericht Kanton Zug Urt. v. 19.12.2006 OG 2006/19 (Rohrofen) Erwägungen 2.; Tribunale d' appello Lugano 29.10.2003 (12.2002.181) unter 1. (Trennwände); Frankreich: Cour d' appel de Grenoble 26.4.1995 – 93/4879 (Lagerhalle); Schiedsgericht/Serbien: Foreign Trade Court of Arbitration/Serbian Chamber of Commerce 2.3.2011 (Stahlzaun), UNCITRAL Digest of Case Law 2016 Art. 3 Anm. 4; OLG Koblenz Hinweisbeschluss v. 26.3.2014 – 2 U 227/13 (Asphaltmischanlage) CISG Online Nr. 2719, s. a. Beschluss v. 17.10.2014 BeckRS 2014, 122044.

49) OLG München Urt. v. 3.12.1999 – 23 U 4446/99 BeckRS 1999, 30085441 (Lieferung und volle Montage einer Fensterfertigungsanlage).

50) So Rechtbank Noord-Holland v. 6.10.2021 – C/15/205003/HAZA 20-437 (Lieferung und Montageüberwachung v. Kühllagerausrüstung/cold storage facility), ECLI:NL:RBNHO:2021:8451, CISG Online Nr. 5692, engl. Zusammenfassung in IHR 2022, 63 (Heft 2/2022) mit Anm. Bens, stellt auf Wertvergleich ab.

51) BGH Urt. v. 7.12.2017 – VII ZR 101/14 MDR 2018, 200 = ZIP 2018, 236 = BauR 2018, 529 = BeckRS 2017, 136174; s. außerdem Österreich: OGH v. 8.11.2005 – 4Ob179/05k (Lieferung und „volle" Montage einer Brech- und Siebungsanlage); im Ergebnis ebenso Mahnken IHR 2020, 237.

52) „Aus den von der Klägerin und der Schuldnerin vereinbarten „Garantiebedingungen folgt, dass der Vertrag nicht auf einen Warenaustausch gerichtet war. Denn die bloße Lieferung der einzelnen Elemente zur Herstellung und Erweiterung der Produktionslinie war für die Klägerin uninteressant. Wesentlich war die Herstellung einer Gesamtanlage, die die (sic) in den Garantiebedingungen formulierten Anforderungen ….. im Sinne eines funktionstauglichen Werks genügte."

53) Dabei war der BGH der Ansicht, dass die Montage der Anlage (zur Herstellung von Kartoffelchips) Arbeiten bei einem Bauwerk darstellen, die gemäß § 638 BGB in der auf den Fall anwendbaren Fassung (= § 634a Abs. 1 Nr. 2 in der aktuellen Fassung) zu einer Verjährung der Mängelansprüche von fünf Jahren führt! Kritisch zu dieser Rechtsprechung Mahnken ZfBR 2019, 419.

54) S. Rechtbank Nord-Holland v. 6.10.2021 – C/15/205003/HAZA 20-437 (Lieferung und Montageüberwachung v. Kühllagerausrüstung) CISG Online Nr. 5692, engl. Zusammenfassung in IHR 2022, 63; im Ergebnis ebenso Mahnken IHR 2020, 237.

55) S. z. B. BGH v. 9.10.2013 – VIII ZR 318/12 NJW 2014, 845 (Aufdach-Photovoltaikanlage); Bock/Zons/*Zons* Rechtshandbuch Anlagenbau, Teil A. Rn. 22.

dass die Rügeobliegenheit des § 377 HGB auch für Werklieferungsverträge gilt, wie sich bereits aus § 381 Abs. 2 HGB ergibt, allerdings nicht für Werkverträge.[56]
- Würde ein separater Vertrag nur über die Überwachung der Montage/IBN geschlossen, so würde es sich nach Ansicht von Rechtsprechung[57] und überwiegendem Schrifttum[58] wohl um einen Vertrag handeln, der werkvertraglich anzusehen ist.
- Ein Vertrag über eine Beratung bei der Montage/IBN würde als Dienstvertrag zu qualifizieren sein.[59]
- Ein Vertrag über eine „volle" IBN würde einen Werkvertrag darstellen.
- Schulung/Training des Betriebspersonals des Auftraggebers durch den Auftragnehmer würden im Rahmen eines Dienstvertrags[60] erfolgen.

[24] Anlagenverträge „plus" verbinden also kauf-/werkliefervertragliche Elemente mit werkvertraglichen und ggf. mit dienstvertraglichen Elementen. Es handelt sich somit um gemischte Verträge. Von den vier Arten, in die gemischte Verträge üblicherweise unterteilt werden,[61] kommen in Bezug auf den Anlagenliefervertrag „plus" der typische Vertrag mit andersartiger Nebenleistung[62] oder der Typenkombinationsvertrag[63] in Betracht.

[25] Nach Ansicht des BGH und von Teilen des Schrifttums soll es für die Zuordnung gemischter Verträge zum einen auf ausdrückliche Abreden der Parteien ankommen oder, wenn diese fehlen, auf den mutmaßlichen Parteiwillen, für den besondere Umstände des Einzelfalles, die Interessenlage der Parteien, Sinn und Zweck der vertraglichen Vereinbarungen und besondere Umstände des Einzelfalls Anhaltspunkte liefern.[64]

[26] Zum anderen setzte der BGH bei gemischten Verträgen ursprünglich vor allem auf die sogenannte Kombinationsmethode, bei der die für den jeweiligen Vertragsbestandteil maßgeblichen Rechtsnormen angewendet werden.[65] In neuerer Zeit wendet er allerdings zunehmend die Absorptionsmethode – wenn auch mit Ausnahmen – an.[66] Für die rechtliche Zuordnung sind danach gemischte Verträge nicht in ihre verschiedenen Bestandteile zu zerlegen, sondern als einheitliches Ganzes zu sehen. Grundsätzlich sollen sie einem einzigen Vertragsrecht unterstellt werden, nämlich demjenigen, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Vertrages liegt.[67] Vertreter im Schrifttum, die sich für die Kombinationsmethode als Ausgangspunkt aussprechen, stimmen dem insbesondere im Falle der Kollision von Rechtsvorschriften zu[68] – z. B. im Falle der Vertragsbeendigung oder der Mängelgewährleistung. Nach der Rechtsprechung des BGH sollen allerdings auch Bestimmungen des Vertragsrechts herangezogen werden können, bei dem der Schwerpunkt nicht liegt, sofern allein hierdurch die Eigenart des Vertrags richtig gewürdigt werden kann.[69]

2. Die Anwendung der genannten Abgrenzungskriterien auf Anlagenlieferverträge „plus"

[27] Die deutsche Rechtsprechung musste bisher vor allem den Kaufvertrag bzw. Werkliefervertrag mit (voller) Montage vom (Lieferungen enthaltenden) Werk-, Bauvertrag abgrenzen, die ebenfalls gemischte Verträge darstellen.[70] Sie stellt darauf ab, auf welcher Leistung bei einer Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt.[71] Dabei soll es vor allem auf die Art des zu liefernden Gegenstandes, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie auf die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses ankommen.[72] Je mehr die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz der zu montierenden Sache auf den Vertragspartner im Vordergrund stehe und je weniger die individuellen Anforderungen des Kunden und die geschuldete Montageleistung das Gesamtbild des Vertragsverhältnisses prägen, desto eher sei die Annahme eines Kaufvertrages (mit Montageverpflichtung) geboten.[73]

[28] Liege der Schwerpunkt des Vertrags dagegen nicht auf dem Warenumsatz, sondern schulde der Unternehmer die Herstellung eines funktionstauglichen Werks, sei ein Werkvertrag anzunehmen.[74] Erforderlich sei, dass der Auftragnehmer nach dem Vertrag zu einem Erfolg verpflichtet sei, der über Lieferung und Übereignung hinausgehe.[75] Das Schrifttum folgt dem im Wesentlichen.[76]

56) BGH 17.12.2017 VII ZR 101/14 ZfBR 2018, 236 = BauR 2018, 529 = BeckRS 2017, 136174 (Anlage zur Herstellung v. Kartoffelchips); BGH 31.1. 1966 – VII ZR 43/64 MDR 1966, 496 = BB 1966, 302 (Werbefilm); Baumbach/Hopt/*Leyens* HGB § 381 Rn. 4.
57) BGH 10.6.1999 – VII ZR 215/98 NJW 1999, 3118 (Bauüberwachung durch Projektsteuerer = Werkvertrag); KG 11.6.2019 – 21 U 142/18 NZBau 2020, 24 (Bauüberwachung = Werkvertrag); OLG Frankfurt/M. 24.4.2006 – 8 U 131/51 BauR 2007, 1107 Qualitätskontrolle durch Projektsteuerer = Werkvertrag); s. a. § 650p BGB zur Überwachung im Rahmen von Architekten- und Ingenieurverträgen, Qualifizierung als Werkvertrag, werkvertragsähnlich bei Grüneberg/Retzlaff BGB § 650p Rn. 2; s. ferner § 81 GIW/DDR analoge Anwendung Werkleistungsvertrag auf Montagevertrag (umfasst Montageleitungsvertrag).
58) Grüneberg/Retzlaff BGB Einf. v. § 631 Rn. 21 und 25.
59) OLG Celle 27.2.2014 – 16 U 187/13 BauR 2014, 1153 u. OLG Celle 30.6. 2021 – 14 U 188/19 IBRRS 2021, 2443 (Beratung zu energetischer Sanierung); OLG Köln 14.2.2023 – 18 U 193/22 (auch zitiert als 8 U 193/22); Grüneberg/Retzlaff BGB Einf v § 631 Rn. 22.
60) S. BGH 4.11.1992 – VIII ZR 235/91 NJW 1993, 326; Grüneberg/*Weidenkaff* BGB Einf v § 611 Rn. 16.
61) Grüneberg/*Grüneberg* BGB Vor § 311 Rn. 20 ff.; Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 42.
62) Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 35, 44 u. 47; Grüneberg/*Grüneberg* BGB Vor § 311 Rn. 20.
63) S. Grüneberg/*Grüneberg* BGB Vor § 311 Rn. 20 f.; Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 42.
64) BGH 13.9.2007 – I ZR 207/04 NJW 2008, 1072 (Verpackung u. Transport v. Maschine); Grüneberg/*Grüneberg* BGB Vor § 311 Rn. 25 f.; MüKo BGB/ Emmerich § 311 Rn. 29, 31 f.
65) BGH 13.9.2007 – I ZR 207/04 NJW 2008, 1072 (Verpackung und Transport v. Maschine); BGH 9.12.1974 – VII ZR 182/73 NJW 1975, 305; BGH 6.10. 1971 – VIII ZR 14/70 NJW 1972, 46.
66) BGH 2.10.2019 – XII ZR 8/19 NJW 2020, 328 (Pferdepensionsvertrag); BGH 10.1.2019 – III ZR 37/18 NJW 2019, 1280 (Vertrag über betreutes Wohnen).
67) BGH 2.10.2019 – XII ZR 8/19 NJW 2020, 328 (Pferdepensionsvertrag); BGH 15.3.2018 – III ZR 126/17 NJW 2018, 683 (Fernüberwachungsvertrag); s. a. Grüneberg/*Grüneberg* BGB Überbl. v. § 311 Rn. 19 ff.; Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 42 ff.
68) Grüneberg/*Grüneberg* BGB Vor § 311 Rn. 26; Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 42, im Prinzip Kombinationsmethode Rn. 43, mit Ausnahmen Vertragsbeendigung, Rn. 44, und Gewährleistung Rn. 46; ebenso MüKoBGB Emmerich § 311 Rn. 30.
69) BGH 2.10.2019 – XII ZR 8/19 NJW 2020, 328; so auch Grüneberg/*Grüneberg* BGB Vor § 311 Rn. 26.
70) Dazu Mahnken BauR 2024, 1729 (1735 ff.).
71) BGH 19.7.2018 – VII ZR 19/18 BauR 2018, 1879 (Einbauküche); BGH 30.8. 2018 – VII ZR 243/17 NJW 2018, 3380 = BauR 2019, 107 (Anbaulift); zu Recht vor Schuldrechtsreform 2002**:** BGH 7.12.2017 – VII ZR 101/14 (Anlage zur Herstellung v. Kartoffelchips); BGH 3.3.2004 – VIII ZR 76/03 NJW-RR 2004, 850 (Solarthermieanlage).
72) BGH 19.7.2018 – VII ZR 19/18 BauR 2018, 1879 (Einbauküche), BGH 30.8. 2018 – VII ZR 243/17 NJW 2018, 3380 (Anbaulift); BGH 3.3.2004 – VIII ZR 76/03 NJW-RR 2004, 850 (Solarthermieanlage).
73) Zu Recht vor Schuldrechtsreform 2002: BGH 3.3.2004 – VIII ZR 76/03 NJW-RR 2004, 850 (Solarthermieanlage); BGH 22.7.1998 – VIII ZR 220/97 NJW 1998, 3197, Komponenten f. Förderanlage)
74) BGH 30.8.2018 – VII ZR 243/17 NJW 2018, 3380 (Anbaulift); BGH 19.7. 2018 – VII ZR 19/18 BauR 2018, 1879 (Einbauküche).
75) BGH 30.8.2018 – VII ZR 243/17 NJW 2018, 3380 (Anbaulift); BGH 19.7. 2018 VII ZR 19/18 BeckRS 2018, 17582 (Einbauküche).
76) Grüneberg/*Retzlaff* BGB § 650 Rn. 7; MüKoBGB Busche BGB § 650 Rn. 10.

[29] Wendet man diese Kriterien auf Anlagenlieferverträge „plus" an, bei denen es nur um Planung und Lieferung (und ggf. Herstellung) von Komponenten – aber ohne Montageüberwachung, -beratung – geht, so dürfte in der Regel Kaufvertragsrecht anwendbar sein. Der BGH hat so in der Tat in einem Fall entschieden, bei dem der Auftragnehmer ein Silo herstellen und liefern und die dazugehörige Statik berechnen musste.[77] Dieses Ergebnis scheint auch deshalb sachgerecht zu sein, weil in diesen Fällen die Lieferung für den Auftragnehmer die das Erfüllungsstadium abschließende Hauptleistung ist.

[30] Weniger eindeutig ist die Situation bei Anlagenlieferverträgen „plus", bei denen sich an die Lieferung noch eine Montageüberwachung bzw. -beratung anschließt. Würde man auf einen Wertvergleich abstellen, wie es von der Rechtsprechung zum Teil praktiziert wird, würde man in der Regel wohl zur Anwendung von Kaufvertragsrecht kommen, da der Wert der Lieferung den Wert der kauffremden Leistungen normalerweise übersteigen wird. Der Wertvergleich ist aber kein überzeugendes Kriterium, da er auch bei Anlagenerrichtungsverträgen (mit voller Montage) und selbst bei Anlagenbauverträgen oft zur Anwendung von Kaufvertragsrecht führen würden, da auch bei ihnen der Wert der Lieferung häufig den der kauffremden Leistungen überwiegen würde. Ein höherer Wert einer Leistung – vorliegend der Lieferung – dürfte allerdings nicht ohne weiteres bedeuten, dass sie für die Parteien und insbesondere den Leistungsempfänger eine größere Bedeutung als andere Leistungen mit einem geringeren Wert hat. Ob dieses Abgrenzungskriterium auch nur in der Mehrzahl der Fälle interessengerecht wäre, erscheint deshalb zweifelhaft. Es wird deshalb – teilweise auch durch die Rechtsprechung selbst – mit guten Gründen in Frage gestellt.[78]

[31] Gegen die von der Rechtsprechung verwendeten Abgrenzungskriterien spricht außerdem, dass sie in etlichen Fällen nicht zu eindeutigen und einheitlichen Ergebnissen führen.[79] Lieferung, volle Montage und IBN von Blockheizkraftwerken (BHKW) werden zum Teil als Kaufverträge mit Montage[80] und zum Teil als Werkverträge angesehen.[81] Ähnlich uneinheitlich ist das Bild bei Solaranlagen,[82] bei Onshore-Windenergieanlagen[83] sowie bei Fällen aus dem Baurecht in Bezug auf Einbauküchen,[84] Fenster/Türen[85] und Treppenliften.[86]

[32] Für die Zuordnung von Anlagenlieferverträgen „plus" zum Kauf- oder Werkvertragsrecht sollte es vielmehr maßgeblich auf den erkennbaren Willen der Parteien ankommen, wie er im Vertrag zum Ausdruck kommt.[87] Da die Vertragsparteien normalerweise keine ausdrückliche Aussage dazu treffen, ob und inwieweit Kauf- oder Werkvertragsrechts zur Anwendung kommen soll, sollte jeweils geprüft werden, inwieweit der jeweilige Vertrag eher kauf- oder werkvertragstypische Regelungen enthält. Von besonderer Bedeutung sollte dabei sein, ob die Parteien eine Übergabe/delivery[88] oder eine (provisional) acceptance/take over/ Abnahme[89] gemäß § 640 BGB vereinbart haben.

[33] Eine vertraglich vereinbarte Übergabe spricht für einen Kauf-, Werklieferungsvertrag,[90] insbesondere wenn die vertragliche Leistungszeit auf sie abstellt und mit ihr nach dem Vertrag auch die typischen Folgen einhergehen wie Gefahrübergang, Beginn der Mängelgewährleistung und/oder Fälligkeit der Schlusszahlung. Die Verwendung von Incoterms ist ebenfalls ein Indiz für einen Kauf-, Werkliefervertrag. Auch in der Art der Übereignung kann man ein gewisses Indiz sehen. Eine bei oder bereits vor Übergabe erfolgende Übereignung nach § 929 BGB spricht eher für einen Kauf-,

77) BGH 23.7.2009 – VII ZR 151/08 NJW 2009, 2877; so obiter dictum auch OLG Köln 26.3.2015 – 19 U 156 (Lieferung und volle Montage und wohl auch IBN v. Hebebühnen).

78) „Des Weiteren steht der Annahme eines Werkvertrages im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht entgegen, wie die Revision geltend macht, dass der Warenwert mit fast dem Vierfachen der Montagekosten anzusetzen sein könnte." BGH 30.8.2018 – VII ZR 243/17 BauR 2019, 107 (Anbaulift); zurückhaltend auch BGH 20.10.2021 – I ZR 96/20 NJW-RR 2022, 121 (Kurventreppenlift); gegen Abstellen auf Wertvergleich ferner OLG Dresden 24.2.2023 – 22 U 1499/22 (Ladeneinrichtung); OLG Stuttgart 2.6.2022 – 13 U 9/21 NZBau 2022, 658 (Fensterläden); OLG Hamm 27.9.2022 – I 24 U 57/21 NJW 2023, 2045 (Fenster, Türen); OLG Frankfurt 25.2.2019 – 29 U 81/18 NJW 2019, 2332 (Haustreppe); kritisch auch Messerschmidt/Voit/*Leidig* Privates Baurecht BGB § 651 Rn. 41 f.; Staudinger/*Peters* BGB § 650 Rn. 14.

79) Kritisch auch Messerschmidt/Voit/*Leidig* Privates Baurecht BGB § 651 Rn. 42 f.

80) OLG Jena 18.1.2022 – 1 U 763/21 IBRRS 2022, 3429; OLG Brandenburg 14.8.2020 – 6 U 66/18 IBR 2021,47; OLG Oldenburg 6.1.2016 – 3 U 77/13 IBRRS 2016, 3463; OLG Naumburg 27.2.2014 – 2 U 28/12 BauR 2014, 1358; s. a. BGH 9.7.1987 – VII ZR 208/86 NJW-RR 1987, 1305 (Recht von vor 2002, Werkliefervertrag über nicht vertretbare Sache, (nur) deshalb Werkvertragsrecht).

81) BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05 NJW 2008, 511; OLG Hamm 16.6.2020 – 24 U 178/16 (die Entscheidung wird aufgrund eines Versehens auch zitiert als OLG Hamm 16.6.2022 – 24 U 178/15, NJW-RR 2023, 91); OLG Schleswig 17.8.2017 – 7 U 13/16 IBRRS 2017, 3167; OLG München 29.4.2015 – 20 U 2941/14 BauR 2015, 1543, NZB zurückgewiesen BGH 22.11.2017 – VII ZR 104/15; zu Recht von vor 2002 OLG Hamm 20.10.2009 – 19 U 143/05 BauR 2010, 259 und 636; OLG Hamm 3.6.1997 – 34 U 148/96 BauR 1998, 343; offen gelassen OLG Düsseldorf 19.8.2009 – I – 3 U 75/08 IBRRS 2011, 3593 u. 2012, 1407; OLG Hamm 19.12.2017 – 21 U 112/16 NJW-RR 2018, 399.

82) Für Kaufvertrag OLG München 9.7.2015 – 14 U 91/15 NJW 2015, 3314; OLG Naumburg 20.2.2014 – 1 U 86/13 NJW-RR 2014, 842 OLG Oldenburg 22.1.2013 – 2 U 47/12 IBRRS 2015, 2484, jeweils zu Aufdach-Photovoltaikanlagen; ebenso Messerschmidt/Voit/*Cramer* Privates Baurecht Teil C Rn. 27; zu Freiflächen-Photovoltaikanlage ebenso OLG Bamberg Beschl. v. 12.1.2012 – 6 W 38/11 BauR 2012, 1440; zu kleinen Solarthermieanlagen ebenso BGH 3.3.2004 – VIII ZR 76/03 NJW-RR 2004, 850; OLG Stuttgart 5.4.2016 – 1 U 83/15 MDR 2016, 1131; OLG Saarbrücken v. 11.11.2015 – 1 U 51/15 IBRRS 2016, 0261; für Werkvertrag dagegen BGH 2.6.2016 – VII ZR 348/13 NJW 2016, 2876; OLG Frankfurt/M. 6.5.2019 – 29 U 199/16 IBRRS 2019, 1849; offen gelassen in OLG Schleswig 26.8.2015 – 1 U 154/14 NJW-RR 2016, 266; OLG Köln 28.5.2014 – 2 U 107/13 IBRRS 2016, 2043; LG Freiburg 10.3.2014 – 12 O 139/13 Beck RS 2014, 05281, BauR 2014, 1050.

83) Für Kaufvertrag mit Montage OLG Schleswig 7.9.2007 – 4 U 156/06, BauR 2007, 1939; LG Saarbrücken 23.5.2013 – 3 O 110/12, juris (kleine Aufdach-Windkraftanlage); ebenso Messerschmidt/Voit/*Cramer* Teil C Rn. 27; für Werkvertrag dagegen: OLG Schleswig 9.5.2014 – 17 U 36/13 IBRRS 2016, 2208, NZB ohne Erfolg BGH 11.5.2016 – VII ZR 119/14; OLG München 24.1.2012 – 9 U 3012/11 NJW-RR 2012, 826; LG Hannover 22.1.2010 – 2 O 302/07 BeckRS 2010, 142817; offen gelassen in OLG Frankfurt/M. 25.8.2011 – 5 U 209/09 BeckRS 2012, 12856.

84) BGH 19.7.2018 VII ZR 19/18 BeckRS 2018, 17582 (=Werkvertrag) einerseits und BGH 13.7.2016 – VIII ZR 49/15 NJW 2016, 3654 (=Kaufvertrag) andererseits; von BGH 7.3.2013 – VII ZR 162/12 NJW 2013, 1431 offen gelassen, nur Tendenz zu Werkvertrag.

85) Für Werkvertrag OLG Hamm 27.9.2022 – I 24 U 57/21 NJW 2023, 2045, für Kaufvertrag OLG Köln 13.4.2015 – 11 U 183/14 NJW-RR 2015 859.

86) S. die Rechtsprechungsnachweise in LG Köln 3.12.2019 – 81 O 72/19 Rn 38.

87) Mahnken BauR 2024, 1729 (1738 f.)

88) Übergabe ist die Verschaffung unmittelbaren Besitzes, s. Grüneberg/Weidenkaff BGB § 433 Rn. 13.

89) Abnahme erfordert gemäß Rechtsprechung 1. körperliche Entgegennahme des Werks durch den Auftraggeber (Besitzübergang), sofern Werk verkörpert (=Sache) ist, 2. Billigung/Anerkennung als im Wesentlichen vertragsgemäß. BGH v. 21.2.2019 – I ZR 98/17 NJW 2019, 2322 Rn. 77; BGH v. 30.6.1983 VII ZR 185/81 BauR 1983, 573, 575; OLG Stuttgart v. 8.12.2010 – 4 U 67/102 NZBau 2011, 297 (298).

90) Ähnlich auch OLG Köln 26.3.2015 – 19 U 156 (Lieferung und volle Montage v. Hebebühnen).

Werkliefervertrag, eine Übereignung nach § 946 BGB eher für einen Werkvertrag.

Eine vertraglich vorgesehene Abnahme ist dagegen ein Indiz für einen Werkvertrag[91] und spricht eher gegen einen Kauf-, Werklieferungsvertrag.

[34] Ferner kann die durch die Parteien gewählte Vertragsbezeichnung (und/oder die Bezeichnung der Parteien im Vertrag) ein gewisses Indiz für die Zuordnung zum Kauf- oder Werkvertragsrecht darstellen. Sie sollte aber von eher nachrangiger Bedeutung sein[92] und nur dazu dienen, ein aufgrund anderer Kriterien gefundenes Ergebnis zu untermauern. Auf einen Wertvergleich von Lieferung einerseits und kauffremden Leistungen andererseits sollte nur abgestellt werden, wenn ansonsten kein Ergebnis gefunden werden kann.

[35] Für Anlagenlieferverträge „plus" bedeutet das:

Ist der Auftragnehmer neben der Lieferung zur Überwachung oder Beratung in Bezug auf Montage (und ggf. IBN) verpflichtet, muss er die Sache dem Auftraggeber übergeben, damit letzterer sie montieren (lassen) kann. Der Auftragnehmer verliert mit der Übergabe den Besitz an der Sache, während der Auftraggeber Besitz erlangt. Der Auftragnehmer ist von diesem Zeitpunkt an (nur) noch für die Überwachung/Beratung in Bezug auf die Montage und IBN zuständig.[93]

[36] Der Auftraggeber hat ein besonderes Interesse an einer rechtzeitigen Lieferung, um mit der Montage, für die er zuständig ist, beginnen zu können. Auch der Auftragnehmer hat ein besonderes Interesse an der Übergabe, da er danach keine Kontrolle mehr über die gelieferte Sache hat, denn er überwacht nur noch deren Montage oder berät im Hinblick darauf. Soweit es keine abweichenden Vereinbarungen gibt, sollte die Mängelgewährleistung des Auftragnehmers mit der Ablieferung/delivery beginnen und die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf Sachmängel der gelieferten Sache von diesem Zeitpunkt an beim Auftraggeber liegen. Insoweit besteht kein Unterschied im Vergleich zu einer Übergabe/Ablieferung/delivery bei einem „reinen" Liefervertrag (ohne Montageüberwachung, -beratung), aber es liegt ein entscheidender Unterschied zu einem Anlagenerrichtungsvertrag (mit voller Montage und IBN) vor, bei dem der Besitzübergang erst bei aceptance/take over/Abnahme erfolgt.

[37] Die Übereignung dürfte beim Anlagenliefervertrag „plus" in aller Regel nach § 929 BGB erfolgen, nicht nach § 946 BGB, im Gegensatz zu Anlagenbau- und -errichtungsverträgen. Der Auftraggeber dürfte ein Interesse daran haben, Eigentümer der Anlagenteile zu sein, wenn er mit deren Montage beginnt.

[38] Eine Komplikation kann es darstellen, wenn im Anlagenliefervertrag „plus" – wie in einigen der genannten Mustertexte – zusätzlich zur Übergabe/delivery noch eine acceptance/take over/Abnahme nach Abschluss der Montage/IBN vorgesehen ist. Bezieht sich acceptance/take over/Abnahme erkennbar nur auf die Leistung der Montage-, IBN-Überwachung, ändert sich nichts an der Anwendung von Kaufvertragsrecht. Es ist aber nicht immer eindeutig, auf welche Leistungen sich acceptance/take over/Abnahme in diesen Fällen beziehen und insbesondere, ob und wie sie auch die bereits übergebene/gelieferte Sache betreffen. Zudem handelt es sich um einen zusätzlichen für den Auftraggeber wesentlichen Vertragstermin. Der Auftragnehmer kann für einen verzögerten Abschluss von Montage/IBN durch unterbliebene oder fehlerhafte Montage-, IBN-Überwachung verantwortlich sein.

[39] In der Regel dürften die Partien allerdings auch in diesen Fällen, in denen neben einer Übergabe/Ablieferung/delivery eine acceptance/take over/Abnahme vereinbart ist, den Schwerpunkt auf die Übergabe/delivery legen, sofern zu diesem Zeitpunkt der Gefahrübergang eintritt oder eingetreten ist und die Mängelgewährleistung des Auftragnehmers – jedenfalls im Sinne einer Spätestfrist – mit der Ablieferung/delivery beginnt.

[40] In der Regel dürfte auf Anlagenlieferverträge „plus" also im Grundsatz Kaufvertragsrecht anwendbar sein. Zu diesem Ergebnis kam auch das OLG Düsseldorf[94] in einem Fall, in dem es allerdings von einer Montage durch den Auftragnehmer ausging und einen Kaufvertrag mit Montage annahm. Allerdings stellte der Auftragnehmer – wie sich aus dem Sachverhalt ergibt – nur einen Monteur, während der Auftraggeber drei Monteure stellen musste. Die Vergütung für die Montage wurde zudem im Vertrag als „Beratungsgebühr" bezeichnet. Es kommt deshalb in Betracht, dass der Auftragnehmer in dem Fall keine volle Montage, sondern nur eine Montageberatung schuldete.

[41] Den Parteien sollte es allerdings aufgrund der Privatautonomie freistehen, die Anwendung von Werkvertragsrecht auf Anlagenlieferverträge „plus" zu vereinbaren, doch sollte davon nur ausgegangen werden, wenn dieser Wille im Vertrag hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt.

3. Die Ablieferung gemäß § 438 Abs. 2 BGB und § 377 HGB beim Anlagenliefervertrag „plus"

[42] Die Ablieferung nach § 438 Abs. 2 BGB und § 377 HGB setzt voraus, dass der Verkäufer die Verfügungsgewalt über die gelieferte Sache aufgegeben hat und der Käufer sie so erlangt hat, dass er sie untersuchen kann.[95] Zum Zeitpunkt der Ablieferung erkennbare Mängel hat der Auftraggeber gemäß § 377 HGB zu rügen.[96] Die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf Sachmängel geht zu diesem Zeitpunkt auf den Auftraggeber über. Übergabe und Ablieferung fallen oft – aber eben nicht immer – zusammen.

91) Zutreffend stellen u. a. auf dieses Kriterium in Fällen von Lieferung und voller Montage ab OLG München 29.4.2015 – 20 U 2941/14 BauR 2015, 1543 (Blockheizkraftwerk) und OLG Bremen 19.3.2010 – 2 U 110/09 IBRRS 2011, 1649 und juris Rn. 34 (Nachunternehmervertrag über Lieferung/Einbau v. Kühlzellen in Mensa), NZB zurückgewiesen durch BGH 23.3.2011 – VII ZR 66/10); s. a. OLG Köln 26.3.2015 – 19 U 156 juris (Hebebühnen), das u. a. deshalb Kaufvertrag mit Montage annimmt, weil keine Abnahme vereinbart war.

92) Anders BGH 15.3.2018 – III ZR 126/17 NJW 2018, 683 und BGH 8.10.2009 – III ZR 93/09 NJW 2010, 150, der der Vertragsbezeichnung durch die Parteien keine Bedeutung beimessen will.

93) OLG Düsseldorf 6.11.2012 – I -21 U 75/11 NJW-RR 2013, 460 (Komponenten f. Lackieranlage).

94) OLG Düsseldorf 6.11.2012 – I -21 U 75/11 NJW-RR 2013, 460 (Komponenten f. Lackieranlage); s. a. den ähnlich gelagerten Fall OLG Oldenburg 1.10. 2003 5 U 57/03 BauR 2004, 1324 (Lieferung von Lichtrufanlage für Klinikum + weitere sich anschließende Leistungen durch Auftragnehmer), in dem ebenfalls Kaufvertragsrecht angewendet wurde.

95) BGH 20.4.1988 – VIII ZR 1/87 NJW 1988, 2609, BGH 22.12.1999 – VIII ZR 299/98 NJW 2000, 1416; BGH 8.2.1985 – VIII ZR 238/83 NJW 1985, 1333 (Silo); BGH 21.12.1960 – VIII ZR 9/60 NJW 1961, 730 (Lieferung v. Maschine, die v. Käufer zu montieren war); Grüneberg/*Weidenkaff* BGB § 438 Rn. 15; Staudinger/*Bach* BGB § 438 Rn. 102.

96) Anders wohl OLG Düsseldorf 6.11.2012 – I -21 U 75/11 NJW-RR 2013, 460 (Komponenten f. Lackieranlage).

[43] Rechtsprechung[97] und Schrifttum[98] haben in etlichen Fällen, in denen der Auftragnehmer/Verkäufer nach der Übergabe der gelieferten Sache noch Leistungen zu erbringen hatte, eine Ablieferung erst nach Abschluss dieser Leistungen angenommen. Die – unausgesprochene – Begründung dafür dürfte auch sein, die für den Käufer recht harschen Folgen von § 377 HGB – Verlust der Mängelansprüche – erst möglichst spät eintreten zu lassen. Bei Anlagenlieferverträgen „plus" sollte die Ablieferung in aller Regel mit der Übergabe/delivery zusammenfallen. Der Auftraggeber erlangt zu diesem Zeitpunkt die Verfügungsgewalt über die gelieferte Sache und kann sie untersuchen. Das er dies macht, erscheint auch angemessen, da bereits zu diesem Zeitpunkt geklärt werden sollte, ob erkennbare Mängel vorliegen, denn die von ihm (oder einem von ihm beauftragten Unternehmen) durchgeführte anschließende Montage kann natürlich ebenfalls Schäden an der gelieferten Sache verursachen. Es erscheint deshalb angemessen, dass der Auftraggeber die gelieferte Sache zu diesem Zeitpunkt untersucht und erkennbare Mängel rügt.

VI. Hinweise zur Vertragsgestaltung

[44] Folgende Hinweise zur Gestaltung von Anlagenlieferverträgen „plus" erscheinen angebracht:

- Die Parteien sollten überlegen, ob sie eine Montageüberwachung oder „nur" eine Montageberatung vereinbaren wollen. Bei einer Montageüberwachung dürfte den Auftragnehmer eine weitergehende Verantwortung für den Erfolg der Montage treffen.[99]
- Im Falle der Montageüberwachung stellt sich die Frage, ob der Auftragnehmer ein Weisungsrecht gegenüber dem Montagepersonal (des Auftraggebers oder eines vom Auftraggeber beauftragten Drittunternehmens) hat. Dieser Punkt sollte sinnvollerweise im Vertrag geregelt werden.[100] Im Falle der Montageberatung ist wohl schon aufgrund des Begriffs Beratung eindeutig, dass der Auftragnehmer kein derartiges Weisungsrecht hat.
- Der Auftragnehmer sollte berücksichtigen, dass er aufgrund von Fehlern bei der Montageüberwachung/-beratung für einen verspäteten Abschluss der Montage haften kann. Er sollte überlegen, (auch) insoweit eine Haftungsbegrenzung in den Vertrag aufzunehmen.
- Eine vertragliche Vereinbarung einer acceptance/take over/Abnahme im Anschluss an Montage und IBN zusätzlich zur Übergabe/Ablieferung/delivery kann zu Unklarheiten führen. Es sollte im Vertrag klargestellt werden, worauf sie sich bezieht und was ihre Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind, indem z. B. gesagt wird, dass sie nur die Leistungen Montage-, IBN-Überwachung betrifft.
- Die Dauer der Mängelgewährleistung des Auftragnehmers sollte vom Termin der Ablieferung abhängen, da es der Termin ist, bis zu dem der Auftragnehmer die Kontrolle über die gelieferten Sachen hat. Ist im Vertrag vorgesehen, dass die Mängelgewährleistung ab Abnahme läuft, sollte zusätzlich eine Spätestfrist in Bezug auf Mängelansprüche vorgesehen werden, die mit der Übergabe zu laufen beginnt.
- Ist der Auftragnehmer zur Stellung einer Erfüllungssicherheit verpflichtet, sollte vertraglich vorgesehen werden, dass sie sich bei Übergabe/delivery deutlich reduziert.[101]

[45] Wie dargestellt wird auf Anlagenlieferverträge im Grundsatz wohl meist Kaufvertragsrecht anwendbar sein; es erscheint angemessen, folgende Regelungen des Werkvertragsrechts im Vertrag ausdrücklich vorzusehen:

- Geringfügige Mängel sollten den Auftraggeber nicht zur Verweigerung der Annahme bei der Übergabe berechtigen.
- Im Falle von Mängeln sollten die Mängelansprüche des Auftraggebers wie bei einem Werkvertrag geregelt sein. Der Auftragnehmer sollte primär eine Pflicht zur Nacherfüllung haben. Ob er nachbessert oder neu liefert sollte er entscheiden können.

VII. Zusammenfassung

- Anlagenlieferverträge, bei denen der Auftragnehmer zusätzlich zur Planung und/oder zur Montageüberwachung,- beratung verpflichtet ist, stellen eine in der Praxis relevante Form von Anlagenverträgen dar. Es wird vorgeschlagen, sie als Anlagenlieferverträge „plus" zu bezeichnen.
- UN-Kaufrecht ist auf Anlagenlieferverträge „plus" im Grundsatz anwendbar.
- Nach deutschem Recht handelt es sich bei Anlagenlieferverträge „plus" um gemischte Verträge. Ob Kauf- oder Werkvertragsrecht auf sie anwendbar ist, sollte vom Parteiwillen abhängen, wie er im Vertrag zum Ausdruck gekommen ist. In der Regel dürfte Kaufvertragsrecht auf sie anwendbar sein.
- Zu Unklarheiten kann es führen, wenn die Parteien in einem Anlagenliefervertrag "plus" neben der Übergabe/Ablieferung/delivery noch eine acceptance/take-over/Abnahme vorsehen. In diesem Fall sollten die Parteien in geeigneter Form klarstellen, ob und inwieweit im Grundsatz eher Kauf- oder Werkvertragsrecht auf den Vertrag angewendet werden soll.

---

97) BGH 22.12.1999 – VIII ZR 299/98 NJW 2000, 1415 (Software); BGH 8.2. 1985 – VIII ZR 238/83 NJW 1985, 1333 (Sandentwässerungssilos); BGH 31.1.1966 – VII ZR 43/64 MDR 1966, 496 (Werbefilm); BGH 21.12.1960 – VIII ZR 9/60 NJW 1961, 730 (Maschinenlieferung); OLG Oldenburg 1.10. 2003 5 U 57/03 BauR 2004, 1324 (Lieferung v. Lichtrufanlage für Klinikum + Montageanleitung + Installation Software auf Stationen + Einweisung Personal, Anwendung Kaufvertragsrecht; OLG Köln 31.3.1995 – 19 u 248/94 NJW-RR 1995, 1457 (IT System); LG Freiburg 10.3.2014 – 12 O 139/13 Beck RS 2014, 05281 BauR 2014, 1050 (Photovoltaikanlage); entsprechend auch zum Kauf von mehreren zusammenhängenden Sachen BGH 27.4.1994 – VIII ZR 154/93 NJW 1994, 1720 (IT-System); BGH 14.7.1993 VIII ZR 147/92 NJW 1993, 2436 (Software + Handbuch); BGH 4.11.1992 – VIII ZR 165/91 NJW 1993, 461 (Lieferung von IT-System).

98) Grüneberg/*Weidenkaff* BGB § 438 Rn. 15; Staudinger/*Bach* BGB § 438 Rn. 124 f., 127; MüKoBGB Westermann § 438 Rn. 27; Baumbach/Hopt/*Leyens* HGB § 377 Rn. 6: für differenzierte Lösung MüKoHGB Grunewald § 377 Rn. 27.

99) BGH 10.6.1999 – VII ZR 215/98 NJW 1999, 3118 Projektsteuerer mit Bauüberwachungsaufgaben = Werkvertrag; KG 11.6.2019 – 21 U 142/18 NZBau 2020,24 von Bauüberwacher überwachte Bauleistungen müssen technisch mangelfrei erbracht werden = Werkvertrag; OLG Frankfurt/M. 24.4.2006 – 8 U 131/51 BauR 2007, 1107 Projektsteuerer, falls er für Qualitätskontrolle zuständig ist = Werkvertrag; s. a. § 650p BGB zur Überwachung im Rahmen von Architekten- und Ingenieurverträgen.

100) S. ORGALIM S 2022 S Klausel 2; s. a. § 77 Abs. 1 GIW/DDR „Zur Verwirklichung der Pflichten des Herstellers bei der Montageleitung hat der Beauftragte des Herstellers gegenüber dem Montageleitungspersonal des Bestellers ein Weisungsrecht hinsichtlich der technischen und technologischen Durchführung der Montage."

101) ENAA EPS GC 13.3.2; ICC TK Supply 27.2 (Reduzierung mit Abschluss Erection Testing, vollständiger Wegfall – bereits – bei Taking Over).

DR. ERIC DECKER UND DR. INGO KÜHL*

Local Content Requirements

Local Content Requirements (LCR) gewinnen weltweit zunehmend an Bedeutung und stellen Unternehmen vor erhebliche Herausforderungen. Besonders betroffen sind der internationale Anlagenbau sowie Energie- und Infrastrukturprojekte. Die Regelungen zielen darauf ab, wirtschaftliche Wertschöpfung und Beschäftigung vor Ort zu fördern, stehen dabei aber oft in Konflikt mit internationalen Handelsabkommen und Prinzipien des freien Marktzugangs. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die rechtlichen Rahmenbedingungen und ökonomischen Auswirkungen von LCR. Ein besonderer Fokus wird auf die Vereinbarkeit mit WTO-Regeln und Investitionsschutzverträgen gesetzt. Abschließend werden Wege aufgezeigt, wie Unternehmen dabei ihre Interessen wahren können.

Local content requirements (LCR) are becoming increasingly important worldwide and present companies with considerable challenges. International plant construction as well as energy and infrastructure projects are particularly affected. The regulations aim to promote economic value creation and local employment, but often conflict with international trade treaties and principles of free market access. This article sheds light on the legal framework and economic impact of LCR. A particular focus is placed on their compatibility with WTO rules and investment protection treaties. Finally, ways are shown in which companies can protect their interests.

I. Hintergrund

[1] In aller Regel ist es Aufgabe und Bestreben von Staaten, den Wohlstand der eigenen Bevölkerung zu sichern. Dabei erscheinen ressourcenreiche Länder zunächst privilegiert. Die Erfahrung zeigt allerdings, dass Staaten mit umfangreichen Bodenschätzen oft nicht in der Lage sind, Einnahmen aus dem Export von Öl, Gas und Edelmetallen in einen nachhaltigen nationalen Wohlstand umzuwandeln, wodurch der Aufbau einer starken, wettbewerbsfähigen Wirtschaft scheitert – ein Phänomen, das als *Resource Curse* oder *Paradox of Plenty* bekannt ist.[1]

[2] Um diesem Phänomen entgegenzuwirken ist die Einführung sogenannter Local Content Requirements („LCR") ein verbreiteter Ansatz. Spätestens seit der Finanzkrise 2008/09 haben LCR ein großes Comeback erlebt.[2] LCR sind staatliche Vorgaben, die Unternehmen verpflichten, einen bestimmten Anteil ihrer Produktion oder ihrer eingesetzten Ressourcen aus lokalen Quellen zu beziehen. Dies soll die lokale Wirtschaft bzw. Industrie fördern und vor negativen Auswirkungen des internationalen Handels schützen. Beispielhaft wird ein europäisches Unternehmen, das Onshore-Windenergieanlagen in Südafrika bauen soll, durch den südafrikanischen Staat verpflichtet, Schlüssel-Komponenten in lokaler Fertigung herzustellen und lokale Subunternehmer zu beauftragen, mit der Zielsetzung, die inländische Wirtschaft zu fördern.[3]

[3] LCR werden weltweit eingesetzt, u. a. in Schwellenländern wie Brasilien, Indien oder Südafrika. Besonders rohstoffreiche Länder nutzen LCR, um die Abhängigkeit vom Rohstoffexport zu verringern und eine Diversifizierung der Wirtschaft herbeizuführen. Auch in der Energiewirtschaft, speziell bei erneuerbaren Energien, werden LCR eingesetzt. Wirtschaftsmächte, wie vor allem die USA und China, machen ebenfalls regen Gebrauch von LCR. Hauptanwender von LCR sind namentlich Indien, Brasilien, Saudi-Arabien, USA, Russland und afrikanische Länder, wobei die besonders von LCR-regulierten Bereiche Bergbau, Öl, (erneuerbare) Energie, Infrastruktur, Fahrzeugbau und IT sind.

[4] Die Stoßrichtung von LCR geht einerseits dahin, Wertschöpfung im Inland zu halten und so die eigene Volkswirtschaft kurz- und mittelfristig zu stärken. Andererseits sollen Training Requirements und Technologietransfers langfristig die Fachkräftequalifikation und Innovationskraft fördern. Gerade wirtschaftlich schwächere Länder streben so eine Verbesserung der Konkurrenzfähigkeit und wirtschaftliche Unabhängigkeit an.

[5] Ob diese Ziele durch LCR erreicht werden, ist zweifelhaft. In ökonomischer Hinsicht dominiert die Ansicht, dass LCR zwar kurzfristig durchaus zu gesteigerten Wirtschaftsleistungen führen können. Langfristig dürften jedoch die Nachteile überwiegen. Diese bestehen insbesondere in einer Verkleinerung des Pools potenzieller Auftragnehmer und Arbeitskräfte, die Folge der Nichtberücksichtigung internationaler Unternehmen wegen der LCR sind. Kon-

*) Dr. Eric Decker und Dr. Ingo Kühl sind Rechtsanwälte und Partner der Kanzlei COMINDIS PartG mbB mit Sitz in Düsseldorf (www.comindis.com).

1) Ado, International Journal of Business and Management Studies 2013, 137.
2) Grossmann/Ing, Local Content Requirements, 2024, S. 2.
3) Renewable Energy Power Producer Procurement Programme (REIPPPP); vgl. Eberhard/Kolker/Leigland, South Africa's Renewable Energy IPP Procurement Program: Success Factors and Lessons, abrufbar unter https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/74a79bb1-6b50-5058-a614-7154f6df73df/content.

sequenz ist damit, dass weniger qualifizierte und / oder effiziente Auftragnehmer eingesetzt werden. Für die durch LCR begünstigte Unternehmen im Auftraggeberstaat wird dagegen eine abgeschottete Marktsituation geschaffen. Diese Unternehmen sehen sich damit allenfalls einem eingeschränkten internationalen Wettbewerb ausgesetzt. Auf längere Sicht ist dies nachteilig. Denn so werden notwendige Innovationen ausgebremst, was im genauen Gegensatz zu dem eigentlich verfolgten Ziel steht: Nämlich einer langfristigen wirtschaftlichen Unabhängigkeit.[4]

II. Umsetzung von LCR und Erscheinungsformen

[6] LCR können sowohl auf privatrechtlicher bzw. vertraglicher als auch öffentlich-rechtlicher Ebene beruhen. In öffentlich-rechtlicher Hinsicht lassen sich Maßnahmen unterscheiden, die Gesetzescharakter besitzen oder in Form von Richtlinien oder Verordnungen direkt durch die jeweilige Regierung erlassen werden.

