

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 – Angus Rankin, London (UK) – 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 – RIPraxis@beck.de

1 | 2024

Seite 1–56

1. Jahrgang

18. Oktober 2024

EDITORIAL

DR. JÖRG KONDRING

Vorwort des VDMA – Eine herausragende neue Plattform für die Industriepraxis

Industrie- und Infrastrukturprojekte bringen besondere Herausforderungen mit sich, insbesondere im internationalen Kontext. Bisher mussten Syndikusrechtsanwälte und externe Rechtsberater zu den relevanten Themen eine Vielzahl an unterschiedlichen Erkenntnisquellen heranziehen. Dies war zwar bisweilen möglich, jedoch stets mit erheblichen Zusatzaufwand verbunden. Die Idee, ein einheitliches Fachmedium zu schaffen, welches die Belange des Industriegeschäfts und der Infrastrukturprojekte behandeln soll, wird seitens des VDMA sehr begrüßt und im Wege einer ideellen Kooperation unterstützt.

Eine Zeitschrift für die Branche mit Beiträgen von Experten mit entsprechend umfassender Expertise soll Anregungen und Hilfestellung für den Rechtsanwender bieten. Das Vorhaben soll jedoch nicht nur dazu animieren, die relevanten juristischen Inhalte ausschließlich zu konsumieren. Für die Rechtsabteilungen in Unternehmen und für Kanzleien ist es gleichzeitig ein Aufruf, diesen Kanal zu nutzen, um den Rechtsfragen bei internationalen Industrie- und Infrastrukturprojekten eine deutlichere Kontur zu verleihen. Dies kann von nationalen Spezialitäten, wie dem deutschen AGB-Recht im unternehmerischen Geschäftsverkehr in Deutschland, über Aspekte der Digitalregulierung in der Europäischen Union und ihre Auswirkungen auf das Industriegeschäft, bis hin zu internationalen Schiedsverfahrensfragen reichen. An Herausforderungen und Möglichkeiten für eine inhaltliche Befassung besteht kein Mangel.

Es ist positiv hervorzuheben, dass ein derartiges Vorhaben gemeinsam mit dem renommierten Verlag C. H. Beck realisiert wird. Unter

Juristen weckt der Name dieser Institution automatisch Assoziationen an einen hohen Qualitätsanspruch. Ein Effekt, den man auch für den Maschinen- und Anlagenbau in seinem Metier konstatieren muss. Es ist daher mit Stolz und Freude zu sehen, dass unsere Branche durch die ideelle Kooperation zwischen dem Verlag C. H. Beck mit dem VDMA e. V. eine weitere fachspezifische Bühne geboten bekommt.

Der Appell ist klar: Die Herausforderungen sind bedeutend, die Gelegenheit günstig und es liegt in unserer Hand als Fachexpertinnen und Fachexperten, die rechtlichen Themen der internationalen Industrie- und Infrastrukturprojekte näher zu beleuchten. Lassen Sie uns hieraus gemeinsam eine Erfolgs-Story machen.

Wir wünschen eine anregende Lektüre und neue Impulse für die Praxis.



RA Dr. Jörg Kondring
Vorsitzender des VDMA-
Rechtsausschusses
Chefsyndikus, Voith GmbH & Co.
KGaA

MARCO BECKER

Rechtspraxis der Industrie- und Infrastrukturprojekte – First of its kind!

Der deutsche und europäische Maschinen- und Anlagenbau wie auch die Rechtspraxis des nationalen und internationalen Projektgeschäftes stehen derzeit vor großen Umbrüchen. Transformation der Energiewirtschaft, Digitalisierung und Künstliche Intelligenz, Disruption der Lieferketten, eine fortschreitende Destabilisierung des politischen Umfeldes und eine immer umfassendere Regulatorik stellen alle Beteiligten vor große Herausforderungen. An dieser Stelle möchte die RIIPraxis einen Bogen spannen von den eher traditionellen rechtlichen Ansätzen im Industrie- und Projektgeschäft zu den vielfältigen neuen Aspekten, die diese Herausforderungen mit sich bringen.

Gemeinsam mit dem Verlag C. H. Beck und dem VDMA als Kooperationspartner sind die Schriftleiter und Herausgeber überzeugt, dass wir mit der RIIPraxis eine Lücke im rechtlichen Zeitschriftenmarkt schließen.