[7] Häufige Fälle sind (Steuer-)Vergünstigungen bei Einhaltung von LCR oder – bei Nichtbeachtung – Bußgeldbestimmungen bis hin zum Verbot bzw. der Nichtzulassung der Tätigkeit im Auftraggeberstaat oder Vergabesperren. LCR treten als bilaterale Verträge, Lizenz- oder Konzessionsvereinbarungen in Erscheinung. Staatskonzerne integrieren LCRs oft in ihre internen Vergaberichtlinien. Diesen kommt angesichts der teilweise gewichtigen Marktstellung (beispielsweise Petronas in Malaysia, Petrobras in Brasilien oder ESKOM in Südafrika) eine große Bedeutung zu. Auf Vertragsebene sind LCR auf unterschiedlichen Wegen umsetzbar. Für Auftragnehmer ist es dabei am günstigsten, reine (weiche) Absichtserklärungen zur Einhaltung nationaler LCR vertraglich aufzunehmen. Die Regel in der Vertragspraxis sind jedoch verpflichtende Vorgaben, namentlich Vertragsstrafen bzw. Kündigungsrechte bei Nichteinhaltung von LCR.

[8] In jüngerer Zeit gewinnen LCR zunehmend bei der Datenspeicherung an Bedeutung, wo sie oft als Teil von „digitalem Protektionismus" betrachtet werden. Datenströme werden ein immer wichtigerer Bestandteil des internationalen Handels. Demzufolge betreffen solche LCR-Maßnahmen nahezu alle Wirtschaftssektoren. Einige Wirtschaftskreise betrachten diese Form des Protektionismus als eine der größten Bedrohungen für den globalen digitalen Handel und als möglichen Grund für die Stagnation von Innovationen. Dem entgegengerichtet wird argumentiert, die Verbindung von Handel und Datenspeicherung könne auch Gründe zur Einführung von LCR liefern, nämlich einer Gewährleistung von Datenschutz und Identitätssicherheit.[5]

[9] Ähnliche negative Auswirkungen lassen sich im Sektor der erneuerbaren Energien feststellen. LCR verlangen häufig, dass Entwickler von Solar- und Windenergieprojekten einen bestimmten Anteil an Arbeitsplätzen, Komponenten und Investitionen lokal einbringen, da sie anderenfalls nicht für Förderprogramme oder öffentliche Ausschreibungen infrage kommen.Laut einer OECD-Studie aus dem Jahr 2015 waren derartige Regelungen in mindestens 21 Ländern in Kraft, darunter 16 OECD-Mitglieder. Eine Analyse des International Center for Trade and Sustainable Development (ICTSD) schätzte 2013, dass LCR allein im Bereich der erneuerbaren Energien weltweit ein Handelsvolumen von 100 Milliarden US-Dollar beeinflusst haben.[6]

[10] Ungeachtet der Differenzierungsmöglichkeit zwischen vertraglicher und öffentlich-rechtlicher Ebene lassen sich typische Erscheinungsformen von LCR ausmachen, die nachfolgend skizziert werden.

- **Beschaffungsvorgaben**: Mindestanteile an lokal produzierten Materialien oder Komponenten. Hierunter fallen auch Vorgaben zur Nutzung inländischer Materialien und zur Beauftragung lokaler Subunternehmer. Solche Regelungsanordnungen sind primär bei sogenannten „on shore"-Leistungen anzutreffen, die im Auftraggeberstaat erbracht werden. Zu beachten ist hier, dass ausländische Materialien bzw. Leistungen oftmals nicht den deutschen oder EU-Standards gerecht werden also mitunter gravierende Qualitätsunterschiede bestehen.
- **Technologieanforderungen und Know-how-Transfer**: Vorschriften, die Unternehmen verpflichten, technologische Innovationen lokal zu entwickeln oder zu übertragen. Dem Auftragnehmer wird vorgeschrieben, Unternehmen im Auftraggeberstaat Technologien zur Verfügung zu stellen. Besonders weitreichend sind Vorgaben, wonach der Auftragnehmer Lizenzen an selbst entwickelten und möglicherweise exklusiv genutzten Technologien (kostenfrei) zu teilen hat.
- **Exportquoten**: Verpflichtungen zur Exportsteigerung von lokal produzierten Waren und Dienstleistungen.
- **Employment Requirements**: Vorgaben zum Einsatz inländischer Arbeitskräfte. Diese können etwa vorschreiben, dass mindestens 50 % der Arbeitnehmer in einer zu errichtenden Betriebsstätte aus dem Inland stammen oder einer benachteiligten Gruppe angehören müssen. Besonders zu beachten sind hier u. a. die jeweiligen sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Vorgaben sowie die Vermeidung einer etwaigen Doppelbesteuerung im Zusammenhang mit der Betriebsstätte.
- **Training Requirements**: Bestehen beispielsweise darin, dass der Auftragnehmer einen bestimmten Prozentsatz des Auftragsvolumens in Trainingsprogramme für lokale Fachkräfte investieren oder solche Programme selbst durchführen muss. Dabei soll die fachliche und langfristig wirtschaftliche Unabhängigkeit des Auftraggeberstaates gefördert werden. Der Auftraggeber verfolgt hier das Ziel, durch die Qualifizierung und Einbindung lokaler Fachkräfte sowie die Stärkung lokaler Strukturen eine nachhaltige Entwicklung und Eigenständigkeit zu erreichen.

III. Rechtliche (Un-)Zulässigkeit von LCR

[11] LCR sind im internationalen und europäischen Handelsrecht eine erhebliche Herausforderung. Sie werden generell als rechtlich unzulässig angesehen. Dies gilt gleichermaßen im europäischen als auch im außereuropäischen Kontext.

1. EU-Recht

[12] Im europäischen Raum kollidieren LCR häufig mit den Bestimmungen des Binnenmarktes, insbesondere mit Art. 34 AEUV (Dis-

4) Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Local content requirements, February 2019, abrufbar unter: https://www.oecd.org/en/publications/local-content-requirements_5b1c38d5-en.html.
5) Grossmann/Ing, Local Content Requirements, 2024, S. 20.
6) OECD, Overcoming Barriers to International Investment in Clean Energy, Green Finance and Investment, 2015, S.47 ff., abrufbar unter: https://doi.org/10.1787/9789264227064-en; ICTSD, Local Content Requirements and the Renewable Energy Industry – A Good Match?, 2013, S. 4 ff., abrufbar unter: https://unctad.org/system/files/non-official-document/DITC_TED_13062013_Study_ICTSD.pdf

kriminierungsverbot). Dies gilt dann, wenn nur Waren/Dienstleistungen aus dem eigenem EU-Mitgliedstaat begünstigt werden. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat entschieden, dass LCR innerhalb der EU unzulässige Handelshemmnisse sein können. Ausnahmsweise können diese zulässig sein, wenn sie mit legitimen Zielen wie Umweltschutz oder Nachhaltigkeit in Einklang stehen. Ein Beispiel dafür ist das Urteil des EuGH in der Sache *Preussen-Elektra*. Hier wurde eine nationale Regelung zur Förderung erneuerbarer Energien als zulässig angesehen, da sie einen legitimen Umweltzweck verfolgte.[7]

2. WTO-Recht

[13] Auf internationaler Ebene sind LCR zumeist unvereinbar mit dem Recht der Welthandelsorganisation (WTO). Insbesondere verstoßen sie gegen das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT) 1994 sowie das Übereinkommen über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (TRIMS). Das WTO-Recht erlangt Geltung mit Beitritt zur WTO. Bei den einzelnen Abkommen der WTO handelt es sich um völkerrechtliche Verträge. Aktuell hat die WTO 164 Mitgliedstaaten, darunter die USA, Brasilien, Indien und die Mitgliedstaaten der EU. Insgesamt erwirtschaften die Mitgliedstaaten mehr als 90 % des globalen Handelsvolumens.

a) GATT

[14] Das Grundprinzip ist in Art. III Abs. 1 GATT verankert. Die Vertragsparteien erkennen darin an, dass importierte Waren nicht gegenüber national hergestellten diskriminiert werden dürfen. Dieses Prinzip der Gleichbehandlung unter den Mitgliedstaaten steht nicht isoliert, sondern ist im Zusammenhang mit den weiteren Absätzen des Art. III – insbesondere Abs. 4 und 5 – zu sehen, die dieses Grundprinzip näher ausgestalten:

- Art. III Abs. 4 verbietet diskriminierende Maßnahmen, die ausländische Waren und Dienstleistungen benachteiligen.
- Art. III Abs. 5 untersagt den WTO-Mitgliedstaaten, durch Erlass inländischer Mengenvorschriften ausländische Waren wenigstens mittelbar zu diskriminieren.

[15] Die Rechtsprechung der WTO behandelt primär die Vereinbarkeit von LCR mit Art. III Abs. 4 GATT (sowie Art. 2.1 und 2.2 TRIMs). In diesem Zusammenhang hat die WTO konsistent festgestellt, dass LCR gegen diese Bestimmungen verstoßen. Streitbeilegungs- und Untersagungsverfahren auf eine Verletzung von Art. III Abs. 4 GATT zu stützen, ist daher erfolgsversprechend. Ein Beispiel ist die Entscheidung im WTO-Streitfall *Korea – Various Measures on Beef*. Hier wurden Maßnahmen von Südkorea, die den Import, Vertrieb und Verkauf von Rindfleisch aus Australien und den USA betrafen, als Verstoß gegen Art. III Abs. 4 GATT gewertet.[8]

[16] Ausnahmetatbestände sind in Art. XX GATT normiert, die eine Vielzahl allgemeiner Rechtfertigungsgründe für grundsätzlich untersagte Maßnahmen vorgeben. Diskriminierende LCR können danach unter Umständen gerechtfertigt sein, etwa zum Schutz von Ressourcen. Versuche von Mitgliedstaaten zur Legitimierung von LCR scheitern aber zumeist. Dies deshalb, weil Art. XX GATT verbietet, Maßnahmen willkürlich oder ungerechtfertigt diskriminierend anzuwenden und Verwenderstaaten oft nicht nachweisen können, dass Maßnahmen diskriminierungsfrei angewendet werden.[9]

[17] Eine weitere Ausnahme vom Gleichbehandlungsgebot findet sich in Art. III Abs. 8a GATT. Danach ist das staatliche Beschaffungswesen von der Gleichbehandlungspflicht ausgenommen, wenn Waren für staatliche Zwecke und nicht für den kommerziellen Wiederverkauf oder zur Produktion von Waren für den Verkauf erworben werden. Im Fall *Canada – Renewable Energy* und *Canada – Feed-In Tariff Program* stellte das Berufungsgremium der WTO (Appellate Body) klar, dass Art. III Abs. 8a GATT nur anwendbar ist, wenn ein enger Zusammenhang zwischen den beschafften Waren und dem staatlichen Zweck besteht. Denn die Vorschrift stelle eine Ausnahme und keine Rechtfertigung dar. Gleichzeitig entschied das Gremium, dass die kanadischen Maßnahmen durch ihre LCRs gegen Art. III Abs. 4 GATT und Art. 2 Abs. 1 TRIMS verstießen.[10]

b) TRIMS

[18] Das TRIMS-Abkommen wurde ins Leben gerufen, um handelsbeschränkende und verzerrende Auswirkungen von Investitionsmaßnahmen zu verhindern und behandelt LCRs als solche. Erfasst werden nach Art. 1 TRIMS nur Waren. Dienstleistungen unterfallen mithin nicht dem Anwendungsbereich. Art. 2.1 des Abkommens untersagt Maßnahmen, die bereits nach Art. III und XI GATT verboten sind (insb. nach dem Gleichbehandlungsgebot). Investitionsmaßnahmen, die den Handel betreffen, sind im TRIMS-Abkommen nicht definiert. Der Anhang des Abkommens enthält eine beispielhafte Liste von Maßnahmen, die gem. Art. 2.2 mit der Verpflichtung zur Gleichbehandlung nach Art. III Abs. 4 GATT und der Verpflichtung zur allgemeinen Beseitigung quantitativer Beschränkungen nach Art. XI Abs. 1 GATT unvereinbar sind. Ein Beispiel aus der Praxis ist Indiens Solarförderprogramm, das die WTO als Verstoß gegen das TRIMS-Abkommen bewertet hat. Denn die darin enthaltenen Maßnahmen verpflichten Solarstromentwickler dazu, lokal hergestellte Solarmodule und -zellen zu verwenden, um an staatlichen Förderprogrammen teilzunehmen. Ausländische Produkte würden mithin diskriminiert (Verstoß gegen Art. 2 TRIMS und Art. III Abs. 4 GATT).[11]

3. Rechtsschutzmöglichkeiten

[19] Unternehmen, die von LCR betroffen sind, haben zur Einleitung rechtlicher Schritte nur begrenzt Möglichkeiten. In der Regel ist der direkte Rechtsschutz auf staatliche Akteure beschränkt, die eine Beschwerde beim WTO Dispute Settlement Body („DSB") einlegen oder ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV vor dem Europäischen Gerichtshof einleiten können. Unternehmen sind darauf beschränkt, ein solches Verfahren beim eigenen Heimatstaat anzuregen. Die Antragsbefugnis liegt allein auf staatlicher Ebene.

[20] Nicht zuletzt aus diesem Grund erweist sich das Beschwerdeverfahren in der Praxis häufig als ineffektiv. Ein Beispiel dafür ist Brasiliens *„Inovar Auto"-Programm*: Das 2012 eingeführte Programm gewährte Unternehmen eine Steuererleichterung von 30 %,

7) EuGH Rs. C-379/98 – PreussenElektra.
8) Korea – Various Measures on Beef, 24.4.2001, WT/DS161/12 WT/DS169/12.
9) Kuntze/Moerenhout, Frontiers of International Economic Law: Legal Tools to Confront Interdisciplinary Challenges, Society of International Economic Law, BRILL, 2013, 1 (14 ff.).
10) Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, 6.5.2013, WT/DS412/AB/R; WT/DS426/AB/R.
11) India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules,16.12. 2016, WT/DS456/AB/R.

wenn sie bestimmte LCR erfüllen, etwa die Durchführung von Produktionsprozessen im Land oder Investitionen in brasilianische Forschung und Entwicklung. Nach einer erfolgreichen Beschwerde der EU beim WTO Dispute Settlement Body und erfolgloser Berufung Brasiliens beim Appellate Body, wurde das Programm 2018 für unvereinbar mit den WTO-Regeln erklärt.[12] Vor Ablauf der Umsetzungsfrist lief das Programm dann allerdings ohnehin aus.

[21] In den meisten Fällen bleibt Unternehmen keine andere Wahl, als LCR auf dem Verhandlungsweg entgegenzutreten oder durch Lobbyarbeit Änderungen zu erzielen. Zielführend kann es dabei sein, wenn der Auftragnehmer seinen Heimatstaat überzeugt, Verhandlungen auf WTO-Ebene zu führen. Dies lässt erheblich mehr Druck entstehen als bei Verhandlungen durch einzelne Auftragnehmer. Ist dies nicht möglich, bleibt Unternehmen nur die Wahl, das Projekt abzulehnen oder aber die Anforderungen der LCR zu akzeptieren.

[22] In der Praxis ist die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von LCR im Ergebnis zumeist theoretischer Natur: Denn im Wettbewerb um Aufträge stehen potenzielle Auftragnehmer häufig vor der Wahl, entweder Fuß im konkreten Auftraggeberstaat zu fassen oder gegen die (vermutlich) rechtswidrige LCR vorzugehen. Letzteres dürfte in aller Regel zu einer Disqualifikation im Vergabeverfahren bzw. dem Verlust des Auftrags führen. Im Einzelfall empfiehlt es sich dennoch, denkbare Rechtsmittel auf einstweiligen Rechtsschutz etwa im Vergabeverfahren zu prüfen.

IV. Umsetzung von LCR – rechtliche Fragestellungen

[23] Rechtliche Problemkreise bei der Umsetzung von LCR ergeben sich insbesondere hinsichtlich der zivilrechtlichen Haftung und Compliance.

1. Zivilrechtliche Haftung

[24] Beeinflussen LCR die Art und Weise der Vertragserfüllung, können sich Haftungsfragen stellen, namentlich bei der Verpflichtung zum Einsatz ausländischer Arbeitskräfte oder zur Verwendung lokaler Dienstleistungen oder Waren.

[25] Beispielhaft sei ein deutscher Anlagenbauer angeführt, der als EPC-Contractor einen Auftrag in Indien erhält. Der Vertrag sieht vor, dass die Fertigung und Montage von Komponenten an lokale Anbieter unterzuvergeben ist. Der EPC-Contractor ist also daran gehindert, ihm bekannte und bewährte Subunternehmer einzusetzen. Bei Schlechtleistungen des lokalen Anbieters und damit einhergehenden Verzögerungen und Qualitätsproblemen stellt sich die Frage, wer für Schlechtleistungen oder den Verzug des vom Kunden vorgegebenen Subunternehmers einstandspflichtig ist.

[26] Im Ausgangspunkt haftet regelmäßig der EPC-Contractor – und zwar auch dann, wenn er keine freie Auswahl hatte. Schlechtleistungen oder Verzug seiner Nachunternehmer muss sich der Contractor gegenüber dem Kunden zurechnen lassen und kann diese gegebenenfalls in Regress nehmen. Hat der Contractor Bedenken gegen bestimmte, ihm vorgeschriebene Subunternehmer, muss er dies bereits bei Eingehung des Vertrages rügen. Beharrt der Kunde darauf, kann dies unter Umständen ein (Mit-)Verschulden des Kunden begründen.

[27] Daneben ergeben sich Folgeprobleme, wie die Rechtsverfolgung von Regressansprüchen im ausländischen Markt oder Vollstreckungsfragen. Hier sind auch anderweitige Regelungen möglich, insbesondere bei der Verpflichtung zum Einsatz unbekannter Subunternehmer und/oder Materialien. Denkbar sind etwa vertragliche Haftungsfreistellungen, Haftungsbeschränkungen, Ersatzvornahme oder Abtretungsklauseln.

2. Compliance

[28] LCR bergen hohe Korruptions-Risiken, beispielsweise in Gestalt von Bestechung, Kickbacks oder „Vetternwirtschaft". Durch LCR können Gelder oder Aufträge an Amtsträger oder parastaatliche Organisationen transferiert werden. Mögliche Maßnahmen sind Risikobewertungen sowie die Implementierung und Umsetzung von Richtlinien zur Korruptionsbekämpfung. Bei Geschäftsbeziehungen in Hochrisikomärkten sollte die Entwicklung spezieller Compliance-Management-Systeme für Verträge mit LCR erwogen werden. Eine Integritätsprüfung aller potentiellen Vertragspartner, inklusive der wirtschaftlich Berechtigten („Ultimate Beneficial Owner") – Know-Your-Customer-Prüfung („KYC") ist unabdingbar. Wichtig ist hier, die Eigentümerstruktur aufzuklären, um verdeckte Risiken – wie Interessenkonflikte, Korruption oder Geldwäsche – zu minimieren. Ferner erscheinen Auditrechte sinnvoll.

[29] Stets zu beachten sind die Vorgaben des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LKSG). Die inhaltlichen Pflichten umfassen die Einrichtung eines Risikomanagements zur Identifikation sowie Vermeidung bzw. Minimierung von Menschenrechtsverletzungen und Umweltschädigungen. Die Verantwortung beschränkt sich dabei nicht auf unmittelbare Zulieferer, sondern bezieht sich auf die gesamte Lieferkette, mithin auch auf mittelbare Zulieferunternehmen. LCR können mit LKSG-Verpflichtungen in Konflikt geraten.

V. Goldene Regeln bei der Umsetzung von LCR

[30] Bei der Implementierung von LCR sind zahlreiche Aspekte zu berücksichtigen und abzuwägen. In der Praxis sind insbesondere folgende zehn Kernpunkte zu beachten:

1. Anhand der Ausschreibungsunterlagen und dem lokalen Recht ist zu prüfen, welche LCR einschlägig sind und was konkret verlangt wird.
2. Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung der LCR sind bei Angebotsabgabe zu vermeiden.
3. LCR bedeuten bei der Auftragsausführung in der Regel Mehrkosten, die bei der Angebotskalkulation zu berücksichtigen und entsprechend einzupreisen sind.
4. Muss mit nicht qualifizierten lokalen Subunternehmern oder Rohstoffen gearbeitet werden, ist ein Warnhinweis an den Kunden und die Vereinbarung entsprechender Haftungsbeschränkungen oder -ausschlüsse ratsam.
5. Sehen LCR sog. Training Requirements vor, ist zu prüfen, ob diese fachlich, zeitlich und personell durchführbar sind.
6. Die Eingliederung lokaler Arbeitnehmer aufgrund von LCR kann ein de facto-Arbeitsverhältnis begründen.
7. Bei einem IP- oder Technologietransfer sind die wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen zu untersuchen. Dies gilt vor allem bei der Pflicht zur Teilung / Übertragung von Lizenzen.

12) Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges, 13.12.2018, WT/DS472/AB/R; WT/ DS497 / AB /R.

8. Der Auftragnehmer muss sicherstellen, dass gegenüber lokalem Baustellenpersonal erforderliche Weisungsrechte bestehen.
9. Gerade bei der Zusammenarbeit mit lokalen Subunternehmern ist eine umfangreiche Compliance-Prüfung dringend zu empfehlen (vor allem mit Blick auf Korruption, HSEQ, Schwarzarbeit, Qualitätsmanagement und Nachhaltigkeit).
10. Bei Vertragsverhandlungen ist darauf zu achten, dass keine überhöhten Vertragsstrafen bei Nichteinhaltung der LCR vereinbart werden. Die Vereinbarung von (Zwischen-)Caps ist ratsam.

VI. Fazit und Ausblick

[31] Ungeachtet der rechtlichen (Un-)Zulässigkeit und der – bei einer mittel- und langfristigen Betrachtung – zweifelhaften Zweckmäßigkeit, sind LCR ein in der internationalen Praxis bedeutendes Thema, das keinesfalls vernachlässigt werden sollte. Während LCR teils als Mittel zur Förderung des wirtschaftlichen Aufbaus in Entwicklungsländern gelten, werden sie häufig als protektionistisch kritisiert, da es zu einer Verzerrung des internationalen Wettbewerbs kommt. Besonders in Handelsabkommen und bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind die Anforderungen an die Zulässigkeit der Maßnahmen ein zentraler Streitpunkt.

[32] Die EU hat bereits erste Schritte unternommen, um LCR durch spezifische Vorschriften in ihren Handelsbeziehungen zu bekämpfen. Geplant ist eine weitere Intensivierung der Bemühungen, LCR als "*Protektionismus durch die Hintertür*" zu verhindern.

[33] Zu erwarten ist, dass die EU und andere Wirtschaftsregionen weiterhin auf die Liberalisierung von Handelsbeziehungen hinarbeiten und verstärkt auf die Beseitigung von LCR in ihren Verhandlungen mit Drittstaaten drängen werden. In diesem Kontext wird die EU verstärkt auf ihre Handelsabkommen setzen, um protektionistische Maßnahmen zu verhindern und einen fairen Marktzugang sicherzustellen. Dies könnte dazu beitragen, die Handelslandschaft transparenter und gerechter zu gestalten und langfristig den globalen Wettbewerb zu fördern.

RAFAŁ WOŹNIAK*

Liability for Defects in Facility Construction Contracts under Polish law

This article explores the issue of liability for defects in facility construction contracts under Polish law, focusing on the legal framework for such liability and the parties' obligations. It examines the provisions of the Polish Civil Code governing construction contracts, in particular in relation to the contractor's liability for defects and the remedies available to the investor. This article also discusses the implications of defects in construction projects, such as warranty periods and guarantees, as well as the defect notification process. This article aims to provide a comprehensive understanding of how construction defects have been addressed in Polish law, offering practical insights for both contractors and clients.

Dieser Artikel befasst sich mit der Frage der Mängelhaftung bei Anlagenbauverträgen nach polnischem Recht, wobei der Schwerpunkt auf dem Rechtsrahmen für die entsprechenden Rechte und Pflichten der Parteien liegt. Es werden diejenigen Bestimmungen des polnischen Zivilgesetzbuches, in denen die Bauverträge geregelt sind, untersucht, insbesondere mit Blick auf die Haftung des Auftragnehmers für Mängel und die dem Investor zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe. Darüber hinaus werden die Auswirkungen von Mängeln bei Bauprojekten, wie z. B. Gewährleistungsfristen und Garantien, sowie das Verfahren der Mängelanzeige erörtert. Dieser Artikel soll ein umfassendes Verständnis dafür vermitteln, wie Baumängel im polnischen Recht behandelt werden, und bietet praktische Einblicke sowohl für Auftragnehmer als auch für Auftraggeber.

I. Introduction

[1] When advising foreign clients in connection with the negotiation and conclusion of contracts with Polish counterparties, I am often confronted with numerous questions related to liability for defects in delivered goods (e. g., the works performed, services rendered, or items manufactured and sold). These questions are a consequence of the fact that the contracts binding the parties, usually drafted by the stronger party to the legal relationship, frequently provide for a dual regime of liability for defects, i. e., providing for a quality guarantee (Polish: *gwarancja jakości*) and a statutory (implied) warranty (Polish: *rękojmia*).

*) Advocate, managing associate, WKB, Wierciński, Kwieciński, Baehr sp. k., ul. Paderewskiego 7, 61-770 Poznań, Poland, rafal.wozniak@wkb.

[2] Businesses have a considerable amount of freedom when drafting their contracts, which extends to how they determine liability for defects in goods. While a separate guarantee statement or specific contractual provisions are necessary to secure the purchaser's rights under a quality guarantee, statutory (implied) warranty liability operates automatically unless the parties expressly exclude such liability in the contract. As mentioned above, such liability is most often established in a two-fold manner, i. e., the contract includes provisions for a quality guarantee and, simultaneously, does not include provisions excluding liability under the statutory warranty. This structure frequently raises questions about the relationship between the quality guarantee and statutory warranty regimes, as well as the need and appropriateness of including both in the contract in question.

[3] As my practice is primarily concerned with advising parties to construction contracts, this article focuses on these contracts, which involve an investor and a contractor, and will use them as an example to examine these liability regimes.

II. Quality guarantee

[4] The general principles of liability for defects under a quality guarantee are set out in Articles 577 to 581 of the Polish Civil Code ("**CC**"), however, it should be noted that, in the context of professional trade, these provisions do not apply by operation of law *per se* and will only apply to a given contract if the contractor makes a quality guarantee statement, and the relevant clear provision in the contract referring to this Article is stipulated. Pursuant to the first sentence of Article 577 § 1 of the CC, the issue of a guarantee shall be effected upon making a guarantee statement, which specifies the guarantor's (contractor's) obligations and the buyer's (investor's) rights where the goods sold fail to have the properties referred to in the statement. In other words, in order for quality guarantee liability to be effective, it is sufficient that the contract stipulate the obligations incumbent on the guarantor (contractor), the buyer's (investor's) rights, and the characteristics of the goods, the lack of which entitles the buyer (contractor) to exercise their rights.

[5] If a guarantee in respect of the quality of the delivered goods has been issued and any defects arise, it will be deemed that the guarantor (contractor) is obliged to remedy the physical defect in the goods or to provide replacement goods free of the defect, provided that such defects were revealed within the period stated in the guarantee statement. Unless a different period is stipulated, the time limit of a guarantee statement's validity shall be deemed to be *two years* from the day on which the goods were released to the buyer (investor).

[6] The provisions of the Polish Civil Code also specify the wording to be included in the guarantee statement. According to Article 577^1 § 1 of the CC, the guarantor shall formulate the guarantee statement in a clear and comprehensible manner and, where the type of information allows, in a widely comprehensible graphical form. The guarantee statement shall include: (i) an express statement that, in the event of the non-compliance of the goods sold (i. e., the delivered goods) under the contract with its terms, the buyer (investor) is entitled to legal remedies by virtue of law at the seller's (contractor's) expense, and that the guarantee does not affect such legal remedies; (ii) the guarantor's name and address; (iii) a description of the procedure to be followed by the person entitled under the guarantee in order to enforce the quality guarantee; (iv) an indication of the goods covered by the quality guarantee; and, (v) the terms and conditions of the quality guarantee.

[7] Although a guarantee statement is necessary for the effective assumption of obligations under a quality guarantee, and the required contents of such a statement are specified in Article 577^1 of the CC, it should be noted that *failure to comply with the requirements of Article 577^1 of the CC shall not affect the validity of the guarantee statement itself and shall not result in the buyer being deprived of their rights arising from the quality guarantee*.

[8] Under the above regulations, most construction contracts in transactions under Polish law include provisions on a quality guarantee that regulate the rights and obligations of both the contractor (guarantor) and the investor (beneficiary of the quality guarantee). As stated in Article 577 § 2 of the CC, the guarantor's obligations may, in particular, consist of the reimbursement of the price paid, replacement of the goods or their repair, as well as the provision of other services.

[9] In practice, guarantee provisions in contracts are most often constructed to specify a significantly longer quality guarantee period (typically 5-10 years) than the statutory minimum (two years), during which the contractor is obliged, for the remuneration already paid, to remedy the defects revealed or replace the defective elements of its works with ones free of such defects. It is less likely, in the context of quality guarantees, that one encounters provisions according to which the investor is entitled to reduce the remuneration if a defect is discovered. Typically, the contractor's failure to fulfil their obligations under the guarantee is also subject to additional sanctions that may be imposed by the investor. In most cases, these sanctions consist of a right to charge contractual penalties for delay in remedying defects or an entitlement for the investor to seek, so-called, substitute performance, i. e., engaging a third party to remedy the defects that the contractor failed to remedy at the contractor's expense and (most often also) risk.

[10] Significantly, Article 579 § 1 of the CC states that the regimes applicable to statutory warranties and quality guarantees overlap. In accordance with this provision, the buyer (investor) may exercise their rights arising from the non-compliance of the goods sold with the contract (statutory warranty), irrespective of their right under the quality guarantee, and the exercise of rights under the quality guarantee will not affect the seller's (contractor's) liability under the statutory warranty (Article 579 § 2 of the CC). However, if the buyer (investor) exercises their rights under the quality guarantee, the time limit for their exercise of rights under the statutory warranty is suspended as of the date on which the seller (contractor) was notified of the defect. This time limit shall resume from the date on which the guarantor (contractor) refuses to fulfil their obligations under the quality guarantee or the date by which such obligations were to be fulfilled and the contractor failed to fulfil these obligations by that date. Importantly, *this suspension does not operate in the other direction* – the exercise of rights

under the statutory warranty. However, in each case, it is up to the buyer (investor) to decide whether to pursue a claim for liability for defects under the quality guarantee or statutory warranty. If the buyer (investor) fails to indicate the legal grounds for their claim, the right to chose the regime under which the defect shall be remedied passes to the seller (contractor).

[11] Although this is provided for in law, in most cases I encounter, investors also expect that a contract includes provisions expressly stating that the investor's rights under the quality guarantee do not exclude or limit their rights under the statutory warranty liability regime.

III. Statutory warranty

[12] As noted above, unlike liability under a quality guarantee, liability under the statutory warranty is directly provided for by law – even if the contract does not include any provisions regarding liability under the statutory warranty, the contractor remains liable under this warranty. However, an important point must be raised. According to Article 558 § 1 of the CC, '*the parties may extend, limit, or exclude liability on account of the statutory warranty for defects.*' In other words, if the parties chose not to include any provisions concerning the statutory warranty in the contract, the statutory rules will apply in full. However, the parties may modify these rules in the contract and may even exclude such liability in its entirety, which would require the inclusion of express provisions in the contract.

[13] The contractor's liability under the statutory warranty is specified in Articles 556 to 576 of the Polish Civil Code.

[14] Under a quality guarantee, the guarantee statement must describe the properties of the goods subject to the guarantee. If the goods do not have the properties specified in the guarantee statement, this means that the goods are defective and, therefore, the contractor's liability under the quality guarantee regime arises. *Under the statutory warranty, what constitutes a 'defect' in the goods is expressly defined by law.* According to Article 556[1] of the CC:

> a defect is the lack of conformity of the item sold with the contract. The item sold lacks conformity with the contract in particular if:
> (i) it fails to have a property which an object of that kind should have regarding the purpose stipulated in the contract or arising from the circumstances or its intended use;
> (ii) it fails to have a property of which the seller has assured the buyer, specifically by presenting to the buyer a sample or a model;
> (iii) it fails to serve the purpose which the buyer indicated to the seller upon the conclusion of the contract, and the seller failed to stipulate such an intended use;
> (iv) it was released to the buyer incomplete. An item sold shall be also deemed defective in the case of its incorrect installation and commissioning where such activities have been performed by the seller or a third party for which the seller is liable or by the buyer where they have followed the instruction manual received from the seller.

[15] Under the statutory warranty, the buyer (investor) is entitled, by law, to two claims – a claim for the remedy of the defect and a claim for the replacement of the defective goods with goods free of defects – and two, so-called, "unilateral variations" – a right to make a declaration on price reduction and a right to withdraw from the contract.

[16] As a rule, if a defect is discovered and the investor asserts their rights under the statutory warranty, the investor should demand that the contractor remedy the defect or replace the defective goods (element of the construction works) with goods free of defects. In such case, the contractor is under a duty to remedy the defect within a reasonable time, without exposing the investor to excess inconvenience, or replace the defective goods with goods free of defects. However, if the goods have already been repaired or replaced by the contractor, or the contractor has failed to fulfil their obligation to remedy the defect or replace the goods, the investor may then make a unilateral declaration on price reduction or a statement of withdrawal from the contract.

[17] In the context of contracts for construction works, it should also be noted that, according to Article 561[1] § 1 of the CC, if the defective goods have been assembled, the buyer (investor) may demand that the seller (contractor) disassemble and re-assemble the goods after they have replaced them with goods free of defects or after the defect has been remedied. *Where the contractor fails to satisfy this obligation, the investor shall be entitled to perform such activities at the contractor's expense and risk*. Thus, the implied statutory warranty also provide for so-called substitute performance, which the investor may chose to make use of in the circumstances described above. Notwithstanding the preceding, it should be noted that investors often include provisions in contracts expressly stipulating a right to substitute performance in the event that the contractor fails to perform or improperly performs their obligations under a quality guarantee or the statutory warranty.

[18] If the investor decides to make a declaration on price reduction, the reduction of the price agreed in the contract will be proportionate to the value of the defective goods as compared to the value of the goods had they been free of defects. The furthest-reaching right that the investor enjoys under the statutory warranty is to withdraw from the contract. For this reasons, the Polish Civil Code provides that the investor may not withdraw from a contract *if the defect is insignificant* (Article 560 § 4 of the CC). Given the complexity of construction contracts involving significant infrastructure projects, *it is usually in the contractor's best interests to seek to exclude, by contract, the investor's right to withdraw from the contract (and, where possible, their right to reduce the price) under the statutory warranty liability for defects. Such a solution is entirely permissible and permitted by law.*

[19] Due to the contractor's strict liability under the statutory warranty regime, the contractor should always bear in mind the rule in Article 563 § 1 of the CC, according to which, in the case of legal relations between business entities, *the buyer (investor) shall forfeit their rights under the statutory warranty for defects if they failed to examine the goods at the time and in the manner customary for goods of that kind and they failed to immediately notify the seller (contractor) of the defect or, where the defect only became apparent at a later date, they failed to notify the seller (contractor) of the defect immediately after its discovery.* Of course, it is not easy for a contractor to prove when an investor discovered a given defect, but proving that the investor only notified the contractor of the defect with a material delay may free the contractor of liability.

[20] From the contractor's perspective, not only is the deadline for notice of a defect relevant, but so are certain other deadlines specified by law in respect of the statutory warranty.

[21] The first and most relevant of these, is the term of liability under the statutory warranty itself. Unless otherwise agreed and stated in the contract, this term is *two years*, or in the case of real property, *five years*, from the delivery of the goods to the investor. In practice, all "facilities" as defined by the applicable regulations on construction works should be understood to constitute "real property". Therefore the duration of the statutory warranty should be five years. Obviously, this will not be the case if the contractors are not constructing a "construction facility", but only renovate or finish it to a certain extent, in which case, the contract is merely one for works and the term of the statutory warranty is limited to two years.

[22] Further, notwithstanding Article 563 § 1 of the CC, according to Article 568 § 2 of the CC, a claim for the remedy of a defect or the replacement of the goods sold with goods free of defects *is time barred and expires one year from the date on which the defect is discovered*. Within this period, the investor may make a declaration on price reduction due to the defect in the goods or a statement of withdrawal from the contract. However, if the investor has demanded that the contractor remedy the defect or replace the goods with goods free of defects, *the time limit by which the investor must submit a declaration on price reduction or a statement of withdrawal from the contract will only begin to run when after the date by which such obligations were to be fulfilled and the contractor failed to fulfil these obligations by that date.*

[23] Moreover, it must be emphasized that the contractor's liability under the statutory warranty also covers *legal defects*. According to Article 556^3 of the CC:

> An item has a legal defect if it is the property of a third person, it is encumbered with the right of a third party, or if the limitation in the use or management of the item results from a decision or ruling of a competent body. In the case of the sale of a right, a legal defect may also consist in the non-existence of the right.

[24] By virtue of Article 576 of the CC, the investor is bound by the deadlines specified in Article 568 § 2 of the CC in respect of exercising their rights under the statutory warranty for legal defects in goods. In essence, this means that the investor's entitlement to make claims for the remedy of legal defects in goods or the replacement of legally defective goods *expires after one year*, beginning on the day that the investor became aware of an existing legal defect or, where the investor only became aware of an existing legal defect as a result of a court action instituted by a third party, from the day on which the court ruling issued in the dispute with such third party became final and unappealable.

IV. Comparison of a quality guarantee and the statutory warranty

Issue	**Quality guarantee**	**Statutory warranty**
Legal nature	voluntary commitment by the contractor	entitlement by operation of law (unless the parties exclude its application by contract)
Legal basis	the contractor's guarantee statement	statute
Duration	as specified in the contractor's guarantee statement (or two years if no term is specified)	two years five years in relation to real property (unless otherwise agreed in by contract)
Scope of liability	physical defects only	both physical and legal defects
Claims	remedy of defects replacement of defective goods (other, as undertaken by the contractor)	remedy of defects replacement of defective goods (auxiliary / substitute performance) price reduction withdrawal from the contract

V. Conclusions

[25] Under Polish law, the liability for defects in construction contracts is governed by both contractual and statutory rules, with the possibility of applying a dual regime under both a quality guarantee and the statutory warranty. This dual framework provides the parties involved with a significant degree of flexibility, allowing them to define the scope and duration of the contractor's liability via their quality guarantee, while also ensuring statutory protections under the statutory warranty regime. Contractors should carefully consider the implications of both liability regimes when drafting contracts, in particular when negotiating the duration of guarantees and the exclusion (at least in part) of statutory liability. For investors, the ability to pursue claims under bother regimes offers valuable protections, but requires them to pay careful attention to ensure that they give notice of defects and exercise their rights in a timely manner. In practice, ensuring the clarity of contractual provisions and understanding the relationship between the two liability regimes is key to avoiding disputes and achieving a fair resolution in the event of defects.

ANDREAS J. ROQUETTE LL. M. (NYU) / TILL RAPHAEL SUDKAMP*

Same but Different

Substantiierung von Bauzeitansprüchen vor staatlichen Gerichten und in Schiedsverfahren

Großverfahren in den Bereichen Anlagenbau und Infrastrukturprojekte stoßen nicht nur aufgrund ihres Umfangs, sondern auch wegen ihrer inhaltlichen Komplexität häufig an die Grenze dessen, was rechtlich handhabbar ist. Besonders schwierig gestaltet sich die Durchsetzung von Ansprüchen auf Ersatz von Mehrkosten im Zusammenhang mit Bauzeitverzögerungen (Bauzeitansprüchen), da der Aufwand für die Darlegung solcher Ansprüche besonders hoch ist. In staatlichen Gerichtsverfahren kommt dazu, dass Teile der Rechtsprechung und Literatur unter dem Begriff der konkreten bauablaufbezogenen Darstellung besonders hohe Anforderungen an die Darlegung von Bauzeitansprüchen stellen. Es stellt sich die Frage, ob die in staatlichen Gerichtsverfahren entwickelten Voraussetzungen auch in Schiedsverfahren zu beachten sind, oder ob in Schiedsverfahren geringere Anforderungen für die Darlegung von Bauzeitansprüchen gelten.

Large-scale proceedings in plant construction and infrastructure projects often reach the limits of what is legally manageable, not only due to their scope but also because of their complexity. It is particularly difficult to enforce claims for additional costs in connection with delays (delay claims), as the effort required to present such claims is particularly high. In state court proceedings, parts of case law and literature impose particularly high demands on the presentation of delay claims, especially under the concept of the specific construction process-related presentation. This raises the question whether the requirements developed in state court proceedings must also be observed in arbitration proceedings, or whether lower requirements apply to the presentation of construction time claims in arbitration proceedings.

I. Darlegung von Bauzeitansprüchen in staatlichen Gerichtsverfahren

1. Allgemeine Anforderungen an die Schlüssigkeit und Substantiierung von Klagen in staatlichen Gerichtsverfahren

[1] Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist eine Klage "*dann schlüssig […], wenn der Kläger die Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person des Klägers entstanden erscheinen zu lassen*".[1] Der Kläger muss also alle Tatbestandsvoraussetzungen des begehrten Anspruches mit den dazugehörigen Tatsachen "unterfüttern". Diese Tatsachen müssen so detailliert vorgetragen werden, dass das Gericht auf Grund der Darstellung beurteilen kann, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruches erfüllt sind,[2] was als *Substantiierungslast* bezeichnet wird.[3] Wie substantiiert der Vortrag sein muss, um dem Gericht die Prüfung der Schlüssigkeit zu ermöglichen, hängt von den Umständen des Einzelfalls und vor allem vom Vortrag des Beklagten ab.[4] Zu Beginn genügt es, wenn der Kläger den Grundsachverhalt darstellt. Ob eine weitere Substantiierung erforderlich ist, hängt insbesondere von der Einlassung der gegnerischen Partei ab. Wenn der Tatsachenvortrag durch die Einlassung des Beklagten unklar wird und nicht mehr den Schluss auf die Entstehung des geltend gemachten Rechtes zulässt, ist der Kläger gehalten, seinen Vortrag durch Ergänzung von Tatsachen weiter zu substantiieren.[5] Je präziser der Beklagte bestreitet, desto präziser muss der Kläger reagieren und gegebenenfalls weitere Details liefern. Der BGH beschreibt dies als "*Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag*".[6]

[2] Nicht hinreichend substantiierter Tatsachenvortrag wird von den Gerichten außer Acht gelassen. Führt dies zur Unschlüssigkeit der Klage, so wird das Gericht in Anwendung der Relationstechnik keine Beweiserhebung durchführen und die Klage (nach entsprechendem Hinweis) als unbegründet abweisen.

[3] Allerdings dürfen die Anforderungen an die Substantiierung des Klägervortrags im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung nicht überspannt werden. Nicht verlangt werden kann insbesondere die

*) Andreas J. Roquette LL. M. (NYU) ist Partner, und Till Raphael Sudkamp Senior Associate bei CMS, Berlin.

1) BGH NJW 1984, 2888.
2) BGH NJW 2009, 2137; BeckOK ZPO/Bacher, 54. Ed. 1.9.2024, ZPO § 253 Rn. 22.
3) Rust, Die Substantiierungslast im Zivilprozess, 1. Aufl. 2021, S. 26.
4) BGH NJW-RR 2014, 830.
5) BGH NJW 1962, 1394.
6) BGH NJW 2011, 3291.

Angabe weiterer detaillierter ("Neben"-)Tatsachen, um dadurch eine ("Haupt"-)Tatsache zu plausibilisieren. Ob das Gericht die zur Begründung des Anspruchs behaupteten Tatsachen für wahr erachtet, ist eine Frage der Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO. Diese ist vom Gericht erst auf dieser Stufe zu klären, und nicht durch eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung.[7] In der Praxis ist zu beobachten, dass die Instanzgerichte insoweit vielfach zu hohe Anforderungen stellen. Der BGH hebt regelmäßig Urteile auf, weil Instanzgerichte überspannte Anforderungen an die Substantiierung gestellt und dadurch das Grundrecht auf rechtliches Gehört aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt haben.

2. Anforderungen an die Substantiierung von Bauzeitansprüchen in staatlichen Gerichtsverfahren (konkrete bauablaufbezogene Darstellung)

a) Darlegung von Bauzeitansprüchen nach allgemeinen Grundsätzen

[4] Auch für die Schlüssigkeit von Bauzeitansprüche gelten im Ausgangspunkt diese allgemeinen Grundsätze: der klagende Auftragnehmer muss zunächst die zu allen Tatbestandsvoraussetzungen gehörenden Tatsachen vortragen. Der BGH hat in seinem Grundsatzurteil vom 20. Februar 1986 entschieden, dass die Grundsätze des allgemeinen Schadensrechts auch für die Darlegung von Behinderungsschäden gelten und dass Schäden bei Bauablaufstörungen nicht abstrakt nach der Äquivalenzkostenberechnung ermittelt werden können.[8] Stattdessen sind die tatsächlich entstandenen Schäden nach der Differenzmethode unter Berücksichtigung des Ist-Bauablaufs zu ermitteln.[9] Unter Bezugnahme auf dieses Grundsatzurteil hat der BGH später den Begriff der *konkreten bauablaufbezogenen Darstellung* geprägt und erläutert, dass der klagende Auftragnehmer die Tatbestandsvoraussetzungen seines Bauzeitanspruches konkret und auf den Bauablauf bezogen darzulegen hat.[10]

aa) Darlegung der anspruchsbegründenden Tatsachen

[5] In der Praxis wird der Auftragnehmer, unabhängig von der konkret einschlägigen Anspruchsgrundlage, in der Regel die folgenden Voraussetzungen darzulegen haben, um den Anforderungen an die konkrete bauablaufbezogene Darstellung zu genügen:

- Anordnung, fehlende Mitwirkungshandlung oder Pflichtverletzung des Auftraggebers,
- haftungsbegründende Kausalität,
- Behinderung des Auftragnehmers (dem Grunde nach),
- Behinderung des Auftragnehmers (Umfang),
- haftungsausfüllende Kausalität,
- entstandener Mehraufwand.

[6] Während für die Substantiierung mancher dieser Voraussetzungen von vornherein eine detaillierte Darstellung erforderlich ist, kann der Auftragnehmer sich bei anderen Voraussetzungen zunächst mit der einfachen Behauptung begnügen, dass die Tatsache vorliege (so etwa bei der Leistungsbereitschaft).[11] Erst wenn der Auftraggeber diese einfache Behauptung des Auftragnehmers substantiiert bestreitet, muss der Auftragnehmer hierauf substantiiert erwidern.

bb) Einwendungen

[7] Bei anderen Themen, über die bei Bauzeitansprüchen häufig gestritten wird (etwa Eigenverzüge oder Verstöße des Auftragnehmers gegen seine Schadensminderungsobliegenheit), handelt es sich hingegen nicht um Anspruchsvoraussetzungen, sondern um Einwendungen des Auftraggebers. Das (Nicht-)Bestehen von Einwendungen ist nicht eine Frage der Schlüssigkeit der Klage, sondern eine der Erheblichkeit des Beklagtenvortrages. Die Darlegung der zur Begründung von Einwendungen erforderlichen Tatsachen ist daher nach den allgemeinen Grundsätzen Sache des Auftraggebers. Der Auftragnehmer ist nicht gehalten, Tatsachen zur Entkräftung dieser Einwendungen anlasslos und in vorauseilendem Gehorsam in der Klageschrift darzulegen.

cc) Darlegungs- und Beweiserleichterung durch Schätzung, § 287 ZPO

[8] Zudem kommt dem Auftragnehmer die Beweiserleichterung der Schätzung nach § 287 ZPO zugute. Nach der Rechtsprechung des BGH unterliegen die auf die Anspruchshöhe bezogenen Tatbestandsvoraussetzungen (also die Dauer der Behinderung, die haftungsausfüllende Kausalität und der entstandene Mehraufwand) der gerichtlichen Schätzung nach § 287 ZPO.[12] Insoweit reicht es aus, wenn der Auftragnehmer Anknüpfungstatsachen vorträgt, die für eine Beurteilung nach § 287 ZPO hinreichend greifbare Anhaltspunkte bieten.

dd) Übersicht

[9] Die Anforderungen an die Substantiierung von Bauzeitansprüchen fassen wir in der Tabelle auf S. 28 zusammen.

b) Verselbständigung des Begriffs der konkreten bauablaufbezogenen Darstellung in der obergerichtlichen Rechtsprechung und Literatur

[10] In Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur ist eine gewisse Verselbständigung des Begriffs der konkreten bauablaufbezogenen Darstellung zu beobachten.[13] Während der BGH mit diesem Begriff lediglich beschrieb, dass die allgemeinen Grundsätze zur Schlüssigkeit und Substantiierung auch für Bauzeitansprüche gelten (was in Frage gestellt wurde, weil sich die Darlegung von Bauzeitansprüchen nach diesen Grundsätzen besonders aufwendig gestaltet), stellen einige Oberlandesgerichte und Teile der baurechtlichen und -betrieblichen Literatur unter diesem Begriff weitere Anforderungen an die Substantiierung von Bauzeitansprüchen, die deutlich über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die bauzeitlichen Tatbestandsvoraussetzungen hinausgehen.[14]

[11] Exemplarisch für diese Verselbständigung stehen etwa die Urteile des Brandenburgischen OLG vom 18. Februar 2016[15] und des OLG Köln vom 28. Januar 2014[16], die postulieren, eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung habe die Darlegung u. a. folgender Umstände zu enthalten:

- Detaillierte Darstellung des Bausoll: Der Auftragnehmer müsse darlegen, wie er "*den Bauablauf tatsächlich geplant hat, d. h. welche Teilleistungen er in welcher Zeit herstellen wollte und wie der Arbeitskräfteeinsatz erfolgen sollte.*"

7) BGH BeckRS 2023, 40073.
8) BGH NJW 1986, 1684.
9) BGH NJW 1986, 1684.
10) BGH NJW 2002, 2716.
11) Roquette/Bescher BauR 2018, 422 (432).
12) BGH NJW 2005, 1650 (1652), 2005, 1653 (1654).
13) Dazu ausführlich Kniffka FS Lang, 2017, 65; Roquette, FS Lang, 2017, 87.
14) Siehe Roquette/Bescher BauR 2018, 422 m. w. N.
15) Brandenburgisches OLG NZBau 2016, 493, Rn. 40.
16) OLG Köln NZBau 2014, 626.

Voraussetzungen einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung			
Tatbestands-voraussetzung	**Erläuterung**	**Notwendiger Vortrag**	**Hinweise zur Beweisführung**
Anordnung, fehlende Mitwirkungshandlung oder Pflichtverletzung des Auftraggebers	- störendes Ereignis bzw. hindernde Umstände - ggf. Behinderungsanzeige	"Statt geschuldeter Planlieferung am (…) tatsächliche Planlieferung am (…)"	Vollbeweis gem. § 286 ZPO notwendig
⇩ haftungsbegründende Kausalität	- Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung etc. und Verzögerung	"Durch die Lieferung der Pläne zwei Wochen später (…)" "In diesem Zeitraum war der Auftragnehmer leistungsbereit."	Vollbeweis gem. § 286 ZPO notwendig
⇩ Behinderung Auftragnehmer (dem Grunde nach)	Nachweis, dass Verzögerung eingetreten ist	"(…) konnte der Auftragnehmer im betroffenen Bereich nicht wie geplant am (…), sondern erst am (…) mit den Arbeiten beginnen."	Vollbeweis gem. § 286 ZPO notwendig
Behinderung Auftragnehmer (Umfang)	Dauer der Verzögerung (betrifft bereits haftungsausfüllende Kausalität)	"Da der Auftragnehmer erst am (…) beginnen konnte, hat er (trotz Umstellung des Bauablaufs) die Arbeiten statt wie geplant am (…) erst am (…) fertig gestellt."	Schätzung gem. § 287 ZPO möglich
⇩ haftungsausfüllende Kausalität	Ursachenzusammenhang zwischen Behinderung und Mehraufwand	"Durch den verspäteten Beginn und die um X Tage verspätete Fertigstellung (…)"	Schätzung gem. § 287 ZPO möglich
⇩ Mehraufwand	- in Geräte- oder Lohnstunden - Bemessungsgrundlage für Berechnung von Vergütung, Entschädigung oder Schadensersatz	"(…) musste der Turmdrehkran X Tage länger vorgehalten werden und der Bauleiter X Tage länger tätig sein."	Schätzung gem. § 287 ZPO möglich

- Gegenüberstellung des Bau-Ist mit dem Bausoll mit einer Darstellung der Auskömmlichkeit der kalkulierten Aufwandswerte (keine Unterkalkulation) und der Leistungsbereitschaft.
- (Kein) Eigenverschulden: "*Zu berücksichtigen sind auch unstreitige Umstände, die gegen eine Behinderung sprechen können*", etwa "*die Möglichkeit einzelne Bauabschnitte vorzuziehen*" oder "*Arbeitskräfte anderweitig einzusetzen*" (dogmatisch gehören diese Umstände eigentlich zum Einwand der Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit).
- (Keine) Mehrfachursachen: Der Auftragnehmer müsse darlegen, ob es sowohl vom Auftraggeber als auch vom Auftragnehmer zu vertretende Bauzeitverzögerungen gegeben habe.

[12] Diese Anforderungen der Oberlandesgerichte verwundern, da die genannten Umstände in den zu entscheidenden Fällen entweder gar nicht entscheidungserheblich waren oder es sich jedenfalls um eigentlich vom Auftraggeber darzulegende Einwendungen handelt.[17]Auch in der baurechtlichen und -betrieblichen Literatur ist vielfach der Ansatz verfolgt worden, sämtliche Aspekte, die in einzelnen Entscheidungen relevant gewesen sein mögen, zu sammeln und pauschal zu Voraussetzungen einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung zu erklären.[18] Eine solche Herangehensweise widerspricht jedoch den oben erläuterten, vom BGH entwickelten, allgemeinen Grundsätzen zur Substantiierung und Schlüssigkeit und ist jedenfalls missverständlich.[19]

c) Praxishinweis

[13] Besinnt man sich auf die allgemeinen Grundsätze, so ist die Darlegung von Bauzeitansprüchen zwar aufwendig, aber machbar. Die von Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur postulierten generellen Voraussetzungen der konkreten bauablaufbezogenen Darstellung sollten Auftragnehmer ihrer Darlegung hingegen nicht unkritisch zu eigen machen, sondern prüfen, ob der jeweilige Umstand im konkreten Fall tatsächlich relevant und ob der Auftragnehmer hierfür auch tatsächlich darlegungs- und beweisbelastet ist. Gerade bei naturgemäß umfangreichen Bauzeitansprüchen kann aber nicht ohne Weiteres empfohlen werden, vorsichtshalber "lieber etwas mehr" vorzutragen, da der Aufwand für die gerichtliche Geltendmachung von Bauzeitansprüchen dann schnell prohibitiv hoch wird. Der von der obergerichtlichen Rechtsprechung teilweise geforderte anlasslose Vortrag zu Einwendungen des Auftraggebers birgt für den Auftragnehmer prozesstaktische Nachteile.

II. Darlegung von Bauzeitansprüchen in Schiedsverfahren

[14] Allgemeine Aussagen über die Darlegungsanforderungen in Schiedsverfahren stehen schnell auf tönernen Füßen. Je nach anwendbarem materiellem Recht und Verfahrensrecht können die für die Durchführung von Schiedsverfahren zwingend zu beachtenden Regelungen ganz erheblich voneinander abweichen. Die Parteien können sowohl das materielle Recht als auch das Verfahrensrecht durch Rechtswahl selbst bestimmen. Allen Schiedsverfahren ist zudem gemein, dass die Parteien (und nachgeordnet das Schieds-

17) Siehe dazu ausführlich Roquette/Bescher, BauR 2018, 422.
18) Etwa Heilfort, BauR 2017, 178; Möhring IBR 2016, 1075; Mechnig/Völker/Mack/Zielke NZBau 2014, 85.
19) Dazu ausführlich Kniffka, FS Lang, 2017, 65; Roquette/Bescher BauR 2018, 422; KG BeckRS 2017, 101495.

gericht) unabhängig vom jeweils anwendbaren Verfahrensrecht einen großen Spielraum haben, das Verfahren nach ihren eigenen Vorstellungen zu gestalten.

[15] Da die Parteien das Verfahren weitgehend frei gestalten können, können beispielsweise zwei deutsche Parteien ein Schiedsverfahren mit Sitz in Deutschland auch weitgehend wie ein ZPO-Verfahren durchführen. Gleichwohl hat sich insbesondere für internationale Schiedsverfahren ein internationaler Standard von *best practices* für die Verfahrensgestaltung herausgebildet, der Elemente des Common-Law- und des Civil-Law-Prozesses enthält und miteinander vereint. Da insbesondere bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit großvolumigen Industrie- und Infrastrukturprojekten häufig dieser internationale Standard angewandt wird, legen wir ihn der folgenden Darstellung zugrunde. Zudem gehen wir davon aus, dass das deutsche Schiedsverfahrensrecht Anwendung findet.

1. Allgemeine verfahrensrechtliche Vorgaben für die Anspruchsdarlegung in Schiedsverfahren

[16] Nach §§ 1044 S. 1, 1046 ZPO müssen der verfahrenseinleitende Schriftsatz "*die Angabe des Streitgegenstandes*" und die Schiedsklage eine Darlegung des "*Anspruch*[es] *und die Tatsachen, auf die sich dieser Anspruch stützt*" enthalten. Ähnliche Regelungen finden sich in den Verfahrensordnungen der meisten Schiedsinstitutionen.[20] Diese Vorgaben beziehen sich nach herrschender Meinung allein auf die Individualisierung des Streitgegenstandes, also eine Frage der Zulässigkeit. Anhand der Angaben im verfahrenseinleitenden Schriftsatz muss geprüft werden können, ob der Streitgegenstand von der Schiedsvereinbarung erfasst ist.[21] Spätestens in der Schiedsklage ist der Klageanspruch dann in einem § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO[22] vergleichbaren Maße so zu individualisieren, dass der geltend gemachte Anspruch als solcher identifizierbar und unverwechselbar ist. Detaillierte inhaltliche Angaben sind für diese Individualisierung allerdings nicht notwendig.

[17] Ob eine Schiedsklage darüber hinaus auch schlüssig sein muss, ist umstritten und wird in der Literatur überwiegend verneint.[23] Das liegt insbesondere daran, dass der das deutsche Zivilprozessrecht so prägende Beibringungsgrundsatz in Schiedsverfahren nur eingeschränkt gilt. Zwar ist auch hier allgemein anerkannt, dass es im Wesentlichen jeder Partei selbst obliegt, die für sie jeweils günstigen Tatsachen vorzutragen und zu beweisen (sog. Günstigkeitsprinzip).[24] Im Unterschied zu staatlichen Gerichten sind aber auch die Schiedsgerichte zur Aufklärung des Sachverhalts berechtigt und verpflichtet (beschränkter Amtsermittlungsgrundsatz, § 1042 Abs. 4 ZPO). Zudem ist es üblich, dass auch die gegnerische Partei etwa durch die Herausgabe von Dokumenten (sog. *document production*) an der Aufklärung des Sachverhaltes mitwirken muss.[25] Da das Schiedsgericht den entscheidungserheblichen Sachverhalt aufgrund des beschränkten Untersuchungsgrundsatzes (auch) selbst festzustellen hat und für die Schlüssigkeit erforderliche Informationen gegebenenfalls erst im Laufe des Schiedsverfahrens gewonnen werden können, muss nicht schon der verfahrenseinleitende Schriftsatz oder die Schiedsklage den Maßstab der Schlüssigkeit erfüllen. Schiedsgerichte werden daher in der Regel keine vorgelagerte Schlüssigkeitsprüfung vornehmen oder die Schiedsklage gar ohne Durchführung einer Beweisaufnahme abweisen. Generell ist die Anwendung der den deutschen Zivilprozess maßgeblich prägenden Relationstechnik in Schiedsverfahren unüblich.[26]

[18] Da das Schiedsgericht aber in aller Regel (vgl. § 1051 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 ZPO) auf Grundlage des anwendbaren materiellen Rechts entscheidet, muss es jedenfalls im Zeitpunkt seiner Entscheidung prüfen, ob die für den geltend gemachten Anspruch notwendigen Tatsachen vorliegen. Aus dem Verfahrensrecht ergeben sich keine unmittelbaren Vorgaben für die Substantiierung, also dazu, wie detailliert der Vortrag zu einzelnen Tatsachen sein muss, damit das Schiedsgericht auf Grund der Darstellung beurteilen kann, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruches erfüllt sind. Solche Regelungen finden sich weder im zehnten Buch der ZPO noch in den Schiedsordnungen der Schiedsinstitutionen. Auch die in internationalen Schiedsverfahren häufig herangezogenen IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration schweigen zum Thema der Substantiierung. Sofern die Parteien keine gesonderten Regelungen dazu getroffen haben (was praktisch kaum jemals der Fall sein wird), liegen die Anforderungen an die Substantiierung aus verfahrensrechtlicher Sicht daher im Ermessen des Schiedsgerichts, § 1042 Abs. 4 ZPO.[27] Vielleicht gerade wegen dieser geringen Regelungsdichte und dem beschränkten Amtsermittlungsgrundsatz ist in der Praxis zu beobachten, dass Schiedsgerichte von den Parteien gewünschte Beweisaufnahmen nur selten ablehnen und Fälle selten aufgrund der Darlegungs- und Beweislast entscheiden.[28]

2. Die konkrete bauablaufbezogene Darstellung im Schiedsverfahren

a) Grundsatz

[19] Da das Schiedsgericht den Fall durch Anwendung des materiellen Rechts entscheidet, muss es prüfen, ob die Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruches und die Voraussetzungen etwaiger Einwendungen auf Grund des festgestellten Sachverhaltes vorliegen. Trotz des eingeschränkten Beibringungsgrundsatzes obliegen die Darlegung und der Beweis dieser Tatsachen in erster Linie den Parteien. Nach dem Günstigkeitsprinzip muss daher der klagende Auftragnehmer die Tatsachengrundlage für sämtliche Voraussetzungen seines Bauzeitanspruches darlegen und beweisen. Sofern deutsches materielles Recht Anwendung findet, wird der Auftragnehmer in der Regel also die Tatsachengrundlage der bereits oben dargestellten Voraussetzungen darzulegen haben. Der beklagte Auftraggeber muss hingegen die seine Einwendungen begründenden Tatsachen darlegen und beweisen.

---

20) Etwa Art. 5.2 DIS-SchO, Art. 4 (3) ICC-SchO.
21) BeckOK ZPO/Wilske/Markert ZPO § 1044 Rn. 3; Zöller/Geimer, 35. Auflage 2024, ZPO § 1044, Rn. 2.
22) Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist eine Klage nur dann zulässig, wenn der Klageanspruch durch die Wiedergabe des zugrundeliegenden Lebenssachverhaltes hinreichend identifizierbar und unverwechselbar und damit individualisiert ist. Hierfür genügt in aller Regel bereits die Angabe weniger prägnanter Tatsachen.
23) Siehe etwa Musielak/Voit/Voit, 21. Aufl. 2024, ZPO § 1046 Rn. 2.
24) Salger/Trittmann IntSchiedsVerf-HdB/Trittmann, 1. Aufl. 2019, § 10. Rn. 109.
25) Siehe etwa Salger/Trittmann IntSchiedsVerf-HdB/Trittmann/Salger/von Essen § 1 Rn. 36.
26) Vgl. Salger/Trittmann IntSchiedsVerf-HdB/ Reeg § 18 Rn. 9 ff., 11 ff., 15.
27) Entsprechende Regelungen finden sich etwa in Art. 21.3 DIS-SchO und Art. 19 ICC-SchO; vgl. die ausführliche Darstellung zur Parallelproblematik im Beweisrecht von Trittmann SchiedsVZ 2016, 7.
28) Born Int. Commercial Arbitration § 15.09[A]; Salger/Trittmann IntSchiedsVerf-HdB/Trittmann § 10. Rn. 109.

b) (Un-)Beachtlichkeit der obergerichtlichen Rechtsprechung zur konkreten bauablaufbezogenen Darstellung im Schiedsverfahren

[20] Schiedsgerichte, die über Bauzeitansprüche nach deutschem materiellem Recht zu entscheiden haben, sollten auch die einschlägige obergerichtliche Rechtsprechung zur konkreten bauablaufbezogenen Darstellung zur Kenntnis nehmen und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen. An diese obergerichtliche Rechtsprechung gebunden sind sie aber nicht.

[21] Das folgt zum einen bereits daraus, dass das deutsche Recht generell keine Bindung (staatlicher) Untergerichte an Entscheidungen von ober- und höchstgerichtlichen Entscheidungen (sog. *stare decisis*) kennt.[29] Wenn schon staatliche Gerichte nicht an die (überdies nur von einem Teil der Obergerichte vertretenen) Rechtsprechung gebunden sind, gilt das erst recht für Schiedsgerichte.

[22] Zum anderen stellt sich auch die Frage, ob die Rechtsprechung überhaupt zu einem vom Schiedsgericht anzuwendenden Recht ergangen ist. Während ein Schiedsgericht das deutsche materielle Recht in vollem Umfang beachten muss (so es denn nach der Parteivereinbarung oder den Umständen Anwendung findet, § 1051 Abs. 1 ZPO), ist das deutsche Zivilprozessrecht auf Schiedsverfahren überwiegend gar nicht anwendbar – nur im zehnten Buch der Zivilprozessordnung (§§ 1025 ff. ZPO) finden sich Vorgaben für Schiedsverfahren, deren Schiedsort in Deutschland liegt. Entscheidend ist also, ob die obergerichtliche Rechtsprechung zur konkreten bauablaufbezogenen Darstellung als prozess- oder materiellrechtlich einzuordnen ist.

[23] Die Qualifikation eines Rechtssatzes als materiell- oder prozessrechtlich richtet sich nach herrschender Meinung nach dem funktionellen Zusammenhang des Rechtssatzes.[30] Nach allgemein anerkanntem Verständnis regelt das materielle Recht die Entstehung, die Veränderung, den Untergang und den Inhalt der zwischen den Parteien bestehenden Rechte und Pflichten, während das Prozessrecht die Fragen der Art und Weise der autoritativen Prüfung der Rechtslage regelt.[31] Die obergerichtliche Rechtsprechung zur konkreten bauablaufbezogenen Darstellung stellt Anforderungen daran auf, wie detailliert der Tatsachenvortrag des klagenden Auftragnehmers sein muss, damit das Gericht prüfen kann, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruches erfüllt sind. Sie betrifft also Fragen der von der Rechtsprechung entwickelten prozessualen Maßstäbe der Substantiierung und Schlüssigkeit, und nicht Voraussetzungen des materiellen Anspruches selbst. Zudem besteht eine Nähe zur ebenfalls dem Prozessrecht unterfallenden Beweiswürdigung. Daher ist die Rechtsprechung zur konkreten bauablaufbezogenen Darstellung prozessrechtlich einzuordnen und auch aus diesem Grund für Schiedsgerichte nicht verbindlich.

c) Schätzung der Anspruchshöhe durch das Schiedsgericht

[24] Auch im Schiedsverfahren können nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf die Anspruchshöhe bezogene Anspruchsvoraussetzungen geschätzt werden, wodurch die Anforderungen an die Darlegung und den Beweis dieser Anspruchsvoraussetzungen gesenkt werden.[32] Dogmatisch lässt sich die Schätzungsbefugnis des Schiedsgerichts auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung aus § 1042 Abs. 4 S. 2 ZPO stützen.[33] Für Bauzeitansprüche bedeutet dies, dass das Schiedsgericht die auf die Anspruchshöhe bezogenen Tatbestandsvoraussetzungen (also die Dauer der Behinderung, die haftungsausfüllende Kausalität und den entstandenen Mehraufwand) wie im staatlichen Gerichtsverfahren anhand tauglicher Anknüpfungstatsachen schätzen darf.

d) Weitergehende Darlegungs- und Beweiserleichterungen im Schiedsverfahren

[25] Bei der Gewährung darüberhinausgehender Darlegungs- und Beweiserleichterungen ist Vorsicht geboten. Zwar kann das Schiedsgericht gemäß § 1042 Abs. 4 S. 1 ZPO das Verfahren nach freiem Ermessen gestalten und gemäß § 1042 Abs. 4 S. 2 ZPO eine freie Beweiswürdigung vornehmen. Dieses Ermessen wird aber durch das Verbot der Billigkeitsentscheidung aus § 1051 Abs. 3 ZPO begrenzt, dem sich ein Schiedsgericht durch weitergehende Darlegungs- und Beweiserleichterungen annähert. Der Verstoß gegen das Verbot der Billigkeitsentscheidungen stellt einen Aufhebungsgrund nach § 1059 II Nr. 1 lit. d) ZPO dar.[34]

[26] Trifft ein Schiedsgericht etwa eine Billigkeitsentscheidung, wenn es einen Bauzeitanspruch aufgrund einer abstrakten Schadensberechnung zuerkennt? Eine Billigkeitsentscheidung liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes vor, wenn sich das Schiedsgericht nicht von rechtlichen Maßstäben leiten lässt.[35] Wo genau die Grenze zwischen einer (unvollständigen) Rechtsentscheidung und einer Billigkeitsentscheidung verläuft, wird nicht einstimmig beantwortet. Nach einer gebräuchlichen Formel soll eine Billigkeitsentscheidung erst dann vorliegen, wenn das Schiedsgericht gänzlich davon Abstand nimmt, Erwägungen zum positiven Recht anzustellen.[36] Demgegenüber soll etwa nach Auffassung von *Münch* auch eine Billigkeitsentscheidung ihre Grundlage in der Anwendung materiellen Rechts finden, wobei das anwendbare Recht dort außer Acht gelassen werden darf, wo eine strenge Befolgung zu einer unbilligen Entscheidung führen würde.[37] In der Rechtsprechung hat sich bislang kein klarer Maßstab herausgebildet.

[27] In der Vergangenheit hatte sich die Rechtsprechung wiederholt mit der Frage zu befassen, ob Schadensschätzungen durch Schiedsgerichte dem Verbot der Billigkeitsentscheidung unterfallen. Dazu hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass eine vom Schiedsgericht "*nach den Maßstäben des § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände*" vorgenommene Schadensschätzung eine Form der dem Schiedsgericht erlaubten Tatsachenermittlung darstelle, während eine verbotene Billigkeitsentscheidung erst dann vorliege, wenn "*das Schiedsgericht den zu ersetzenden Schaden nicht auf der Grundlage von Tatsachen ermittelt*".[38] Generell ist den zur Zulässigkeit der Schätzung durch Schiedsgerichte ergangenen Gerichtsentscheidungen gemein, dass sie sich hinsichtlich der Voraussetzungen und der Rechtsfolge von

29) Salger/Trittmann IntSchiedsVerf-HdB/Salger § 3 Rn. 129.
30) Vgl. etwa Schmidt/Leimgruber, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 82, 1. Aufl. 2014, 31 (98).
31) Etwa Redfern and Hunter on Int. Arbitration/Blackaby/Partasides/Redfern Rn. 3.107.
32) BGH BeckRS 2016, 2020; BGH NJW-RR 2016, 892, Rn. 27.
33) Ausführlich Risse/Höfling SchiedsVZ 2020, 73.
34) Salger/Trittmann IntSchiedsVerf-HdB/Poseck, § 22 Rn. 44; Zöller/Geimer ZPO § 1059, Rn. 43.
35) BGH BeckRS 2016, 2020 Rn. 30; ähnlich auch OLG München SchiedsVZ 2011, 159.
36) OLG München SchiedsVZ 2011, 159; Stein/Jonas/Schlosser § 1051 Rn. 24.
37) MüKoZPO/Münch, 6. Aufl. 2022, ZPO § 1051 Rn. 66.
38) BGH BeckRS 2016, 2020 Rn. 30.

schiedsgerichtlichen Schätzungen an § 287 ZPO orientieren, obwohl diese Vorschrift in Schiedsverfahren gar nicht anwendbar ist.[39]

[28] Vor diesem Hintergrund bestehen Zweifel daran, ob die Rechtsprechung auch darüberhinausgehende, im deutschen Zivilverfahrensrecht nicht anerkannte Formen der vereinfachten Tatsachenermittlung akzeptieren würde. So hat der Bundesgerichtshof die abstrakte Berechnung eines Bauzeitanspruches nach dem Äquivalenzkostenverfahren selbst als "*eine sehr verallgemeinernde, vom Einzelfall losgelöste, weitgehend auf fiktiven Elementen beruhende Berechnungsmethode*" bezeichnet, die "*nur bedingt geeignet* [sei], *dem Tatrichter die notwendige Überzeugung von dem Vorliegen eines Schadens zu vermitteln*", während er die Schätzung von Bauzeitansprüchen in derselben Entscheidung ausdrücklich anerkannte.[40]

3. Zusammenfassung und Praxishinweis

[29] Die vorzeitige Abweisung seiner Schiedsklage als nicht hinreichend substantiiert und unschlüssig hat der Auftragnehmer im Schiedsverfahren praktisch nicht zu befürchten. Gleichwohl muss der Auftragnehmer das Schiedsgericht davon überzeugen, dass ihm der begehrte Anspruch auf Grundlage der festgestellten Tatsachen zusteht. Auftragnehmer sollten daher in ihrem eigenen Interesse von vornherein auf eine geordnete und vollständige Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes – also der anspruchsbegründenden Tatsachen – abzielen.

[30] Da Schiedsgerichte an die obergerichtliche Rechtsprechung zur konkreten bauablaufbezogenen Darstellung nicht gebunden sind, können Auftragnehmer sich zunächst guten Gewissens auf die Darlegung der für die Begründung des konkreten Anspruches notwendigen Tatsachen beschränken und in dem konkreten Fall nicht entscheidungserhebliche Aspekte unberücksichtigt lassen. Auf etwaige Einwendungen des Auftraggebers muss nur eingegangen werden, wenn der Auftraggeber diese Einwendungen auch tatsächlich geltend macht.

[31] Dass auch Schiedsgerichte die auf die Anspruchshöhe bezogenen Voraussetzungen von Bauzeitansprüchen (im selben Umfang wie staatliche Gerichte nach § 287 ZPO) schätzen können, ist allgemein anerkannt. Bei weitergehenden Darlegungs- und Beweiserleichterungen ist Zurückhaltung geboten, um den Schiedsspruch keinem Anfechtungsrisiko auszusetzen.

III. Fazit

[32] Obwohl staatliche Gerichtsverfahren und Schiedsverfahren durch unterschiedliche Grundsätze geprägt werden, gelten in beiden Verfahrensarten im Ergebnis ähnliche Anforderungen für die Darlegung von Bauzeitansprüchen. Sowohl in staatlichen Gerichts- als auch in Schiedsverfahren muss der Auftragnehmer die anspruchsbegründenden Tatsachen seines Bauzeitanspruches konkret darlegen. Die nach hiesigem Verständnis zu weitgehende obergerichtliche Rechtsprechung, wonach eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung erfordere, dass der Auftragnehmer auch Tatsachen zu im Einzelfall gar nicht entscheidungserheblichen Gesichtspunkten und Einwendungen des Auftraggebers vorzutragen habe, müssen Schiedsgerichte nicht beachten.

[33] Sowohl in staatlichen als auch in Schiedsverfahren kommt dem Auftragnehmer zudem die Möglichkeit einer Schätzung der Anspruchshöhe zugute. Der Gewährung weiterer Darlegungs- und Beweiserleichterungen hat die Rechtsprechung in staatlichen Gerichtsverfahren eine Absage erteilt. Auch in Schiedsverfahren ist hier Zurückhaltung geboten, da das Ermessen des Schiedsgerichts zur Gestaltung des Verfahrens durch das Verbot der Billigkeitsentscheidung begrenzt wird. Bei einem Verstoß gegen das Gebot der Billigkeitsentscheidung droht die Gefahr einer Aufhebung des Schiedsspruchs oder Versagung der Vollstreckung.

[34] Der Vergleich zwischen den Anforderungen an die Darlegung von Bauzeitansprüchen im staatlichen Gerichtsverfahren und im Schiedsverfahren zeigt auf den ersten Blick keine allzu großen Unterschiede. In der Praxis ist der Unterschied aber durchaus erheblich:

- Die Gefahr, dass ein staatliches Gericht gar nicht in die Sachprüfung einsteigt, sondern den Anspruch bereits auf der Ebene der Schlüssigkeit bzw. der Substantiierung verneint, ist nicht zu vernachlässigen. Diese Gefahr besteht in Schiedsverfahren eher nicht, weil – wie oben erläutert – keine Schlüssigkeitsprüfung im engeren Sinne erfolgt.
- Dazu kommt ein psychologisches Moment: Ein staatliches Gericht wird bei Bauzeitansprüchen in aller Regel Beweis durch gerichtliches Sachverständigengutachten erheben müssen. Bevor dies geschieht, wird das Gericht in der Praxis noch einmal kritisch hinterfragen, ob Schlüssigkeit und ausreichende Substantiierung vorliegen. Im Schiedsverfahren wird der Beweis meist durch von den Parteien vorgelegte Sachverständigengutachten geführt. Die Hürde solche Sachverständigengutachten nicht zu beachten, weil der Vortrag des Anspruchstellers nicht ausreichend ist, ist im Schiedsverfahren deutlich höher. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass Sachverständigengutachten im Schiedsverfahren als Beweismittel betrachtet werden, während sie in einem staatlichen Verfahren nur Parteivortrag sind.[41]

[35] Im Ergebnis sind die Chancen, dass sich ein Gericht mit Bauzeitansprüchen im Einzelnen auseinandersetzt, im Schiedsverfahren deutlich höher als im staatlichen Gerichtsverfahren. Trotzdem bleiben Bauzeitansprüche auch im Schiedsverfahren eins der schwierigsten Themen.

---

39) Siehe beispielhaft BGH BeckRS 2016, 8727 Rn. 27; BGH BeckRS 2016, 2020 Rn. 30; OLG Köln BeckRS 2012, 21164.
40) BGH NJW 1986, 1684.
41) Salger/Trittmann IntSchiedsVerf-HdB/Wittinghofer, § 13. Rn. 57.

DR. ANKE MEIER, ESQ., LL. M. (PEPPERDINE)*

Streitigkeiten mit russischen (ehemaligen) Geschäftspartnern – Survival Kit

Nach dem Angriff Russlands auf die Ukraine und dem Einsetzen der Sanktionen haben sich westliche Unternehmen bis auf wenige Ausnahmen schnell vollständig aus ihrem Russlandgeschäft zurückgezogen. Egal, ob hierzu Tochtergesellschaften verkauft, Joint Venture aufgelöst oder „nur" Verträge beendet wurden, die Exits brachten oft hohe monetäre Verluste. Im Anschluss an die Phase der Exits boomen derzeit die Streitigkeiten mit (ehemaligen) russischen Geschäftspartnern, die unter Verletzung von vereinbarten Schiedsvereinbarungen (auch) vor den russischen staatlichen Gerichten geführt werden. Vor den meistens in Russland zuständigen russischen Arbitrazh-Gerichten scheint es ein aussichtsloser Kampf zu sein, in welchem man die rule of law und Verfahrensgrundrechte vergeblich sucht. Eine komplexe internationale Prozessstrategie und ein langer Atem helfen, diesen Kampf nicht vorschnell zu verlieren.

Following Russia's attack on Ukraine and the introduction of sanctions, Western companies, with a few exceptions, quickly withdrew completely from their Russian operations. Whether subsidiaries were sold, joint ventures terminated or "just" contracts cancelled, the exits often caused large financial losses. Following the exit phase, there is currently a boom in disputes with (former) Russian business partners, which are (also) being brought before Russian state courts in violation of agreed arbitration agreements. Before the Arbitrazh Courts, which mainly have jurisdiction within Russia, it appears to be a hopeless battle in which the rule of law and fundamental procedural rights are sought in vain. A complex international litigation strategy and endurance help to avoid losing this battle prematurely.

I. Eine düstere Ausgangslage

[1] Bald jährt sich zum dritten Mal der Angriff Russlands auf die Ukraine; ein für die westliche Gesellschaft wie Unternehmen einschneidendes Ereignis, das mannigfaltige Probleme auf ganz unterschiedlichen Ebenen mit sich brachte. Westliche Länder und die EU reagierten mit umfassenden Sanktionen, und Russland zögerte nicht mit Gegensanktionen. Für Unternehmen mit Geschäftsaktivitäten in Russland wurde schnell ein *Exit* erforderlich. Das Ende von Geschäftsbeziehungen und -beteiligungen brachte indes häufig Folgeprobleme, die sich aktuell in einer großen Zahl von Rechtsstreitigkeiten mit russischen Parteien niederschlagen.

[2] Alle im Russlandgeschäft erfahrenen Unternehmen haben schon zu Friedenszeiten gelernt, dass manchmal ganz besondere Gepflogenheiten und Regeln herrschen, an die schwer drumherum zu kommen ist. Bei den aktuellen Rechtsstreitigkeiten gibt es auch besondere Umstände, die es nicht leicht für westliche Parteien machen, zu ihrem Recht zu kommen. Ein langer Atem ist unerlässlich, da die russischen Arbitrazh-Gerichte im wahrsten Sinne des Wortes kurzen Prozess machen. Auch der Weg durch die Instanzen ist in Russland aktuell selten von Erfolg gekrönt.

[3] Gleichwohl können es sich viele Unternehmen nicht leisten, den russischen Gerichtsverfahren von vornherein fernzubleiben, ohne an anderer Stelle Nachteile zu erleiden. Regress- oder Folgeansprüche können davon abhängen, dass eine bestmögliche Verteidigung in Russland versucht wurde. Auch der im 14. Sanktionspaket der EU eingeführte Schadensersatzanspruch für EU-Unternehmen knüpft daran an, in Russland keinen effektiven Rechtsschutz zu haben.[1] Auch wenn es naturgemäß noch keine Positionierung der Rechtsprechung zu diesem Kriterium gibt, liegt nahe, dass man vor den russischen Gerichten alles mit verhältnismäßigen Mitteln Mögliche getan hat.

[4] Um nicht von Beginn an klein beizugeben, muss eine ausgefeilte Prozessstrategie her und ein langer Atem: Neben dem Streit vor den russischen Gerichten sollte ein Rechtsstreit im dem vertraglich tatsächlich vorgesehenen Forum erwogen werden. Zudem können einstweilige Verfügungen die Dynamik in Russland entschleunigen, wenn diese denn verfügbar sind. Entscheidend für den Erfolg ist dabei häufig die Frage, ob der Gegner Vermögensgegenstände außerhalb Russlands hat, auf die mit westlichen Urteilen zugegriffen werden kann und ob das westliche Unternehmen noch Vermögensgegenstände in Russland hat, die *de facto* schon verloren sind. Wenn alle Stricke reißen, müssen Folgestreitigkeiten zur Schadensminimierung erwogen werden, wie der oben schon er-

*) Die Verfasserin ist Rechtsanwältin und Head of Arbitration der Kanzlei Noerr PartGmbB in Frankfurt/Main und bedankt sich für die wissenschaftliche Mitarbeit von Luca Zuchowski.

1) Art. 11a Verordnungen (EU) Nr. 269/2014 und Nr. 833/2014, eingeführt durch Änderungsverordnungen (EU) 2024/1739 und 2024/1745 sowie Durchführungsverordnungen (EU) 2024/1746 und 2024/1776.

wähnte Schadensersatzanspruch aus dem 14. Sanktionspaket oder Investitionsschutz gegen den russischen Staat.

II. Verteidigung in allen Foren

[5] Schon seit etlichen Jahren meiden westliche Unternehmen in den Verträgen für ihr Russlandgeschäft die Zuständigkeit der russischen staatlichen Gerichte, die verwirrenderweise Arbitrazh-Gerichte heißen, aber nichts mit Schiedsgerichten zu tun haben. Grund waren seit jeher sehr weit verbreitete Zweifel an einem fairen Verfahren und der Einhaltung der elementaren Verfahrensgrundrechte, wobei zumindest manchmal mit fortschreitendem Instanzenzug die Qualität der Rechtsprechung besser wurde. Es ist daher schon lange eine etablierte Praxis, auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit für die Beilegung von Streitigkeiten im Rechtsverkehr mit russischen Parteien auszuweichen. Traditionell boten sich für derartige ost-west Sachverhalte besonders die Schiedsinstitutionen in Schweden (Stockholm Chamber of Commerce, SCC) oder Österreich (Vienna International Arbitration Centre, VIAC) an. Später wurde der London Court of International Arbitration (LCIA) bei russischen Parteien sehr beliebt. Aber es finden sich in den Verträgen im Russlandgeschäft beispielsweise auch viele Schiedsklauseln zur Internationalen Handelskammer (ICC), dem Hongkong International Arbitration Centre (HKIAC) oder dem Singapur International Arbitration Centre (SIAC).

[6] Aktuell werden den westlichen Unternehmen allerdings zwei Vorschriften aus dem russischen Prozessrecht zum Verhängnis, die bereits vor dem Angriff auf die Ukraine im Jahr 2020 eingeführt wurden.[2] Sofern die russischen Unternehmen Sanktionen ausgesetzt sind, können die Arbitrazh-Gerichte nach Art. 248.1 der Arbitrazhprozessordnung (APO) eine ausschließliche Zuständigkeit ausüben und die in den zugrundeliegenden Verträgen eigentlich vereinbarten Schiedsklauseln ignorieren.[3] Es entsprich derzeit der üblichen Praxis, die Zuständigkeit der Arbitrazh-Gerichte mit dem Argument anzunehmen, dass die russische Partei in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit kein „*faires*" Verfahren erwarte.[4] Zudem können die russischen Gerichte nach Art. 248.2 APO per Verfügung das (Fort-)führen der vertraglich vereinbarten Schiedsverfahren untersagen und die Befolgung dieser Verfügung mit einem dem Streitwert entsprechenden Zwangsgeld durchsetzen. Diese Ausgangslage erfordert eine Verteidigung in zwei Foren, dem eigentlich vereinbarten und vor den russischen staatlichen Gerichten. Allerdings gilt: wer noch Vermögensgegenstände in Russland hat, ist einer Vollstreckung nahezu schutzlos ausgeliefert.

1. Verteidigung im vertraglich vorgesehenen Forum

[7] Die Ausgangslage unterscheidet sich naturgemäß, abhängig davon, ob das westliche Unternehmen auf Kläger- oder auf Beklagtenseite des eigentlichen Ausgansstreits steht. Sofern das westliche Unternehmen auf der Klägerseite steht, dürfte sich die Frage, ob der Rechtsstreit in dem vertraglich vereinbarten Forum geführt wird, erübrigen. Auch wenn eine wirksame Schiedsvereinbarung die russische Gegenseite nicht davon abhalten wird, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bestreiten und gestützt auf Art. 248.1 APO einen Rechtsstreit vor den russischen Gerichten einzuleiten, muss die Anspruchsdurchsetzung immer in dem richtigen Forum beginnen. Anderenfalls bestehen von vornherein keine Chancen, Recht zu bekommen, einen inhaltlich richtigen Titel zu erwirken und die Ansprüche durchzusetzen. Ein obsiegender internationaler Schiedsspruch ist in jedem Fall immer dann von Wert, wenn der Prozessgegner Vermögensgegenstände außerhalb Russlands hat, wo eine Vollstreckung möglich ist. Das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche aus dem Jahr 1958 (New Yorker Übereinkommen) bietet mit 172 Mitgliedstaaten ein nahezu weltumspannendes Netz, in dem internationale Schiedssprüche im Wesentlichen wie die Urteile staatlicher Gerichte vollstreckt werden.[5]

[8] Seit dem Jahr 1960 ist das New Yorker Übereinkommen auch in Russland in Kraft, allerdings gehen die russischen Gerichte nicht nur in jüngster Zeit unterschiedlich mit ihm um. Es gab schon immer ein hohes Risiko, dass ein internationaler Schiedsspruch trotz der theoretischen Geltung des New Yorker Übereinkommens in Russland nicht vollstreckt wird. Dabei galt oft die Daumenregel, dass die höheren Instanzen das New Yorker Übereinkommen eher honorieren als die unteren Instanzen, so dass man immer einen langen Atem braucht, die vier verfügbaren Instanzen durchzuhalten. Es spielte aber schon immer eine Rolle, wo und gegen wen die Vollstreckung gesucht wird. Gelegentlich wird auch aktuell noch ein internationaler Schiedsspruch zugunsten der nicht-russischen Partei anerkannt und vollstreckt. Allerdings überwiegen, wenig überraschend, die Fälle, in denen die Anerkennung verweigert wird. Jüngst hat das höchste russische Zivilgericht, das Oberste Gericht der Russischen Föderation (Oberste Gericht) im Juli 2024 die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs wegen eines angeblichen Verstoßes gegen den *ordre public* versagt.[6] Zur Begründung hat das Oberste Gericht unter anderem ausgeführt, die Schiedsrichter stammten aus „*unfriendly states*". Es sei zudem davon auszugehen, dass die russische Partei durch die Sanktionen Schwierigkeiten hatte, in England einen Rechtsbeistand zu mandatieren.[7] Mit dieser Begründung dürften die Chancen, in naher Zukunft internationale Schiedssprüche in Russland nach dem New Yorker Übereinkommen anzuerkennen und vollstrecken zu lassen, minimalst sein.

[9] Selbst wenn sich ein westliches Unternehmen auf der Beklagtenseite findet und die russische Partei als Klägerin sofort den Weg zu den russischen staatlichen Gerichten wählt, sollte erwogen werden, gleichwohl noch eine (negative Feststellungs-)Klage im richtigen Forum zu beginnen. Denn die Aussichten einer erfolgreichen Anspruchsabwehr in Russland dürften gering sein. Ein obsiegender Schiedsspruch, in dem nach dem zugrundliegenden Vertrag zuständigen Forum, kann hilfreich sein, um sich gegen die Vollstreckung eines unterliegenden Urteils aus Russland zu verteidigen. Auch bei der Abwehr von Ansprüchen ist es von immenser Bedeutung, wo sich Vermögensgegenstände der (vermeintlichen) Vollstreckungsschuldnerin befinden. Sind Vermögensgegenstände in Russland belegen, wird selbstverständlich ein aus Sicht der russischen Seite obsiegendes Urteil der Arbitrazh-Gerichte zü-

2) Art. 248.1 und Art. 248.2 Арбитражный процессуальный кодекс – Arbitrazhprozessordnung (APO).
3) Art. 248.1 APO.
4) Wuschka/Wachholz SchiedsVZ 2024, 285 (285).
5) Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) United Nations Commission On International Trade Law.
6) Oberstes Gericht der Russischen Föderation Urt. v. 26.7.2024 – Az. A45-19015/2023.
7) Oberstes Gericht der Russischen Föderation Urt. v. 26.7.2024 – Az. A45-19015/2023.

gig vollstreckt. Zwar sind auch im Vollstreckungsverfahren verschiedene Rechtsbehelfe vorhanden, allerdings häufig ohne realistische Erfolgschancen.

[10] Befinden sich Vermögensgegenstände des in Russland unterlegenen westlichen Unternehmens außerhalb von Russland, hilft ein Schiedsspruch aus dem richtigen Forum dabei, die Vollstreckung aus dem russischen Titel zu verhindern. In vielen, vor allem westlichen Staaten werden nach wie vor keine russischen Urteile vollstreckt. Beispielsweise gibt es zwischen Deutschland und Russland keine allgemeine völkervertragliche Regelung zur Anerkennung und Vollstreckung von Gerichtsurteilen, abgesehen von Spezialabkommen wie dem Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR)[8] und familienrechtlichen Regelungen. Ein russisches Urteil wird dementsprechend nur dann in Deutschland anerkannt und vollstreckt, wenn die Gegenseitigkeit nach § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO verbürgt ist. Die Arbitrazh-Gerichte haben immer wieder den Versuch unternommen, eine Gegenseitigkeit zu begründen, so zuletzt das Arbitrazh-Gericht der Stadt St. Petersburg und des Leningrader Gebietes mit Urteil vom 23.10.2024.[9] Unter Verweis auf eine eigentlich nicht im Gesetzeswortlaut vorgesehene, aber vom Obersten Gericht ausdrücklich gebilligte[10] Verbürgung der Gegenseitigkeit, wurde ein Urteil des Landgerichts Stuttgart[11] anerkannt, mit dem eine deutsche Partei eine Zahlungsforderung gegen eine russische Gesellschaft erstritten hatte. Die deutschen Gerichte pflegen allerdings noch keine Anerkennungspraxis, so dass bis auf Weiteres davon auszugehen ist, dass russische Urteile, die sich außerhalb der Spezialmaterien bewegen, für die es internationale Vollstreckungsabkommen gibt, nicht anerkannt und vollstreckt werden.[12]

[11] Es gibt gleichwohl viele Jurisdiktionen, in denen die Anerkennung und Vollstreckung russischer Urteile nicht von vornherein eindeutig ausgeschlossen ist. In diesen Foren kann ein obsiegender Schiedsspruch dazu beitragen, die Unzuständigkeit der russischen Gerichte aufzuzeigen und die inhaltliche Unrichtigkeit der russischen Entscheidung zu belegen. Insofern kann ein Schiedsverfahren ein effektives Mittel sein, die in Russland geltend gemachten Ansprüche abzuwehren. Die Kosten für eine solche Abwehrstrategie müssen allerdings abgewogen werden.[13] Wird ein Schiedsspruch im Wege der negativen Feststellungsklage erstritten und wird ausgeurteilt, dass die russischen Gerichte unzuständig sind und die vor den russischen Gerichten geltend gemachte Forderung nicht besteht, ist regelmäßig mit einer obsiegenden Kostenentscheidung zu rechnen. Die Kosten des Schiedsverfahrens würden jedoch ebenso wenig innerhalb Russlands beigetrieben werden können. Es empfiehlt sich also auch in dieser Hinsicht eine frühzeitige Prüfung, ob Vermögensgegenstände der Gegenseite außerhalb Russlands vorhanden sind.