Noch vor zwanzig Jahren war der Anteil deutschsprachiger Literatur im Verhältnis zur wirtschaftlichen Bedeutung des Anlagen- und Projektgeschäftes nahezu marginal. Ohne andere Werke zu schmälern, war das „Rechtshandbuch des Anlagenbaus“ von Bock/Zons bei seiner Erstausgabe in 2015 (!) das erste umfassende Standardwerk zum Anlagenbau/Projektgeschäft in Deutschland, das nahezu alle vertragsrelevanten Branchenbereiche angesprochen hat. In dieser Tradition versteht sich auch die RIIPraxis und soll allen Rechtsanwendern ein (Praxis-)Forum zum Austausch und zur Fortbildung bieten. Auch wenn mittlerweile erfreulicherweise deutlich mehr Fachliteratur erhältlich ist, ist die RIIPraxis die erste rechtliche Fachzeitschrift, die sich ausschließlich dem Industrie- und Projektgeschäft widmet.

Mit dem Forum einer Fachzeitschrift haben wir auch die Möglichkeit, neben dem „Brot- und Buttergeschäft“ des Vertragsrechts

und der Streitbeilegung wiederkehrende Beiträge zur fortschreitenden Digitalisierung sowie zu angrenzenden Spezialgebieten zu veröffentlichen (beispielsweise Corporate, Compliance, Versicherungsrecht, Finanzierungsrecht, Vergaberecht, IP usw.).

Der immer weiter fortschreitenden Internationalisierung der Vertragspraxis möchten wir auch dadurch gerecht werden, dass regelmäßig Beiträge auch in englischer Sprache veröffentlicht werden – das spiegelt sich auch in der Zusammensetzung der Herausgeberschaft wider.

Ein großer Dank gebührt an dieser Stelle auch noch einmal dem VDMA, durch dessen Kooperation die RIIPraxis sicherlich noch einmal deutlich aufgewertet wird. Der VDMA und die Herausgeberschaft möchten hierbei aber hervorheben, dass diese Kooperation rein ideell ist und keinen Einfluss auf den Inhalt der Beiträge hat.

Wir wünschen Ihnen eine angenehme Lektüre und freuen uns (ausdrücklich!) über jegliche Anregungen und Vorschläge.

**Marco Becker**

Leiter Recht, Eavor GmbH
Schriftleiter und Herausgeber

DR. BERND EHLE, LL. M. (NORTHWESTERN)/DR. BERND HAUCK*

Schweizer Recht im Anlagenbau – besondere Aspekte im Überblick

Anlagenbauverträge sind komplexe und vielschichtige Rechtsinstrumente, die oft internationale Dimensionen haben. Die Wahl des anwendbaren Rechts kann dabei erheblichen Einfluss auf die Gestaltung, Durchführung und Durchsetzung solcher Verträge haben. Schweizer Recht erfreut sich in diesem Zusammenhang großer Beliebtheit, da es als neutral und fair gilt und zahlreiche Vorteile bietet. Dieser Artikel gibt einen Überblick über Besonderheiten von Anlagenbauverträgen nach Schweizer Recht und erläutert, warum es für internationale Vertragsparteien, insbesondere im Maschinen- und Anlagenbau, eine attraktive Alternative darstellt.

Construction contracts are intricate and multifaceted legal instruments that often have an international dimension. The selection of the applicable law can have a significant impact on the drafting, execution, and enforcement of such contracts. In this regard, Swiss law is highly esteemed for its neutrality, fairness, and the numerous advantages it offers. This article provides an overview of the distinctive features of construction contracts governed by Swiss law and highlights why it serves as a compelling choice for international contracting parties, particularly in the machinery and industrial construction sectors.

I. Grundzüge des Schweizer Vertragsrechts

[1] Das Schweizer Vertragsrecht ist im Obligationenrecht (OR) verankert, das zusammen mit dem Zivilgesetzbuch (ZGB) den rechtlichen Rahmen für privatrechtliche Verpflichtungen bildet. In der internationalen Vertragspraxis, insbesondere im Maschinen- und Anlagenbau, wird das Schweizer Recht häufig als neutraler und fairer Kompromiss gewählt – als ideale Alternative, wenn die Anwendbarkeit des eigenen Rechts in den Vertragsverhandlungen nicht durchgesetzt werden kann. Dies ist kein Zufall, denn das Schweizer Rechtssystem bietet zahlreiche Vorteile, die es besonders attraktiv machen.

[2] Zunächst bietet das Schweizer Recht einen flexiblen und umfassenden Rahmen für die Gestaltung privatrechtlicher Vereinbarungen. Es betont die Vertragsfreiheit als zentralen Grundsatz mit weitreichender Abschlussfreiheit, Inhaltsfreiheit und Formfreiheit und bietet den Parteien somit einen großen Gestaltungsspielraum. Gleichzeitig legt es jedoch klare Regeln für den Vertragsabschluss, die Vertragsauslegung und die Folgen von Vertragsverletzungen fest. Wegen seiner Bewährtheit, Stabilität und entwickelten Rechtsprechung gilt es als zuverlässiges Rechtssystem mit hoher Rechtssicherheit.