2. Verteidigung vor den Arbitrazh-Gerichten

[12] Während die Geltendmachung von Ansprüchen westlicher Unternehmen gegen die russischen Gegner vor den Arbitrazh-Gerichten nur in besonders gelagerten Fällen eine Option sein dürfte, ist es typischerweise die russische Seite, die dort auf der Klägerseite steht. Eine Verteidigung vor den Arbitrazh-Gerichten ist bei einer realistischen Betrachtung aussichtslos. Selbst komplexe Sachverhalte in großvolumigen Streitigkeiten werden innerhalb kürzester Zeit ohne Beweisaufnahmen entschieden. In den Rechtsmittelinstanzen kann keine kritische Überprüfung der Ausgangsentscheidung erwartet werden. Urteile werden sehr schnell durch den Instanzenzug getrieben, so dass oft schon nach ein paar Monaten vollstreckbare Entscheidungen in der Welt sind. Viele westliche Unternehmen entscheiden sich unter diesen Umständen dazu, erst gar keine Verteidigung vor den russischen Gerichten anzutreten. Hier gilt abzuwägen, ob dies, ohne Nachteile an anderen Stellen zu befürchten, möglich ist. Gerade in Großprojekten wird es durchaus Konstellationen geben, in denen der Nachweis einer bestmöglichen Verteidigung vor den russischen Gerichten geführt werden muss. Auch wenn Ersatzansprüche gegen Dritte verfügbar sind, können diese unter der Bedingung stehen, in Russland nichts unversucht gelassen zu haben, um Schäden abzuwenden. Der Aufwand für die Rechtsverteidigung vor den Arbitrazh-Gerichten ist regelmäßig, gerade im Vergleich zu den Kosten von Schiedsverfahren, überschaubar. Auch gibt es regelmäßig Möglichkeiten, per Videokonferenz den Gerichtsverhandlungen beizuwohnen, ohne dass eine Reise nach Russland erforderlich ist.

III. Anti-Suit und Anti-Anti-Suit Verfügungen

[13] Mit den Verfahren in der Hauptsache in dem im vertraglich vorgesehenen Forum und vor den russischen Gerichten endet allerdings nicht die Verteidigungsstrategie. Dadurch, dass die russischen Gerichte die Streitigkeiten sehr schnell durch die Instanzen bis zu einer vollstreckbaren Entscheidung treiben, empfiehlt es sich, weitere Maßnahmen zu erwägen. Ziel ist es dabei primär, die Dynamik zu unterbrechen und Gegendruck aufzubauen. Bis das vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren eingeleitet und durchgeführt ist, werden ansonsten in Russland oft bereits vollendete Tatsachen geschaffen. Schiedsverfahren dauern selbst bei besonders zügiger Verfahrensführung lange, erst recht, wenn die russische Seite keinen Versuch auslässt, das Schiedsverfahren zu verschleppen. Aus Sorge, die Verfahrensgrundrechte auf rechtliches Gehör und Gleichbehandlung zu verletzten, gehen Schiedsrichter häufig besonders vorsichtig mit russischen Parteien um und verlieren die Notwendigkeit eines besonders schnellen Handelns leicht aus den Augen. Abhängig von den vereinbarten Schiedsregeln und der Anzahl der Schiedsrichter vergehen mehrere Monate, bis das Schiedsgericht überhaupt konstituiert ist. Zu beobachten ist dann eine subtile Verzögerungstaktik, wo Termine für die erste Verfahrenskonferenz mit dem Schiedsgericht von russischer Seite nur mit etlichen Wochen Vorlauf terminiert werden können und Schriftsatzfristen und mündliche Verhandlungen immens lang sein müssen, obwohl kaum rechtliche Einwände gebracht werden außer, dass das Schiedsverfahren angesichts der westlichen Sanktionen kein faires Forum sei. Zu diesen Vorwänden treten dann tatsächlich bestehende praktische Schwierigkeiten hinzu, beispielsweise Beschränkungen bei Zahlungen aus Russland oder bei Reisen zu den Orten von mündlichen Verhandlungen.

8) Internationale Vereinbarung über Beförderungsverträge auf Straßen (CMR) vom 19.5.1956.
9) Arbitrazh-Gericht der Stadt St. Petersburg und des Leningrader Gebiets Urt. v. 23.10.2024 – Az. A56-49800/2024.
10) Oberstes Gericht der Russischen Föderation Beschl. v. 7.12.2009, Nr. VAS-13688/09.
11) LG Stuttgart Urt. v. 27.5.2021 – Az.: 31 O 10/20 KfH.
12) OLG Hamburg BeckRS 2016, 15565; LG Wiesbaden BeckRS 2017, 108315.
13) Regelmäßig ist damit zu rechnen, dass die russische Seite keine Kostenvorschüsse für das Schiedsverfahren einzahlen wird und damit die kompletten Kosten von der Klägerseite vorfinanziert werden müssen, vgl. z. B. Art. 37 der ICC-Schiedsregeln 2021.

[14] Abhängig von dem konkret vereinbarten Schiedsverfahren kann allerdings bereits vor der Konstituierung des Schiedsgerichts einstweiliger Rechtsschutz von einem Eilschiedsrichter (*Emergency Arbitrator*) verfügbar sein. Beispielsweise eröffnet Art. 29 der ICC-Schiedsregeln 2021 die Möglichkeit eines Eilschiedsrichters, der in kürzester Zeit, normalerweise innerhalb von zwei Tagen, eingesetzt wird.[14] Die Entscheidung über den beantragten einstweiligen Rechtsschutz soll 15 Tage nach Übergabe der Verfahrensakte an den Eilschiedsrichter ergehen.[15] Es ist daher möglich, schnell eine Feststellung zu erhalten, dass die russischen Gerichte nicht für die Streitigkeit zuständig sind. Typischerweise erlassen Eilschiedsrichter auch Unterlassungsverfügungen, mit denen der russischen Seite untersagt wird, das Verfahren vor den russischen Gerichten weiterzuführen und ein dort ergehendes Urteil zu vollstrecken. Die Entscheidungen des Eilschiedsrichters sind in der Regel allerdings nicht in Russland vollstreckbar. Wie zuvor dargestellt, ist bereits die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach den Regeln des New Yorker Übereinkommens durch die russischen Gerichte schwierig. Umso schwieriger wird es mit Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz, zu denen generell diskutiert wird, ob sie als anerkennungs- und vollstreckungsfähige Entscheidung im Sinne des Übereinkommens gelten.[16] Wenngleich es sich in der ICC-Praxis zeigt, dass viele Parteien die Beschlüsse des einstweiligen Rechtsschutzes freiwillig befolgen, ohne dass es einer zwangsweisen Durchsetzung bedarf,[17] ist hiermit freilich im Streit mit der russischen Gegenseite nicht zu rechnen.

[15] Auch wenn dies die Rechtsdurchsetzung noch komplexer und aufwändiger gestaltet, lohnt sich daher die Prüfung, ob vor staatlichen Gerichten außerhalb Russlands einstweilige Verfügungen beantragt werden könnten, die das Potenzial haben, die Verfahren in Russland zumindest aufzuhalten. Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes sind in der Regel ungeachtet der Schiedsvereinbarung außerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit vor den zuständigen staatlichen Gerichten möglich.[18] § 1033 ZPO stellt beispielsweise klar, dass es eine Schiedsvereinbarung nicht ausschließt, dass ein staatliches Gericht vor oder nach Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens auf Antrag einer Partei eine vorläufige oder sichernde Maßnahme in Bezug auf den Streitgegenstand anordnet. Für den konkreten Einzelfall muss allerdings erwogen werden, welche nationalen Gerichte außerhalb Russlands eine einstweilige Verfügung erlassen würden, die darauf gerichtet ist, dem russischen Gegner, die Einleitung oder Fortsetzung eines Rechtsstreits vor den russischen Gerichten zu untersagen. Als grobe Faustformel sind die Gerichte aus dem *common law* Rechtskreis hierzu eher bereit als aus dem *civil law* Rechtskreis.

1. Anti-Suit Verfügungen aus dem *common law* Rechtskreis

[16] Aus dem *common law* Rechtskreis sind sogenannte Anti-Suit Verfügungen bekannt. Um die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit von vertraglichen Vereinbarungen, einschließlich Schiedsvereinbarungen, zu gewährleisten, untersagen *common law* Gerichte der gegen die Schiedsvereinbarung verstoßenden Partei das weitere Betreiben eines Gerichtsverfahrens vor einem unzuständigen Gericht, auch wenn dies in einem anderen Staat liegt.[19] Bekannt sind beispielsweise der Londoner und der Hongkonger High Court für ihre Anti-Suit Verfügungen – mithin Gerichte an den Foren, die in der Vergangenheit durchaus häufig von russischen Parteien akzeptiert wurden. Sofern ein hinreichender Bezug zu dieser Jurisdiktion besteht, sei es durch den vereinbarten Schiedsort und/oder das von den Parteien gewählte anwendbare Recht, kann die Zuständigkeit dieser Gerichte eröffnet sein.[20] Die Anti-Suit Verfügungen können mit sogenannten *contempt of court* Verfahren zwangsweise durchgesetzt werden und zu empfindlichen Geldstrafen führen. Zusätzlich haben sie Signalwirkung für andere Jurisdiktionen, die im Zuge der Streitigkeit beispielsweise mit Vollstreckungsthemen involviert werden.

[17] Eine Anti-Suit Verfügung zu erreichen, ist angesichts vorhandener Präzedenzfälle durchaus realistisch.[21] Die Gerichte haben allerdings einen Ermessensspielraum, wie weit sie die Verfügung im Einzelfall im Hinblick auf die Reichweite fassen. Abhängig davon, wie weitreichend der Verfügungsausspruch ist und welche Berührungspunkte russische Gegner zu dem die Verfügung aussprechenden Forum haben, sind die Reaktionen auf den Erlass der Verfügungen unterschiedlich. Es besteht nahezu immer die Chance, mit dem Verfügungsverfahren das russische Gerichtsverfahren aufzuhalten und zu verzögern. Dies kann sehr wertvolle Zeit sein, um nochmal die Verteidigungsstrategie zu ordnen und bereits mit Blick auf etwaige Vollstreckungsmaßnahmen zu sondieren, wo noch Vermögenswerte in Sicherheit gebracht werden können – in Russland selbst und in Jurisdiktionen, die russische Urteile nach wie vor anerkennen und vollstrecken. Typischerweise beteiligen sich russische Parteien an dem einstweiligen Verfügungsverfahren und betreiben das Gerichtsverfahren in Russland bis zu einer finalen Entscheidung über die Anti-Suit Verfügung nicht weiter.

[18] Sofern die Zuständigkeit staatlicher Gerichte in *common law* Jurisdiktionen nicht begründet werden kann, bieten die deutschen staatlichen Gerichte leider keine Abhilfe mit Anti-Suit Verfügungen. Deutsche Gerichte haben sich unabhängig von dem aktuellen Konflikt mit Russland, vor allem im Patenrecht[22] und in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit[23], schon mit dem Institut der Anti-Suit Verfügung auseinandersetzt.[24] Das OLG Düsseldorf hat im Juli 2024 den Erlass einer einstweiligen Verfügung abgelehnt, als eine russische Partei unter Verletzung der bestehenden Schiedsvereinbarung vor den russischen Gerichten geklagt und in Russland eine

14) Art. 2 (1) des Appendix V zu den ICC-Schiedsregeln 2021.
15) Art. 9 (4) des Appendix V zu den ICC-Schiedsregeln 2021.
16) Di Pietro, „What Constitutes an Arbitral Award Under the New York Convention?", Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice (Cameron May, 2008), S. 155 f.
17) Emergency Arbitrator Proceedings, Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, April 2019, Rn. 183.
18) Musielak/Voit, Zivilprozessordnung/Voit, 21. Aufl. 2024, ZPO § 1033 Rn. 3f; Saenger, Zivilprozessordnung/Saenger, 10. Aufl. 2023, ZPO § 1033, Rn. 4.
19) LG Essen BeckRS 2024, 9781 Rn. 74; Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung/Thole, 23. Aufl. 2022, EuGVVO Vor Art. 4 Rn. 36.
20) Der United Kingdom Supreme Court hat beispielsweise am 18.9.2024 in Sachen UniCredit Bank GmbH ./. RusChemAlliance LLC (UKSC/2024/0015) entschieden, dass die englischen Gerichte für den Erlass von Anti-Suit Verfügungen zuständig sind, wenn der zugrundeliegende Vertrag eine Rechtswahl zum englischen Recht vorsieht, wenngleich der Sitz des vertraglich vereinbarten ICC-Schiedsverfahrens in Paris, Frankreich ist.
21) Neben dem in der Presse viel beachteten UniCredit Fall vor den englischen Gerichten ist aus Hongkong vor allem der Fall Linde GmbH ./. RusChem Alliance LLC (2023 HKCFI 2409) bekannt, der dasselbe LNG Großprojekt in Russland betrifft.
22) LG München I BeckRS 2019, 25536; OLG München GRUR 2020, 379; OLG Düsseldorf GRUR 2022, 318.
23) LG Essen BeckRS 2024, 9781; OLG Hamm BeckRS 2023, 10005.
24) Dazu Meier/Dalitz, ZASA 2024, 709.

einstweilige Verfügung auf Untersagung der Fortführung des Schiedsverfahrens erwirkt hatte.[25] Die deutschen Antragstellerinnen begehrten vor dem OLG Düsseldorf den Erlass einer Gegenverfügung, einer sogenannten Anti-Anti-Suit Verfügung, die der russischen Seite die Fortsetzung des Rechtsstreits vor dem unzuständigen Forum untersagen sollte.[26] Das OLG Düsseldorf verwies dabei primär auf die Souveränität von Drittstaaten sowie das Territorialprinzip, die nach der Auffassung der Richter höher wiegen als der Justizgewährungsanspruch der Antragstellerinnen.[27] Mit dieser Begründung dürfte es schwer werden, vor den deutschen Gerichten einstweilige Verfügungen zu erwirken, mit denen der Gegenseite das Einleiten oder Fortsetzen von Rechtsstreitigkeiten vor ausländischen Gerichten untersagt wird.

[19] Als Alternative, um insbesondere gegen in Russland nach Art. 248.2 APO erlassene Anti-Suit Verfügungen vorzugehen und Schiedsvereinbarungen zur Wirksamkeit zu verhelfen, kommt vor den deutschen Gerichten grundsätzlich auch ein Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit des Schiedsverfahrens gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO in Betracht. § 1032 ZPO findet gem. § 1025 Abs. 2 ZPO auch dann Anwendung, wenn der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens im Ausland liegt oder noch nicht bestimmt ist.[28]

[20] Das KG Berlin hat in seiner Entscheidung vom 1.6.2023 einem Antrag nach § 1032 ZPO stattgegeben und die Zulässigkeit eines Schiedsverfahrens unter Ausschluss der (russischen) staatlichen Gerichte bestätigt.[29] Die Parteien hatten vertraglich ein VIAC-Schiedsverfahren beantragt und Wien als Schiedsort vorgesehen.[30] Ungeachtet der Schiedsklausel leitete die russische Seite ein Hauptsacheverfahren vor dem Arbitrazh-Gericht in Moskau ein und beantragte den Erlass einer Anti-Suit Verfügung, die das VIAC-Schiedsverfahren untersagte.[31] Das KG Berlin nahm insbesondere ein hinreichendes Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin an, weil eine Gefährdung ihrer Vermögenssituation in Deutschland bestünde.[32] Im Gegensatz zu der von den russischen Gerichten vertretenen Auffassung, stellte das KG fest, dass das VIAC-Schiedsverfahren nicht durch die westlichen Sanktionen undurchführbar sei.[33]

2. Anti-Suit Verfügungen der russischen Gerichte

[21] Auf Basis der bereits erwähnten Rechtsgrundlage des Art. 248.2 APO erlassen die russischen Arbitrazh-Gerichte in den letzten Monaten vielfach ihrerseits Anti-Suit Verfügungen oder, in Reaktion auf entsprechende Verfügungen der westlichen Gerichte, Anti-Anti-Suit Verfügungen. Häufig laufen diese Verfahren parallel zu Hauptsacheverfahren vor den russischen Gerichten. Nach russischem Recht ist es allerdings keine Voraussetzung, dass ein Hauptsacheverfahren vor den Arbitrazh-Gerichten anhängig ist. Anträge nach Art. 248.2 APO können auch unabhängig hiervon beantragt werden.[34] Zunächst waren bei den Entscheidungen der Arbitrazh-Gerichte Schiedsverfahren im Fokus, die in westlichen Ländern vor westlichen Schiedsinstitutionen geführt werden. Zuletzt haben die Arbitrazh-Gerichte aber auch solche Schiedsverfahren und Schiedsinstitutionen im Visier, die in Jurisdiktionen ansässig sind, die aus russischer Sicht als neutral oder russlandfreundlich gelten.[35] Vielen der russischen Entscheidungen ist gemein, dass sie ein Zwangsgeld ansetzen für den Fall, dass die Schiedsverfahren fortgesetzt werden. Dieses Zwangsgeld spiegelt der Höhe nach in der Regel den im Schiedsverfahren geltend gemachten Anspruch und ist an die Gegenseite zu zahlen.[36] Mithin läuft alles wieder auf die Frage hinaus, ob (noch) Vermögensgegenstände in Russland sind, in die die Zwangsgelder natürlich schnell und ohne effektiven Rechtsschutz vollstreckt werden können, wenn das Schiedsverfahren nicht innerhalb der vorgegebenen Frist beendet ist.

IV. Investitionsschutz gegen die Russische Föderation

[22] Es kommt mithin sowohl in Aktiv- als auch in Passivprozessen entscheidend darauf an, wo die Vermögensgegenstände der Streitparteien jeweils belegen sind. Hat das westliche Unternehmen Vermögensgegenstände in Russland, kann jegliche Verteidigung in Passivprozessen im Ergebnis ohne realistische Erfolgsaussichten sein. Gleichfalls ist es für Aktivprozesse denkbar ungünstig, wenn die russische Seite ausschließlich ihre Vermögensgegenstände innerhalb Russlands hat und keine Masse für eine Vollstreckung außerhalb Russlands zur Verfügung steht.

[23] Sofern es kein für eine Vollstreckung taugliches Vermögen der russischen Seite außerhalb Russlands geben sollte, hilft naturgemäß auch der im 14. Sanktionspakte der EU eingeführte Schadensersatzanspruch vor den Gerichten eines EU-Mitgliedstaates wenig, weil es jedenfalls mittelfristig keine Möglichkeiten geben wird, ein entsprechendes obsiegendes Urteil eines Gerichts aus einem EU-Mitgliedstaat in Russland zu vollstrecken.

[24] Als *ultima ratio* bleibt zur Schadensbegrenzung ein Mittel übrig, das eines noch längeren Atems bedarf als die Streitigkeit mit dem (ehemaligen) russischen Geschäftspartner: Investitionsschutz auf der Basis eines bilateralen oder multilateralen Investitionsschutzabkommens gegen die Russische Föderation. Derartiger Investitionsschutz wird vor internationalen Schiedsgerichten gewährt und sieht, je nach Rechtsgrundlage in unterschiedlicher Ausprägung, Schadensersatz für staatliche Eingriffe wie Enteignungen und andere staatlichen Maßnahmen vor.

[25] Beispielsweise besteht ein deutsch-sowjetisches bilaterales Investitionsschutzabkommen (BIT), unterzeichnet im Jahr 1989, das Investoren vielfältigen Rechtsschutz bei Beeinträchtigungen ihrer Investition im jeweils anderen Staat gewährt. Sofern Geschäftsaktivitäten in Russland die im BIT definierten Kriterien einer

25) OLG Düsseldorf ZASA 2024, 549.
26) OLG Düsseldorf ZASA 2024, 549.
27) OLG Düsseldorf ZASA 2024, 549 Rn. 2 f.
28) Musielak/Voit, Zivilprozessordnung/Voit, ZPO § 1025 Rn. 5; MüKoZPO/Münch, 6. Aufl. 2022, ZPO § 1025 Rn. 20.
29) KG Berlin SchiedsVZ 2024, 218.
30) KG Berlin SchiedsVZ 2024, 218 Rn. 2.
31) KG Berlin SchiedsVZ 2024, 218 Rn. 3 ff.
32) KG Berlin SchiedsVZ 2024, 218 Rn. 22 ff.
33) KG Berlin SchiedsVZ 2024, 218 Rn. 24; hierzu näher Wolters/Ackermann/Hornbeck ZASA 2024, 475. In einer weiteren bislang nicht veröffentlichten Entscheidung vom 3.9.2024 setzte das Kammergericht Berlin diese Rechtsprechung fort, siehe Lexology, Sanctioned Russian parties breaching arbitration agreements: German courts confirm availability of extra-territorial anti-suit relief, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2d11e0db-6690-4b94-a945-e10d9db27400 (letzter Abruf: 1.12.2024).
34) Wuschka/Wachholz SchiedsVZ 2024, 285 (285).
35) In Bezug auf SIAC-Schiedsverfahren siehe beispielsweise die Entscheidungen des Moskauer Arbitrazh-Gerichts vom 29.11.2023 in Sachen Rosneft ./. BP Oil International (A40-197598/2023) und aus Februar 2023 in Sachen Sberbank ./. Glencore Energy UK (A40-237252/2022) und in Bezug auf HKIAC Schiedsverfahren die Entscheidungen des Arbitrazh-Gerichts Sankt Petersburg aus Juni 2023 in Sachen RusChemAlliance ./. Linde (A56-129797/2022) und vom 5.12.2023 in Sachen VTB Bank PJSC ./. VTB Bank (Europe) SE (A56-84760/2023).
36) Wuschka/Wachholz SchiedsVZ 2024, 285 (285).

Investition erfüllen, werden diese unter anderem vor entschädigungslosen Enteignungen oder Beschränkungen im freien Transfer von Einnahmen geschützt. Investitionsschutzrechtliche Schiedsverfahren sind langwierig und kostspielig, können aber Schadensersatzansprüche realisieren, um anderweitig nicht auszugleichende Verluste zu kompensieren. Auch wenn ein Rechtsstreit gegen den russischen Staat als Kampf gegen einen übermächtigen Gegner erscheint, waren in den vergangenen Jahren viele investitionsrechtliche Schiedsverfahren gegen Russland erfolgreich. Für die Vollstreckung eines obsiegenden Schiedsspruchs bleiben auch in der Regel mehrere Jahre Zeit, so dass auch hohe Beträge am Ende realisiert werden können.

V. Fazit

[26] Wenn es nach dem Rückzug aus dem Russlandgeschäft zu Streitigkeiten kommt, ist ein hohes Frustrationspotenzial garantiert. Die russischen Gerichte wehren sich effektiv gegen die Durchführung der Schiedsverfahren gemäß den zugrundeliegenden Schiedsvereinbarungen, so dass es immens schwer ist, Ansprüche durchzusetzen oder zu verteidigen. Wie oben aufgezeigt kommt es für die Erfolgschancen entscheidend darauf an, wo die Vermögensgegenstände der Streitparteien belegen sind. Sofern aus der Perspektive westlicher Unternehmen noch Vermögensgegenstände in Russland vorhanden sind, gibt es einen Druckpunkt, den die russische Gegenseite innerhalb kurzer Zeit ausnutzen wird. Realistische Aussichten, vor den Arbitrazh-Gerichten rechtliches Gehör und ein faires Verfahren zu bekommen, bestehen nicht. Umgekehrt sind für westliche Unternehmen Aktivprozesse gegen russische Gegner nahezu aussichtslos, wenn letztere ihre Vermögensgegenstände ausschließlich innerhalb Russlands haben. Als *ultima ratio* ist in diesen Konstellationen vielleicht nur noch Investitionsschutz gegen den russischen Staat erfolgversprechend.

DR. ANKE SESSLER / MAX STEIN / JAKOB SÄTTLER*

Die Document Production im Schiedsverfahren: Lässt sich der Löwe bändigen?

Die Document Production ist ein Verfahrensabschnitt im Schiedsverfahren, in dem eine Partei von der anderen den Gegenstand des Streits betreffende Dokumente herausverlangen kann. So kann eine Partei wichtige Munition für ihre Klage oder Verteidigung erhalten. Umgekehrt besteht die Gefahr, der Gegenseite Dokumente übergeben zu müssen, die die eigenen Erfolgschancen schmälern. Eine Document Production ist oft aufwändig, langwierig und teuer – besonders für Unternehmen, die unvorbereitet sind. Dieser Beitrag erläutert den typischen Ablauf einer Document Production und zeigt auf, wie man eine Document Production vermeiden, beschränken und vorbereiten kann.

Document production is a procedural stage in arbitration proceedings during which one party can request the other party to produce documents relating to the subject matter of the dispute. Hence, via document production, a party may receive important ammunition for its claim or defense. Conversely, there is a risk of having to hand over documents to the other party that reduce one's own chances of success. Document production is often time-consuming, lengthy and expensive – especially for companies that are unprepared. This article explains the typical procedure of a document production and shows how to avoid, limit and prepare for a document production.

I. Was ist eine Document Production?

[1] Mit Document Production ist im Schiedsrecht der Verfahrensabschnitt im Schiedsverfahren gemeint, in dem die Parteien wechselseitig die Vorlage streitrelevanter Dokumente verlangen können. Die Document Production hat sich vor allem in internationalen Schiedsverfahren als Standard durchgesetzt. Sie wird nach den Erfahrungen der Autoren aber auch gelegentlich in nationalen Schiedsverfahren angewandt.

[2] Die Document Production läuft typischerweise nach den IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit („IBA-Beweisregeln")[1] ab. Diese Regeln, die von einer Arbeitsgruppe der International Bar Association (IBA) 1999 ent-

*) Dr. Anke Sessler ist Partnerin, Max Stein Counsel und Jakob Sättler Staff Attorney in der Praxisgruppe International Litigation and Arbitration der Kanzlei Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP in Frankfurt am Main.

1) Abrufbar unter https://tinyurl.com/27w4kgdw (zuletzt abgerufen am 27. Januar 2025).

worfen und zuletzt 2020 überarbeitet wurden, werden von Schiedsparteien zwar selten verbindlich vereinbart. Sie sind jedoch Soft Law, dem hohe praktische Bedeutung zukommt. Viele Schiedsgerichte orientieren sich im Rahmen ihres sehr weitgehenden Verfahrensgestaltungsermessens an den IBA-Beweisregeln. Trotz Kritik, sie seien zu Common-Law-lastig, haben sich die IBA-Beweisregeln als Kompromiss zwischen verschiedenen rechtskulturellen Ansätzen zu Beweisthemen in Schiedsverfahren etabliert.

[3] Dieser Kompromiss spiegelt sich in den Vorschriften zur Document Production wider. Während manche Jurisdiktionen, insbesondere Civil-Law-Länder, eine Document Production nicht kennen,[2] ist die Document Production in anderen Rechtskreisen – zum Beispiel als Teil eines vorprozessualen Discovery-Verfahrens wie in den USA – weit verbreitet. Die Idee dieses Beweisverfahrens ist es, Chancengleichheit zwischen den Parteien herzustellen, indem potenziell streitentscheidende Dokumente ausgetauscht werden und so allen Parteien zur Verfügung stehen.

[4] Die IBA-Beweisregeln versuchen, eine Brücke zwischen den unterschiedlichen Rechtstraditionen zu bauen. Sie sehen eine Document Production zwar vor, schränken sie aber so ein, dass ausufernde „fishing expeditions" vermieden werden.[3] Gleichwohl ist auch eine Document Production nach den IBA-Beweisregeln häufig ein langwieriges und kostspieliges Unterfangen.

II. Wie läuft eine Document Production ab?

[5] Die Document Production findet oft nach der zweiten Schriftsatzrunde (parallel zu dem dritten Schriftsatz des Schiedsklägers) statt. Zwingend ist dies jedoch nicht. Sie kann bereits früher beginnen, sollte sinnvollerweise jedoch erst dann angesetzt werden, wenn weitgehend klar ist, worüber die Parteien streiten. Die Document Production endet spätestens mit einem gewissen zeitlichen Abstand vor dem im Verfahrenskalender festgelegten Zeitpunkt, ab dem die Parteien keine neuen Beweismittel mehr in das Schiedsverfahren einführen dürfen (Cut-Off Date). Denn Dokumente, die eine Partei der Gegenseite im Rahmen der Document Production vorlegt, werden typischerweise nicht direkt an das Schiedsgericht übermittelt, also nicht automatisch zu Beweismitteln. Vielmehr entscheidet jede Partei, welche der erhaltenen Dokumente sie als Beweismittel in das Schiedsverfahren einführen möchte. Jede Partei benötigt also genug Zeit, um die von der Gegenseite erhaltenen Dokumente sichten und bewerten zu können.

1. Der Ablauf im Überblick

[6] Eine Document Production beginnt typischerweise damit, dass die Parteien zu einem festgelegten Zeitpunkt ihre Dokumentenvorlageanträge (Document Production Requests) austauschen.[4] Die Parteien beantragen dabei die Vorlage von Dokumenten, die sie für relevant und wesentlich für den Fall halten. Die Anträge können bestimmte Dokumente betreffen, in der Regel umschreiben sie jedoch enge Kategorien von Dokumenten,[5] wobei „eng" ein auslegungsbedürftiger Begriff ist.

[7] Die Gegenseite kann den Anträgen zustimmen, sich also bereiterklären, die beantragten Dokumente zu übergeben, Vorschläge machen, wie die Anträge begrenzt werden können, oder Einwendungen (Objections) gegen die Herausgabe erheben. Nach den IBA-Beweisregeln können insbesondere folgende Einwendungen erhoben werden:

- Artikel 9.2(a): Das Dokument ist nicht hinreichend relevant für den Fall oder nicht wesentlich für seine Entscheidung.
- Artikel 9.2(b): Es bestehen rechtliche Hindernisse (Privileges), die sich aus anwendbaren berufsrechtlichen oder standesrechtlichen Regeln ergeben.
- Artikel 9.2(c): Die Beschaffung des verlangten Dokuments würde einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern.
- Artikel 9.2(d): Das verlangte Dokument wurde mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verloren oder zerstört.
- Artikel 9.2(e): Es bestehen wirtschaftlich oder technisch begründete Verschwiegenheitspflichten, die das Schiedsgericht für zwingend hält.
- Artikel 9.2(f): Es bestehen besondere politische oder institutionelle Geheimhaltungsinteressen, die das Schiedsgericht für zwingend hält.
- Artikel 9.2(g): Erwägungen der Prozessökonomie, Verhältnismäßigkeit, eines fairen Verfahrens oder der Gleichbehandlung der Parteien, die das Schiedsgericht für zwingend hält, stehen der Vorlage entgegen.
- Artikel 9.3: Das Beweismittel wurde illegal erlangt.

[8] Nach der Übermittlung der Einwendungen beziehungsweise der Gegenvorschläge kann der Antragsteller seine Anträge trotz der Einwendungen aufrechterhalten, modifizieren oder den Gegenvorschlägen zustimmen beziehungsweise diese modifizieren. Soweit die Parteien in Bezug auf einen Antrag keine Einigung erzielen, entscheidet das Schiedsgericht, welche Dokumente die Parteien vorlegen müssen.

2. Redfern Schedule

[9] Um das oben geschilderte Prozedere übersichtlich und effizient zu gestalten, werden Dokumentenvorlageanträge in der Praxis meist in tabellarischer Form als sogenannter Redfern Schedule ausgetauscht. Ein Redfern Schedule hilft, das Document-Production-Verfahren zu strukturieren und die Anträge und Einwendungen übersichtlich darzustellen. Die einzelnen Anträge sind darin in Zeilen durchnummeriert.

[10] Ein Redfern Schedule enthält meist mehrere Spalten. Darunter sind typischerweise – entsprechend des oben skizzierten Ablaufs einer Document Production – die Spalten (1.) „Beschreibung der angeforderten Dokumente", (2.) „Begründung der Relevanz und Wesentlichkeit", (3.) „Einwendungen der Gegenseite / Gegenvorschlag", (4.) „Antwort auf die Einwendungen / Vereinbarung der Parteien" und (5.) „Entscheidung des Schiedsgerichts". Für jeden Schritt setzt das Schiedsgericht eine Frist.

3. Sammlung und Sichtung der Dokumente

[11] Die Sammlung und Sichtung der vorzulegenden Dokumente ist gerade in großen Schiedsverfahren aufwändig und mit hohen

2) So gilt etwa im deutschen Zivilprozess der Beibringungsgrundsatz. Danach hat jede Partei die für sie günstigen Tatsachen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Die Möglichkeit, von der Gegenseite Dokumente herauszuverlangen, existiert kaum. Nach § 142 ZPO kann ein Gericht zwar anordnen, dass eine Partei konkret bezeichnete, in ihrem Besitz befindliche Urkunden vorlegt. Dies ist jedoch nur aufgrund eines schlüssigen und auf konkrete Tatsachen gestützten Vortrages möglich. Herausgabeverlagen, die sich – wie bei einer Document Production – häufig auf Kategorien von Dokumenten beziehen, sind dem deutschen Zivilprozess eher fremd.
3) Marghitola, Document Production in International Arbitration, 2015, 61 ff.
4) Artikel 3.2 IBA-Beweisregeln.
5) Artikel 3.3(a) IBA-Beweisregeln.

Kosten verbunden. Vereinfacht gesagt müssen zunächst die Fund- beziehungsweise Speicherorte potenziell relevanter Dokumente identifiziert werden. Sodann werden die Dokumente typischerweise von einem spezialisierten Datendienstleister eingesammelt oder kopiert. Der Dienstleister bereitet die Dokumente anschließend so auf, dass sie mit einer entsprechenden Software durchgesehen und kategorisiert, das heißt als irrelevant markiert oder den einzelnen Vorlageanträgen zugeordnet werden können. Die Durchsicht und Kategorisierung erfolgt oft in zwei Stufen, einem Suchwort- beziehungsweise inzwischen häufig auch durch Künstliche Intelligenz gestützten First Level Review und einem meist von Rechtsanwälten durchgeführten Second Level Review.

4. Vorlage der Dokumente

[12] Wenn sich die Parteien über einen Vorlageantrag einigen, sind die betroffenen Dokumente zu einem im Verfahrenskalender festgelegten Zeitpunkt der anderen Partei zu übermitteln (Production of uncontested Documents). Auch die Dokumente, die nach einer Entscheidung des Schiedsgerichts vorgelegt werden müssen, werden typischerweise zu einem im Verfahrenskalender festgelegten Zeitpunkt gleichzeitig ausgetauscht (Production of contested Documents).

[13] In der Regel einigen sich die Parteien über die genauen Modalitäten der Vorlage. Da es heutzutage meist um die Vorlage elektronischer Dokumente geht, zählen zu den zu klärenden Fragen unter anderem, ob die Dateien als PDF-Kopien oder als Kopien in ihrer originären Dateiform vorgelegt werden sollen, und ob zusätzlich Metadaten zu übermitteln sind. Metadaten geben zum Beispiel Auskunft über den Ersteller eines Dokuments oder den Erstellungszeitpunkt. Die Vorlage wird üblicherweise von den Kanzleien übernommen.

[14] Die Weigerung, ein vorzulegendes Dokument herauszugeben, kann schwerwiegende Konsequenzen haben. So kann das Schiedsgericht nach den IBA-Beweisregeln im Falle einer Nichtvorlage ohne triftigen Grund folgern, dass die nicht vorgelegten Dokumente den Interessen der nichtvorlegenden Partei nachteilig sind.[6] Auch wenn Schiedsgerichte nach den Erfahrungen der Autoren meist zögern, explizit eine solche Schlussfolgerung zu ziehen, ist von einer grundlosen Nichtvorlage abzuraten. Denn Parteien müssen damit rechnen, dass Schiedsgerichte ein solches Verhalten bei ihrer Entscheidungsfindung im Hinterkopf haben und entsprechend bewerten, selbst wenn sie darauf verzichten, explizit nachteilige Schlüsse zu ziehen.

III. Die Vor- und Nachteile einer Document Production

[15] Eine Document Production bietet sowohl Vor- als auch Nachteile.

1. Vorteile

[16] Der große Nutzen einer Document Production besteht in der Chance, fallentscheidende Beweismittel zu erhalten, an die man ohne eine Document Production nicht gelangen würde. Der Austausch von Dokumenten verbessert die Möglichkeit, den Sachverhalt umfassend zu ermitteln, und kann so zu einer „gerechteren", qualitativ hochwertigen Entscheidung beitragen. Darüber hinaus kann mithilfe von Dokumenten die Glaubwürdigkeit von Zeugen getestet werden. Schließlich kann die Aussicht auf eine Document Production die Parteien und Zeugen dazu disziplinieren, wahrheitsgemäß vorzutragen.

2. Nachteile

[17] Zu den Nachteilen einer Document Production gehört, dass sie das Verfahren verzögert, teuer ist und Mitarbeiter (sei es auf Seiten der Streitparteien oder ihrer Kanzleien) bindet. Häufig stehen Aufwand und Ertrag in keinem angemessenen Verhältnis.

[18] Aus Parteisicht besteht zudem das Risiko, nachteilige Dokumente herausgeben zu müssen. Eine "Smoking Gun", also ein den Fall entscheidendes Beweismittel, wird nach den Erfahrungen der Autoren allerdings so gut wie nie vorgelegt. Manchmal bleibt dabei unklar, ob die Parteien redlich agieren, also alle vorzulegenden Dokumente auch tatsächlich vorlegen. Mangels Zugriffs auf die Gesamtmenge an Dokumenten ist es oft schwierig, ein solches Fehlverhalten nachzuweisen.

[19] Ein weiterer Kritikpunkt ist, dass Parteien sehr unterschiedlich mit dem Instrument der Document Production vertraut und unterschiedlich gut auf sie vorbereitet sind. Hier gibt es häufig ein Gefälle zwischen Parteien aus Common-Law-Ländern und solchen aus Civil-Law-Ländern, zwischen international agierenden Unternehmen und solchen, die wenig internationales Geschäft haben, sowie zwischen großen und kleinen Unternehmen. Vor allem schulen erfahrene Parteien ihre Mitarbeiter, von vornherein keine kritischen Dokumente zu erstellen. Die von einer Document Production angestrebte Chancengleichheit kann so in eine Schieflage geraten.

[20] Die IBA-Beweisregeln geben zudem nur einen sehr groben Rahmen vor. Viele Detailfragen sind ungeklärt. Unter anderem deswegen kommt es häufig zu prozessualen Scharmützeln, etwa darüber,

- was hinreichende Fallrelevanz und hinreichende Wesentlichkeit für die Entscheidung bedeuten,
- wann der Aufwand, Dokumente aufzufinden, unverhältnismäßig ist,
- ob und welche Rolle die Beweislast bei der Frage, welche Dokumente vorzulegen sind, spielt,[7]
- wie weit rechtliche Hindernisse wie Legal Privilege reichen und welches Recht auf diese Frage bei internationalen Streitigkeiten anwendbar ist, oder
- ob Dokumente Geschäftsgeheimnisse enthalten oder Vertraulichkeitsvereinbarungen unterliegen und daher gar nicht oder nur eingeschränkt offengelegt werden müssen.

[21] Anwälte haben reichlich Gelegenheit, in derartigen Auseinandersetzungen ihre Kreativität und Erfahrung auszuspielen. Eine zügige Streitentscheidung wird so jedoch kaum gefördert. Zudem fehlt es an Rechtssicherheit, weil der Umgang von Schiedsgerichten mit den oben genannten Fragen schwer vorhersagbar ist.

IV. Lässt sich eine Document Production vermeiden?

[22] Angesichts der oben genannten Kritikpunkte stellt sich die Frage, ob sich eine Document Production vermeiden lässt. Tatsächlich ist dies möglich: Durch entsprechende Formulierungen in der Schiedsklausel kann eine Document Production vollständig aus-

6) Artikel 9.6 IBA-Beweisregeln.
7) S. hierzu Zuberbühler RIIPrax 2024, 30 (33).

geschlossen werden. In der Schiedsklausel kann etwa geregelt werden, dass jede Partei nur die Dokumente vorlegen muss, auf die sie sich in ihren Schriftsätzen selbst bezieht. Freilich erfordert eine solche Regelung, dass der Vertragspartner hiermit einverstanden ist. Parteien sollten zudem stets alle Chancen und Risiken eines solchen Ausschlusses abwägen, um sicher zu sein, dass er ihren Interessen entspricht.

[23] Trotz der erörterten Nachteile einer Document Production sind Schiedsklauseln, die eine Document Production vollständig ausschließen, selten. Dies mag daran liegen, dass Parteien sich bei Abschluss der Schiedsklausel noch nicht mit einer möglichen Document Production befassen. In manchen Konstellationen, zum Beispiel in vielen Anlagenbau-Projekten, wird es noch einen anderen Grund geben: Die Parteien wissen vor Ausbruch eines konkreten Streits nicht, worum sich der Streit drehen wird, und daher auch nicht, auf welche Dokumente es ankommen wird. Die Parteien wollen sich daher nicht der Chance berauben, von der Gegenseite Dokumente zu erhalten.

V. Lässt sich eine Document Production beschränken?

[24] Falls Parteien sich die Chancen einer Document Production nicht nehmen möchten, aber Sorgen vor einer Aufblähung des Verfahrens haben, können sie vor und während des Schiedsverfahrens verschiedene Maßnahmen ergreifen, um den Umfang der Document Production zu beschränken.

1. Maßnahmen vor dem Schiedsverfahren

[25] Wenn man die Document Production nicht vollständig ausschließen, aber beschränken möchte, kann man dies tun, indem man die Regeln über die effiziente Durchführung internationaler Schiedsverfahren (Prager Regeln)[8] vereinbart. Diese Regeln, die als eine Alternative zu den IBA-Beweisregeln ausgearbeitet wurden und vor allem auf Civil-Law-Ansätzen basieren, sehen vor, jede Form von Dokumentenvorlage, einschließlich „e-discovery", möglichst zu vermeiden.[9] Anträge auf eine Dokumentenvorlage sind zwar möglich, aber beschränkt auf spezifische Dokumente.[10] Anträge auf die Vorlage von Kategorien von Dokumenten sehen die Prager Regeln im Gegensatz zu den IBA-Beweisregeln nicht vor.

[26] Weiterhin kann ein Unternehmen versuchen, eine Document Production faktisch durch eine enge Dokumentenaufbewahrungsrichtlinie nebst strenger Löschroutine zu beschränken. Dokumente, die nicht mehr existieren, können und müssen nicht vorgelegt werden. Freilich müssen gesetzliche oder vertragliche Aufbewahrungspflichten eingehalten werden. Der Nachteil eines solchen Ansatzes ist, dass so auch günstige Beweismittel verloren gehen können und der Partei unter Umständen wichtige Informationen nicht mehr zur Verfügung stehen.

[27] Die Wahl des Schiedsortes, der Verfahrenssprache und der Schiedsregeln, die meist in der Schiedsklausel erfolgt, wirkt sich allenfalls indirekt und marginal auf die Document Production aus. Man mag mit einer entsprechenden Wahl eine gewisse Präferenz für eine Document-Production-freundliche oder -feindliche Rechtstradition signalisieren; letztlich betrifft die Wahl des Schiedsortes, der Verfahrenssprache und der Schiedsregeln aber nicht das Thema Document Production.

[28] Einen stärkeren Einfluss auf den Umfang der Document Production kann man durch die Auswahl der Schiedsrichter erreichen.

2. Maßnahmen während des Schiedsverfahrens

[29] Während des Schiedsverfahrens können die Parteien im Rahmen der ersten Verfahrensmanagementkonferenz oder der Erstellung ergänzender Verfahrensregeln ihre Wünsche zu einer Document Production äußern. Falls die Parteien unterschiedliche Vorstellungen haben, entscheidet das Schiedsgericht, welche Vorgehensweise es für angemessen hält.

[30] Eine Partei kann auch noch während der Document Production Einfluss auf ihren Umfang nehmen, wenn auch nur begrenzt. So kann eine Partei die oben genannten Einwendungen gegen die Dokumentenvorlageanträge der Gegenseite erheben, um zu erreichen, dass sie zumindest weniger Dokumente vorlegen muss, als beantragt.

[31] Ein häufiger Streitpunkt hierbei ist, wie mit vorzulegenden Dokumenten, die Geschäftsgeheimnisse enthalten, umzugehen ist. Mögliche Lösungen für dieses Problem sind, Dokumente nur auszugsweise oder teilweise geschwärzt zu übergeben, oder zu vereinbaren beziehungsweise beim Schiedsgericht zu beantragen, dass die Dokumente nur einem bestimmten Personenkreis zugänglich sein dürfen. In Betracht kommt hier etwa eine Vorlage nur an externe Rechtsanwälte (attorneys' eyes only) oder sogar nur an das Schiedsgericht. Ein Schiedsgericht kann auch einen externen Confidentiality Advisor bestimmen, der darüber entscheidet, welche Passagen im Schiedsverfahren offen zu legen sind.[11]

[32] Bei einer Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis ist allerdings zu bedenken, dass ein solches Vorgehen das weitere Verfahren verkompliziert. Denn auch bei Bezugnahmen auf die geschützten Stellen in Schriftsätzen, Expertengutachten oder in der mündlichen Verhandlung ist darauf zu achten, dass der Schutz der Vertraulichkeit gewahrt bleibt. Dies kann zum Beispiel die Erstellung geschwärzter „Mandantenversionen" von bestimmten Dokumenten und den Ausschluss von Unternehmensvertretern von Teilen der mündlichen Verhandlung erfordern.

[33] Das Berufen auf Vertraulichkeitsvereinbarungen kann auch dazu führen, dass weniger Dokumente zu übergeben sind beziehungsweise Passagen geschwärzt werden dürfen. Die Konstellationen, in denen sich Vertraulichkeitsfragen stellen, sind mannigfaltig. Viele Details sind ungeklärt oder umstritten, etwa, inwieweit Vertraulichkeitsvereinbarungen zwischen einer Partei und einem Dritten, der nicht Partei des Schiedsverfahrens ist, zu einem Herausgabeschutz führen.[12]

[34] Nach den Erfahrungen der Autoren sind Dokumentenvorlageanträge in der Praxis oft heftig umkämpft. Die Parteien stellen meist viele solcher Anträge und erheben zahlreiche Einwendungen gegen sie. Die Erfolgsaussichten sind oft schwer prognostizierbar.

[35] Ob es Erfolg verspricht, wenn eine Partei eigene Dokumentenvorlageanträge auf ein Minimum beschränkt, um das Schiedsgericht dazu zu verleiten, umfangreiche Anträge der Gegenseite im

8) Abrufbar unter https://tinyurl.com/25pad7ck (zuletzt abgerufen am 27. Januar 2025).
9) Artikel 4.2 Prager Regeln.
10) Artikel 4.5 Prager Regeln.
11) S. zu dieser Möglichkeit zum Beispiel Artikel 54(d) WIPO Arbitration Rules.
12) Marghitola, Document Production in International Arbitration, 94.

Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung großzügig zusammenzustreichen, ist fraglich. Da die Parteien ihre Dokumentenvorlageanträge in der Regel zeitgleich austauschen, weiß eine Partei meist nicht im Vorfeld, wie viele Anträge die Gegenseite stellen wird. Ein solches Taktieren steht also oft auf einer kaum belastbaren Grundlage – es ist in der Regel nicht zu empfehlen.

VI. Wichtige Schritte zur Vorbereitung einer Document Production

[36] Wie bereits angedeutet, ist eine Document Production oft unvermeidlich. Durch verschiedene Maßnahmen können die Gefahren einer Document Production jedoch minimiert und Störungen in den Betriebsabläufen weitgehend verhindert werden.

1. Allgemeine Vorbereitungshandlungen

[37] Zu diesen Maßnahmen zählen zunächst die bereits angesprochenen Schulungen, insbesondere für Mitarbeiter im Business und im höheren Management. Diese Schulungen schaffen ein Bewusstsein für die Gefahren unbedachter E-Mails und großer Verteilerkreise. Sie können somit helfen, schädliche Kommunikation zu vermeiden. In Schulungen kann auch vermittelt werden, wie sich mittels der Einbeziehung von Unternehmensanwälten oder externen Anwälten über Legal Privilege ein Herausgabeschutz erreichen lässt.

[38] Große Unternehmen verfügen in der Regel über eine Document Retention Policy, die festlegt, wo und wie lange Dokumente aufbewahrt werden. Auch sollte der Erlass eines Litigation Hold erwogen werden. Ein Litigation Hold ist eine in manchen Jurisdiktionen verpflichtende, in anderen eine zumindest nützliche Maßnahme, relevante Dokumente vor einer Löschung zu schützen, sobald ein Rechtstreit wahrscheinlich erscheint.[13] Ziffer 12 der 2013er IBA-Richtlinien zur Parteivertretung in internationalen Schiedsverfahren sieht einen solchen Litigation Hold für internationale Schiedsverfahren vor;[14] bindend sind diese Richtlinien nicht.

[39] Sehr wichtig ist es, frühzeitig notwendige Maßnahmen zur Einhaltung des Datenschutzrechts und von Arbeitnehmerschutzrechten zu treffen. Gegebenenfalls ist der Betriebsrat einzubeziehen und eine Betriebsvereinbarung zu schließen. Ein Aufschieben dieser Maßnahmen ist nicht empfehlenswert. Es geht wertvolle Zeit verloren, wenn man erst bei einer drohenden Document Production anfängt, sich mit diesen Fragen zu befassen.

2. Maßnahmen, sobald Rechtsstreit droht

[40] Sobald sich ein Rechtsstreit abzeichnet, sollte frühzeitig mit der Sicherung, Sammlung und Sichtung potenziell relevanter Beweismittel begonnen werden. Hierbei sind alle in Betracht kommenden Quellen sorgfältig auf Fallrelevanz zu prüfen. Neben E-Mails, Clouds und Gruppenlaufwerken können zum Beispiel auch Chat-Nachrichten, Arbeitslaptops, Diensthandys und Notizblöcke wichtige Fundorte sein.

[41] Gerade bei umfangreichen Dokumentenmengen empfiehlt es sich, frühzeitig einen spezialisierten Datendienstleister einzubinden und für e-discovery entwickelte Software zu nutzen. Beides kostet Geld, das jedoch gut investiert ist, da die Nutzung moderner Technologien die Dokumentensichtung erheblich erleichtern und effizienter machen kann. So kann man unter dem Strich Kosten einsparen. Die Dokumentation der Datensammlung (Collection Log), die Erstellung von Suchwortlisten und eines Review-Leitfadens sowie das Anlernen einer Künstlichen Intelligenz übernehmen meist die Kanzleien in Abstimmung mit dem Datendienstleister. Je komplexer ein Fall ist, desto wichtiger ist eine Protokollierung der einzelnen Schritte.

VII. Fazit

[42] Eine Document Production ist mühsam, frisst Zeit und kostet Geld. Durch eine sorgfältige Vorbereitung und organisatorische Maßnahmen können die mit einer Document Production verbundenen Risiken und Kosten jedoch reduziert werden.

[43] Insbesondere im Vorfeld eines Schiedsverfahrens können Parteien vor allem über eine entsprechende Gestaltung der Schiedsklausel das Ob und Wie einer Document Production beeinflussen.

---

13) Born, International Commercial Arbitration, 3. Aufl. (September 2022), Kapitel 16.02[E][6].

14) Ziffer 12 der 2013er IBA-Richtlinien zur Parteivertretung in internationalen Schiedsverfahren lautet: „Wenn das Schiedsverfahren die Vorlage von Dokumenten beinhaltet oder wenn dies wahrscheinlich ist, soll ein Parteivertreter den Mandanten über das Erfordernis aufklären, Dokumente, einschließlich elektronischer Dokumente, die ansonsten gemäß einer Richtlinie zur Aufbewahrung von Dokumenten oder im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsgangs vernichtet würden und die für das Schiedsverfahren potenziell erheblich sind, so weit wie vernünftigerweise möglich zu bewahren." Die Richtlinien sind abrufbar unter https://tinyurl.com/26ymdwrn (zuletzt abgerufen am 27. Januar 2025).

DR. MATHIAS WITTINGHOFER, NILS KUPKA, LOREDANA EISSNER, LTU (MELBOURNE), HELENA SCHNUR, MUHYUN YANG*

Der Weg zum Ziel: Streitbeilegung im Infrastruktur- und Projektkontext – Schiedsgericht oder ordentliche Gerichtsbarkeit?

Die entscheidungsrelevanten Aspekte – Teil I

Die Wahl des richtigen Streitbeilegungsmechanismus kann für den Ausgang einer Rechtstreitigkeit von entscheidender Bedeutung sein. Während die ordentliche Gerichtsbarkeit stets wohl der automatische und damit häufigste Weg der Streitbeilegung ist, lohnt es sich, insbesondere im internationalen Verkehr, sich bereits bei Vertragsschluss mit den Möglichkeiten der Streitbeilegung auseinanderzusetzen.

Die folgende dreiteilige Beitragsreihe gibt einen Überblick über die Unterschiede und soll die wesentlichen Entscheidungsfaktoren zur Wahl des „richtigen" Streitbeilegungsmechanismus unter die Lupe nehmen und wird auch die Besonderheiten der Streitbeilegung in internationalen Infrastruktur- und Bauprojekten darstellen.

Dabei werden in dem hiesigen Beitrag, dem ersten Teil, die Schiedsgerichtsbarkeit als Mechanismus der Streitbeilegung, kurz dargestellt und grundsätzliche Unterschiede zur Gerichtsbarkeit aufgezeigt. In einem zweiten Teil werden wir vor allem auf die wirtschaftlichen Faktoren, wie die Kosten und die Verfahrensdauer, eingehen. Abschließend werden im dritten Teil die praxisrelevanten Besonderheiten der Beilegung von (Rechts-) Streitigkeiten in komplexen Infrastruktur- und Anlagenbauprojekten analysiert.

The choice of the appropriate dispute resolution mechanism can be decisive for the outcome of a legal dispute. While state-court litigation is usually the automatic and therefore most common way of resolving disputes, it is worth considering alternative dispute resolution options as soon as a contract is concluded, especially in international transactions.

The following three-part series will provide an overview of the differences and will take a closer look at the key decision-making factors for choosing the "right" dispute resolution mechanism and will also outline the special features of dispute resolution in international infrastructure and construction projects.

In this first part, we will briefly describe arbitration as such and point out the main differences between arbitration and litigation. In the second part, we will focus on rather economic factors such as costs and the duration of proceedings. Finally, the third part will analyse the practical particularities of the settlement of (legal) disputes in complex infrastructure and construction projects.

I. Überblick

„Diese Kammer wird alle Tugenden bieten, an denen es dem Gesetz mangelt. Sie wird schnell sein, wo das Gesetz langsam ist; kostengünstig, wo das Gesetz teuer ist; einfach wo das Gesetz technisch kompliziert ist. Sie wird Frieden stiften statt Zank und Streit."[1]

[1] Dieses Zitat erschien 1892 zur Gründung der damaligen City of London Chamber of Arbitration, der Vorgängerin des heutigen London Court of International Arbitration („**LCIA**") und damit einer der renommiertesten Schiedsinstitutionen. Die neu gegründete Schiedsinstitution sollte damit dem Verlangen der Geschäftswelt nach einer Alternative zum staatlichen Gerichtsverfahren nachkommen. 1892 beabsichtigte man offenkundig, durch Schiedsgerichte

*) Mathias Wittinghofer und Nils Kupka sind als Partner, Loredana Eissner (LTU Melbourne) als Senior Associate, Helena Schnur als Associate und Muhyun Yang als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Gowling WLG (UK) LLP am Standort Frankfurt tätig

1) IX Law Quarterly Review 86, 1893, zitiert nach *Konrad/Hunter* in Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Auflage 2018, Kapitel VI Rn.1, auch abrufbar unter: https://lcia.org/LCIA/history.aspx (Stand: 29.1.2025).

eine kostengünstigere, schnellere und effizientere Alternative zu gerichtlichen Verfahren zu bieten.

[2] Schiedsgerichte i. S. der deutschen Zivilprozessordnung („**ZPO**") sind dabei durch Vereinbarung der Parteien ernannte Tribunale, denen die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten an Stelle staatlicher Gerichte übertragen wird. Die Entscheidung des Schiedsgerichts, der Schiedsspruch, wirkt dabei wie ein Urteil eines staatlichen Gerichts, bindend für die Parteien.

[3] Grundvoraussetzung für ein Schiedsgerichtsverfahren ist somit die Vereinbarung zwischen den Parteien ein Schiedsverfahren zu führen („**Schiedsvereinbarung**") und die ordentliche Gerichtsbarkeit im Falle eines Rechtsstreits auszuschließen. Die Schiedsvereinbarung ist die Grundlage für die Kompetenz der Schiedsrichter, als private Dritte, an Stelle von staatlichen Gerichten einen Streit für die Parteien bindend zu entscheiden. Dabei unterscheiden sich die gesetzlichen Regelungen für die Schiedsgerichtsbarkeit in den unterschiedlichen Ländern teilweise grundlegend.

[4] Jeder Staat hat nämlich die Möglichkeit, den Ablauf von Schiedsverfahren auf eigenem Boden zu regeln. Die meisten Staaten machen hiervon auch Gebrauch. Staaten, die der Schiedsgerichtbarkeit zugetan, also schiedsfreundlich sind, versuchen den Parteien, die sich für die Schiedsgerichtsbarkeit als Streitbeilegungsmechanismus entscheiden, größtmögliche Parteiautonomie einzuräumen.

[5] Entscheiden sich die Parteien für die Streitbeilegung durch ein Schiedsgericht, können sie hierbei sowohl für den Einzelfall sog. *Ad-hoc* Schiedsgerichte konstituieren als auch sich einer Schiedsinstitution, wie dem oben genannten LCIA, bedienen. Bei einem Ad-hoc Schiedsverfahren unterliegen sowohl die Bestellung des Schiedsgerichts als auch der Verfahrensablauf einzig der Disposition der Parteien. In Deutschland findet diese Parteiautonomie ihre Grenzen in den gesetzlichen Regelungen zur Schiedsgerichtsbarkeit, nämlich in den §§ 1025 ff. ZPO.

[6] Institutionelle Schiedsgerichte sind hingegen Tribunale, die auf Basis einer Schiedsordnung von Schiedsinstitutionen konstituiert werden und operieren. Die Parteien haben dabei die Wahl zwischen einer Vielzahl an Schiedsinstitutionen, die etablierte Regelwerke, sogenannte Schiedsordnungen zur Verfügung stellen und bei der Administration des Verfahrens unterstützen. Hierzu gehören neben dem bereits genannten LCIA auch das in Deutschland ansässige Deutsche Institut für Schiedsgerichtsbarkeit („**DIS**")[2] oder die Internationale Handelskammer in Paris („**ICC**").[3]

[7] Bei der Bewertung, welche Vorteile und welche Nachteile ein Schiedsverfahren im Vergleich zu einem staatlichen Gerichtsverfahren bietet, kommt es daher nicht zuletzt auch auf die Wahl des Schiedsortes, der unabhängig vom Sitz der gewählten Schiedsinstitution bestimmt werden kann, an.

[8] Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich daher auf die Vor- und Nachteile im Vergleich der ordentlichen Gerichtsbarkeit (in Deutschland) und einem Schiedsverfahren mit Schiedsort in Deutschland. Denn nur dann kommen die deutschen Regelungen zur Schiedsgerichtsbarkeit (*lex arbitri*) zur Anwendung.

II. Die entscheidungsrelevanten Faktoren im Vergleich

[9] Bei der Wahl des Streitbeilegungsmechanismus können eine Vielzahl an Faktoren eine Rolle spielen. Wesentliche Faktoren, die bei der Entscheidung eine Rolle spielen können, sind: Der Staat, in dem ein Urteil oder Schiedsspruch im Zweifel vollstreckt werden muss (hierzu unter 1.), die Person oder die Personen, die den Rechtsstreit entscheiden werden (hierzu unter 2.), die Frage, inwiefern die Öffentlichkeit an dem Rechtsstreit teilhaben soll (hierzu unter 3.), welche Verfahrenssprache gesprochen werden soll (hierzu unter 4.) oder ob Dritte in das Verfahren einbezogen oder an den Schiedsspruch gebunden werden sollen (hierzu unter 5.). Darüber hinaus können weitere praktische Gesichtspunkte von Bedeutung sein. Hierzu gehören, welche Schritte unternommen werden müssen, um das Verfahren einzuleiten (hierzu unter 6. und 7.) oder auch das Bedürfnis nach Flexibilität der Rechtswahl (hierzu unter 8.). Die Betrachtung dieser Faktoren soll nicht nur die Unterschiede der beiden Verfahrenstypen verdeutlichen, sondern auch aufzeigen, wie die jeweiligen Vorteile in der Praxis genutzt werden können. Weitere Faktoren – und zwar insbesondere aus wirtschaftlicher Sicht – sollen im zweiten Teil besprochen werden.

1. Die Vollstreckung des Titels

[10] Zunächst ist für die Entscheidung relevant, wo ein Urteil oder Schiedsspruch gegebenenfalls vollstreckt werden muss, nämlich falls die unterliegende Partei ihrer Verpflichtung aus dem Urteil oder Schiedsspruch nicht nachkommt. Dies ist in der Regel der Staat, in dem das unterliegende Unternehmen seinen Hauptsitz hat. Eine Vollstreckung kann aber auch in jedem anderen Staat in Betracht kommen, in dem sich Vermögen des unterliegenden Unternehmens befindet, insbesondere auch Bankkonten.

[11] Je nachdem, wo sich Vermögen der unterliegenden Partei befindet, kann sich eine Vollstreckung als einfacher oder schwieriger erweisen. Innerhalb der Europäischen Union sind Urteile von staatlichen Gerichten aus anderen Mitgliedstaaten unkompliziert vollstreckbar. Außerhalb der Europäischen Union kann sich eine Vollstreckung staatlicher Gerichtsurteile komplizierter gestalten. In einigen Staaten ist sie sogar unmöglich.

[12] Ein wesentlicher Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit ist die nahezu weltweite Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen. Dem so genannten New Yorker Übereinkommen („**NYC**") sind mittlerweile über 170 Saaten beigetreten.[4] Hiernach können Schiedssprüche im Ausland mittels eines einfachen Verfahrens vollstreckt werden. Die Vollstreckung kann nur aus wenigen, eng begrenzten Gründen verweigert werden. Hierzu gehört u. a. der *Ordre Public* Verstoß, eine Missachtung des rechtlichen Gehörs oder das Fehlen einer wirksamen Schiedsvereinbarung über den Rechtsstreit.

[13] Ein vergleichbares internationales Abkommen für Urteile, das die Anerkennung und Vollstreckung von Gerichtsurteilen in einem ähnlich umfassenden Umfang regelt, gibt es nicht.

[14] Die globale Durchsetzbarkeit von Schiedssprüchen macht die Schiedsgerichtsbarkeit daher für Streitigkeiten in internationalen

2) Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.
3) International Chamber of Commerce – The World Business Organization.
4) Stand Januar 2025, 172 Länder, abrufbar unter: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 (Stand 29.1.2025).

Vertragsbeziehungen vorzugswürdig. Sie bietet den Parteien eine verlässliche Grundlage, um ihre Ansprüche auch in anderen Staaten effektiv durchzusetzen.

2. Der (Schieds-)Richter

[15] Einer der bedeutendsten Unterschiede der Schiedsgerichtsbarkeit zur staatlichen Gerichtsbarkeit ist die Möglichkeit der Wahl der Person oder Personen, die den Rechtsstreit entscheiden. Vor ordentlichen Gerichten – sowohl in Deutschland als auch in anderen Staaten – haben die Parteien in der Regel keinen Einfluss darauf, wer über ihren Rechtsstreit entscheidet. Ist kein Gerichtsstand vereinbart, ergibt sich die Zuständigkeit eines Gerichts aus den internationalen, örtlichen und sachlichen Zuständigkeitsregelungen. Oft muss die klagende Partei die Gegenseite dann an einem Gericht verklagen, das am Unternehmenssitz der beklagten Partei liegt. Innerhalb des zuständigen Gerichts wird der zuständige Richter durch einen internen Geschäftsverteilungsplan bestimmt.

[16] In Schiedsverfahren wird der Rechtsstreit – abhängig von der Vereinbarung der Parteien – üblicherweise durch drei oder einen einzelnen Schiedsrichter entschieden. Wird der Rechtsstreit durch einen Einzelschiedsrichter entschieden, wird dieser üblicherweise entweder von der Schiedsinstitution ernannt oder die Parteien einigen sich auf eine Person. Entscheidet ein Tribunal aus drei Schiedsrichtern, steht es den Parteien üblicherweise frei, jeweils einen Schiedsrichter zu benennen. Der dritte, vorsitzende Schiedsrichter wird üblicherweise durch die beiden parteibenannten Schiedsrichter oder die Schiedsinstitution benannt. Durch die Möglichkeit der Wahl der Schiedsrichter können die Parteien Personen wählen, die für den konkreten Rechtsstreit relevante Expertise haben.

[17] Schiedsrichter sind häufig auf bestimmte Rechtsgebiete und Fachbereiche spezialisiert. Indem die Parteien bei der Wahl der Schiedsrichter frei sind, können sie ihren Rechtsstreit daher von Personen entscheiden lassen, die für diesen Rechtsstreit die ideale Expertise mit sich bringen. Das kann die Rechtskenntnisse oder das spezielle Fachwissen, aber auch besondere kulturelle Hintergründe oder auch Sprachkenntnisse betreffen.

[18] Richter an staatlichen Gerichten können ein vergleichbares Fachwissen meist nur selten aufbauen.[5] Zwar gibt es seit einigen Jahren bei den staatlichen Gerichten auch Spezialkammern, wie Baukammern. Dennoch gehören wirkliche Großprojekte nach wie vor nicht zum Verfahrensalltag. Liegt eine Handelssache vor – was in Bauprojekten meist der Fall ist – können sowohl der Kläger als auch der Beklagte weiterhin beanspruchen, dass der Rechtstreit von einer Kammer für Handelssachen entschieden werden soll. Dann aber entscheiden in der Regel ein Berufsrichter und zwei ehrenamtliche Richter, die allesamt keine Sonderzuständigkeit für Bausachen haben. Auch die Bemühungen des Gesetzgebers, sogenannte *Commercial Courts* einzurichten, werden zum gegenwärtigen Stand an dem allgemeinen Befund nicht allzu viel ändern können.[6] Zu beachten ist auch, dass es vor staatlichen Gerichten durchaus zu einem Richterwechsel kommen kann. Das zieht in jedem Fall eine Verzögerung nach sich. Darüber hinaus kann sich bei einem Richterwechsel aber auch die bisherige Einschätzung des Gerichts zur Sach- und Rechtslage ändern.

[19] Abhängig vom konkreten Einzelfall können verschiedenste Faktoren für die Wahl des Schiedsrichters relevant sein. Abhängig von der Internationalität des Rechtsverhältnisses und des Rechtsstreits, kann die Wahl des Schiedsrichters ein gewichtiger Aspekt sein, der für die Schiedsgerichtsbarkeit als Streitbeilegungsmechanismus spricht.

3. Öffentlichkeit oder Vertraulichkeit des Verfahrens?

[20] Ein weiterer Aspekt, über den sich die Parteien bei der Wahl des richtigen Streitbeilegungsmechanismus Gedanken machen sollten, ist die Öffentlichkeit deutscher Gerichtsverfahren und die Möglichkeit Vertraulichkeit in Schiedsverfahren zu vereinbaren.

[21] Schiedsverfahren finden dabei grundsätzlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Im Gegensatz dazu gehört es zu den Grundprinzipien des Rechtsstaats, dass Gerichtsverfahren öffentlich sind, damit die Allgemeinheit an diesen und an der Rechtsprechung teilhaben kann.

[22] Der Ausschluss der Öffentlichkeit bietet den Parteien jedoch die Möglichkeit, nicht nur Firmengeheimnisse zu schützen, sondern auch den Umstand zu verbergen, dass es überhaupt zu einem Rechtsstreit gekommen ist. Diese kann die Parteien vor einem möglichen Reputationsverlust bewahren, der bei einer (teilweisen) Niederlage in einem öffentlichen Gerichtsverfahren entstehen könnte. Die Einzelheiten des Verfahrens bleiben der Öffentlichkeit vorenthalten und es liegt bei den Parteien, ob sie die Existenz und das Ergebnis des Verfahrens öffentlich machen.

[23] Die Frage der Öffentlichkeit des Verfahrens ist allerdings von der Vertraulichkeit des Verfahrens abzugrenzen. Die Vertraulichkeit geht nämlich deutlich weiter, als dass ein Verfahren nicht öffentlich ist. Den Parteien ist es nämlich nicht grundsätzlich verwehrt über das Verfahren oder dessen Ausgang zu sprechen und auch mit Informationen aus dem Verfahren an die Öffentlichkeit zu treten. Ob hier etwas anderes gilt, hängt davon ab, ob die Parteien etwas Abweichendes vereinbaren oder ob die gewählten Schiedsregeln Vertraulichkeit des Verfahrens bestimmen. So sehen die DIS-Regeln grundsätzlich Vertraulichkeit des Verfahrens vor.[7] Anderes gilt z. B. für die ICC-Regeln. Hier ist die Vertraulichkeit des Verfahrens nicht automatisch gewährleistet. Das Verfahren ist nämlich nur auf Antrag[8] vertraulich zu behandeln.

[24] Ist es den Parteien daher von besonderer Bedeutung, die Öffentlichkeit aus dem Verfahren auszuschließen oder Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien der Öffentlichkeit gänzlich zu verschweigen, kann dies durch eine entsprechende Schiedsklausel gewährt werden.

4. Die Verfahrenssprache

[25] Vor nationalen Gerichten – mit Ausnahme der Möglichkeit bei den *Commercial Courts* – ist gesetzlich festgelegt, dass Deutsch die Gerichtssprache ist. Schriftsätze und Anlagen erfolgen somit in deutscher Sprache oder sind zu übersetzen. Ist eine der Parteien der deutschen Sprache nicht mächtig, kann dies ein Nachteil für sie sein. Verträge, Korrespondenz und Dokumentation müssen übersetzt werden. In einer Schiedsklausel können die Parteien für ein

5) vgl. Born, International Commercial Arbitration, S. 78.; MAH Piltz in IntWirtschaftsR/Trittmann/Mekat, 1. Auflage 2017, § 5 Rn. 28.
6) zu einer ökonomischen Analyse und einem Leistungsvergleich eines Schiedsgerichts und einem Commercial Court: Raeschke-Kessler, SchiedsVZ 2023, 158; Burianski/Fleckenstein, ZRP 2023, 162.
7) Art. 44 DIS-SchO.
8) Art. 22 Abs. 3 ICC-SchO.

Verfahren eine andere Verfahrenssprache wählen. Im internationalen Kontext ist die Geschäftssprache meistens Englisch. So werden üblicherweise Schiedsverfahren in englischer Sprache geführt und auch die deutsche Justiz beabsichtigt vermehrt englischsprachige Verfahren zu ermöglichen.

[26] Allerdings besteht in Schiedsverfahren die Möglichkeit auch andere Sprachen zu wählen z. B. Französisch, Spanisch oder Chinesisch. Wenn die Hauptsprache beider Parteien daher weder Englisch noch Deutsch ist, kann die Wahl der Verfahrenssprache zur Effizienz, Verständlichkeit und Transparenz beitragen.

[27] Fällt die Verfahrenssprache jedoch auf Deutsch, können deutsche Gerichte selbstverständlich ein ebenso gutes Forum zur Streitbeilegung bieten. Ob dies zukünftig durch die neuen *Commercial Courts* auch mit Blick auf Englisch als Verfahrenssprache der Fall sein wird, bleibt abzuwarten.

5. Die Einbeziehung Dritter in das Verfahren

[28] In komplexen Rechtsstreitigkeiten gibt es häufig nicht nur zwei, sondern gleich mehrere Parteien, die direkt oder mittelbar durch einen Rechtsstreit betroffen sein können. Gerichtliche Verfahren sehen in solchen Fällen klare Mechanismen vor, mit denen gleich mehrere Personen verklagt werden können oder die Parteien eines Verfahren Dritte an diesem beteiligen können. Hierzu gehören insbesondere die Regeln zur Streitverkündung (§§ 72 ff. ZPO) und Streitgenossenschaft (§§ 59 ZPO).

[29] Gleich vorweg: Die Einbeziehung mehrerer Parteien oder Dritter ist in Schiedsverfahren nicht im gleichen Maße möglich, denn der Weg zu Schiedsgerichten kann nur einvernehmlich erfolgen. Die Beteiligten müssen hierzu eine Vereinbarung treffen. Ein wesentlicher Nachteil von Schiedssprüchen ist es daher, dass sich ihre Wirkung nur zwischen den Parteien entfaltet. Dritte können grundsätzlich weder gegen ihren Willen in das Verfahren einbezogen noch an die Entscheidung gebunden werden. Der Grundsatz der Parteiautonomie schränkt die Möglichkeit der Streitverkündung oder Nebenintervention, wie sie vor staatlichen Gerichten existieren, stark ein.

[30] Zwar sehen die meisten Schiedsinstitutionen Regelungen für Mehrparteienschiedsverfahren vor, in dem auch mehrere Kläger oder mehrere Beklagte quasi als Streitgenossen auftreten können. Solche Verfahren setzen jedoch das vorherige Einverständnis aller Parteien, in der Regel in Form einer Schiedsklausel voraus.

[31] Schiedsinstitutionen versuchen zwar eine Lösung dafür zu entwickeln, wie Dritte – ähnlich wie bei einer Streitverkündung – an den Schiedsspruch gebunden werden können. Beispielhaft zu nennen sind insoweit die seit März 2024 geltenden *DIS Supplementary Rules*[9], die unter bestimmten Voraussetzungen eine Bindung Dritter ermöglichen. Doch auch diese erfordert stets die Zustimmung aller beteiligten Parteien, einschließlich des Dritten.[10] Eine Lösung hierfür können daher nur vertragliche Regelungen zwischen allen Beteiligten sein. z. B. so genannte „*Third-Party Joinder*" -Klauseln oder multilaterale Schiedsvereinbarungen. Auf diese Möglichkeiten werden wir in unserem dritten Teil der Aufsatzreihe noch einmal genauer eingehen.

[32] Letztendlich muss man jedoch sagen, dass die Schiedsgerichtsbarkeit in Bezug auf die Einbeziehung Dritter nicht mit der staatlichen Gerichtsbarkeit gleichziehen kann, da die Einbeziehung Dritter stets von dessen Einverständnis abhängt.[11]

6. Der verfahrenseinleitende Schriftsatz

[33] Ein sehr praktischer Unterschied zwischen Schieds- und Gerichtsverfahren liegt in der Art der Einleitung des Verfahrens. Genauer gesagt in dem hierfür notwendigen Schriftsatz.

[34] Die Klage zur Einleitung eines Gerichtsverfahrens muss bereits alle wesentlichen Aspekte des Rechtsstreits enthalten. Die Anforderungen nach § 253 Abs. 1 und 2 ZPO sind umfangreich. Der Sachverhalt in der Klageschrift muss so dargelegt sein, dass daraus ein schlüssiger Anspruch hervorgeht. Vor deutschen Gerichten hat sich zudem etabliert, mit der Klage nicht nur den Sachverhalt und Streitstand genau zu schildern, sondern auch Beweise anzutreten, die Argumente des Gegners vorwegzunehmen und umfassend Stellung zu beziehen.

[35] Die Einleitung eines Schiedsverfahrens erfordert hingegen einen so genannten Request for oder Notice of Arbitration („**RfA**"). Die Anforderungen an einen RfA hängen vom jeweiligen Schiedsinstitut und dessen Schiedsregeln ab. Im Vergleich zur Klageschrift sind diese Anforderungen jedoch deutlich geringer. Selbst bei komplexen Streitigkeiten umfasst ein RfA in der Regel nicht mehr als 15 Seiten, oft sogar weniger. Eine Klageschrift mit einem vergleichbaren Sachverhalt kann hingegen schnell mehrere dutzend Seiten umfassen, da der Sachverhalt umfassender dargestellt wird.

[36] Ein RfA, der vor der Konstituierung des Schiedsgerichts eingereicht wird, soll nicht den gesamten Streitstand detailliert schildern. Vielmehr reicht es aus, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts oder der Schiedsinstitution schlüssig darzulegen und einen (abhängig von den Schiedsregeln – groben) Überblick über den Rechtsstreit zu geben. Eine ausführlichere Darstellung erfolgt meist erst im Statement of Claim, der später eingereicht wird und inhaltlich mit einer Klageschrift vergleichbar ist.

[37] Die einfachere Einleitung eines Schiedsverfahrens kann je nach Perspektive als Vorteil oder Nachteil angesehen werden. Für den Schiedskläger ist der RfA ein klarer Vorteil. Er genügt den Anforderungen des § 1044 ZPO und hemmt gemäß §§ 204 Abs. 1 Nr. 11, 209 BGB die Verjährung. Diese Möglichkeit bietet eine deutliche Erleichterung, insbesondere wenn kurz vor Jahresende noch eine verjährungshemmende Maßnahme erforderlich ist. Der RfA lässt sich schnell und unkompliziert einreichen, ohne dass eine mit der Klageschrift vergleichbare detaillierte Darstellung des gesamten Rechtsstreits vonnöten ist.

[38] Aus Sicht des Beklagten bringt diese Vorgehensweise jedoch Nachteile. Die Verjährungshemmung umfasst alle Ansprüche, die im RfA geltend gemacht werden, selbst wenn diese nur grob beschrieben sind.

[39] Im Ergebnis hängt es wohl davon ab, auf welcher Seite eines Rechtsstreits man steht, ob man den kurzen RfA oder eine Klageschrift als vorteilhaft ansieht. Dennoch handelt es sich um einen

9) DIS, Ergänzende Regeln für Streitverkündungen.
10) s. u. a.Wolff, RInPrax 01/2024, 26.
11) siehe jedoch auch die Bestrebungen des deutschen Gesetzgebers zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, § 1035 Abs. 4 ZPO-E (Stand Januar 2025); vgl. auch Armbrüster, ZRP 2024, 66.

Aspekt, der bei der Wahl des Streitbeilegungsmechanismus relevant sein kann.

7. Die Übermittlung der (Schieds-)Klage

[40] Mit Blick auf die Verfahrenseinleitung stellt aber nicht nur der zur Einleitung einzureichende Schriftsatz einen bedeutenden Unterschied zwischen staatlichem Gerichtsverfahren und Schiedsverfahren dar. Auch die Übermittlung des Schriftsatzes an den (Schieds-) Kläger unterliegt unterschiedlichen Regelungen, die in der Praxis von großer Bedeutung sein können.

[41] Im Gegensatz zur Klageschrift (§ 253 ZPO) muss der RfA nämlich nicht förmlich zugestellt werden. Das ist vor allem bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten ein entscheidender Vorteil. Die förmliche Zustellung einer Klageschrift im Ausland über ein Amtshilfeverfahren kann – abhängig vom Zielland – Monate oder sogar Jahre dauern. In manchen Fällen scheitert die Zustellung gänzlich, wenn der betroffene Staat die Amtshilfe verweigert.

[41] Ein aktuelles Beispiel ist Russland, wo die politischen Beziehungen zu Deutschland angespannt sind. Deutsche Klageschriften gegen russische Unternehmen werden in der aktuellen politischen Situation nicht zugestellt.[12] Ähnliche Probleme können auch in Ländern mit instabilen politischen Verhältnissen oder bürgerkriegsähnlichen Zuständen auftreten.

[42] Das deutsche Recht bietet mit der öffentlichen Zustellung (§ 185 ZPO) zwar eine Alternative, doch Gerichte sehen diese nur als *ultima ratio* vor. Sie versuchen in der Regel die Klageschrift zunächst im Ausland zuzustellen. Dieser Prozess kann nicht nur die Anspruchsdurchsetzung erheblich verzögern, sondern auch zu Unsicherheiten bei der Vollstreckung eines deutschen Urteils in anderen Ländern führen. Ein Urteil, das auf einer öffentlichen Zustellung basiert, wird möglicherweise nur in Deutschland anerkannt und vollstreckt, nicht aber von dem Land, in dem die Zustellung verweigert wurde. Dies dürfte aber regelmäßig auch das Land sein, in dem die beklagte Partei ihren Sitz und damit Vermögenswerte hat, in die vollstreckt werden kann.

[43] Das zeitaufwendige – und möglicherweise erfolglose – Zustellungsverfahren entfällt bei der Einleitung eines Schiedsverfahrens. Ist ein institutionelles Schiedsverfahren vereinbart, beginnt das Verfahren mit der Übermittlung des RfA an das zuständige Schiedsinstitut. Dieses leitet den RfA direkt an die beklagte Partei weiter, ohne dass förmliche Zustellungsverfahren, wie Amtshilfeersuchen, erforderlich sind. Nach Zahlung der Bearbeitungsgebühren erfolgt die Weiterleitung des RfA meist auf dem Postweg.

[44] Dadurch können Streitigkeiten schneller und effizienter behandelt werden, was vor allem bei internationalen Rechtstreitigkeiten von Vorteil ist. Vor diesem Hintergrund sollte der Sitz der Vertragspartei, an die ein verfahrenseinleitender Schriftsatz im Zweifel übermittelt werden muss, bei der Entscheidung für den richtigen Streitbeilegungsmechanismus berücksichtigt werden.

8. Mehr Flexibilität bei der Rechtswahl

[45] In den meisten Fällen dürften Vertragsparteien dazu neigen, bei der Vereinbarung des Gerichtsstandes auch das entsprechende materielle Recht für den Vertrag zu wählen. Wählen Parteien beispielsweise einen Gerichtsstand in Deutschland, liegt es nahe, auch deutsches Recht als anwendbares Recht festzulegen.

[46] Allerdings enthält das deutsche Recht Vorschriften, die unternehmerische Freiheiten stärker einschränken als die Regelungen anderer Jurisdiktionen. Ein prominentes Beispiel ist das AGB-Recht in den §§ 305 ff. BGB, das ein enges Korsett darstellt, wenn es um die vertragliche Gestaltungsfreiheit geht.[13] Insbesondere sehen die Normen des deutschen AGB-Rechts Restriktionen der Vertragsfreiheit im Zusammenhang mit Haftungsfragen, Pauschalierung von Schadensersatz, Verjährung und dem Mängelgewährleistungsrecht vor. Ursprünglich als Verbraucherschutzrecht gedacht, hat die Rechtsprechung das AGB-Recht in weitem Umfang auch auf den reinen Unternehmensverkehr erstreckt.

[47] Vor staatlichen Gerichten ist nur die Wahl einer Rechtsordnung als Ganzes möglich. Eine Abwahl einzelner einfach-zwingender Normen ist nicht vorgesehen. In der Schiedsgerichtsbarkeit ist das grundsätzlich anders. § 1051 Abs. 1 ZPO gewährt den Parteien bei der Wahl der anzuwendenden Normen weitreichende Flexibilität. Auch gilt Art. 3 Abs. 2 ROM-I-VO nicht im Schiedsverfahren. Vor diesem Hintergrund halten gewichtige Stimmen selbst bei reinen Inlandssachverhalten die Wahl deutschen Rechts unter Ausschluss der §§ 305 ff. BGB für möglich. Hinzuweisen ist allerdings auf das Restrisiko einer Fortgeltung des AGB-Rechts über die Grundsätze von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB. Andererseits gilt aber auch: Folgt ein Schiedsgericht der Ansicht zu einer vollständigen Abdingbarkeit, müsste es die Aufhebung des Schiedsspruches bei abweichenden Entscheidungen deutscher Gerichte nicht fürchten. Ein Schiedsspruch wird nämlich nur dann aufgehoben oder nicht vollstreckt, wenn es gegen grundlegendste materielle oder prozessuale Regelungen verstößt. Hierzu gehört beispielsweise der *Ordre Public*. Beim AGB-Recht handelt es sich zwar um zwingendes Recht handelt, jedoch gehört es im Bereich von B2B-Geschäften nicht zum deutschen *Ordre Public*.[14] Sollten Vertragsparteien die Abwahl des AGB-Kontrolle anstreben, empfiehlt es sich, die Rechtswahl um einen klaren Ausschluss des AGB-Rechts nach den §§ 305 ff. BGB zu ergänzen.

III. Zwischenfazit

[48] Die in diesem ersten Teil besprochenen Faktoren haben bereits aufgezeigt, wie wichtig und sinnvoll es ist, sich im Rahmen von Vertragsverhandlungen auch über die Wahl des richtigen Streitbeilegungsmechanismus eingehende Gedanken zu machen. Deutlich ist vor allem geworden, dass es keine Standardlösung für sämtliche Fallgestaltungen gibt, sondern es immer auf den Einzelfall ankommt. In „Der Weg zum Ziel: Streitbeilegung im Infrastruktur- und Projektkontext – Schiedsgericht oder ordentliche Gerichtsbarkeit?" – Die entscheidungsrelevanten Aspekte – Teil II werden die Autoren auf weitere entscheidungserhebliche Faktoren eingehen und dabei den Fokus auf die eher wirtschaftlichen Aspekte Kosten und Zeit legen.

12) vgl. u. a. KG Berlin, Beschluss vom 1.6.2023 – 12 SchH 5/22, SchiedsVZ, 2024, 218.
13) vgl. u. a. hierzu ausführlich in dieser Ausgabe: Leupertz, RInPRax 2025, 2; Pfeiffer, NJW 2012, 1169.
14) vgl. zum Ganzen: Leupertz, RInPrax 2025, 2; Pfeiffer, NJW 2012, 1169; Brödermann, Beck-OK Handels- u. VertrR, 2022, 1.1.1.3; Rieländer in Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Rz. 55 ff.

DR. CONSTANTIN FRANK-FAHLE, LL. M./FLORIAN HERKOMMER*

Die erfasste Lieferkette nach dem LkSG – Eine Betrachtung am Beispiel des internationalen Maschinen- und Anlagenbaus

Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) normiert Sorgfaltspflichten für deutsche Unternehmen in ihren Lieferketten und hat besondere Bedeutung für den internationalen Anlagenbau, da hier besondere Risiken für Verletzungen von menschenrechts- oder umweltbezogenen Verboten bestehen. Dieser Beitrag untersucht insbesondere die in der internationalen Maschinen- und Anlagenbaubranche erfasste Lieferkette.

The German Supply Chain Due Diligence Act (LkSG) establishes due diligence obligations for German companies within their supply chains and is of particular importance for the international plant engineering sector, as this industry is prone to human rights or environmental violations. This article examines the scope of the supply chain as set out in the German LkSG, with a focus on the international machinery and plant engineering industry.

I. Einleitung

[1] Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) ist am 1.1.2023 in Kraft getreten und erfasst seit dem 1.1.2024 Unternehmen, die in der Regel mehr als 1000 Arbeitnehmer beschäftigen.[1]

Das Gesetz soll die Achtung von Menschenrechten sowie die Einhaltung angemessener Arbeitsstandards sichern und Verstöße gegen Umweltstandards verhindern.[2] Es normiert für deutsche Unternehmen diverse Sorgfaltspflichten in ihren Lieferketten, wie bspw. die Einrichtung eines Risikomanagements, die Durchführung von Risikoanalysen, eine Berichtspflicht sowie als ultima ratio die Verpflichtung zum (vorübergehenden) Abbruch der Geschäftsbeziehung mit unmittelbaren Zulieferern.[3]

[2] Besondere Bedeutung hat das LkSG für Unternehmen die im internationalen Maschinen- und Anlagenbau sowie der internationalen Baubranche tätig sind. Dies ergibt sich daraus, dass es gerade im Rahmen internationaler Großprojekte, bei denen eine Vielzahl an Hauptauftragnehmern und Subunternehmern mitwirken, nicht unwahrscheinlich ist, dass gegen arbeitsrechtliche Standards oder Umweltauflagen verstoßen wird.[4]

[3] Obgleich sich die deutsche Maschinen- und Anlagenbaubranche durch die Disruption von internationalen Lieferketten, nicht zuletzt aufgrund der Covid-19-Pandemie, bis heute im Umbruch befindet, konnten im Jahr 2023 wieder mehr Aufträge aus dem Ausland gewonnen werden. So stiegen die Exportzahlen von Maschinenbauerzeugnissen aus Deutschland in den letzten Jahren kontinuierlich auf ca. 207 Mrd. EUR an.[5] Auch das Auftragsvolumen der deutschen Bauindustrie aus dem Ausland erreichte im Jahr 2023 mit ca. 39,6 Mrd. EUR einen neuen Höchststand.[6] Es ist also auf Basis dieser Zahlen davon auszugehen, dass auch in Zukunft eine Vielzahl von Projekten durch deutsche Unternehmen u. a. in Ländern realisiert wird, in denen das Risiko für Verletzungen der menschenrechts- oder umweltbezogenen Verbote des LkSG erhöht ist. Folglich ist es für Unternehmen der internationalen Maschinen- und Anlagenbaubrauche besonders wichtig zu verstehen, welche Teile ihrer Lieferkette vom Anwendungsbereich des LkSG und damit dem dort verankerten umfassenden Pflichtenkatalog erfasst sind.

II. Die Lieferkette im Allgemeinen

[4] In § 2 Abs. 5 LkSG wird der Begriff der Lieferkette legaldefiniert. Erfasst sind hiernach alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistungen erforderlich sind, angefangen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zu der Lieferung an den Endkunden. Die Lieferkette umfasst sowohl das Handeln des Unternehmens im eigenen Ge-

*) Dr. Constantin Frank-Fahle, LL. M. ist Rechtsanwalt und Gründungspartner der Kanzlei emltc (Emerging Markets – Legal. Tax. Compliance.), Abu Dhabi/Dubai. Florian Herkommer ist Rechtsanwalt und Associate bei der Kanzlei emltc, Abu Dhabi/Dubai. Stand: 11/2024.

1) Johann/Wildfeuer, in: Johann/Sangi LkSG 2023, § 1 Rn. 2; Walden, in: Depping/Walden LkSG 2022, § 1 Rn. 1.
2) BT-Drs. 19/28649, 1; Giesberts NVwZ 2022, 1497 (1498).
3) Fleischer CCZ 2022, 205 (211); Frank-Fahle ZfBR 2023, 6 (7).
4) Frank-Fahle ZfBR 2023, 6 (6).
5) Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Auftragseingang der deutschen Bauindustrie aus dem Ausland in den Jahren 1995 bis 2023 (in Milliarden Euro), April 2024, Statista, abrufbar unter: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/152127/umfrage/auftragseingang-der-deutschen-bauindustrie-aus-dem-ausland-seit-1990/.
6) VDMA, Export- und Importwert von Maschinenbauerzeugnissen aus und nach Deutschland in den Jahren 2001 bis 2023 (in Milliarden Euro), Mai 2024, Statista, abrufbar unter: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/36383/umfrage/import-und-export-im-maschinenbau-seit-1999/.

schäftsbereich als auch das von unmittelbaren Zulieferern und mittelbaren Zulieferern.[7] Diese sehr weitreichende Lieferkettendefinition führt dazu, dass der erfasste Bereich der Lieferketten, selbst für Bau- und Anlagenbauprojekte im Inland, regelmäßig bis weit ins Ausland reicht.[8]

1. Alle zur Produktherstellung und Dienstleistungserbringung erforderlichen Schritte

[5] Zunächst müssen die jeweiligen Schritte zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistungen erforderlich sein.

Wann ein Schritt für Produkte oder Dienstleistungen erforderlich ist, ist nicht gesetzlich geregelt.[9] Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales fasst den Begriff sehr weit und bezieht bspw. auch den Bürobedarf eines Industrieunternehmens als für die Herstellung von Produkten erforderlich mit ein. Dies sei deshalb nicht zu weitreichend, weil die Frage, welche jeweiligen Lieferketten und Risiken ein Unternehmen zuerst angehen müsse, hiervon getrennt zu beurteilen sei.[10] So wird teilweise argumentiert, dass selbst Gebäudereinigung und Betriebskantinen für die Produktherstellung bzw. Dienstleistung erforderlich sind und daher zur Lieferkette zählen. Diese weite Auslegung der Erforderlichkeit könne dann über den Angemessenheitsvorbehalt in § 3 Abs. 2 LkSG korrigiert werden.[11]

[6] Das Merkmal der Erforderlichkeit wäre jedoch dann hinfällig, wenn ihm keine einschränkende Bedeutung zukäme.[12] Auch geht das Gesetz davon aus, dass die Bestandteile einer Lieferkette je nach Produkt oder Dienstleistung variieren kann.[13] Es muss also Leistungen geben, die nicht erforderlich sind und daher nicht in die Lieferkette miteinbezogen werden.[14] Eine Korrektur über die Angemessenheit nach § 3 Abs. 2 LkSG ist zwar sachlich zielführend, würde jedoch das Merkmal der Erforderlichkeit ad absurdum führen. Letztlich bestehen auch praktische Grenzen bei dem jeweiligen Unternehmen, die eine Einbeziehung solcher mittelbaren bzw. sekundären Tätigkeiten nicht sachgerecht erscheinen lassen.[15]

[7] Nach zutreffender Meinung[16] sind daher all diejenigen Schritte nicht erforderlich i. S. des § 2 Abs. 5 S. 2 LkSG, die nicht mit der Produktherstellung oder Dienstleistungserbringung in unmittelbarer Beziehung stehen. Für mittelbare Leistungen kommt es darauf an, ob diese hinweggedacht werden können oder nicht.[17] Für die Büroreinigung oder den Einkauf der Zutaten des Essens in der Betriebskantine[18] ist dies der Fall. Der Bau einer Schiffsanlegestelle an einer Fabrik dürfte wiederum, auch wenn er nur mittelbar wertschöpfend ist, erforderlich sein.[19] Im Anlagenbau sind bspw. Ingenieur- und Architekturdienstleistungen von Dritten regelmäßig erforderlich.