[3] Darüber hinaus ist das Schweizer Vertragsrecht gut zugänglich und verständlich. Die Bestimmungen des OR und des ZGB sind klar und präzise formuliert. Durch Einflüsse aus dem deutschen, französischen und italienischen Recht ist es flexibel und breit anwendbar. Die Gesetze sind in mehreren offiziellen Sprachversionen (Deutsch, Französisch, Italienisch) verfügbar, was die Verständlichkeit und Zugänglichkeit weiter erhöht. Für das OR existiert zudem eine

inoffizielle englische Übersetzung, die die internationale Anwendbarkeit unterstützt. Schließlich trägt das Image der Schweiz als neutraler Ort dazu bei, ihr Rechtssystem zu einer beliebten Wahl für internationale Verträge zu machen.

[4] Die Auslegung von Verträgen im Schweizer Recht ist darauf ausgelegt, eine faire und gerechte Lösung zu gewährleisten: Nach der subjektiven Auslegung ist der tatsächliche Wille der Vertragsparteien ausschlaggebend (Art. 18 Abs. 1 OR). Dabei wird untersucht, was die Parteien wirklich gewollt haben, unabhängig vom Wortlaut des Vertrages. Kann der tatsächliche Wille nicht festgestellt werden, wird der Vertrag objektiv nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt. Das bedeutet, der Vertrag wird so verstanden, wie ihn eine vernünftige Person in der Position der Vertragsparteien verstehen würde. Für den Fall, dass wesentliche Vertragslücken bestehen, die nicht durch den Parteiwillen bestimmt werden können, ergänzt der (Schieds-)Richter den Vertrag nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB). Durch die allgemeine Praxis und Rechtsprechung haben sich zusätzliche Leitlinien bei der Auslegung von Verträgen entwickelt, wie beispielsweise die Grundsätze *favor negotii* und *contra stipulatorem*.

[5] Das Schweizer Vertragsrecht regelt spezifische Vertragstypen, darunter auch für das für den Maschinen- und Anlagenbau besonders relevante Werkvertragsrecht, jeweils mit speziellen Vorschriften und Anforderungen, die jedoch größtenteils dispositiver Natur sind.

* Dr. iur. Bernd Ehle, Rechtsanwalt/Avocat, Partner bei LALIVE, Genf. Dr. iur. Bernd Hauck, Rechtsanwalt/Advokat, Partner bei Kellerhals Carrard, Basel.

II. Besonderheiten des Schweizer AGB-Rechts

[6] Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ist in der Schweiz nicht umfassend kodifiziert. Abgesehen von Art. 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) gibt es keine spezifischen Regelungen im Gesetz; das AGB-Recht wird durch allgemeine Vertragsregeln und die richterliche Praxis reguliert.

[7] Einer der Hauptgründe, warum gerade deutsche Bauunternehmen bei internationalen Verträgen gerne bewusst Schweizer Recht vereinbaren, ist der flexiblere und liberalere Umgang mit AGB in der Schweiz, insbesondere im B2B-Bereich (Business-to-Business).

[8] Zwar gelten auch in der Schweiz bestimmte Voraussetzungen für die Einbeziehung von AGB in den Vertrag (insbesondere Bekanntgabe und Zugänglichmachen) sowie die Regel, dass ungewöhnliche Bestimmungen in den AGB nicht Vertragsbestandteil werden, wenn der Vertragspartner nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wurde und diese nicht besonders hervorgehoben wurden.

[9] Darüber hinaus findet jedoch im Gegensatz zum deutschen Recht nur im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern (B2C) gemäß Art. 8 UWG eine strikte Inhaltskontrolle zum Schutz der schwächeren Vertragspartei statt, d. h. beispielsweise dahingehend, ob eine Klausel missbräuchlich ist, da sie die Rechte der anderen Vertragspartei unangemessen einschränkt. Zwischen Kaufleuten gilt stattdessen zuvorderst der Grundsatz der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*).

[10] Aus diesem Grund bietet das schweizerische Recht den Unternehmen einen größeren Gestaltungsspielraum, insbesondere wenn es um den Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung geht.¹ Dies macht das Schweizer Recht zu einem verlässlichen und ausgewogenen Rechtsrahmen für Geschäftsbeziehungen. Vor diesem Hintergrund erfolgt mitunter sogar eine „Flucht ins Schweizer Recht“.²

III. Ablieferung und Abnahme des Werkes

[11] Die Ablieferung des Werkes durch den Unternehmer ist die Übergabe des vollendeten Werkes an den Besteller mit der Absicht, den Vertrag zu erfüllen. Diese erfolgt durch physische Übergabe oder, im Anlagenbau, durch eine Vollendungserklärung an den Besteller.³ Voraussetzung ist, dass alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind und das Werk vertragsgemäß fertiggestellt ist.

[12] Die Abnahme durch den Besteller entspricht der Ablieferung durch den Unternehmer. Sie ist formfrei und kann auch stillschweigend erfolgen, beispielsweise durch die Ingebrauchnahme des Werkes. Ein besonderer Abnahmewille des Bestellers ist nicht erforderlich. Ablieferung und Abnahme sind zwei Seiten desselben Vorgangs und fallen zusammen, es gibt keine weitere Stufe.

[13] Mit der vollzogenen Ablieferung/Abnahme wird der Unternehmer gemäß Art. 376 Abs. 1 OR von der Vergütungsgefahr befreit. Gemäß Art. 367 Abs. 1 OR beginnen die Prüfungs- und Rügepflichten des Bestellers sowie die Verjährung der Mängelrechte. Es kann nur ein vollendetes Werk abgeliefert werden, auch wenn es nicht mangelfrei ist. Die Parteien können auch Teillieferungen vereinbaren, wobei die damit verbundenen Rechtswirkungen (Prüfungs- und Rügepflicht, Verjährung, etc.) jeweils für die abgelieferten Werkteile gelten.

[14] Im Gegensatz zum deutschen Recht bedeutet die Abnahme nach schweizerischem Verständnis keine Entgegennahme des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäß. Erst die Genehmigung des Werkes gemäß Art. 370 OR ist die Erklärung des Bestellers, das abgelieferte Werk als mangelfrei zu akzeptieren. Diese an den Unternehmer gerichtete Erklärung entbindet den Unternehmer dann unwiderruflich von der Haftung. Im Zweifelsfall ist die Genehmigung durch Auslegung zu ermitteln.

[15] Bei komplexen Bauprojekten empfiehlt sich eine ausführliche Regelung des Abnahmeprozesses, die z. B. eine gemeinsame Prüfung des Werkes, die Mitwirkungspflicht des Unternehmers, klare Prüfungs- und Rügefristen sowie spezielle Abreden über Mängelrechte umfassen kann.

IV. Gewährleistungsrechte

[16] Das OR definiert den Begriff des Werkmangels nicht. Dennoch herrscht in der Schweiz ein Mangelverständnis, das jenem von § 633 Abs. 2 BGB sehr ähnlich ist. So ist dann ein Werkmangel gegeben, „wenn der Leistungsgegenstand vom Vertrag abweicht, wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehlt“.⁴ Maßgeblich ist also auch nach Schweizer Recht die Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit, wobei sich die Soll-Beschaffenheit primär aus dem Vertrag, sekundär aus der vorausgesetzten Verwendung und schließlich nach der Üblichkeit ergibt.⁵

[17] Die Mängelrechte des Bestellers gleichen jenen des BGB. So kann der Besteller (außer wenn ihm übermäßige Kosten entstehen würden) „Verbesserung des Werkes“, also Nacherfüllung, verlangen (Art. 368 Abs. 2 Var. 2 OR); die Art der Nacherfüllung steht im Ermessen des Unternehmers.⁶ Anders als im deutschem Recht besteht ohne spezielle vertragliche Vereinbarung kein Vorrang der Nacherfüllung, dh der Besteller kann die anderen Mängelrechte nicht erst nach gescheiterter Nacherfüllung bzw. erfolgloser Fristsetzung geltend machen. Dies wird allgemein als unausgewogen betrachtet, so dass ein solches Recht des Unternehmers auf vorrangige Nacherfüllung häufig vertraglich vereinbart wird. So sieht etwa Art. 169 Abs. 1 der SIA-Norm 118:2013 – Allgemeine Bedingungen bei Bauarbeiten (ein mit der deutschen VOB vergleichbares Regelwerk, das nur bei entsprechender Vereinbarung gilt) einen solchen Vorrang der Nacherfüllung vor.

[18] Ferner steht dem Besteller ein Minderungsrecht zu. Entgegen dem Wortlaut von Art. 368 Abs. 2 Var. 1 OR gilt auch dies im Falle von erheblichen Mängeln. Zwar wendet die Schweizer Rechtsprechung im Rahmen des Minderungsrechts formal auch die sog. „relative Methode“ an, dh der geminderte Werklohn berechnet sich nach dem Verhältnis des tatsächlichen Wertes des Werks im mangelfreien Zustand zu dem Wert, den das Werk

1) Bernd Ehle und André Brunschweiler, Schweizer AGB-Recht im Umbruch, in: Recht der Internationalen Wirtschaft, Betriebs-Berater International, 262–271.