2. Upstream- und Downstream-Lieferkette

[8] In der Betriebswirtschaftslehre wird die Lieferkette in eine Zuliefererseite (*upstream*) und eine Absatzseite (*downstream*) unterteilt. Die Upstream-Seite erfasst hierbei die vorgelagerte Beschaffung der Produktionsmaterialien und Komponenten. Die Downstream-Seite umfasst den gesamten kundenseitigen Bereich, also Aktivitäten, die nach der Herstellung des Produktes erfolgen (bspw. Vertrieb und Versand).[20] Die Upstream-Seite ist unproblematisch vom LkSG erfasst.[21] Fraglich ist allerdings, ob auch die gesamte Downstream-Seite der Lieferkette erfasst wird.[22]

[9] Die Formulierung „von der Gewinnung der Rohstoffe bis zu der Lieferung an den Endkunden" deutet darauf hin, dass auch Vertriebstätigkeiten zumindest bis zum Endkunden erfasst sind.[23] Dies wird durch die Gesetzesbegründung bekräftigt, die davon ausgeht, dass auch solche Aktivitäten erfasst sein sollen, die dafür sorgen, dass das Produkt seinen endgültigen Bestimmungsort erreicht.[24]

[10] Gleichzeitig schließt der Begriff Endkunde aber Zweiterwerber des Produkts vom Lieferkettenbegriff des LkSG aus.[25] Unternehmen müssen also nicht den gesamten Lebenszyklus ihrer Produkte überwachen. Auch wenn dies im Einzelfall nicht mit dem Ziel des LkSG vereinbar erscheint, sind insbesondere Risiken und Verletzungen, die durch die Verwendung des Produktes nach der Lieferung an den Endkunden erfolgen, nicht erfasst.[26]

[11] Nach der Gesetzeskonzeption ist die Downstream-Seite also nicht von vorneherein vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Allerdings umfasst der Lieferkettenbegriff nur den eigenen Geschäftsbereich sowie unmittelbare und mittelbare Zulieferer.[27] Hierdurch begrenzt § 2 Abs. 5 Hs. 2 LkSG die Bedeutung der Downstream-Seite für die Sorgfaltspflichten der Unternehmen faktisch wiederum erheblich.[28]

III. Der eigene Geschäftsbereich

[12] Die weitreichendsten Sorgfaltspflichten treffen Unternehmen in ihrem eigenen Geschäftsbereich. Im Inland sind Verletzungen von menschenrechts- bzw. umweltbezogenen Verboten zu beenden, während diese im Ausland zumindest in der Regel zu beenden sind.[29]

Nach § 2 Abs. 6 S. 1 LkSG erfasst der eigene Geschäftsbereich jede Tätigkeit des Unternehmens zur Erreichung des Unternehmensziels, unabhängig davon, ob sie an einem Standort im In-

7) Falder RIW 2023, 116 (117); Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 151.
8) Vgl. Falder RIW 2023, 116 (118).
9) Kolb, in: Fleischer/Mankowski LkSG 2023, § 2 Rn. 212.
10) BMAS FAQ Frage II. 4., abrufbar unter: https://www.csr-in-deutschland.de/DE/Wirtschaft-Menschenrechte/Gesetz-ueber-die-unternehmerischen-Sorgfaltspflichten-in-Lieferketten/FAQ/faq.html.
11) Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 159; Grabosch, in: Grabosch LkSG 2021, § 2 Rn. 41, 55 f.
12) Kolb, in: Fleischer/Mankowski, § 2 Rn. 213.
13) BT-Drs. 19/28648, 40; Gehling/Ott/Lüneborg CCZ 2021, 230 (233); Nietsch/Wiedmann NJW 2022, 1 (4).
14) Leyens, in: Hopt HGB – LkSG, 42. Aufl. 2023, § 1 – § 2 Rn. 8; vgl. Nietsch/Wiedmann NJW 2022, 1 (4).
15) Vgl. Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 159.
16) Vgl. Gehling/Ott/Lüneborg CCZ 2021, 230 (233); Kolb, in: Fleischer/Mankowski, § 2 Rn. 213.
17) Mittwoch/Bremenkamp, in: Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß LkSG 2023, § 2 Rn. 828; Nietsch/Wiedmann NJW 2022, 1 (4).
18) So auch: Mittwoch/Bremenkamp, in: Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß, § 2 Rn. 828; Nietsch/Wiedmann NJW 2022, 1 (4).
19) Vgl. Grabosch, in: Grabosch, § 2 Rn. 43.
20) Vgl. Mittwoch/Bremenkamp, in: Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß, § 2 Rn. 808.
21) Kolb, in: Fleischer/Mankowski, § 2 Rn. 209; Mittwoch/Bremenkamp, in: Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß, § 2 Rn. 808.
22) Dies verneinend: Schall NZG 2022, 787 (789).
23) Kolb, in: Fleischer/Mankowski, § 2 Rn. 209.
24) BT-Drs. 19/28649, 40.
25) Leyens, in: Hopt, § 1 – § 2 Rn. 7.
26) Kolb, in: Fleischer/Mankowski, § 2 Rn. 210.
27) Falder RIW 2023, 116 (117); Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 151.
28) Wehrmann, in: Depping/Walden, § 2 Rn. 518.
29) Mühlbach/Räntsch, in: BeckOK LkSG, 4. Edition 2023, § 7 Rn. 22 ff.; Wagner/Wagner, in: Wagner/Ruttloff/Wagner LkSG 2022, § 4 Rn. 699 ff.

oder Ausland vorgenommen wird.[30] Als Standort der Tätigkeit sind neben dem Sitz also auch (ausländische) Niederlassungen, Zweigstellen und Produktionsstätten erfasst, sofern diese Teil der Unternehmenseinheit sind.[31]

[13] Nicht genau definiert ist der Begriff des Unternehmensziels.[32] Dieses ist anhand des Einzelfalls aus Perspektive eines verständigen Dritten zu bestimmen.[33] Die jeweilige Tätigkeit muss zur Erreichung des festgestellten Unternehmensziels beitragen. Auch dies bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls.[34] Problemlos sind Tätigkeiten erfasst, die objektiv geeignet sind, das Unternehmensziel zu fördern. Aber auch solche Tätigkeiten, die die Erreichung des Ziels tatsächlich nicht fördern, sind dann erfasst, wenn eine Förderung subjektiv aus Unternehmenssicht besteht.[35]

[14] Zum eigenen Geschäftsbereich einer Obergesellschaft gehören nach § 2 Abs. 6 S. 3 LkSG auch die konzernangehörigen Gesellschaften, sofern die Obergesellschaft auf diese bestimmenden Einfluss ausübt.[36] Anders als in § 290 Abs. 2 Nr. 1 AktG verwendet der Gesetzgeber nicht den Begriff des beherrschenden Einflusses.[37] Dies spricht dafür, dass neben einer hohen Mehrheitsbeteiligung auch weitere Faktoren gegeben sein müssen und die Vermutung aus § 290 AktG nicht greift.[38] Anhaltspunkte für einen bestimmenden Einfluss sind neben einer Mehrheitsbeteiligung das Bestehen eines konzernweiten Compliance-Systems, die Übernahme der Steuerung von Kernprozessen bei Tochterunternehmen, personelle Verflechtungen, Einfluss auf das Lieferkettenmanagement der Tochtergesellschaft, sich deckende Geschäftsbereiche von Obergesellschaft und Tochtergesellschaft sowie sonstige rechtliche Konstellationen, in denen eine Einflussnahme ermöglicht wird.[39]

[15] Es kommt im Einzelfall also auf eine Gesamtschau und die tatsächliche Möglichkeit der Einflussnahme an.[40] Laut dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ist nicht erforderlich, dass der bestimmende Einfluss mit Blick auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten bereits ausgeübt wurde.[41]

[16] Hundertprozentige Tochtergesellschaften im Ausland, die bspw. als Projektgesellschaften genutzt werden, fallen also in den eigenen Geschäftsbereich des deutschen Unternehmens. Darüber hinaus ist es im internationalen Anlagenbau üblich, größere Projekte durch eine Kooperation mit anderen Unternehmen zu realisieren. So werden regelmäßig Joint Ventures gegründet oder Konsortialverträge abgeschlossen.[42] Dies ist teilweise schon erforderlich, um das Projekt überhaupt realisieren zu können, führt aber auch zu verbesserten Wettbewerbschancen der beteiligten Unternehmen und senkt deren Risiken.[43] Welche Kooperationsform letztlich gewählt wird, hängt maßgeblich von steuerlichen, haftungsrechtlichen und bilanziellen Fragen ab.[44] Für länger andauernde Projekte wird häufig ein Joint Venture in Form einer Personengesellschaft (ARGE) oder als Kapitalgesellschaft gegründet. Die Joint Venture Gesellschaft tritt dann gegenüber dem Kunden auf, während die einzelnen Unternehmen ihre Leistungen an die Joint Venture Gesellschaft erbringen.[45] Im Gegensatz hierzu ist ein Konsortium eine rein vertragliche Bündelung der einzelnen Teilleistungen der beteiligten Unternehmer.[46] Da auch hier ein (zeitlich begrenzter) Zusammenschluss mehrerer Personen mit einem gemeinsamen Ziel gegeben ist,[47] liegt, sofern deutsches Recht anwendbar ist, eine GbR bzw. oHG vor.[48]

[17] Beide Formen der Kooperation zählen zum eigenen Geschäftsbereich des deutschen Unternehmens, wenn dieses bestimmenden Einfluss ausübt bzw. ausüben kann. Dies hängt, wie bereits dargestellt, von der Beteiligungshöhe und den Gesamtumständen, wie bspw. dem Bestehen personeller Verflechtungen ab.

IV. Der fremde Geschäftsbereich (Zulieferer)

[18] Neben dem eigenen Geschäftsbereich bestehen für Unternehmen auch bezüglich ihrer Zulieferer diverse abgestufte Sorgfaltspflichten.[49] Es wird zwischen unmittelbaren und mittelbaren Zulieferern differenziert.

1. Unmittelbare Zulieferer

[19] Unmittelbare Zulieferer sind nach § 2 Abs. 7 LkSG Vertragspartner, deren Zulieferungen für die Herstellung des Produktes des Unternehmens oder zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung notwendig sind.[50]

[20] Notwendig sind all jene Zulieferungen, ohne die das Unternehmen sein Produkt nicht herstellen bzw. seine Dienstleistung nicht erbringen kann.[51] Neben wesentlichen Produktionsschritten[52] sind auch solche Zulieferungen notwendig, die zwar keinen direkten Bezug zum jeweiligen Produkt oder zur jeweiligen Dienstleistung haben, ohne die das Unternehmen seiner Tätigkeit aber nicht nachgehen kann.[53] Eine Zulieferung ist nur dann unmittelbar, wenn zwischen dem Zulieferer und dem Unternehmen eine vertragliche Beziehung besteht.[54]

30) Falder/Frank-Fahle/Poleacov, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz 2022, 42; Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 165; Tschäpe/Trefzger ZfBR 2023, 423 (425).
31) BT-Drs. 19/28649, 41; Grabosch, in: Grabosch, § 2 Rn. 21; Tschäpe/Trefzger ZfBR 2023, 423 (425).
32) Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 165.
33) Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 165.
34) Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 166.
35) Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 166.
36) Bettermann/Hoes BKR 2022, 23 (25); Tschäpe/Trefzger ZfBR 2023, 423 (425).
37) Hembach, Praxisleitfaden Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz 2022, 112 f.
38) Hembach, Praxisleitfaden Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 112 f.
39) BT-Drs. 19/30505, 38; BMAS FAQ Frage IV. 9., abrufbar unter: https://www.csr-in-deutschland.de/DE/Wirtschaft-Menschenrechte/Gesetz-ueber-die-unternehmerischen-Sorgfaltspflichten-in-Lieferketten/FAQ/faq.html; Bettermann/Hoes BKR 2022, 23 (25); Rothenburg/Rogg AG 2022, 257 (261 ff.).
40) BMAS FAQ Frage IV. 9., abrufbar unter: https://www.csr-in-deutschland.de/DE/Wirtschaft-Menschenrechte/Gesetz-ueber-die-unternehmerischen-Sorgfaltspflichten-in-Lieferketten/FAQ/faq.html; Hembach, Praxisleitfaden Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz 2022, S. 115.
41) BMAS FAQ Frage IV. 9., abrufbar unter: https://www.csr-in-deutschland.de/DE/Wirtschaft-Menschenrechte/Gesetz-ueber-die-unternehmerischen-Sorgfaltspflichten-in-Lieferketten/FAQ/faq.html.
42) Decker, in: Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 2020, III. Internationaler Konsortialvertrag, Rn. 1, 4.
43) Decker, in: Roquette/Schweiger, III. Internationaler Konsortialvertrag, Rn. 1; vgl. Schäfer, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2024, Vor § 705 Rn. 62.
44) Decker, in: Roquette/Schweiger, III. Internationaler Konsortialvertrag, Rn. 6.
45) Decker, in: Roquette/Schweiger, III. Internationaler Konsortialvertrag, Rn. 7.
46) Decker, in: Roquette/Schweiger, III. Internationaler Konsortialvertrag, Rn. 8; Schäfer, in: MüKoBGB, Vor § 705 Rn. 63 f.
47) Vgl. Decker, in: Roquette/Schweiger, III. Internationaler Konsortialvertrag, Rn. 10; Schäfer, in: MüKoBGB, Vor § 705 Rn. 62.
48) Schäfer, in: MüKoBGB, Vor § 705 Rn. 62.
49) Vgl. Falder/Frank-Fahle/Poleacov, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 45.
50) Lüneborg MDR 2023, 1009 (1010).
51) Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 178; Tschäpe/Trefzger ZfBR 2023, 423 (425).
52) Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 178.
53) Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 178.
54) Lüneborg MDR 2023, 1009 (1010).

[21] Im internationalen Maschinen- und Anlagenbau ist es aus kostentechnischen Gründen üblich, entweder direkt oder über die jeweiligen Joint Venture Gesellschaften, zahlreiche lokale Subunternehmer zu beauftragen.[55] Je nach Komplexität des Projekts bestehen vertragliche Beziehungen für den Bezug von Baumaterialien, Arbeitnehmerüberlassungen, umfassende Ingenieurdienstleistungen oder dergleichen. Diese unmittelbaren Zulieferer müssen im Rahmen des Risikomanagements bzw. der Risikoanalyse des deutschen Unternehmens im Hinblick auf potenzielle Verletzungen von menschenrechts- oder umweltbezogenen Verboten berücksichtigt werden. Als ultima ratio ist in § 7 Abs. 3 LkSG sogar die Beendigung der Geschäftsbeziehung normiert. Diese kann, je nach Ausgestaltung der Verträge zu weitreichenden Schadensersatzverpflichtungen des deutschen Unternehmens führen. Vor dem Eingehen von vertraglichen Beziehungen ist also eine umfassende Due Diligence des Zulieferers durchzuführen. Dies gilt insbesondere, wenn das Projekt in einer Region mit bekannten oder erhöhten Risiken für Verletzungen eines der erfassten Verbote liegt.

2. Mittelbare Zulieferer

[22] Im Verhältnis zu mittelbaren Zulieferern gelten deutlich eingeschränktere Sorgfaltspflichten.[56] § 2 Abs. 8 LkSG definiert einen mittelbaren Zulieferer als jedes Unternehmen, das kein unmittelbarer Zulieferer ist und dessen Zulieferungen für die Herstellung des Produktes des Unternehmens oder zur Erbringung und Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistung notwendig ist.[57] Erfasst sind also alle Zulieferer, mit denen das Unternehmen keine unmittelbare vertragliche Beziehung hat, sofern ihre jeweilige Zulieferung notwendig ist.[58] Dies umfasst bspw. auch sämtliche Zulieferer eines unmittelbaren Zulieferers.[59]

[23] Da Unternehmen regelmäßig nicht überschauen können, wie viele mittelbare Zulieferer in ihren Lieferketten bestehen,[60] ist ein Tätigwerden nach § 9 Abs. 3 LkSG nur bei substanziierter Kenntnis von Risiken bzw. Verletzungen der erfassten menschenrechts- bzw. umweltbezogenen Verboten, mithin anlassbezogen, erforderlich.[61]

V. Zusammenfassung und Ausblick

[24] Deutsche Unternehmen, die die derzeit relevante Schwelle von 1000 Arbeitnehmern überschreiten, müssen umfangreiche Sorgfaltspflichten in ihrer Lieferkette einhalten. Dies bedeutet für Unternehmen im internationalen Maschinen- und Anlagenbau insbesondere, dass sie ihre komplexen Lieferketten stärker überwachen und ggfls. Abhilfemaßnahmen ergreifen müssen. Wie weitreichend die Sorgfaltspflichten gehen, hängt maßgeblich davon ab, in welchem Glied der Lieferkette ein Risiko bzw. eine Verletzung festgestellt wird. Im eigenen Geschäftsbereich sind Verletzungen von menschenrechts- bzw. umweltbezogenen Verboten zu beenden, während diese im eigenen Geschäftsbereich im Ausland zumindest in der Regel zu beenden sind.[62] Für unmittelbare Zulieferer sind angemessene Abhilfemaßnahmen zu ergreifen und ggfls. ist sogar die Geschäftsbeziehung zu beenden.[63]

[25] Letztlich führt das Inkrafttreten des LkSG wohl auch dazu, dass Unternehmen bei der Realisierung von Großprojekten im internationalen Kontext, wie bspw. Infrastrukturprojekten, schon vor der Kooperation mit anderen Unternehmen eine ausführliche Due Diligence durchführen sollten bzw. müssen. Denn gerade bei einer Kooperation über Joint Ventures oder Konsortialverträgen bestehen – sofern diese zum eigenen Geschäftsbereich gehören – weitreichende Sorgfaltspflichten. Gleichzeitig kann der faktische Einfluss zur Vermeidung oder Abhilfe von Verletzungen recht gering sein.

[26] Es bleibt abzuwarten, inwieweit im Rahmen der Strukturierung internationaler Projekte neben haftungs- und steuerrechtlichen Überlegungen zukünftig auch Überlegungen zu den Sorgfaltspflichten des LkSG in den jeweiligen Gliedern der Lieferkette Einzug finden.

---

55) Frank-Fahle ZfBR 2023, 6 (6).
56) Lüneborg MDR 2023, 1009 (1010).
57) Falder/Frank-Fahle/Poleacov, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 44; Lüneborg MDR 2023, 1009 (1010); Tschäpe/Trefzger ZfBR 2023, 423 (426).
58) Gehne/Gabriel, in: Johann/Sangi, § 2 Rn. 181; Falder/Frank-Fahle/Poleacov, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 44.
59) Leyens, in: Hopt, § 1 – § 2 Rn. 16.
60) Tschäpe/Trefzger ZfBR 2023, 423 (426).
61) Pelz/Krais, Lieferketten in der Unternehmenspraxis 2023, 26.
62) Mühlbach/Räntsch, in: BeckOK LkSG, 4. Edition 2023, § 7 Rn. 22 ff.; Wagner/Wagner, in: Wagner/Ruttloff/Wagner LkSG 2022, § 4 Rn. 699 ff.
63) Gehne/Humbert/Philippi, in: Johann/Sangi, § 7 Rn. 28 ff.; Krajewski/Wohltmann, in: Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß, § 7 Rn. 53.

DR. CHRISTIAN FRANK, LICENCIÉ EN DROIT (PARIS II / PANTHÉON-ASSAS) / DR. JULIA FREIFRAU VON IMHOFF*

Die Bereitstellung von Daten im Data Act

Der Data Act (EU-Verordnung 2023/2854) wird für das Verhältnis von Herstellern und Nutzern von Industrieanlagen zum Game Changer durch die vorgesehenen Rechte auf Datenzugang und Datenweitergabe. Im Data Act werden indes verschiedene Datenbegriffe verwendet, die Konsequenzen für Umfang und Reichweite der damit verbundenen Pflichten haben. Anhand von drei praxisorientieren Szenarien soll eine Abgrenzung der Datenbegriffe und ihres Anwendungsbereichs vorgenommen werden.

The Data Act (EU Regulation 2023/2854) will be a game changer for the relationship between manufacturers and users of industrial plants due to the envisaged rights to data access and data transfer. However, the Data Act uses various data terms that have consequences for the scope and extent of the associated obligations. Three practice-orientated scenarios will be used to define the data terms and their scope of application.

I. Der Data Act als Teil der Europäischen Datenstrategie

[1] Die Datenstrategie der Europäischen Kommission zielt darauf ab, in den Binnenmarkt auch digitale Daten einzubeziehen, um die EU zum Vorbild für eine digitale Gesellschaft zu machen.[1] Ein Teilaspekt zur Umsetzung dieser Strategie ist die die EU-Verordnung 2023/2854 vom 13. Dezember 2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung („Data Act"). Sie soll die Verfügbarkeit von Daten zur Nutzung erhöhen und branchenübergreifend regeln, wer welche Daten für welche Zwecke nutzen darf. Laut der EU-Kommission ist der verfügbare Datenbestand aufgrund von Hemmnissen bisher nicht vollständig ausgenutzt worden. Der Data Act will den Grundstein für eine Änderung legen. Der EU-Kommission zufolge dürften die Mitgliedstaaten dadurch bis 2028 einen BIP-Zuwachs in Höhe von 270 Mrd. EUR verzeichnen[2], und sie nennt hierfür auch konkrete Beispiele, wie etwa niedrigere Preise für Anschlussmarktdienste und Reparaturen intelligenter Geräte; neue Möglichkeiten zur Nutzung von Diensten, die den Zugang zu Daten voraussetzen oder einen besseren Zugang zu Daten, die von Geräten gesammelt oder erzeugt werden.[3]

[2] Ein zentrales Element des Data Act sind damit die Regelungen zum Zugang des Nutzers zu Produktdaten und verbundenen Dienstdaten nach Art. 3 und 4 Data Act und deren Weitergabe an Dritte nach Art. 5 und 6 Data Act. Verpflichtet werden kann hierzu der Dateninhaber. Dies ist grundsätzlich derjenige, der die Daten besitzt, was – je nach Konstellation, der Verkäufer, Vermieter, Verleiher oder auch der Hersteller eines vernetzten Produktes oder einer darin integrierten Komponente sein kann. In Bezug auf einen verbundenen Dienst kommen vor allem dessen Anbieter und die an seiner Erbringung beteiligten Parteien in Frage. Es kann auch eine Mehrzahl von Dateninhabern geben. In der unter den Stichworten „Industrie 4.0" im Inland oder „Internet of things" vor allem im Ausland diskutierten Digitalisierung von Prozessen zur Herstellung und dem Betrieb vernetzter Produkte und der Erbringung entsprechender Dienste wird dies sogar relativ häufig auftreten.

[3] Die Verfügbarkeit und Verwertung derartiger Daten durch Nutzer und Dritte kann für den Hersteller vernetzter Produkte oder den Anbieter verbundener Dienste im Wettbewerb nachteilig sein, da sie hierdurch Konkurrenz bekommen können und auch sollen, wie die von der EU-Kommission genannten Beispiele ausdrücklich unterstreichen. Potentiell betroffene Unternehmen sollten sich proaktiv mit dem Data Act auseinandersetzen, um mögliche Risiken und Chancen für ihre Marktstellung und Profitabilität frühzeitig zu erkennen und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Einhaltung der Bestimmungen sicherzustellen, ohne unnötig weitreichende Einblicke in den eigenen „Maschinenraum" zu geben. Da die Regelungen des Data Act ab dem 12. September 2025 gelten, besteht dringender Handlungsbedarf, Strategien und interne Prozesse frühzeitig anzupassen, insbesondere im Hinblick auf die Erhebung und Nutzung nicht-personenbezogener Daten. Nur so kann sichergestellt werden, dass die gesetzlichen Anforderungen erfüllt werden, ohne die eigenen Geschäftsinteressen unnötig zu beeinträchtigen.

[4] Die Relevanz des Data Act für den Anlagen- und Maschinenbau haben *Störing* und *Mondry* zuletzt untersucht[4] und sich hierbei vor allem mit den wesentlichen Akteuren und ihren Beziehungen

*) Dr. Christian Frank ist Partner und Dr. Julia Freifrau von Imhoff ist Salary Partnerin bei TaylorWessing in München.

1) Vgl. den Überblick der EU-Kommission, abrufbar unter https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_de.
2) Vgl. auch die Presseerklärung der EU-Kommission vom 23.2.2022, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_1113.
3) Vgl. auch den Presseartikel der EU-Kommission vom 11.1.2024, abrufbar unter https://commission.europa.eu/news/data-act-enters-force-what-it-means-you-2024-01-11_de?prefLang=de&etrans=de.
4) RIIPrax 1/2024, S. 28 ff.

untereinander befasst. Schwerpunkt des vorliegenden Beitrags sollen vor allem die unterschiedlichen Datenbegriffe sein und welche Folgerungen sich daraus für Umfang und Reichweite der hiermit verbundenen Pflichten ergeben. Im Folgenden wird auf die zugrundeliegende Systematik des Kapitel II des Data Act (dazu unter 2.) und dessen verschiedene Datenbegriffe (dazu unter 3.) eingegangen und beides anhand von Fallbeispielen illustriert (dazu unter 4.). Besonderes Augenmerk wird dabei auf die sich daraus ergebenden Pflichten und deren Auswirkungen auf Unternehmen im Maschinen- und Anlagenbau gelegt. Durch die Klärung der unterschiedlichen Begriffsdefinitionen wird aufgezeigt, wie Unternehmen ihre Compliance-Strategien möglichst effizient gestalten können, um den neuen gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden und gleichzeitig ihre Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten. Eine gezielte Handlungsempfehlung für Unternehmen, die sich noch in der Anfangsphase des Umgangs mit dem Data Act befinden, wird durch eine Scoping-Anleitung zur Verfügung gestellt (dazu unter 5.).

II. Systematik der Regeln zum Zugang und zur Datenweitergabe

1. Maßgebliche Akteure

[5] Zentrale Personen der Regeln zur Datenweitergabe sind der Nutzer und der Dateninhaber bei einer Weitergabe an Dritte auch der Datenempfänger. Der Nutzer besitzt ein vernetztes Produkt, es wurden ihm vertraglich zeitweilige Rechte für dessen Nutzung übertragen – etwa im Rahmen einer Miete – oder er nimmt die verbundenen Dienste in Anspruch (Art. 2 Nr. 12 Data Act). Alle der Möglichkeiten basieren auf einem rein tatsächlichen Bezug es Nutzers zum vernetzten Produkt oder dem verbundenen Dienst.

Die Definition des Dateninhabers in Art. 2 Nr.13 Data Act ist hingegen etwas weniger klar: Es ist die Person, die berechtigt oder verpflichtet ist, Daten zu nutzen und bereitzustellen, die sie während der Erbringung eines verbundenen Dienstes abgerufen oder generiert hat. Die Berechtigung oder Verpflichtung ergibt sich aus dem Data Act selbst, aus dem Unionsrecht oder nationalen Umsetzungsbestimmungen. Und die Daten umfassen – so vertraglich vereinbart, auch Produktdaten oder verbundene Dienstdaten.

[6] Mehrere Aspekte dieser Definition erscheinen nicht vollständig geglückt: Will ein Unternehmen, welches sich einem Bereitstellungsanspruch aus Art. 4 Data Act ausgesetzt sieht, herausfinden, ob es entsprechend verpflichtet ist, scheint der Verweis in der Definition auf eine Verpflichtung „*nach dieser Verordnung*" einen Zirkelschluss zu schaffen. Im letzten Halbsatz überrascht, dass in der Spezifizierung der betroffenen Daten darauf abgestellt wird, dass der Dateninhaber sie während der Erbringung eines verbundenen Dienstes abgerufen oder generiert haben muss. Ein entsprechendes Wording zu Generierung von Produktdaten fehlt hingegen, obwohl diese unmittelbar zuvor erwähnt werden.

[7] Klarer ist hingegen die Definition des Datenempfängers in Art. 2 Nr. 14 Data Act: Es ist diejenige Person, die unmittelbar weder ein vernetztes Produkt nutzt noch einen verbundenen Dienst in Anspruch nimmt, der aber der Dateninhaber Daten bereitstellt. Der Datenempfänger handelt dabei zu Zwecken seiner gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit.

2. Die Zugänglichmachung nach Art. 3 Data Act, die Bereitstellung nach Art. 4 Data Act und die Weitergabe nach Art. 5 Data Act

[8] Art. 3 Abs. 1 Data Act verpflichtet Hersteller und Diensteanbieter, ihre vernetzten Produkte und verbundenen Dienste so zu konzipieren, dass deren Nutzer – soweit relevant und technisch durchführbar – direkten Zugang zu Produktdaten (Art. 2 Nr. 15 Data Act) und verbundenen Dienstdaten (Art. 2 Nr. 16 Data Act) einschließlich der relevanten Metadaten (Art. 2 Nr. 2 Data Act) haben, welche für die Auslegung und Nutzung der vorgenannten Daten erforderlich sind.

Allerdings räumt Art. 3 Data Act dem Nutzer keinen durchsetzbaren Anspruch auf eine entsprechende Konzipierung dieser Produkte oder Dienste durch den Hersteller oder Diensterbringer ein.[5] Diese eingeschränkte Durchsetzbarkeit der Verpflichtung wirft die Frage nach den Folgen im Falle ihrer Missachtung auf, die im Rahmen dieses Beitrags jedoch nicht weiter vertieft werden soll.[6]

[9] Ist der unmittelbare Zugriff auf die Daten nicht möglich, so regelt Art. 4 Data Act einen Anspruch des Nutzers auf deren Bereitstellung durch den Dateninhaber. Dieser Anspruch umfasst "ohne Weiteres verfügbare Daten" (Art. 2 Nr. 17 Data Act), also Produktdaten und verbundene Dienstdaten einschließlich Metadaten, die der Dateninhaber ohne unverhältnismäßigen Aufwand rechtmäßig beschaffen kann. Ausgeschlossen sind jedoch Daten, die lediglich bei der Produktnutzung generiert werden, sofern das Produkt nicht explizit für deren Erfassung konzipiert wurde.[7] Die Bereitstellung muss in einem maschinenlesbaren Format und in der gleichen Qualität erfolgen, wie sie dem Dateninhaber zur Verfügung stehen.

[10] Um die praktische Nutzbarkeit der Daten sicherzustellen, räumt der Data Act dem Nutzer zudem das Recht ein, die Weitergabe der Daten an Dritte zu verlangen (Art. 5 Data Act). Diese Möglichkeit ist bedeutend, da Nutzer die Daten oftmals nicht selbst verwerten können. Art. 6 Data Act ergänzt die Regelungen zur Datenweitergabe, indem er spezifische Rahmenbedingungen für die Weitergabe an Dritte vorsieht.

3. Schranken

[11] Die Verfügbarkeit und Verwertbarkeit dieser Daten durch Nutzer und Dritte können negative Auswirkungen auf Hersteller und Anbieter und den Wettbewerb infolge von Trittbrettfahrer-Effekten haben; gleichzeitig sollen die Monopolisierung von Daten verhindert und Märkte geöffnet werden. Hierzu enthält der Data Act Einschränkungen: Art. 4 Abs. 10 und Art. 6 Abs. 2 lit. e) Data Act verbieten die Verwendung der Daten zur Entwicklung *konkurrierender* Produkte. Die Entwicklung *neuer und innovativer* Produkte ist weiterhin erlaubt.[8] Bei der Abgrenzung zwischen einem konkurrierenden Produkt und einem neuen und innovativen Produkt für denselben oder einen vergleichbaren Anwendungsfall werden sich sicher Fragen ergeben, deren Beantwortung im Einzelfall schwierig sein wird – was den Rahmen dieses Beitrags ebenfalls sprengen würde.

5) Ausdrücklich klargestellt auch in Nr. 19 der FAQ der EU-Kommission vom 6. September 2024.
6) Vgl. hierzu etwa *Schreiber/Pommerening/Schoel*, Der neue Data Act. 2. Aufl. 2024, S. 55 f.
7) Erwägungsgrund 20, S. 6.
8) Erwägungsgrund 32, S. 3 und 39 letzter Satz.

[12] Bemerkenswert ist das Fehlen eines vergleichbaren Verbots für die Entwicklung konkurrierender *Dienste*. Die Erwägungsgründe des Data Acts betonen sogar explizit die Zulässigkeit der Datennutzung zur Entwicklung sowohl neuer als auch konkurrierender Dienste.[9] Diese unterschiedliche Behandlung von Produkt- und Dienstentwicklung verdeutlicht eine strategische Abwägung der Interessen verschiedener Marktteilnehmer und unterstreicht die Komplexität der wettbewerbsrechtlichen Aspekte des Data Acts. Die Auslegung dieser Bestimmungen wird in der Praxis von entscheidender Bedeutung sein.

[13] Darüber hinaus gibt es besondere Regelungen für die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen und von Daten, die die Sicherheitsanforderungen des vernetzten Produktes beeinträchtigen können.[10] Über Inhalt und Grenzen der bis zuletzt stark umstrittenen Regelungen zur Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen und die Umsetzung in der Praxis lässt sich viel schreiben, was aber ebenfalls einen eigenen Beitrag erfordert.

[14] Hinsichtlich der Gefahren der Beeinträchtigung der Sicherheitsanforderungen fällt auf, dass Art. 4 Abs. 2 Data Act nur auf Risken in Bezug auf vernetzte Produkte abstellt, nicht aber auf solche eines verbundenen Dienstes. Die Erwägungsgründe enthalten keine Hinweise zu diesem Aspekt. Ein möglicher Grund für die inkongruente Behandlung könnte in der mangelnden Autonomie eines verbundenen Dienstes liegen: Er ist nur ein Werkzeug zur Sicherstellung und Kontrolle des Betriebs des vernetzten Produkts, folglich werden sich Beeinträchtigungen der Sicherheitsanforderungen hauptsächlich dort auswirken.

III. Definitionen der maßgeblichen Begriffe

[15] Der Data Act bedient sich einer Vielzahl von in Art. 2 Data Act definierten Begriffen, die Anwendungsbereich und Rechtsfolgen eines Datenbereitstellungsanspruchs festlegen. Das Verständnis dieser Begriffe ist nicht nur für die sogenannte „Scoping-Arbeit" wichtig, sondern auch für eine präzise Auslegung und Anwendung der mit dem Data Act verbundenen Rechte und Pflichten, insbesondere in den Kapiteln II und III des Gesetzes.

1. Vernetztes Produkt

[16] Der Data Act definiert in Art. 2 Nr. 5 das „vernetzte Produkt" als einen Gegenstand mit drei Merkmalen: Erstens muss es Daten über seine Nutzung oder seine Umgebung sammeln, generieren oder empfangen. Dies umfasst sowohl aktiv erhobene Daten (z. B. Sensordaten) als auch passiv generierte Daten (z. B. Nutzungsdaten). Zweitens muss es in der Lage sein, diese Produktdaten über verschiedene Kommunikationswege zu übertragen: elektronische Kommunikationsdienste (z. B. Internet, Mobilfunk), physische Verbindungen (z. B. USB) oder geräteinterne Zugriffe. Drittens darf die Speicherung, Verarbeitung oder Übertragung von Daten nicht die Hauptfunktion des Produkts sein, es sei denn, dies geschieht im Auftrag des Nutzers. Mit dieser Einschränkung sollen reine Datenverarbeitungsinfrastrukturen wie Cloud- oder Hostingserver ausgeschlossen und der Schwerpunkt auf Produkte mit integrierter Datenfunktionalität gelegt werden.

[17] Die Definition umfasst ein breites Spektrum von Produkten aus unterschiedlichen Branchen, von Haushaltsgeräten und Konsumgütern über Fahrzeuge und medizinische Geräte bis hin zu Industrieanlagen. Die konkrete Auswahl der bereitgestellten Daten kann sowohl durch Entscheidungen der Hersteller als auch durch EU-Recht oder nationales Recht, gegebenenfalls unter Einbeziehung wettbewerbsrechtlicher Aspekte, beeinflusst werden. Der Ausschluss von Prototypen[11] verdeutlicht den Fokus auf marktreife Produkte mit etablierten Datenfunktionalitäten. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Data Act von einem funktionalen Verständnis des „vernetzten Produkts" ausgeht, das auf die Datenfunktionalität des Produkts abstellt und nicht auf seine spezifische Beschaffenheit oder seinen Verwendungszweck.

2. Verbundener Dienst

[18] Ein „verbundener Dienst" nach Art. 2 Nr. 6 Data Act ist nicht das eigenständige, immaterielle Gegenstück zum „vernetzten Produkt", sondern dessen untrennbares Anhängsel. Es handelt sich um einen digitalen Dienst einschließlich Software, der notwendigerweise mit einem vernetzten Produkt verbunden sein muss. Die Verbindung ist funktionaler Natur: Der verbundene Dienst steuert die Funktionen des vernetzten Produkts, indem er sie ausführt, ergänzt, aktualisiert oder anpasst. Es besteht also eine enge funktionale Abhängigkeit und Interaktion zwischen dem verbundenen Dienst und dem vernetzten Produkt.

[19] Dies impliziert, dass ein verbundener Dienst nicht unabhängig existiert, sondern immer im Kontext eines bestimmten vernetzten Produkts zu sehen ist. Die Steuerung der Produktfunktionen kann bereits beim Kauf oder Leasing gegeben sein oder nachträglich durch den Hersteller oder Dritte hinzugefügt werden. Die Definition konzentriert sich auf die funktionale Interdependenz und nicht auf die physische oder rechtliche Verbindung zwischen Dienst und Produkt. Ein isolierter digitaler Dienst, der nicht direkt mit einem vernetzten Produkt interagiert und dessen Funktionen beeinflusst, fällt daher nicht unter die Definition eines „verbundenen Dienstes".

3. Produktdaten

[20] Produktdaten gem. Art. 2 Nr. 15 Data Act sind Daten, die durch die Nutzung eines vernetzten Produkts generiert werden und die der Hersteller des verbundenen Produktes so konzipiert hat, dass sie über einen elektronischen Kommunikationsdienst, eine physische Verbindung oder einen geräteinternen Zugang von einem Nutzer, Dateninhaber oder Dritten – gegebenenfalls einschließlich des Herstellers – abgerufen werden können. Die Definition betont die Generierung der Daten durch die Nutzung des Produkts. Dies schließt explizit sowohl aktiv erfasste Daten (z. B. durch Sensoren) als auch passiv generierte Daten (z. B. Nutzungsdauer) ein. Wichtig ist die technische Abrufbarkeit dieser Daten – sie müssen vom Hersteller so vorgesehen sein, dass der Zugriff technisch möglich ist. Die Daten müssen nicht notwendigerweise in einem speziell aufbereiteten Format vorliegen: Sowohl Rohdaten („Quell- oder Primärdaten") als auch aufbereitete Daten, die verständlicher und nutzbarer gemacht wurden (z. B. durch Umrechnung physikalischer Größen in anschauliche Einheiten), fallen unter diesen Begriff. Nicht unter die Definition von Produktdaten fallen jedoch Informationen, die aus den Daten erst durch weitere aufwendige Verarbeitung und Interpretation (etwa durch komplexe Algorithmen) gewonnen werden, es sei denn,

9) Erwägungsgrund 32, S. 3 und 39 letzter Satz.
10) Art. 4 Abs. 6 bis 9, Art. 5 Abs. 9 bis 12 und Art. 4 Abs. 2 DA.
11) Erwägungsgrund 14.

dies ist zwischen Nutzer und Dateninhaber ausdrücklich vereinbart.[12]

4. Verbundene Dienstdaten

[21] Der Data Act definiert in Art. 2 Nr. 16 „verbundene Dienstdaten" als Daten, die die Digitalisierung von Handlungen oder Vorgängen des Nutzers im Zusammenhang mit einem vernetzten Produkt darstellen. Diese Daten werden entweder vom Nutzer absichtlich gespeichert oder vom Anbieter als Nebenprodukt seiner Handlungen bei der Nutzung eines vernetzten Dienstes erzeugt.

[22] Im Wesentlichen handelt es sich um Daten, die die Interaktion des Nutzers mit dem verbundenen Dienst widerspiegeln. Dies umfasst sowohl bewusst erfasste Daten als auch Daten, die implizit während der Nutzung entstehen. Erwägungsgrund 15 veranschaulicht dies anhand von Beispielen: Statusinformationen ("wird genutzt"/"wird nicht genutzt"), Modi Wechsel (etwa „Stand-by" zu „Off"), Aufzeichnungen eingebetteter Anwendungen, Hardware-Status, Funktionsstörungen und Sensordaten fallen darunter.[13] Dies umfasst zunächst Rohdaten. Aufbereitete Daten sind eingeschlossen, sofern die Aufbereitung lediglich der besseren Verwertbarkeit dient und keinen eigenständigen Mehrwert darstellt.[14]

5. Ohne Weiteres verfügbare Daten

[23] Der in Art. 4 Data Act verwendete Begriff der „ohne Weiteres verfügbare Daten" wird in Art. 2 Nr. 17 Data Act definiert als Produktdaten und verbundene Dienstleistungsdaten, die ein Dateninhaber rechtmäßig und ohne unverhältnismäßigen Aufwand aus dem vernetzten Produkt oder der verbundenen Dienstleistung gewinnen kann. Zur Definition gehört zudem, dass „über einfache Bearbeitung hinausgegangen wird", was in der deutschen Sprachfassung – missglückt – als letzter Halbsatz angehängt wird. Der Vergleich mit der englischen und französischen Sprachfassung zeigt, dass der Halbsatz inhaltlich zum Verständnis des "unverhältnismäßigen Aufwands" gehört. Der Sinn wird deutlicher, wenn man die Satzteile wieder zusammenführt wie in den erwähnten anderen Sprachfassungen („ohne unverhältnismäßigen, über eine einfache Bearbeitung hinausgehenden Aufwand …erhält"). Der Begriff "unverhältnismäßig" ist dabei umfassend zu verstehen und umfasst technische, wirtschaftliche und organisatorische Aspekte.

6. Metadaten

[24] Metadaten gem. Art. 2 Nr. 2 Data Act sind diejenigen Daten, welche eine strukturierte Beschreibung der Inhalte oder der Nutzung eben jener Daten erleichtern. Der Begriff wird damit mehr funktional beschrieben als definiert im wissenschaftlichen Sinne.[15] Es sind ergänzende Kontextinformationen. Dies betrifft beispielsweise Zeitstempel, Datenquellen, Formatinformationen, Klassifikationsangaben und Maßeinheiten.[16] Die Erforderlichkeit bestimmter Metadaten (vgl. z. B. Art. 4 Abs. 1 Data Act) ist kontextabhängig; ein expliziter Katalog im Data Act fehlt.

IV. Abgrenzungen anhand von Beispielen

[25] Die in den Kapiteln II und III verwendeten Begriffe und Definitionen weisen Unschärfen auf und die häufige Verwendung scheinbar ähnlicher Begriffe erschwert den intuitiven Zugang zu Inhalt und Umfang der Regelungen. Im Folgenden sollen anhand von drei praxisorientierten Szenarien die Abgrenzungen der zentralen Begriffe verdeutlicht werden.

1. Beispiel 1: Das vernetzte Robotik-System im Anlagenbau

[26] Ein Unternehmen betreibt eine Fertigungsstraße mit vernetzten Robotersystemen des Herstellers A, die durch eine cloudbasierte Softwarelösung des Herstellers B gesteuert werden. Die Roboter erfassen während des Betriebs genaue Positionsdaten (X-, Y-, Z-Koordinaten, Winkel) in Echtzeit. Der Bediener kann über die Software Bewegungsparameter (Geschwindigkeit, Kraft) vorgeben. Das System protokolliert diese Eingaben und die daraus resultierenden Bewegungen. Zusätzlich werden Umgebungsdaten wie Temperatur und Luftfeuchtigkeit erfasst, soweit sie für die Funktionalität und Genauigkeit des Systems relevant sind. Der Zustand des Robotersystems (aktiv/inaktiv, Fehlermeldungen) wird ebenfalls aufgezeichnet. Das System analysiert die gesammelten Daten langfristig und erstellt Berichte über Ausfallwahrscheinlichkeit und Effizienz. In der Fertigungsindustrie werden derartige Systeme bereits seit geraumer Zeit eingesetzt.[17] Bei der Einordnung der generierten Daten in die Kategorien des Data Act sind folgende Aspekte zu berücksichtigen:

- **Die Positionsdaten der Roboterarme** sind Echtzeitdaten, die je nach Konzeption der Anlagensteuerung als Produktdaten (Art. 2 Nr. 15 Data Act) und/oder damit verbunden Dienstdaten (Art. 2 Nr. 16 Data Act) zu qualifizieren sind. Sie werden durch die Nutzung des Systems generiert und sind regelmäßig für einen Zugriff durch den Nutzer konzipiert.[18] Ein Anspruch auf Bereitstellung nach Art. 4 Data Act ist gegeben, sofern sie "leicht zugänglich" sind.
- **Bei Bewegungsprotokollen (Befehlen des Bedieners)** handelt es sich um verbundene Dienstdaten, ein Beispiel der Dokumentation digitalisierter Nutzerhandlungen.[19] Ein Anspruch auf Zugang nach Art. 4 Data Act ist wahrscheinlich, da diese Daten die Nutzung des Dienstes dokumentieren und "leicht verfügbar" sein dürften.
- **Umgebungsdaten (Temperatur, Luftfeuchtigkeit):** Diese Daten sind indirekte Produktdaten, soweit sie für den Betrieb relevant sind und der Hersteller den Zugriff darauf vorgesehen hat.[20] Ein Anspruch nach Art. 4 Data Act ist unter den genannten Voraussetzungen gegeben.
- **Systemzustandsdaten (aktiv/inaktiv, Fehlermeldungen):** Es handelt sich um Produktdaten, die den Zustand des vernetzten Produkts dokumentieren und in den Anwendungsbereich von Art. 4 Data Act fallen.[21]
- **Daten zu Zulieferern, Komponentenherstellern:** In den Erwägungsgründen des Data Act tauchen immer wieder Passagen auf, denen zufolge eines der gesetzgeberischen Ziele die Ermöglichung von Reparaturen und Wartung sind.[22] Es handelt

12) Erwägungsgrund 15, S. 13.
13) Erwägungsgrund 15, S. 6.
14) Erwägungsgrund 15, S. 8.
15) Die *differentia specifica* (vgl. hierzu *Gast*, Juristische Rhetorik, 4. Auflage 2006, Rz 879, nach Aristoteles, Topik, 103 b 15-16) ist unscharf, gerade was das Kriterium der „Nutzung eben jener Daten erleichtern" betrifft.
16) Erwägungsgrund 15, S. 11.
17) Vgl. etwa die Berichte der International Federation of Robotics über die Verbreitung des Einsatzes in der Fertigung in verschiedenen Ländern, abrufbar über https://ifr.org/wr-industrial-robots/ oder Presseberichte etwa https://www.ingenieur.de/fachmedien/vdi-z/automatisierung-vdi-z/roboter-ueberneh men-im-produktionsalltag/
18) Erwägungsgrund 15, S. 8.
19) Erwägungsgrund 15, S. 1 und 3.
20) Erwägungsgrund 15, S. 5.
21) Erwägungsgrund 15, S. 6 und 7.
22) Erwägungsgrund 15, S. 12, Erwägungsgrund 20, S. 2.

sich hierbei aber eindeutig nicht um Daten, die *durch* die Nutzung eines Produktes generiert werden, damit sicher nicht um Produktdaten iSv Art. 2 Nr. 15. Es sind auch eindeutig keine verbundenen Dienstdaten, da sie nicht während der Bereitstellung des verbundenen Dienstes durch den Anbieter generiert werden. Auch eine Qualifikation als Metadaten scheidet aus, da sie eben nicht zur Auslegung oder Nutzung der Produkt- oder verbundenen Dienstdaten erforderlich sind.

- **Langzeitanalysen (Ausfallwahrscheinlichkeit, Overall Equipment Effectiveness):** Eine Overall Equipment Effectiveness Analyse bewertet die Produktivität einer Fertigungsanlage, indem sie Betriebszeiten, Produktionsgeschwindigkeit und Ausschussraten kombiniert und bewertet. Bei Predictive Maintenance Analysen werden Sensordaten (Vibrationssensoren, Temperaturmessungen und Betriebsstunden), Herstellerangaben und historischen Wartungsinformationen analysiert und bewertet, Eintrittswahrscheinlichkeiten für bestimmte Ereignisse berechnet, um möglichst präzise Vorhersagen über den optimalen Wartungszeitpunkt zu treffen, damit ungeplante Ausfälle vermieden werden. Hierbei handelt es sich wohl nicht um Daten im Sinne von Art. 3 und 4 Data Act. Es ist angesichts der Produkt- und Dienstbeschreibungen verschiedener Anbieter von „Overall Equipment Effectiveness" oder „Predictive Maintenance" Berichten naheliegend, dass sie durch komplexe Verarbeitung und -analysen einer großen Menge unterschiedlicher Daten gewonnen werden und damit keine unmittelbaren Produktdaten oder verbundene Dienstdaten darstellen. Damit fallen sie nicht in den Anwendungsbereich von Art. 3 oder 4 Data Act.[23] Entsprechendes gilt für Berichte aus Qualitätskontrollsystemen oder Produktionsflussanalysen.
- **Metadaten (Skalierungseinheiten):** Die Skalierungseinheiten (Zoll/Zentimeter) der Roboterarme sind notwendige Metadaten im Sinne der Art. 3 und 4 Data Act, da sie für die korrekte Interpretation der Positionsdaten unerlässlich sind.
- **Verschleißdaten:** Daten zum Abnutzungszustand sind zwar für die Beurteilung der Datenqualität hilfreich, aber für das Verständnis und die Nutzung der Daten nicht zwingend erforderlich. Sie sind daher keine Metadaten, die in den Anwendungsbereich von Art. 3 oder 4 Data Act fallen. Auch wenn ihre Erhebung über Sensoren erfolgt, dürften sie regelmäßig auch keine Produktdaten sein, da für die Berechnung des Abnutzungszustandes regelmäßig komplexere Verarbeitungsvorgänge erforderlich sind.

2. Beispiel 2: Das vernetzte Auto

[27] Moderne Fahrzeuge sind mit zahlreichen Sensoren und Systemen ausgestattet, die umfangreiche Daten sammeln und für verschiedene Funktionen nutzen. So schlägt beispielsweise das Navigationssystem auf Basis von GPS-Daten und vergangenen Fahrten eine Route vor und schätzt die Fahrzeit ab, wobei auch Echtzeitinformationen über Verkehrslage und Staus berücksichtigt werden. Gleichzeitig sammelt das Fahrzeug kontinuierlich Daten über Verbrauch, Reichweite (je nach Antriebsart), Betriebsstunden und den Zustand wichtiger Komponenten wie Motor, Getriebe und Bremsen. Diese Daten dienen der Optimierung der Routenplanung, der vorausschauenden Wartungsplanung und der Erhöhung der Fahrsicherheit. Zusätzliche Sensoren erfassen Umgebungsdaten wie Außentemperatur, Helligkeit oder Niederschlag. Ein integrierter Temperatursensor im Motor überwacht dessen Temperatur und greift bei drohender Überhitzung regulierend ein, meldet dies aber auch proaktiv an den Fahrer. Die gesammelten Daten werden zur Verbesserung der Fahrdynamik und des Komforts genutzt, z. B. zur Anpassung der Fahrwerksregelung oder zur Optimierung der Klimatisierung. Auch Daten über die Auslastung der einzelnen Fahrzeugsysteme und deren Zusammenspiel werden erfasst und ausgewertet. Ein Teil dieser Daten, aber eben nicht alle, fällt in den Anwendungsbereich von Art. 4 Data Act:

- **Rohdaten zu Position und Route:** Diese Daten fallen unter Art. 4 Data Act, da sie durch Nutzung des vernetzten Autos generiert werden und in der Regel ohne unverhältnismäßigen Aufwand verfügbar sind.[24]
- **Routenoptimierungsvorschläge:** Es handelt sich um abgeleitete Informationen, die durch die Verarbeitung und Analyse anderer Daten (GPS-Daten, Verkehrsdaten etc.) infolge der Investitionen in und der Ausstattung mit entsprechenden Systemen und Algorithmen erarbeitet worden sind. Ein Anspruch auf Bereitstellung besteht hier nicht.[25]
- **Zeitstempel der GPS-Daten**: Dies sind Metadaten, die zur Auslegung und Nutzung der GPS-Daten erforderlich sind.[26]
- **Höhenlage:** Eine ggf. zusätzliche Erfassung der Höhenlage über dem Meeresspiegel ist im vorliegenden Zusammenhang für die Bestimmung des geografischen Standorts (GPS-Daten) nicht erforderlich und stellt daher keine als Metadatum bereitzustellende Information dar.[27]
- **Anzeige der Verbrauchsdaten in Echtzeit**: Eine Anzeige des aktuellen Kraftstoffverbrauchs wie 5 l/100km ist das Ergebnis der durch Sensoren gemessenen eingespritzten Kraftstoffmenge und der über den Tacho oder GPS-Sensoren gemessenen gefahrenen Strecke pro Zeiteinheit. Diese Daten werden dann zur Berechnung in der Formel Verbrauch (l/100km) = eingespritzte Kraftstoffmenge (l) / gefahrene Strecke (km) zusammengeführt und ausgewertet. Aus diesseitiger Sicht liegt es nahe, dass die Anzeige des aktuellen Kraftstoffverbrauchs als eine einfache Aufbereitung von Daten zu qualifizieren ist,[28] die vom Dateninhaber nach Art. 4 Data Act bereitzustellen wären. Gleiches gilt etwa für die Zusammenführung der Messungen der Reifendrucksensoren an allen vier Reifen zu einem Gesamtstatus.
- **Durchschnittsverbrauch/CO_2-Emissionen:** Sofern diese Daten weitergehend aufbereitet und analysiert werden – etwa in Form der Ermittlung eines Durchschnittsverbrauchs über einen längeren Zeitraum oder – bei einem Verbrennermotor – hieraus resultierende CO_2 Emissionen – handelt es sich nicht mehr zwangsläufig um Produktdaten iSv Art. 2 Nr. 5 Data Act. Sie werden dann nicht unmittelbar durch die Nutzung generiert, sondern erst durch eine weitere komplexere Aufbereitung.[29] Hier wird es maßgeblich auf den konkreten Einzelfall ankommen. Es kann auch Konstellationen geben, in denen der Aufbereitungsaufwand so gering ist, dass ein Bereitstellungsanspruch besteht.[30]

23) Erwägungsgrund 15, S. 13 und 14.
24) Erwägungsgrund 15, S. 5 und 8.
25) Erwägungsgrund 15, S. 13, 14.
26) Erwägungsgrund 15, S. 11.
27) Gegenschluss aus dem Wortlaut aus Art. 4 (1) DA und Erwägungsgrund 20, S. 4.
28) Erwägungsgrund 15, S. 8.
29) Erwägungsgrund 15, S. 13, 14.
30) Erwägungsgrund 15, S. 8.

- **Analyse verbleibende Reichweite Elektrofahrzeug:** Um sinnvolle Aussagen über die verbleibende Reichweite eines Elektrofahrzeugs treffen zu können, bedarf es zumindest Echtzeitdaten der Batterie des aktuellen und des anstehenden Verbrauchs in Verbindung mit Daten zu Wetter, der Verkehrslage, Entfernung, Höhenunterschiede. Hier ist es naheliegend, dass die erforderlichen Analysen eine erhebliche Komplexität der Berechnung und einen hohen Aufbereitungsaufwand aufweisen, so dass sie nicht mehr unter Art. 4 Data Act fallen.
- **Ölstandswarnung**: Dies sind Produktdaten gem. Art. 2 Nr. 15 Data Act, da die Unterschreitung des festgelegten Mindestölstands direkt vom Sensor ausgelöst und gemeldet wird.[31] Sollte sie der Dateninhaber ohne größeren Aufwand erhalten können, fallen sie unter Art. 4 Data Act.
- **Meldung eines erhöhten Ölverbrauchs:** Meldet das Auto hingegen einen steigenden Ölverbrauch über einen bestimmten Zeitraum und empfiehlt deswegen, die Werkstatt aufzusuchen, ist dieses Datum das Ergebnis einer weitergehenden Analyse der entsprechenden Daten und ist insofern nicht über Art. 4 Data Act bereitzustellen.[32]
- **Messung der Motortemperatur (Überhitzungsschutz):** Ob diese Daten unter Art. 4 Data Act fallen, hängt vom Herstellerkonzept ab. Wenn die Daten nur intern für die Motorsteuerung verwendet und nicht aufgezeichnet/übertragen werden, fallen sie unter die Ausnahme in Erwägungsgrund 20, S. 6 und sind infolgedessen nicht herauszugeben.

[28] Eine konkrete Aufwandsgrenze, ab deren Erreichung Daten nicht mehr als "ohne Weiteres verfügbar" gelten, nennt der Data Act nicht und die Abgrenzungskriterien in Erwägungsgrund 15 weisen eine geringe Trennschärfe auf. Während Daten, die beispielsweise die Kommunikationsfunktionalitäten eines vernetzten Fahrzeugs in gängigen Formaten beschreiben, in der Regel ohne unverhältnismäßigen Aufwand zugänglich sind, kann dies anders sein, wenn der praktische Zugriff trotz theoretischer Möglichkeit durch Faktoren wie extreme Speicherintensität erschwert wird. Die Abgrenzung des „unverhältnismäßigen Aufwands" erfordert daher eine Einzelfallprüfung, die sowohl technische als auch wirtschaftliche Aspekte berücksichtigt.

3. Beispiel 3: Die vernetzte Feldspritze

[29] Eine moderne, vernetzte Feldspritze in der Landwirtschaft nutzt Kameras und KI-Systeme, um Pflanzenschutzmittel und Flüssigdünger präzise auszubringen. Sensoren erfassen in Echtzeit Daten über den Zustand der Pflanzen und die Umgebungsbedingungen (Temperatur, Windgeschwindigkeit etc.). Eine integrierte Software konvertiert diese Daten und wertet sie aus, erstellt einen individuellen Sprühplan und steuert die Dosierung der Mittel entsprechend dem tatsächlichen Bedarf. Dieser Anwendungsfall wirft Fragen zur Anwendung des Data Act auf, insbesondere hinsichtlich der Zugriffsrechte des Nutzers auf die generierten Daten (Pflanzendaten, Umweltdaten, Spritzplan) und der Abgrenzung von Rohdaten und aufbereiteten Informationen. Es stellt sich die Frage, welche Daten als "ohne Weiteres verfügbar" im Sinne des Data Act gelten:

- **Die Sensordaten** (Temperatur, Windgeschwindigkeit etc.) und die von den Kameras generierten Bilder stellen grundsätzlich Produktdaten dar, sofern der Hersteller diese Daten für den Zugriff von außen vorgesehen hat. Ein Bereitstellungsanspruch bezüglich dieser Rohdaten könnte grundsätzlich unter den Voraussetzungen nach Art. 4 Data Act gegeben sein.[33]
- **Kamerabilder** fallen als „Bildmaterial" grundsätzlich unter die Definition von Daten in Art. 2 Nr. 1 Data Act. Allerdings können hier urheberrechtliche Fragen auftauchen: Nach § 72 UrhG können die Bilder als Lichtbilder urheberrechtlich geschützt sein, wenn sie das erforderliche Maß an persönlicher geistiger Schöpfung aufweisen.[34] Dies hängt von der Programmierung der Kameras und den eingestellten Aufnahmeparametern ab. Inhaber des Leistungsschutzrechts ist derjenige, der die Parameter für die Aufnahme des konkreten Lichtbilds festlegt.[35] Das ist in der Regel ein Mitarbeiter des Herstellers, nicht der Landwirt, auch wenn dieser die Feldspritze verwendet und dabei die Bilder aufgenommen werden. Letzterer hat aber keine Kontrolle darüber, wie die Bilder erstellt werden, scheidet insofern als Lichtbildner aus.[36] Sofern die Bilder urheberrechtlich geschützt sind, ist der Zugriff und die Nutzung durch den Landwirt nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen (Lizenz, Ausnahme etc.) zulässig. Art. 43 Data Act schließt die Anwendung der Bestimmungen über das Leistungsschutzrecht für Datenbanken im Sinne von Art. 7 der Richtlinie 96/9/EG, §§ 87(a) ff. UrhG aus, nicht aber andere Rechte des geistigen Eigentums. Damit gehen im Umkehrschluss die Rechte am Lichtbild vor.[37] Der Nutzer hat in einem derartigen Fall keinen gesetzlichen Anspruch gemäß Artikel 4 Data Act auf Zugang zu Lichtbildern.[38]Anders ist dies, wenn die Voraussetzungen für einen Lichtbildschutz nicht gegeben sind.
- **Konvertierung von Daten:** Ob eine Datenkonvertierung im Zusammenhang mit dem Data Act relevant ist und die konvertierten Daten in dessen Anwendungsbereich fallen, dürfte von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Im Beispiel der vernetzten Feldspritze ist die Datenkonvertierung ein zentraler Bestandteil des Systems. Die Rohdaten der Sensoren und Kameras werden in Echtzeit verarbeitet und in einen auswertbaren Sprühplan umgewandelt. Der Data Act konzentriert sich auf den Zugriff und die Nutzung von "Rohdaten", die durch den Einsatz eines vernetzten Produktes entstehen und vom Hersteller für den Zugriff vorgesehen sind. Eine einfache Umwandlung der Daten zur besseren Lesbarkeit oder Nutzbarkeit (z. B. Umrechnung physikalischer Einheiten) dürfte wohl keine wesentliche Veränderung der Daten darstellen.[39] Damit gehören sie per se zu den Produktdaten bzw. verbundenen Dienstdaten, die über Art. 4 Data Act bereitzustellen sind.
- **Komplexere Sprühpläne:** Ist die Datenumwandlung jedoch so komplex, dass sie zu neuen Informationen und Erkenntnissen führt (z. B. durch die Auswertung der aus der Analyse der Bilder

31) Erwägungsgrund 15, S. 8.
32) Erwägungsgrund 15, S. 13, 14.
33) Erwägungsgrund 15, S. 5 und 8.
34) *Thum* in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 72 Rz 27; *Nordemann* in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 72 Rz 10; *Lauber-Rönsberg* in BeckOK, Urheberrecht, 43. Ed., Stand: 1.8.2024, § 72 Rz 19.
35) Vogel in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022 § 72 Rz 57; *Thum* in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 72 Rz 112.
36) LG Berlin GRUR 1990, 270 – *Satellitenfoto; Dünnwald*, UFITA Bd. 76 (1976), S. 165/175; *Gerstenberg* in: FS Klaka, S. 120/123 f.; *Vogel* in Loewenheim, HB Urheberrecht, 3. Aufl. 2021, § 43 Rz 12.
37) Gleiches gilt für bewegte Bilder nach § 95 UrhG, die durch entsprechende Aufnahmen von verbundenen Fahrzeugen entstehen können.
38) Erwägungsgrund 16, S. 3.
39) Erwägungsgrund 15, S. 7.

ableiteten Pflanzenzustandsdaten durch den Einsatz komplexer Algorithmen zur Bilderkennung oder Datenfusion), dann sind die so gewonnenen Erkenntnisse weder "Rohdaten" noch das Ergebnis einer "einfachen Aufbereitung". Eine Bereitstellungspflicht nach Art. 4 Data Act scheidet damit aus.[40]

- **Zeitstempel, Maßeinheiten:** Ein Zeitstempel ist als Metadatum zur Auslegung und Nutzung der Sensordaten erforderlich. Gleiches gilt für Maßeinheiten zum Verständnis der Angaben zum Raummaß der eingesetzten Flüssigkeiten (Liter/Gallonen), Flächenmaße oder der gemessenen Temperaturen. Derartige Daten müssen somit im Rahmen eines etwaigen Anspruchs nach Art. 4 Data Act bereitgestellt werden.[41]
- **Angaben zur Bildauflösung/Kameramodell/optische Eigenschaften der Linse:** Diese Informationen können für die Interpretation und Nutzung von Bilddaten hilfreich sein. Eine Bereitstellung als erforderliche Metadaten scheidet in der vorliegenden Konstellation aber aus: Wenn schon die Primärdaten – die Bilder – nicht bereitzustellen sind, weil sie dem Lichtbildschutz unterliegen, können Daten zur Bildauflösung, zum Kameramodell und der Line per se bereits nicht zur Auslegung und Nutzung dieser Bilder genutzt werden. Damit können sie insoweit keine erforderlichen Metadaten iSd Art. 4 Data Act sein.

V. Handlungsempfehlung für Unternehmen

1. Scoping

[30] Aufgrund der Vielzahl der bereits dargestellten Rechte und Pflichten, die sich für Unternehmen im Zusammenhang mit dem Data Act ergeben können, ist ein Bewusstsein über die Anwendbarkeit auf das eigene Unternehmen von zentraler Bedeutung. Die Scoping-Arbeit im Kontext des Anwendungsbereichs des Data Acts bezieht sich dabei auf die systematische Analyse und Festlegung, welche Daten, Produkte und Dienstleistungen unter die Bestimmungen dieser Verordnung fallen. Diese Phase ist entscheidend, um das volle Potenzial des Data Acts auszuschöpfen und die rechtlichen Anforderungen korrekt zu interpretieren. Unternehmen ist zu empfehlen, die Scoping-Arbeit frühzeitig und systematisch durchführen.

[31] Zunächst muss der Anwendungsbereich klar abgegrenzt werden, indem festgelegt wird, welche Produkte, Dienstleistungen und Datenkategorien unter den Data Act fallen. Dabei ist es wichtig, sich einen Überblick über die relevanten Bereiche zu verschaffen, in denen das Unternehmen tätig ist. Im nächsten Schritt sind die relevanten Datenarten zu identifizieren. Unternehmen müssen klären, welche Arten von Daten erhoben und verarbeitet werden, wobei zwischen personenbezogenen und nicht personenbezogenen Daten zu unterscheiden ist. Diese Analyse hilft, den Umfang der Datennutzung im Geschäftsmodell besser zu verstehen.

[32] Parallel dazu sollten alle an der Datennutzung beteiligten Akteure untersucht werden. Dies schließt Kunden, Dienstleister und Partner ein und ermöglicht es, die Interessen und Compliance-Anforderungen aller Beteiligten im Blick zu behalten. Eine detaillierte Klärung der spezifischen Rechte und Pflichten, die sich aus dem Data Act ergeben, stellt sicher, dass Unternehmen die Anforderungen für sich dokumentieren und die notwendigen Prozesse einrichten. Wichtig ist auch eine umfassende Risikoanalyse, um mögliche rechtliche und betriebliche Herausforderungen bei der Umsetzung des Data Act zu identifizieren. Wichtige Aspekte sind dabei unter anderem Compliance, Wettbewerbsfähigkeit und Datenschutz.

[33] Auf Basis dieser Erkenntnisse sollte das Unternehmen schließlich konkrete Strategien und Maßnahmen entwickeln, um die Anforderungen des Data Acts effektiv umzusetzen. Dies können Schulungen für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Anpassungen der internen Prozesse oder die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle sein. Durch eine strukturierte Scoping-Arbeit stellen Unternehmen nicht nur die Rechtskonformität mit dem Data Act sicher, sondern schöpfen auch die Potenziale von Daten besser aus und stärken so ihre Wettbewerbsfähigkeit im digitalen Markt.

2. Vertragliche Grundlagen der Nutzung durch den Dateninhaber

[34] Unternehmen sollten zudem klären, auf welcher Grundlage die Produktdaten und verbundenen Dienstdaten künftig erhoben und verarbeitet werden. Art. 3 Abs. 2 und 3 Data Act enthalten Vorgaben, welche Mindestinformationen der Verkäufer, Vermieter oder Leasinggeber, ggf. auch der Hersteller des vernetzten Produkts bzw. der Anbieter des vernetzten Dienstes, seinem Vertragspartner vor Abschluss des entsprechenden Vertrages zur Verfügung stellen muss. Art. 4 Abs. 13 und 14 Data Act enthalten zusätzliche Pflichten und Einschränkungen für die Nutzung nicht personenbezogener Daten, die ohne Weiteres verfügbar sind. Der Dateninhaber muss mit dem Nutzer eine vertragliche Vereinbarung treffen, die den Zweck der Datennutzung und die mögliche Weitergabe an Dritte genau regelt; jede darüber hinausgehende Nutzung ist unzulässig. Die DSGVO kennt für die Verarbeitung personenbezogener Daten in Art. 6 Abs. 1 lit. (b) – (f) neben der Einwilligung der betroffenen Personen zusätzliche Rechtsgrundlagen der Verarbeitung, sei es die Erfüllung des Vertrages, die Beachtung von Compliance Anforderungen oder die Wahrung berechtigter Interessen. Der Data Act enthält in Art. 4 Abs. 13 keine vergleichbare Regelung, sondern stellt allein auf die Vereinbarung mit dem Nutzer ab.

[35] Erwägungsgrund 25 erwähnt hier u. a. als Beispiel die Verbesserung der Funktionsweise des vernetzten Produktes oder verbundener Dienste.[42] Hersteller vernetzter Produkte sollten hier insbesondere Anstrengungen unternehmen, sich von Nutzer ein Nutzungsrecht in Bezug auf alle Daten einräumen zu lassen, welche sie benötigen, um etwa ihren gesetzlichen Aktualisierungspflichten aus §§ 475b Abs. 2 Nr. 2 und 327 f BGB nachzukommen. Nachdem die Aktualisierungspflichten auf der Umsetzung von Vorgaben aus europäischen Rechtsakten stammen,[43] hätte es nahegelegen, zumindest hierfür eine zusätzliche Rechtsgrundlage außerhalb des Einverständnisses des Nutzers zu schaffen. Künftig benötigen sie entsprechende Informationen auch, um Nachteile aus der neue Produkthaftungsrichtlinie 2024/2853 vom 23. Oktober 2024 („Produkthaftungsrichtlinie 2024/2853") zu vermeiden: Diese enthält zwar keine Verpflichtung zur Bereitstellung von Updates oder

40) Erwägungsgrund 15, S. 13, 14.
41) Erwägungsgrund 15, S. 10.
42) Erwägungsgrund 25, S. 4.
43) § 475b Abs. 2 BGB dient der Umsetzung von Art. 6 und 7 der Richtlinie (EU) 2019/771 vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs; § 327f BGB der Umsetzung von Art. 7 und 8 der Richtlinie (EU) 2019/770 vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

Upgrades für ein Produkt.[44] Allerdings definiert sie etwa die Kontrolle eines Herstellers über ein Produkt u. a. damit, dass dieser in der Lage ist, Software-Updates oder -Upgrades selbst bereitzustellen oder durch einen Dritten bereitstellen zu lassen, Art. 4 Nr. 5 lit. b) Produkthaftungsrichtlinie 2024/2853. Zudem verweigert Art. 11 Abs. 2 lit. (c) Produkthaftungsrichtlinie 2024/2853 Herstellern und anderen Wirtschaftsakteuren einen Haftungsausschluss in Szenarien, in denen die einen Schaden verursachende Fehlerhaftigkeit eines Produktes zwar erst nachträglich entstanden ist, aber auf das Fehlen von Software-Updates oder -Upgrades zurückzuführen ist, die zur Aufrechterhaltung der Sicherheit erforderlich gewesen wären. Das Zusammenspiel von unmittelbaren und mittelbaren Updatepflichten einerseits und Art. 4 Abs. 13 und 14 Data Act andererseits schaffen ein Dilemma für die Hersteller vernetzter Produkte, sollten die Nutzer einer derartigen Verwendung der entsprechenden Daten nicht zustimmen. Die Praxis wird sich letztlich damit behelfen müssen, die Überlassung des vernetzten Produktes bzw. die Erbringung verbundener Dienste davon abhängig zu machen, dass der Nutzer einer Nutzung aller Daten durch den Dateninhaber zustimmt, die dieser Dateninhaber benötigt, um seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachkommen und entsprechende Nachteile abwehren zu können.

3. Vertragliche Regelungen bei mehreren Dateninhabern

[36] Durch zunehmende Spezialisierung, Kapazitätsengpässe, Zeit- und Kostendruck und auch fehlendes Know-how nimmt die Fertigungstiefe gerade bei digitalisierten Gütern fortlaufend ab. Wer eine Daten-generierende Komponente für den ggf. sogar mehrfach gestuften Einbau ein Gesamtprodukt herstellt und liefert, wird feststellen, dass mitunter eine Vielzahl von nachgelagerten Abnehmern faktisch oder bestimmungsgemäß Zugriff auf die generierten Daten haben. Letzteres tritt etwas dann auf, wenn die durch die Komponente generierten Rohdaten durch verschiedene Systeme genutzt werden. Die vertraglichen Grundlagen über Zugang und Nutzung waren in der Praxis häufig rudimentär ausgestaltet und beschränkten sich oft auf die Festlegung des Nutzungszwecks und Geheimhaltungsverpflichtungen.

[37] Die Anforderungen aus Art. 4 Abs. 13 und 14 Data Act erfordern zunächst einmal eine Abstimmung auf Seiten der vorhersehbaren Dateninhaber, ob nun ein einheitlicher Vertrag mit dem Nutzer abgeschlossen wird oder sich jeder Dateninhaber einzeln hierum kümmern muss. In vielen Fällen wird der Nutzer nur einen einheitlichen Vertrag schließen. Zulieferer, die berechtigte Dateninhaber werden wollen, müssen daher in ihrer Lieferkette sicherstellen, dass sie in diesen Vertragsschluss einbezogen und als entsprechend Begünstigte aufgeführt werden.

[38] Kommt es zur Geltendmachung eines Bereitstellungsanspruchs nach Art. 4 Data Act gegenüber einem der Dateninhaber, werden alle diejenigen, deren Daten hiervor betroffen sind oder sein können, vermutlich ein Interesse haben, hierüber umgehend informiert und ggf. weitergehend eingebunden zu werden. Einen gesetzlichen Anspruch hierauf sieht der Data Act nicht vor, er muss daher vereinbart werden. Anleihen für entsprechenden Verfahrensregelungen lassen sich etwa aus Freistellungsklauseln entnehmen.

[39] Verlangt der Nutzer eine Weitergabe der Produktdaten oder verbundenen Dienstdaten an einen Dritten, kann der Dateninhaber von diesem ein Entgelt bzw. eine sonstige Gegenleistung verlangen, die FRAND Anforderungen genügen muss, Art. 5, 8 Data Act. Besteht die Möglichkeit, dass die weiterzugebenen Daten von unterschiedlichen Dateninhabern stammen, sollten diese idealerweise vorab bereits Vereinbarungen über diese Konditionen und die Aufteilung des dann Erhaltenen im Innenverhältnis getroffen haben.

VI. Fazit

[40] Der Data Act stellt Unternehmen vor neue Herausforderungen und Chancen. Die Regelung des Datenzugangs für Nutzer und vor allem das Weitergaberecht sind ein Game Changer. Unternehmen müssen die Begrifflichkeiten des Data Act und ihre mitunter unscharfen Abgrenzungen zunächst verstehen. Ein zu enges Verständnis kann zu Streitigkeiten mit Nutzern führen und Bußgelder nach sich ziehen. Ein zu weites Verständnis ermöglicht digitalen Trittbrettfahren, konkurrierende verbundenen Dienste ohne entsprechende Investitionen auf dem Markt zu bringen und zumindest mittelfristig auch, neue innovative Produkte zu entwickeln, die die ursprünglichen vernetzten Produkte dann ggf. am Markt bedrängen.

[41] Unternehmen müssen daher Konzepte entwickeln, um sowohl die neuen Zugriffsmöglichkeiten für Nutzer zu gewährleisten als auch ihre Wettbewerbsinteressen zu schützen. Eine proaktive Umsetzung der Vorgaben des Data Act inklusive einer umfassenden Scoping-Analyse und Anpassung der internen Prozesse ist unerlässlich, um rechtliche Risiken zu minimieren und die Geschäftsfähigkeit zu erhalten. Gleichzeitig können die strategische Nutzung der eigenen Daten neue Geschäftsmodelle ermöglichen und die Innovationskraft stärken.

---

44) Erwägungsgrund 51 am Ende.

BORUT LESKOVEC, ROK ŠKOF*

Use of security exemption as a way to procure crucial infrastructure projects

Crucial infrastructure projects, such as energy facilities, military installations, and telecommunications hubs, are essential for economic development and national security of every state. Construction of such projects is often subject to public procurement rules to ensure transparency and competition; however, exceptions exist when security concerns take precedence. This article explains two legal mechanisms that allow contracting authorities to bypass or limit public procurement rules: the use of security exemption that completely excludes public procurement regulations; and simplified procurement procedures for sensitive equipment, works, and services. These approaches provide flexibility for strategic projects, while addressing the critical need to protect sensitive information and national security.

Wichtige Infrastrukturprojekte wie Energieanlagen, Militäreinrichtungen und Telekommunikationsknotenpunkte sind für die wirtschaftliche Entwicklung und die nationale Sicherheit eines jeden Staates von entscheidender Bedeutung. Der Bau solcher Projekte unterliegt häufig den Regeln des öffentlichen Vergabewesens, um Transparenz und Wettbewerb zu gewährleisten; es gibt jedoch Ausnahmen, wenn Sicherheitsbelange Vorrang haben. In diesem Artikel werden zwei rechtliche Mechanismen erläutert, die es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe zu umgehen oder einzuschränken: die Anwendung einer Sicherheitsausnahme, die die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe vollständig ausschließt, und vereinfachte Vergabeverfahren für sensible Ausrüstungen, Bauarbeiten und Dienstleistungen. Diese Ansätze bieten Flexibilität für strategische Projekte und tragen gleichzeitig der kritischen Notwendigkeit Rechnung, sensible Informationen und die nationale Sicherheit zu schützen.

I. Introduction

[1] Infrastructure projects and the implementation thereof are intrinsically linked to the development and progress of each country's economy (e. g. motorways, railways, airports, ports, energy infrastructure, telecommunications networks, military facilities, disaster management systems, cyber security infrastructure, etc.), as they bring many synergies and benefits.

[2] The specificity of such large infrastructure projects of strategic importance – such as nuclear and other power plants and related facilities, dams and canals, military facilities, key tel-com hubs, gas and oil pipelines, submarine communications cables, traffic management hubs … – is that they are very technically complex facilities where safety is at the forefront – both in the construction and in the operational phases, typically for facilities that will be in operation for several decades. They are designed to withstand natural disasters, such as floods, earthquakes, storms and fires, but they must also be able to withstand various risks of human origin – e. g. plane crashes, terrorist attacks, etc.

[3] This raises the key question of how to approach the construction of crucial infrastructure projects of strategic importance in legal or procedural terms. Typically, the investor in such projects is the State or another entity that is bound by public procurement rules. This means that the investor is obliged to award the construction contract in accordance with a pre-established procedure, which is as a rule transparent, and the contracting authority must allow all interested tenderers to participate. If the investor were not the contracting authority, it would be free in the way it awarded the contract, would not be obliged to act transparently and could discriminate between tenderers.

[4] All the advanced security measures would be undermined if, as a result of an open procurement procedure, the plans for a strategic infrastructure facility were made public, so that they could

*) Borut Leskovec, univ. dipl. pravnik (university degree in law), is Partner at Odvetniška pisarna Jadek & Pensa d. o. o. (Ljubljana) and Rok Škof, mag. prava (Master of Laws), is Junior Associate at Odvetniška pisarna Jadek & Pensa d. o. o. (Ljubljana).

be accessed by anyone – including various dishonest people looking for vulnerabilities and weaknesses in the facility, e. g. in the planning of a terrorist attack or at wartime.

[5] Unfortunately, the risks are not only potential, but omni-present, as we have seen for example in the war in Ukraine, where the region and even the whole world is held hostage at escalations of conflict near Ukrainian nuclear facilities. At war, crucial infrastructure is the first target.

[6] Even in the territory of the EU, there have recently been incidents and attacks that resulted in damaged submarine communications cables and gas pipelines.

[7] There is no doubt that security of its crucial infrastructure is of key importance for the security of the state. In weighing transparency and competitiveness on the one hand against security on the other, the law allows the scales to be tipped in favour of security in this type of projects.

[8] Even if the investor in a strategic infrastructure project is a public authority, it is not always obliged to comply with public procurement rule. This means that it can choose a contractor quicker and more information can remain secret, but all at the cost of reduced transparency and competition. There are many options. In this paper, we analyse two possible contractor selection processes where the contracting authority is not obliged to follow the procurement rules at all, or it only applies them to a limited extent:

- the use of a security exemption which excludes the public procurement rules;
- a procurement procedure for sensitive equipment, works and services.

II. Security exemption under EU law

1. Article 346(1)(a) of the TFEU

[9] The possibility to apply a security exemption to the application of public procurement rules is already laid down in EU primary law, i. e. in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).[1] Article 346(1)(a) of the TFEU provides that the provisions of primary EU law (i. e. the TFEU and Treaty on the European Union (TEU)[2]) do not exclude the application of a rule under which no Member State is obliged to supply information the disclosure of which it considers contrary to the "essential interests of its security". It is a security exemption that exempts the conduct of the Member State not only from public procurement rules, but from the whole sphere of EU law. In other words, this exemption gives Member States free rein and means that, whatever a Member State's conduct, there can be no question of either a breach of public procurement rules or a breach of EU law.

[10] Article 346(1)(a) of the TFEU goes beyond defence and can apply in particular to goods and services used for non-military security purposes.[3]

[11] The problem of the blurred line between "essential" and "non-essential" security interests of Member States was recognised early on by the European Commission (Commission) in its 2006 Interpretative Communication on the application of Article 346 TFEU (ex Article 296 TEC) in the field of defence procurement.[4] The Commission pointed out that there was no clear dividing line as to which rules should apply to particular public contracts. The application of Article 346 TFEU is therefore difficult and varies considerably from one Member State to another. The Commission took the view that it is the responsibility of Member States to define and protect their security interests. Article 346 TFEU grants Member States this prerogative and allows for a derogation in cases where compliance with EU law would undermine the essential security interests of the Member States. However, the Commission stressed that any use of the security exemption goes to the very core of the EU and is by its very nature a matter of great legal and political importance. In the Commission's view, the security exemption should remain an exception, limited to cases where Member States have no alternative but to protect their security interests nationally.

[12] The need for a restrictive interpretation of the security exemption in Article 346 TFEU or a limitation of the Member States' discretion is already reflected in the wording of Article 346 TFEU itself, namely in the adjective "essential". This means, in particular, that contracting authorities must specify:

1) Which specific essential security interest is at stake?
2) What is the link between that security interest and the procurement decision taken?
3) Why is it necessary to exclude the application of the Public Procurement Directive in this particular case in order to protect this essential security interest?[5]

[13] Although the security exemption allows Member States a rather wide discretion in its application, the seemingly too general Article 346 TFEU nevertheless lays down strict conditions to be met for its justified application.

2. Utilities Directive and Public Procurement Directive

[13] The application of the security exemption in public procurement in the utilities sector (i. e. energy, water and transport) is laid down in Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors ("Directive 2014/25/EU", also known as "Utilities Directive").[6]

[14] The Utilities Directive applies to the supply of, and activities for the provision or operation of fixed networks intended to provide a public service relating to the production, transport or distribution of i) gas and heat (Article 8), ii) electricity (Article 9), and iii) drinking water (Article 10). Additionally, the Utilities Directive applies to activities relating to the provision or operation of networks for (iv) transport services (Article 11), (v) ports and airports (Article 12), and (vi) postal services (Article 13). Directive 2014/25/EU also applies to activities relating to (vii) the extraction of oil or gas and the exploration for, or extraction of, coal or other solid fuels (Article 14).

1) Official Journal of the European Union, C 326, 26 October 2012, pp. 47–390.
2) Official Journal of the European Union, C 202, 7 June 2016, pp. 1–388. Also called Utilities Directive.
3) Cf. Arrowsmith, S. and others: The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK, 3. ed., Sweet & Maxwell, 2018, pp. 176 and 177. See Judgment of the Court of Justice of the EU in Case C-187/16, European Commission v Republic of Austria of 20 March 2018, par. 72.
4) See Interpretative Communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement of 7 December 2006, COM(2006).
5) Ibid., point 5.
6) Official Journal of the European Union, L EU 94, 28 March 2014, pp. 243–374.

[15] Article 24(2) of the Utilities Directive provides for an exemption for cases where the "essential security interests" of a Member State cannot be guaranteed by "less intrusive measures", such as requirements aimed at protecting the confidentiality of information which the contracting entity makes available in a contract award procedure. The security exemption from Article 24(2) of the Utilities Directive allows a Member State to exclude the procurement of certain services from the application of the procedures laid down in the Utilities Directive if the following conditions are met:

1) the protected public interests refer to the "security interests" of the Member State,
2) those interests may be considered "essential",
3) the application of the provisions of Directive 2014/25 could jeopardise the protection of those interests if the Member State so "considers", and
4) the protection of the above interests cannot be guaranteed by "less intrusive measures".

[16] Article 15(2) of the "general" Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC ("Public Procurement Directive") also contains a substantially identical provision.[7]

[17] One of the conditions for the application of the security exemption in Article 24(2) of the Utilities Directive is the unavailability of "less intrusive measures". It follows that in order to validly invoke this provision of the Utilities Directive or the exemption, a Member State must demonstrate, in accordance with the principle of proportionality, that the exclusion of the public contracts concerned from the public procurement procedure is i) an appropriate and ii) necessary measure to safeguard its essential security interests.[8] The first condition of appropriateness is relatively easy for Member States to prove. It is obvious that the non-application of the provisions of the public procurement rules reduces the risks of unauthorised persons having access to confidential information and the risks of adverse consequences for the Member State in the event of such access. However, proving the necessity requirement is more difficult in practice. The Member State must prove that the application of the security exemption is necessary to protect its essential security interests. It must also prove that the safeguarding of those interests could not have been achieved through a competitive procurement procedure as provided for in the Utilities Directive.[9]

[18] Furthermore, Article 24(2) of the Utilities Directive also refers to Article 346(1)(a) TFEU, namely, it excludes the application of its provisions if a Member State would have to communicate information the disclosure of which it considers contrary to "essential interests of its security". This means that the public procurement rules stipulated in the Utilities Directive do not apply if their application would oblige a Member State to provide information the disclosure of which it considers contrary to the "essential interests of its security".[10] The exemption relates to public procurement contracts with elements of confidentiality and national security.

[19] The definition of "essential security interests" of Member States can be seen from the recitals of the Utilities Directive. Recital 56 of the Utilities Directive states that the Directive should not prevent the imposition of measures necessary to "protect public policy, public morality, public security, health, human and animal life, the preservation of plant life or other environmental measures", provided that such measures are compatible with the TFEU.

3. The "essential security interest" through the case law of the Court of Justice of the European Union

[20] The legal concept of "essential security interest" is mainly fed by the case law of the Court of Justice of the European Union ("CJEU"). According to the settled case law of the CJEU, the objective of preserving national security is primarily the Member State's interest in protecting the essential functions of the State and the fundamental interests of society. This includes the prevention and punishment of activities which are likely to seriously destabilise the fundamental constitutional, political, economic or social structures of the State and, in particular, to constitute a direct threat to society, the population or the State.[11]

[21] According to the case law of the CJEU, each Member State must identify the specific public interests that constitute its "essential security interests".[12] This concept refers to the security of institutions and of the population of a Member State against significant threats arising from internal (e. g. organised crime, riots, etc.) or external circumstances (e. g. intelligence and counterintelligence activities, cyber warfare, etc.).[13]

[22] The precise definition of essential security interests is quite difficult in practice. It is a concept that depends on a number of factors, which may vary between Member States and over time. The assessment of what constitutes security interests and when they are "essential" is inevitably subjective, if not arbitrary, to a certain extent. It is based primarily on historical, political, geopolitical and geostrategic circumstances, which can vary considerably between Member States. A country that imports significant amounts of energy (or materials for energy production), for example, considers the risks of a potential energy crisis to be an "essential" security interest. On the other hand, a country that is energy self-sufficient may not consider such interests as "essential". In the current geopolitical context (e. g. war in Ukraine, limitation of economic ties with energy-rich Russia, etc.), the risks of an energy crisis for many Member States are only intensifying, which could lead to a fundamental change in the perception of what is "essential" practically overnight.

[23] The notion of "essential" implies a certain degree of necessary selectivity regarding public functions and interests to which the security exemption can be applied. These are factors inherently

7) Official Journal of the European Union 94, 28 March 2014, pp. 65–242.
8) Cf. Opinion of Advocate General Emiliou delivered on 2 March 2023. European Commission v Republic of Poland. Case C-601/21, paragraphs 59–62.
9) Ibid., paragraphs 84–87.
10) See also Arrowsmith, S., above reference, p. 339.
11) See Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-601/21, European Commission v Republic of Poland, 7 September 2023, paragraph 79; and Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-140/20 *G. D. v The Commissioner of the Garda Síochána and others* of 5 April 2022, paragraph 61.
12) See Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-187/16, *European Commission v Republic of Austria of* 20 March 2018, paragraph 75; and Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-252/01, *European Commission v Belgium* of 16 October 2003, paragraph 30.
13) See Judgement of the Court of Justice of the EU in case C-511/18, *La Quadrature du Net and others* of 6 October 2020, paragraph 135.

linked to the security interests of the Member States. However, this must not be a mere indirect or tenuous link to national security.[14]

[24] On a strict linguistic interpretation of the wording of the second subparagraph of Article 24(2) of the Utilities Directive, it appears that, with the phrase "it considers", Member States have a wide margin of discretion as regards the invocation of the safety exemption. The latter has been repeatedly recognised by the CJEU in its case law.[15] The above-mentioned wording implies at first sight that a Member State is not required to provide clear and irrefutable evidence that the application of the Utilities Directive to a specific public procurement would in fact jeopardise the protection of its essential security interests, as the subjective opinion of the Member State is sufficient. Similarly, the EU has no specific competence with regard to the national security of Member States, except where the issue is of such a nature and scope as to affect the security of the EU and therefore falls within the scope of the Common Foreign and Security Policy ("CFSP"). It is clear from primary law itself, i. e. the provision of Article 4(2) TEU, that national security is an exclusive competence of each Member State.[16]

[25] The importance of the objective of protecting national security, in conjunction with Article 4(2) TEU, according to which each Member State is responsible for protecting its own national security, appears to outweigh the importance of the other objectives set out in Article 24(2) of the Utilities Directive.[17] The CJEU has repeatedly clarified that this competence corresponds to the overriding interest of protecting the essential functions of the State and the fundamental interests of society.[18]

[26] There are criticisms in theory and in practice that the margin of discretion to apply the security exemption is too wide. According to Advocate General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, the overly broad discretion of Member States to apply the security exemption contradicts a fundamental principle of EU law, that of integration in good faith. In his view, "such laxity would lead to the sort of political acts which would plough furrows of immunity that would be extremely harmful to the Community". The reference to a concept such as "essential security interests" requires reasoning. In the Advocate General's view, the application of the security exemption should be limited to situations where the Member States have no other option to protect their most vital interests.[19] The second condition of the proportionality test, i. e. the condition of necessity or essentiality, can be deduced from the latter.

[27] According to Advocate General Nicholas Emiliou, a Member State should justify the application of the security exemption if it explains, on the basis of specific and credible elements, why it has reasonable grounds to believe that the application of the public procurement rules to certain public contracts would undermine its essential security interests.[20] The Advocate General also believes that the threat to the security interests invoked by a Member State need not be actual or certain; potential risks suffice. Those risks, however, cannot be purely speculative or hypothetical, but must be genuine. Security threats must have a minimum level of gravity – they must pose a serious threat to the proper functioning of a Member State's institutions and the general well-being of its people. Advocate General Nicholas Emiliou further argues that, given the wide margin of discretion accorded to the Member States in the application of the security exemption, the CJEU's standard of review should be one of *reasonableness* or *plausibility*.[21] In particular, the CJEU should verify whether, in invoking the security exemption, a Member State has exceeded its margin of discretion by seeking to protect interests that either do not relate or are only loosely related to security interests.[22]

[28] The invocation of the security exemption in the sense of non-disclosure of information in the second subparagraph of Article 24 (2) of the Utilities Directive has been severely limited by the case law of the CJEU. The application of the security exemption in such situations arises when the possible leakage of such confidential information would have irreversible consequences for the national security of a Member State, e. g. because the information could be used by third countries or by criminal groups and terrorist organisations.[23]

[29] The Commission has a reserved and critical attitude towards the application of the security exemption referred to in the second subparagraph of Article 24(2) of the Utilities Directive. It has repeatedly pointed out that the leakage of sensitive information could be prevented by allowing the contracting authority to grant access to confidential information to only a limited number of candidates for most of the services concerned. Moreover, the confidentiality of information could in principle be guaranteed by an obligation of confidentiality. Furthermore, the successful tenderer could be bound by a general duty of secrecy and it could be stipulated that a candidate company which is unable to provide sufficient guarantees as to compliance with that obligation will be excluded from the procurement procedure.[24] The tenderer could also provide a bank guarantee to compensate for any possible harm, with the assurance that any leakage of information would be regarded as a serious professional misconduct.[25]

[30] In certain cases, confidentiality can be ensured by a duty of secrecy without having to circumvent public procurement procedures.[26] These are the cases where the Member State did not demonstrate that the objective of preventing the dissemination of

14) Cf. Opinion of Advocate General Emiliou delivered on 2 March 2023. European Commission v Republic of Poland. Case C-601/21, paragraph 50.
15) See e. g. Judgment of the Court of Justice of the EU in case T-26/01, *Fiocchi Munizioni SpA v Commission of the European Communities*, 30 September 2003, paragraph 58.
16) Cf. Opinion of Advocate General Emiliou delivered on 2 March 2023. European Commission v Republic of Poland. Case C-601/21, par. 62.
17) Cf. also Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-140/20, *G. D. v The Commissioner of the Garda Síochána and others* of 5 April 2022, paragraph 57.
18) See Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-511/18, *La Quadrature du Net and others* of 6 October 2020, paragraph 135.
19) See Opinion of Advocate General Dámas Ruiz-Jarabo Colomer in case C-284/05, European Commission v Republic of Finland of 15 December 2009, paragraphs 128–134.
20) Cf. Opinion of Advocate General Emiliou delivered on 2 March 2023. European Commission v Republic of Poland. Case C-601/21, par. 53– 63.
21) Ibid., paragraph 58.
22) Cf. Opinion of Advocate General Emiliou delivered on 2 March 2023. European Commission v Republic of Poland. Case C-601/21, paragraph 47.
23) See Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-601/21, European Commission v Republic of Poland, 7 September 2023, paragraph 109.
24) See Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-601/21, European Commission v Republic of Poland, 7 September 2023, paragraph 92.
25) Ibid., paragraph 34.
26) See e. g. Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-187/16, *European Commission v Republic of Austria of* 20 March 2018, paragraph 90; Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-3/88, *Commission of the European Communities v Italian Republic* of 5 December 1989, paragraph 15.

sensitive information on the production of the official documents concerned could not be achieved in the context of a public procurement procedure. As a consequence, in such situations, non-compliance with the public procurement procedures is disproportionate to the objective pursued (i. e. non-disclosure of sensitive information).

[31] In the light of the Commission's views and the case law of the CJEU, it is clear that the invocation of the security exemption is not without limitations in practice. Although Member States have a certain degree of discretion in adopting appropriate security measures, exemptions must be interpreted narrowly. It cannot be concluded that the TFEU and the Utilities Directive contain a general exemption which excludes from the scope of EU law all measures taken for reasons of public security.

[32] According to the case law of the CJEU, measures taken by Member States in the context of legitimate requirements in the national interest are not entirely excluded from the application of EU law simply because they are taken in the interest of national (public) security.[27] When invoking the exemption, Member States must clearly define their essential security interests, which they are protecting by applying the exemption.[28] The discretion of Member States to invoke the security exemption cannot therefore be unlimited, as the terms "essential" and "security" would lose all practical effect. In particular, a Member State must demonstrate that the need to protect the interests invoked could not be satisfied in the context of public procurement (necessity or "essentiality").[29]

4. In what cases have Member States invoked the security exemption?

[33] In case C 601/21, European Commission v Republic of Poland,[30] Poland claimed a security exemption in respect of the identity documents of police officers, border guards, State security agents, officers of the Internal Security Agency, officers of the Intelligence Agency, officers of the Military Counterintelligence Service and professional soldiers appointed to a post in that service, and members of the military police. Poland argued that the exclusion of these documents from the scope of public procurement procedures is justified by the protection of the fundamental interests of the State. In this respect, Poland considered that adequate protection of those documents, in particular against the risk of forgery or falsification, was important for its internal security. The requirement to protect Poland's national security in the field of defence is to be derived from its Constitution, which is to guarantee both the independence and the integrity of its territory and to ensure the security of its citizens. Since the manufacture of the documents in question requires access to classified information and requires the use of the main identification technology by means of an electronic system, it is necessary to ensure the protection of the classified and personal data in question. This is one of the essential elements of Poland's security.

[34] The CJEU held that although Poland had identified essential security interests which it considered to be necessary to protect, it was nevertheless required to examine whether Poland had demonstrated that the need to protect the interests on which it relies could not be satisfied in the context of a call for tenders. The CJEU has ruled that the requirement to impose an obligation of confidentiality is not an obstacle to the use of public procurement provisions. Confidentiality of data should be ensured by a duty of secrecy without having to circumvent public procurement procedures. There is nothing to prevent the contracting authority from imposing particularly high requirements for the suitability and reliability of tenderers and from requiring the necessary proof from potential candidates. Likewise, the contracting authority could only grant access to the confidential information in question to a limited number of candidates. The CJEU concluded that Poland had not shown that the security of these documents made it impossible to carry out the procurement procedure.

[35] In case C 187/16, European Commission v Republic of Austria,[31] the application of the security exemption was at issue in the case of the award of public contracts for the printing of official documents, namely biometric passports, residence permits, identity cards, driving licences, vehicle licences, fireworks display permits, boatmaster certificates, security document forms, labels for narcotic substances and moped licences. Austria argued that, in the context of threats and terrorist activities, only one printing office under the effective control of the State should be authorised to produce identity documents. The centralisation of these services with a single provider is said to be an essential strategic factor in terms of security. Austria stated that the requirement for a high technical level of security to avoid all risks of counterfeiting, in particular in the context of the fight against terrorism and crime, was a matter of urgency.

[36] The CJEU ruled that Austria had failed to prove that the confidentiality of the information to be provided for the printing of official documents would not have been sufficiently controlled if the printing had been entrusted to other companies in the context of a public procurement procedure. The CJEU thus concluded that confidentiality of data can be ensured by a duty of secrecy without having to circumvent public procurement procedures.

[37] In the cases presented, the security interest pursued was not as substantial as, for example, the interest of ensuring the security of strategically important (e. g. energy, transport) infrastructure. For example, energy self-sufficiency or uninterrupted energy supply is fundamental to the existence of a State. Not only does its economy depend on the latter, but also the normal functioning of public services, institutions and the very survival of its population. This was also the view of the CJEU in Case C-72/83, Campus Oil.[32] Given the seriousness of the consequences of the interruption of energy supplies (e. g. electricity, gas, heat), the objective of ensuring energy supply must be considered to go beyond the purely economic interests of the State. The interruption of the uninter-

27) See Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-187/16, *European Commission v Republic of Austria of* 20 March 2018, paragraph 76; and Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-337/05, *Commission of the European Communities v Italian Republic* of 8 April 2008, paragraph 42.
28) Cf. Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-601/21, European Commission v Republic of Poland, 7 September 2023, paragraph 76.
29) See Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-601/21, European Commission v Republic of Poland, 7 September 2023, paragraphs 25 and 80; and Judgment of the Court of Justice of the EU in Case C-187/16, *European Commission v Republic of Austria of 20 March 2018, paragraphs 79 and 80.*
30) See Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-601/21, European Commission v Republic of Poland, 7 September 2023.
31) See Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-187/16, European Commission v Republic of Austria of 20 March 2018.
32) Cf. Judgment of the Court of Justice of the EU in case C-72/83, *Campus Oil Limited in drugi proti ministre pour l'Industrie et l'Energie and others,* 10 July 1984, paragraphs 34 and 35.

rupted energy supply thus constitutes a threat to the existence of the State and should therefore be characterised as an "essential security interest of the State", with the consequence that the security exemption could be applied to the procurement of the construction of infrastructure work.

III. Sensitive equipment, works and services according to the Defence Procurement Directive

[38] As explained above, the public procurement rules do not apply at all to the security exemption.

[39] Directive 2009/81/EC ("Defence Procurement Directive") lays down specific rules for public procurement in the defence and security sector, with the aim of making the defence market in the EU more open and competitive, while protecting the legitimate security interests of individual Member States. Through specific public procurement rules, the Directive allows the protection of confidential information and prevents jeopardising the essential security interests of Member States.

[40] Similarly, the Defence Procurement Directive, like the security exemption under the TFEU described above, allows for a security exemption to the obligation to apply it. Article 13(a) of the Defence Procurement Directive provides that the Directive shall not apply to contracts the application of which would oblige a Member State to supply information the disclosure of which it considers contrary to the "essential interests" of its security.

[41] The concept of sensitive equipment, works and services is defined in Article 1(1)(7) of the Defence Procurement Directive,[33] namely equipment, works and services for security purposes involving, requiring and/or containing classified information. the Defence Procurement Directive applies, *inter alia*, to works and services for specific military purposes or "sensitive works" (Article 2, first paragraph, point d).

[42] The Defence Procurement Directive states in its recitals that defence and security equipment is essential for the security and sovereignty of the Member States and for the autonomy of the European Union (EU). Purchases of goods and services in the defence and security sector are therefore often subject to particular sensitivity. This requires specific requirements in the area of information transmission and protection. In particular, purchases of arms, munitions and war material for the armed forces, and directly related services and works thereto. Additionally, to some "particularly sensitive purchases in the field of non-military security«.[34]

[43] Furthermore, it follows from recital 11 of the Defence Procurement Directive that in the field of "non-military security" the Directive should apply to procurements which have features similar to those of defence procurements and are "equally sensitive". This concerns in particular the following areas:

1) in areas where military and non-military forces cooperate for the performance of the same missions and/or
2) where the purpose of the procurement is to protect the security of the EU or the Member States within or outside their own territory against serious threats from non-military or non-governmental actors (e. g. border protection, police activities and crisis management missions, etc.).

[44] The Defence Procurement Directive, in recital 14, pays particular attention to the needs of contracting authorities for works and services which, although not directly linked to the supply of military equipment or sensitive equipment, are necessary to meet certain military or security requirements.

[45] According to Advocate General Yves Bot, in the field of security or defence, it is justified not to apply certain provisions of public procurement law because certain contracts are so sensitive that prior publication and opening of competition to economic operators would not be appropriate. This is the case, for example, for contracts concluded by intelligence services or relating to counter-espionage activities. Moreover, this is also the case for particularly sensitive purchases requiring a high level of confidentiality, such as purchases linked to anti-terrorism or related specifically to sensitive activities performed by the forces of law and order.[35] When invoking the exemption for sensitive procurement, contracting authorities must in particular justify the sensitivity of the procurement and the equipment concerned. They may do so, for example, by explaining a specific requirement relating to the protection of confidential or classified information which, in the interests of national security, might in fact require specific protection and a particular choice of candidate.[36]

[46] No relevant cases have been brought before the CJEU to date on the provisions of Article 1(1)(7) and Article 2(1)(d) of the Defence Procurement Directive. Therefore, it is not yet possible to claim with certainty which non-military infrastructure works could qualify as "sensitive works". The construction of non-military infrastructure (e. g. critical transport infrastructure, energy infrastructure, telecommunications networks, critical information infrastructure, disaster management systems, cyber security infrastructure, etc.) may involve a wide range of sensitive technical and security information that could have an impact on national security, including the security of energy supply, the provision of telecommunications services, and defence against possible terrorist attacks.

[47] The construction of strategically important non-military infrastructure (e. g. energy infrastructure, telecommunications networks, critical information infrastructure, etc.) could therefore be subsumed under the legal concept of "particularly sensitive purchases in the field of non-military security". Such considerations could, under certain conditions, justify the application of the exemption for sensitive works as provided for in the Defence Procurement Directive. Whether those provisions of the Defence Procurement Directive can be applied to a case such as the construction of non-military infrastructure is, however, still an open question to which the case-law of the CJEU has not yet provided a concrete answer.

IV. Conclusion

[48] The use of the security exemption for the construction of strategically important infrastructure projects is a key tool for EU Member States to protect their essential security interests.

33) Official Journal of the European Union, L 216, 20 August 2009, pp. 76–136.
34) See recitals 8 and 9 2009/81/EC.
35) Opinion of Advocate General Yves Bot in case C-19/13, *Ministero dell'Interno proti Fastweb SpA*, 10 Aprila 2014, paragraph 110.
36) Ibid., paragraph 111.

[49] Which infrastructure projects are strategically important? This should be assessed on a case-by-case basis, taking into consideration that the exemption shall be interpreted restrictively. Although case law of the CJEU has mostly dealt with military and security related procurements, also other, non-military projects can be considered strategic, if leaking information would pose a serious threat to the normal functioning of a Member State's institutions and the general well-being of its people.

[50] Although EU law allows derogations from the general public procurement rules through the use of the security exemption, its use is strictly limited to cases where it is necessary to protect national security, and no other less invasive measures are available (principle of proportionality). The case law of the CJEU clearly indicates the need for a narrow interpretation of the security exemption, based on strictly defined criteria, in order to avoid possible abuse or arbitrariness.

[51] The Defence Procurement Directive allows for the application of specific, less rigorous rules for public procurement in the areas of security and defence, or even excludes the application of public procurement rules altogether. The rules may also apply, *inter alia*, to "sensitive works" in the area of non-military infrastructure. This is also an exception that must be interpreted restrictively, and the CJEU has not yet clarified the criteria for what constitutes "sensitive works".

VERSICHERUNGSRECHT

WINFRIED HUCK, TOBIAS VOIGT*

Contractors' All-Risk Insurance (CAR): Deckung, Risiko Management und Rechtsrahmen (Teil 2)

In dem zweiten Teil des Beitrags zu der CAR- Versicherung (Teil 1 erschien in der RInPrax 2024, 47-52) werden versicherungsrechtliche und vertragsrechtliche Besonderheiten der CAR-Versicherung beleuchtet, wobei auf die für die Praxis bedeutsamen Fragen wie etwa die Mitversicherung, die Kombination mit einer allgemeinen Haftpflichtdeckung, den Regressverzicht, die Differenzierung zwischen Schaden und Mangel, der Selbstbehalt, die Wartung und die Verzögerung beim Betriebsbeginn im Mittelpunkt stehen.

The second part of the article on CAR insurance (Part 1 appeared in RInPrax 2024, 47-52) examines the special features of CAR insurance under insurance law and contract law, focusing on issues of practical importance such as co-insurance, combination with general liability cover, waiver of recourse, differentiation between damage and defect, deductible, maintenance and delay in commencing operations.

XII. Einzelne Gestaltungsfragen und Rechtsprobleme bei CAR

[31] Im Folgenden sollen einzelne Gestaltungsfragen und Rechtsprobleme der CAR beleuchtet werden.

1. Mitversicherung

[32] Die Mitversicherung des Auftragnehmers bei einer vom Auftraggeber übernommenen Versicherung (joint insurance) ist ein im common law grundsätzlich anerkanntes Grundkonzept der CAR, das meistens bis zum letzten Subunternehmer („last tier down") gilt[1]. Dennoch ist es auch möglich, dass der Auftraggeber und der Auftragnehmer ausdrücklich zusammen Versicherungsnehmer werden. Davon zu unterscheiden ist das Konzept der reinen Mitversicherung („co-insured"). Der konzeptionelle Unterschied ist nicht nur theoretisch. Für eine Police auf der Basis englischen Rechts ist entschieden worden, dass die bloße generelle Benennung von Auftragnehmern als mitversichert („all subcontractors shall be co-

*) Winfried Huck ist Inhaber einer Professur für Wirtschaftsrecht mit den Vertiefungsgebieten Internationales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsrecht der EU an der Brunswick European Law School (BELS) der Hochschule Braunschweig/Wolfenbüttel (Ostfalia), zugleich Professor am Chinesisch-Deutschen Hochschulkolleg (CDHK) der Tongji-Universität in Schanghai und u. a. Fellow am Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance (C-EENRG), University of Cambridge. Tobias Voigt ist Rechtsanwalt in Hamburg, Chairman des Offshore Dispute Resolution Committee des World Forum Offshore Wind, Mitglied der Taskforce Offshore Wind der Dispute Resolution Board Foundation und Co-Leiter des Arbeitskreises Internationales Baurecht in der ARGE Baurecht des Deutschen Anwaltvereins.

1) Roger ter Haar QC, Marshall Levine, Anna Laney, Construction insurance and UK construction contracts, 3.ed., Informa Law from Routledge, 2016, p. 95: The distinction between joint and composite policies was summarised by Sir Wilfrid Greene MR in General Accident Fire & Life Assurance Corp Ltd v Midland Bank Ltd [1940]: "*That there can be a joint insurance by persons having a joint interest is, of course, manifest. If A and B are joint owners of property – and I use that phrase in the strict sense – an undertaking to indemnify them jointly is a true contract of indemnity in respect of a joint loss which they have jointly suffered. Again, there can be no objection to combining in one insurance a number of persons having different interests in the subject-matter of the insurance, but I find myself unable to see how an insurance of that character can be called a joint insurance.*"

insured") nicht dazu führt, dass eine Mitversicherung tatsächlich vorliegt, insbesondere, wenn im Vertrag eine solche Regelung sich nicht findet oder für den Auftragnehmer eigene Versicherungen mit ähnlicher Deckung (zusätzlich) verlangt werden.[2] Die Abstimmung zwischen einer Police der CAR und dem Vertrag ist eine der wichtigsten Herausforderungen in der Gestaltung des Versicherungskonzepts für ein Projekt.

2. Kombination mit allgemeiner Haftpflichtdeckung

[33] Der vorige Fall ist auch denkbar für Kombinationen der CAR mit einer allgemeinen Haftpflichtkomponente („Third Party Liability, TPL"). Bei dieser Kombination wird aus Risikominimierungsgründen häufig verlangt, dass die bestehenden TPL's der Auftragnehmer im Schadensfall zuerst heranzuziehen sind („primary cover"). Hier ist aus Auftragnehmersicht bei der Vertragsgestaltung darauf zu achten, dass die Mitversicherung aus diesem Umstand heraus nicht generell in Frage steht.

3. Regressverzicht

[34] Der Regressverzicht (Rückgriff auf den Schadensverursacher) ist im Rahmen einer CAR aus zwei Richtungen zu betrachten. Zum einen betrifft er den Regressverzicht des Versicherers gegenüber dem (mitversicherten) Verursacher. Zum anderen betrifft er den Regressverzicht des Auftraggebers gegen den Verursacher, wenn der Auftraggeber Deckung aus der CAR erlangen kann. Der Regressverzicht („waiver of subrogation") des Auftraggebers gegenüber dem mitversicherten Auftragnehmer folgt im englischen Recht schon aus der Konstruktion der Police.[3] Mitversicherte einer Police können sich nicht in Regress nehmen für einen versicherten Schaden, der Gedanke erstreckt sich auch auf den Versicherer.[4] Unter deutschem Recht wäre die Frage über den entstandenen Schaden zu lösen und würde zum Problem, wenn der Auftraggeber die Versicherung nicht in Anspruch nähme. Insofern empfiehlt sich auch eine vertragliche Regelung für den Regressverzicht.

4. Mangel versus Schaden

[35] Die Einstandspflicht unter einer CAR-Police setzte in der klassischen Gestaltung in der Regel den Eintritt eines materiellen Schadens voraus. Am Anfang (die erste CAR-Police soll zurückgehen auf den Bau der Lambeth Bridge in London 1929[5]) war nur der Schaden („damage") versichert, der nicht auf einem Mangel („defect") beruhte. Da dieses doch in den wenigsten Fällen vorkommt, entspann sich in der Folge eine umfangreiche Rechtsprechung zu diesem Thema. Als nächste Entwicklungsstufe wurde zwischen dem direkten Schaden und dem Folgeschaden unterschieden („resulting damage" und „ensuing damage"). Danach ist der direkte Schaden am defekten Bauteil oder der mangelhaften Sache nicht versichert, aber der Folgeschaden an der mangelfreien Sache.[6] Da aber bei komplexen Bauwerken die Unterscheidung zwischen mangelhaftem und mangelfreiem Bauteil oft schwierig sein kann, hat sich heute in der Gestaltung der Policen ein Ausschlusssystem etabliert, die sogenannten DE- und LEG-Klauseln. Dabei wird zwischen dem Mangel, dem mangelhaften Teil und dem daraus resultierenden Schaden unterschieden. Dem System liegt zunächst zugrunde, dass Mängel („Defects") und Schäden („Damage") versichert sind, solange das durch die Regelungen der Police nicht ausgeschlossen ist.

[36] Als erstes kamen für Ausschlüsse die sogenannten DE-Klauseln zur Anwendung (DE1-DE5). Dabei schließt DE1 alle Schäden aufgrund eines Mangels aus, DE2 schließt Schäden an mangelhaften Bauwerksteilen oder Bauwerksteilen, die sich darauf stützen, aus, umfasst aber den Schaden an mangelfreiem Eigentum, DE3 schließt im Gegensatz zu DE2 die gestützten Bauteile in den Versicherungsschutz ein, DE4 schließt allein den Schaden am mangelhaften einzelnen Bauteil des Bauwerks aus, DE5 schließt alle aus dem Mangel resultierende Schäden ein und schließt nur die zusätzlichen Kosten aus der Verbesserung der ursprünglichen Planung aus.

[37] Mitte der neunziger Jahre entwickelte die London Engineering Group (LEG[7]) die sogenannten LEG-Klauseln.[8] Diese ähneln in Teilen den DE-Klauseln, nehmen jedoch stärker auf Anlagenbauprojekte Bezug und sind daher häufiger bei EAR- als bei CAR-Policen zu finden. In Offshore-Wind-Projekten sind sie jedoch typisch für CAR-Policen und die entsprechenden Projektverträge als Vorgaben des Risikoprofils, das der Lieferant erwartet. Dabei entspricht LEG1/96 der DE1-Klausel, LEG2/96 ähnelt DE4, schließt aber auch in der Regel Zugangskosten aus („Access Cost") und die Kosten, die entstanden wären, wenn der Mangel unmittelbar vor Schadenseintritt beseitigt worden wäre und LEG3/96 entspricht DE5 und verlangt allein einen Schaden am mangelhaften Bauteil.

[38] Besonders am Beispiel DE4/LEG3 wird deutlich, dass die Klauseln sich zwar ähneln, aber zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können. Das betrifft z. B. die Access Cost, im normalen Baubereich meist nicht sehr relevante Kosten, bei einem Offshore-Wind-Projekt umfasst das aber den teuren Zugang zur Baustelle über Spezialschiffe mit hohen Tagesraten. Konnte erreicht werden, dass sich die Deckung darauf bezieht, kann das Problem wieder auftauchen, wenn mit einem Schiffszugang gleichzeitig Defect und Damage beseitigt werden und die Kosten vom Loss Adjuster der Versicherung als „not eligible" bezeichnet werden.

[39] Die Unterscheidung zwischen Defect und Damage birgt weiteres Streitpotential, das durch die technische Entwicklung natürlich noch befeuert wird. Als Beispiel soll das Dach des Eurostar Terminals der Waterloo Station dienen.[9] Hierbei handelte es sich zwar um einen Haftpflichtfall, aber auch dort wurde das Thema des „physical damage" diskutiert. Danach verlangt der Schaden einen geänderten Zustand des entsprechenden Bauteils, der drohende Schaden reicht nicht aus, auch nicht der Schaden der eventuellen Lebensdauerverkürzung, da er sich noch nicht materiell realisiert hat.

---

2) The Rugby Football Union v Clark Smith Partnership and others [2022] EWHC 956 (TCC), 202 Con LR 142, [2022] PNLR 21. (https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/TCC/2022/956.html).
3) Julian Bailey, Construction Law, 2. Ed., Informa Law from Routledge, 2016 p. 1412 f.
4) National Oilwell (UK) Ltd v Davy Offshore Ltd [1993] 2 Lloyds Rep 582, https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=149691; siehe aber auch FN 47 zu der Frage, ob der Auftragnehmer überhaupt mitversichert ist.
5) Neville Green, DE /LEG Design exclusion clauses & covers in construction insurance, https://www.localinstitutes.cii.co.uk/media/16513/contractual-and-wording-considerations-in-construction-insurance-pesentation.pdf.
6) Instruktiv: Swire Pacific Holdings v. Zurich Ins. Co., 845 So. 2 d 161 (Fla. 2003), https://casetext.com/case/swire-pacific-holdings-v-zurich-ins-co.
7) https://www.londonengineeringgroup.com/about-us.
8) https://www.londonengineeringgroup.com/leg-clauses.
9) [2004] EWCA Civ 23, https://vlex.co.uk/vid/pilkington-united-kingdom-ltd-805006109.

[40] Wie weit die Diskussion gehen kann, zeigt der NUKILA-Fall.[10] Dort waren an den Jack-Up-Beinen einer Offshoreplattform Schweißnähte gerissen, die zunächst als Haarrisse sichtbar waren (von vornherein) und dann bei den Folgeinspektionen der Taucher sich als weiter aufreißend darstellten. Der Versicherer hatte eingewendet, dass das Aufreißen der Schweißnähte kein Schaden am Jack-Up-Leg sei, sondern immer noch eine Manifestation des ursprünglichen Mangels (defekte Schweißnaht, „the cracks just got bigger"). Der Court of Appeal entschied jedoch gegen die Versicherung, da eine Zustandsänderung gegenüber dem eigentlichen Mangel vorlag.[11]

[41] Auf der anderen Seite reagiert der Versicherungsmarkt auch auf die entsprechende Nachfrage und bietet zum Teil auch Lösungen an, die sogar die Deckung für Serienschäden umfassen.[12] Hier ist es daher auch an der Zeit, auf die Begleitung des Projekts durch einen erfahrenen Versicherungsvermittler/Broker zu verweisen.

5. Geografische Reichweite der CAR-Versicherung

[42] Die typische Deckung umfasst in der Regel die Baustelle, Materialien und jegliches Eigentum, das während des Bauprozesses beschädigt werden könnte. Dies kann sich aber auch je nach Police auf die externe Lagerung, den Transport von Materialien und temporäre Konstruktionen erstrecken, bis hin zu Fertigungsstätten der Lieferanten auf der ganzen Welt. Versicherer bieten häufig die Möglichkeit an, temporäre Lager außerhalb der Baustelle noch unter der Police nachzunominieren, wobei der Prozess dann ebenfalls im Vertrag mit dem Auftragnehmer festzulegen wäre, damit dort keine Deckung verlorengeht. Üblicherweise wird dazu eine territoriale Begrenzung der möglichen Lager vereinbart („Territorial Limits"[13]).

6. Selbstbehalte

[43] Die (weitestgehende) Abdeckung aller Risiken des Bauprojekt könnte ja zu einer besonderen Nachlässigkeit des Auftragnehmers im Projekt führen. Dieser Umstand wird jedoch durch die Höhe der Selbstbehalte einer CAR („Deductible") reguliert, die für den Versicherungsnehmer und den potentiellen Schadensverursacher genug Anlass bieten müssen, das schädigende Verhalten zu vermeiden. Sie werden jedoch auch aus dem allgemeinen Schadensaufkommen bestimmt. Das hat dazu geführt, dass bei Offshore-Wind-Verträgen der typische Selbstbehalt bei 500.000 EUR je Ereignis liegt, bei Schäden in Verbindung mit den zu verbauenden Offshore-Kabeln dieser sich heute bereits auf in der Regel 3.500.000 EUR erhöht hat, da die Versicherer zu viele Schadensfälle in diesem Bereich zu regulieren hatten.[14] Auftragnehmer versuchen daher auch den Auftraggeber in der Vertragsverhandlung dazu zu bewegen, einen Teil des Selbstbehalts im Schadensfall zu übernehmen.

7. Erweiterungen der CAR

[44] Es gibt mögliche Erweiterungen der CAR-Deckung, die separaten Bedingungen unterliegen, aber für das Projekt eine sinnvolle Kombination ergeben können. Die Erweiterung um die Haftpflichtkomponente ist bereits oben unter 12. b) dargestellt.

a) (Extended) Maintenance

[45] Die CAR sichert grundsätzlich das Projekt ab, das nominell mit der Fertigstellung endet. Schäden zeigen sich womöglich jedoch erst im Betrieb. Das hat zur Erweiterung um die „Maintenance"-Bedingungen geführt. Historisch gründen diese Bedingungen häufig in dem unterschiedlichen Vertragsverständnis nach Common Law und Civil Law, wobei im Common Law die Mangelbeseitigung („defect remedy") als Teil der Vertragserfüllung ausgestaltet wird.[15]

[46] Es wird zwischen den folgenden Deckungen unterschieden:

[47] „Visit Maintenance": Diese Art der Deckung ist die engste Variante und schützt Auftragnehmer oder Lieferanten, während sie die Baustelle besuchen, um Mängel zu beheben oder Arbeiten im Rahmen vertraglicher Verpflichtungen nach der Übergabe durchzuführen. Die Kosten zur Beseitigung der Mängel selbst werden dabei nicht abgedeckt, sondern nur die Schadensentstehung mit einem Versicherungsschutz, der sonst der Bauphase gleichsteht.

[48] „Extended Maintenance": Diese Deckung geht über den Schutz für Wartungsbesuche hinaus und deckt zusätzlich Mängel, die während der Bauphase am Projekt entstanden sind, wo sich Schäden aber erst nach Fertigstellung zeigen. Es gibt verschiedene Varianten dieser Deckung. Im einfachsten Fall werden die Kosten für die Beseitigung von Mängeln in der Ausführung oder beim verwendeten Material abgedeckt. Je nach Umfang kann sie aber auch Planungs- und Konstruktionsfehler miteinschließen.

[49] „Guarantee Maintenance": Diese Absicherung umfasst sowohl die beiden zuvor genannten Bereiche als auch Mängel, die außerhalb der Baustelle auftreten und möglicherweise bereits vor Beginn der Versicherung vorhanden waren. Eine solche Deckung kann trotz der hohen Kosten interessant sein, wenn Mängel wegen eines ausstehenden Investmententscheids[16] für das Bauprojekt aus einem zuvor geschlossenen Early-Works-Agreement resultieren können.

8. Verzögerung im Betriebsbeginn (Delay in Startup, DSU) Advanced Loss of Profits (ALOP)

[50] Die Delay in Start-Up (DSU)-Versicherung, auch als Advanced Loss of Profits (ALOP) bekannt, ist eine wesentliche Ergänzung der Bauleistungsversicherung (Contractors' All-Risk, CAR). Sie bietet Schutz vor finanziellen Verlusten, die durch Verzögerungen beim Projektbeginn infolge versicherter Ereignisse wie Naturkatastrophen oder Unfälle entstehen. Besonders bei Großprojekten im Bau- und Infrastrukturbereich, wo solche Verzögerungen erhebliche Auswirkungen auf erwartete Einnahmen und Fixkosten haben können, spielt sie eine zentrale Rolle.

---

10) [1997] EWCA Civ J0326-27, https://vlex.co.uk/vid/promet-engineering-singapore-pte-792882973.
11) [1997] EWCA Civ J0326-27: "If one is considering whether there is damage to the hull and whether such damage is caused by a latent defect in the hull, it follows that the damage must be something different from, something over and above and incrementally greater than the defect itself."; Zur Analyse des NUKILA-Falls vgl. ferner Stuart Beadnall and Simon Moore, Offshore Construction: Law and Practise, 2. Ed., 2022, p. 342, 14.96 – p. 344, 14.108
12) Serial loss clauses (SLC), vgl. Lloyd's Market Association Bulletin, LMA22-022-JHF, 15.6.2022 zu LMA5587 Serial Loss Clause und LMA5588 Serial Defect Clause, https://www.lmalloyds.com/LMA/News/LMA_bulletins/LMA_Bulletins/LMA22-022-JHF.aspx.
13) Siehe FN 22, dort „Territorial Limits" unter „Definitions" und „Cover One – Extensions" Ziff. 5.
14) DNV: 80 % of insurance claims in offshore wind are related to subsea cable failures – How can the industry manage these risks?, https://www.dnv.com/article/80-percent-of-insurance-claims-in-offshore-wind-are-related-to-sub sea-cable-failures-how-can-the-industry-manage-these-risks/.
15) Hök, Überblick zum englischen Bauvertragsrecht, https://www.dr-hoek.de/fachinformationen/englisches-recht/ueberblick-zum-englischen-bauvertragsrecht
16) FID, final investment decision

[51] ALOP-Versicherungen decken den Verlust erwarteter Gewinne sowie zusätzliche Fixkosten, die durch verspätete Fertigstellung entstehen.[17] Solche Policen greifen jedoch erst nach einer bestimmten Karenzzeit, die als zeitbasierter Selbstbehalt fungiert. In der Regel sieht die Police ebenfalls einen Selbstbehalt („deductible") vor, der in Form einer Anzahl von Tagen angegeben wird. Das bedeutet, dass das Projekt um diese Anzahl von Tagen über den geplanten Starttermin hinaus verzögert sein muss, bevor der Versicherungsschutz greift.[18] Zusätzlich sollte für jeden Verzögerungstag eine vorher ausgehandelte und festgelegte Entschädigung definiert werden, was für beide Vertragsparteien eine klare Berechnungsgrundlage und Streit über Grundlage und Höhe vermeiden hilft.[19]

[52] Debt Servicing ist ein weiterer wichtiger Aspekt der ALOP-Policen. Der Begriff bezieht sich auf die Zins- und Kapitalrückzahlungen, die Projektentwickler während der Bauphase leisten müssen. In der Praxis gibt es oft Unklarheiten darüber, ob der „Debt Servicing"-Begriff nur Zinsen oder auch Kapitaltilgungen umfasst. Streitigkeiten bei der Schadensermittlung, sind vermeidbar, indem eindeutigen Definitionen in den Vertrag aufgenommen werden.[20]

[53] Solche ALOP-Policen sind vom Zeitplan eines Projekts abhängig. Änderungen am ursprünglichen Bauzeitplan oder unvorhergesehene Planungsfehler können dazu führen, dass die Versicherung nicht greift. Dies führt zu Streitigkeiten darüber, ob die Verzögerung auf einem Ereignis, für das eine Deckung besteht, oder ob das Ereignis von der Deckung ausgeschlossen ist, weil es auf einen Planungsfehler zurückzuführen ist.

[54] In vielen Fällen wird der Abschluss einer ALOP-Versicherung von den Banken gefordert, die das Projekt finanzieren. Dies gilt insbesondere für Build-Operate-Transfer (BOT)-Projekte, bei denen die Rückzahlung von Krediten durch Betriebseinnahmen gedeckt werden.[21] Eine ALOP-Versicherung schützt die finanzierenden Banken vor den finanziellen Folgen von Bauverzögerungen, indem sie den Ausfall von Einnahmen durch verspätete Projektfertigstellung kompensiert. ALOP-Versicherungen dienen auch dazu, sowohl die Interessen des Projektträgers als auch jene der Kreditgeber zu schützen.[22]

XIII. Fazit

[58] Die Bauleistungsversicherung (CAR) ist eine weltweit verbreitete Absicherung für Bauprojekte, insbesondere bei Großprojekten. Sie deckt Risiken während der Bauphase ab und wird häufig durch weitere Versicherungen ergänzt, abhängig von den spezifischen Anforderungen des Projekts. Da die Bedingungen einer CAR-Versicherung individuell verhandelt werden, gibt es deutliche Unterschiede bei Deckungen, Ausschlüssen und Prämien, die auch von rechtlichen Rahmenbedingungen internen sowie externen Risiken und Verträgen beeinflusst werden. Die Montageversicherung (EAR) richtet sich speziell an Montageprojekte und überschneidet sich teilweise mit der CAR, jedoch liegt der Fokus stärker auf dem Anlagenbau. Bei grenzüberschreitenden Projekten spielen national zwingende Vorschriften, wie etwa die Garantie décennale in Frankreich, eine Rolle. Trotz umfassender Deckung gibt es in jeder Police Ausschlüsse, etwa für Mängel oder Gesetzesverstöße. Klimarisiken und Ereignisse wie Pandemien, auch Kriege erfordern mit Blick auf Vertragsstörungen angepasste Versicherungsbedingungen und deren Compliance. Hohe Selbstbehalte in den Policen motivieren Auftragnehmer zu sorgfältigerem Arbeiten, besonders bei risikoreichen Projekten wie Offshore-Anlagen. Zusätzliche Deckungen wie ALOP (Advanced Loss of Profits) schützen vor Einnahmeverlusten durch Verzögerungen. Die Mitversicherung (Joint Insurance) ist in CAR-Policen verbreitet, wobei der Versicherungsumfang und die Abstimmung zwischen Police und Vertrag entscheidend sind. Kombinationen mit allgemeinen Haftpflichtversicherungen erfordern besondere Aufmerksamkeit, um Konflikte zwischen primärer Deckung und Mitversicherung zu vermeiden. Die Unterscheidung zwischen Mängeln und Schäden spielt bei CAR-Policen eine zentrale Rolle. Verschiedene Ausschlussklauseln (DE- und LEG-Klauseln) regeln, in welchem Umfang Mängel und daraus resultierende Schäden versichert sind, was besonders bei komplexen Bauwerken zu rechtlichen Auseinandersetzungen führen kann.

[59] The Contractors' All-Risk insurance (CAR) is a globally widespread form of protection for construction projects, particularly large-scale ones. It covers risks during the construction phase and is often supplemented by additional insurances, depending on the specific requirements of the project. Since the terms of a CAR insurance policy are individually negotiated, there are significant differences in coverage, exclusions, and premiums, which are also influenced by legal frameworks, internal and external risks, and contracts. The Erection All Risks (EAR) insurance specifically targets installation projects and partially overlaps with CAR, although it focuses more on plant construction. In cross-border projects, national mandatory regulations, such as the "garantie décennale" in France, play a role. Despite comprehensive coverage, every policy contains exclusions, such as for defects or legal violations. Climate risks and events like pandemics, as well as wars, require adjusted insurance terms and compliance in light of potential contractual disruptions. High deductibles in the policies encourage contractors to work more carefully, particularly in high-risk projects such as offshore installations. Additional coverages like Advanced Loss of Profits (ALOP) protect against loss of income due to delays. Joint insurance is common in CAR policies, with the extent of insurance coverage and the alignment between the policy and contract being crucial. Combinations with general liability insurance require special attention to avoid conflicts between primary coverage and co-insurance. The distinction between defects and damage plays a central role in CAR policies. Various exclusion clauses (DE and LEG clauses) determine the extent to which defects and the resulting damages are insured, which can lead to legal disputes, especially in complex construction projects.

17) Roger ter Haar QC, Marshall Levine, Anna Laney, Construction insurance and UK construction contracts, 3.ed., Informa Law from Routledge, 2016, p. 356; MDD, https://www.mdd.com/forensic-accounting-articles/stemming-spiralling-cost-delay-delay-start-dsu-advance-loss-profit-alop-insurance-cover/; Marsh: Delay in start up (DSU) insurance for construction projects: https://www.marsh.com/au/industries/construction/insights/dsu.html
18) Stuart Beadnall and Simon Moore, Offshore Construction: Law and Practise, 2. Ed., 2022, p. 329, 14.39.
19) Stuart Beadnall and Simon Moore, Offshore Construction: Law and Practise, 2. Ed., 2022, p. 329, 14.41.
20) MDD, https://www.mdd.com/forensic-accounting-articles/stemming-spiralling-cost-delay-delay-start-dsu-advance-loss-profit-alop-insurance-cover
21) Čadež, Versicherungskonzepte in regulierten Versicherungsmärkten bei BOT-Infrastrukturprojekten – Praxisbeispiel Stadtautobahn in Santiago de Chile, NZBau 2003, 10, 12, 13.
22) Stuart Beadnall and Simon Moore, Offshore Construction: Law and Practise, 2. Ed., 2022, p. 329, 14.40.

Für zukunftsorientierte Beschaffung.

Das neue Handbuch

behandelt die gesamte Bandbreite der strategischen Beschaffung unter Berücksichtigung von **qualitativen, ökologischen, sozialen und innovativen** Aspekten. **Auftraggeberinnen und Auftraggeber** finden hier zielorientierte, praktische Vorschläge für die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten in Vergabeverfahren. **Bieterinnen und Bieter** erhalten klare Orientierung in Bezug auf die in einem Vergabeverfahren gestellten **Anforderungen mit Nachhaltigkeitsbezug.** Neben den »Werkzeugen« der strategischen Beschaffung bietet das Werk auch Werkzeuge zur **effizienten Umsetzung** sowie zur Verfolgung einer maßvollen und generationengerechten Beschaffung.

Der Inhalt

- **Grundlagen:** Von dem Begriff und der Dimension der Nachhaltigkeit über die bestehenden Rechtsgrundlagen bis hin zur strategischen Gestaltung der Beschaffung.
- **Vorbereitung des Vergabeverfahrens:** Haushalts- und vergaberechtliche Rahmenbedingungen sowie praktische Umsetzung bei öffentlichen Auftraggebern.
- **Gestaltung der Vergabeunterlagen:** insbesondere Eignungskriterien, Anforderungen an die Leistung, Zuschlagskriterien/Wertungsformeln, Ausführungsbedingungen.
- **Nachweisführung:** insbesondere Gütezeichen, Zertifizierungen.
- **Praxisrelevante Beschaffungsgegenstände:** Bauleistungen, IT/TK, Energie, Fahrzeuge etc.

Von erfahrenen Experten

Herausgegeben von Dr. Irene **Lausen,** Leiterin a.D. des Referats »Vergabewesen« im Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen, und Dr. Jan Peter **Müller,** Fachanwalt für Vergaberecht.

Die **Autorinnen und Autoren** sind in ihrer täglichen Berufspraxis mit dem Vergaberecht befasste renommierte Expertinnen und Experten aus Wissenschaft, Verwaltung, Anwaltschaft und der Wirtschaft.

Lausen/Müller
Handbuch
Nachhaltigkeit im Vergaberecht

2024. XLIII, 534 Seiten.
In Leinen € 139,–
ISBN 978-3-406-80435-9

beck-shop.de/35449907

Erhältlich im Buchhandel oder bei: **beck-shop.de** | Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG · 80791 München | kundenservice@beck.de | Preise inkl. MwSt. | 175658
Folgen Sie uns auf Mehr Infos: ch.beck.de/socialmedia

C.H.BECK

Für das richtige Honorar.

Lederer
Vertrags- und Honorargestaltung für Architekten und Ingenieure

4. Auflage. 2025. Rund 400 Seiten.
Kartoniert ca. € 89,–
ISBN 978-3-406-71995-0
Neu im Februar 2025

beck-shop.de/22350964

Vorteile auf einen Blick

- **das neue Architektenrecht praxisgerecht erläutert**
- **Hinweise zur optimalen Gestaltung von Architekten- und Ingenieurverträgen bezüglich Honorarfragen nach neuem Recht**
- **Hilfestellungen für die Durchsetzung von Honoraransprüchen**

Praxisorientiert

und mit **zahlreichen Fallbeispielen** erläutert das Werk das Preis-, Honorar- und Werkvertragsrecht. Es klärt die Voraussetzungen für eine **optimale Honorarabsicherung** einerseits und die Grundlagen zur Prüfung geltend gemachter Honoraransprüche andererseits und stellt das komplette, dazu erforderliche **organisatorische oder technische Instrumentarium** vor.

Aus dem Inhalt

- Honorarrecht bei Architekten- und Ingenieurverträgen
- Vertragsgestaltung
- Honorarermittlungstechniken

Die 4. Auflage

In der Neuauflage werden **alle neuen Regelungen des Architektenrechts** ausführlich erläutert und in die Praxistipps und Vertragsmuster integriert.

Erhältlich im Buchhandel oder bei: **beck-shop.de** | Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG · 80791 München | kundenservice@beck.de | Preise inkl. MwSt. | 177582
Irrtümer, Preisänderungen und Druckfehler vorbehalten. Folgen Sie uns auf Mehr Infos: ch.beck.de/socialmedia

C.H.BECK

Sicherheit
bei allen Vergabeverfahren.

Vergaberecht auf aktuellem Stand

- die umfassende Kommentierung auf höchstem Niveau
- intensive Durchdringung der Einzelfragen mit Augenmerk auf die praktische Anwendbarkeit
- das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungsgesetz kommentiert auf neuestem Stand

Alle Verordnungen gründlich erläutert

Das zweibändige Werk aus der Reihe der Beck'schen Großkommentare behandelt das gesamte Vergaberecht. Die Regelungen des 4. Teils des GWB, die bei der öffentlichen Ausschreibung unabdingbar sind, werden in Band 1 des Werks erläutert.

Band 2

bündelt die einzelnen vergaberechtlichen Verordnungen und erläutert sie detailliert und praxisorientiert, u.a. die

- **Vergabeverordnung,** durch die das Vergabeverfahren geregelt wird
- **Sektorenverordnung** für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung
- **Konzessionsvergabeverordnung** mit den Vorschriften zur Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen
- **VSVgV** für Vergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich

Erstmals kommentiert

sind im neuen Band 2 das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungsgesetz (SaubFahrzeugBeschG), die Wettbewerbsregisterverordnung (WRegV), die Vergabestatistikverordnung (VergStatVO) und die Verordnung PR 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (PreisV).

Burgi/Dreher/Opitz
Beck'scher Vergaberechts-Kommentar
Band 2: VgV – SektVO – KonzVgV – VOB/A-EU – VSVgV – VOB/A-VS – SaubFahrzeugBeschG – WRegV – VergStatVO – PreisV

4. Auflage. 2025. XLIV, 3019 Seiten. In Leinen.
Vorteilspreis bei Abnahme beider Bände
€ 249,–, Einzelpreis € 289,–
ISBN 978-3-406-81290-3
Neu im Februar 2025

beck-shop.de/36172041

Gesamtwerk Bände 1 und 2
Rund 5000 Seiten. In Leinen.
Vorteilspreis € 480,–
(Preis bei Einzelabnahme € 558,–)
ISBN 978-3-406-78230-5

beck-shop.de/33241934

Erhältlich im Buchhandel oder bei: **beck-shop.de** | Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG · 80791 München | kundenservice@beck.de | Preise inkl. MwSt. | 177328
Irrtümer, Preisänderungen und Druckfehler vorbehalten. Folgen Sie uns auf Mehr Infos: ch.beck.de/socialmedia

C.H.BECK

Energiewirtschaft
im Brennpunkt.

EnWZ – Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft

14. Jahrgang. 2025. Erscheint monatlich
Abonnement für € 379,–/Jahr.

Vorteilspreis jährlich für Mitglieder von Kooperationsverbänden und IR-Bezieher € 309,-

Abbestellung bis 6 Wochen vor Jahresende.
Preis inkl. MwSt., zzgl. Vertriebsgebühren
€ 20,– jährlich.

beck-shop.de/EnWZ

Die EnWZ

informiert aktuell und umfassend über alle relevanten rechtlichen Aspekte der kommunalen, nationalen und europäischen Energiewirtschaft. Die EnWZ begleitet die nationale sowie internationale Gesetz- und Verordnungsgebung; ebenso die Spruchpraxis der Bundes- und Landesregulierungs- sowie -kartellbehörden. Im Mittelpunkt stehen Themen aus der **Unternehmenspraxis** wie z. B.:

- Energieerzeugung
- Energielieferverträge
- Emissionshandel
- Erneuerbare Energien
- Energiekartellrecht
- Konzessionsverfahren
- Kommunalisierung und Privatisierung
- Netzausbau und -planung
- Netzübernahmen
- Regulierung
- Unbundling

… geschaffen für die Unternehmenspraxis

Jedes Heft enthält auf 48 Seiten ein Editorial, fundierte Aufsätze mit praxisorientierten Lösungsvorschlägen, Abstracts, Leitworte und Schlagwortketten zur schnellen Einordnung, sowie aktuelle Entscheidungen mit Anmerkungen. Neueste Nachrichten im separaten »EnWZ Aktuell« runden die Zeitschrift ab.

Erhältlich im Buchhandel oder bei: **beck-shop.de** | Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG · 80791 München | kundenservice@beck.de | Preise inkl. MwSt. | 160588
Irrtümer, Preisänderungen und Druckfehler vorbehalten. Folgen Sie uns auf Mehr Infos: ch.beck.de/socialmedia

C.H.BECK