2) Thomas Pfeiffer, Flucht ins schweizerische Recht? Zu den AGB-rechtlichen Folgen der Wahl schweizerischen Rechts, in: Genzow, F. Christian u. a. (Hrsg.): Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz. Köln 2010, S. 555-567; Jörg Kondring, Flucht vor dem deutschen AGB-Recht: Rechtswirklichkeit versus Reformdiskussion, BB 2024, 970-974.

3) Bundesgerichtsentscheid („BGE“) 115 II 459 vom 23.11.1989.

4) BGE 4A_646/2016 vom 8.3.2017, E. 2.3

5) Umfassend zum Begriff des Werkmangels nach Schweizer Recht Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 1356 ff.

6) BGE 4C_289/1996 vom 16.5.1997, NZZ vom 20.6.1997.

ohne Mangel hätte, multipliziert mit dem vereinbarten Werklohn.⁷ Nach einer sog. „Faustformel“ der Judikatur wird jedoch vermutet, dass die Höhe der Minderung den Kosten einer hypothetischen Mängelbeseitigung entspricht.⁸ Die Vermutung lässt sich umstoßen.⁹ Liegt ein Mangel vor, so wird ein Verschulden des Unternehmers vermutet und der Besteller hat Anspruch auf Schadensersatz. Der Schadensersatzanspruch ist (ohne vertragliche Abmachungen) weder betragsmäßig noch etwa auf typische Schäden beschränkt.

[19] Weist das Werk einen erheblichen Mangel auf, so dass dem Besteller die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so kann er die Annahme des Werkes verweigern oder (obwohl im Gesetzeswortlaut nicht ausdrücklich erwähnt) vom Vertrag zurücktreten (Art. 368 Abs. 1 OR). Bei Werken, die auf dem Grundstück des Bestellers errichtet sind und die ihrer Natur nach nur mit unverhältnismäßigen Nachteilen entfernt werden können, ist der Rücktritt ausgeschlossen (Art. 368 Abs. 3 OR); die vorgenannte Begrenzung des Rücktrittsrechts greift gemäß der Judikatur indes dann nicht ein und der Rücktritt bleibt zulässig, wenn das mangelhafte Werk für den Besteller gänzlich unbrauchbar ist und sich der Mangel nicht beheben lässt.¹⁰

[20] Das Schweizer Bundesgericht hat klargestellt, dass der Besteller auch nach der Abnahme des Werkes ein Ersatzvornahmerecht gemäß Art. 366 Abs. 2 OR hat. Erforderlich ist, dass der Besteller dem Unternehmer erfolglos eine Frist ansetzt und die Ersatzvornahme androht. In analoger Anwendung von Art. 108 OR ist eine Fristansetzung in bestimmten Fällen entbehrlich.¹¹ Wichtigster Fall ist hier die Verweigerung der Nacherfüllung durch den Unternehmer.¹² Zu beachten ist ferner, dass das Ersatzvornahmerecht sofort (dh innerhalb weniger Tage) nach Fristablauf bzw. Leistungsverweigerung ausgeübt werden muss, sonst gilt die Ausübung als verspätet. In diesem Fall ist das Recht auf Ersatzvornahme zwar nicht verwirkt. Allerdings muss der Besteller dann eine neue Frist für die Ersatzvornahme setzen. Übt der Besteller sein Ersatzvornahmerecht aus, so hat er Anspruch auf einen Vorschuss auf die Kosten der Ersatzvornahme.¹³

V. Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Bestellers

[21] Eine Besonderheit des Schweizer Werkvertragsrechts ist, dass den Besteller (sowohl in B2B als auch in B2C-Konstellationen) eine strenge Prüfungs- und Rügeobliegenheit in Bezug auf Mängel trifft, es sei denn, der Unternehmer hat Mängel absichtlich verschwiegen (Art. 370 Abs. 1 OR). Art. 367 Abs. 1 OR betrifft die Prüfung des Werkes, Art. 370 OR regelt die Rüge und die Verwirkungsfolgen bei Verletzung dieser Obliegenheit.

[22] Die Schweizer Rechtsprechung zur Prüfungs- und Rügeobliegenheit ist für den Besteller drakonisch. Art. 370 Abs. 3 OR schreibt eine sofortige Rüge von nachträglich entdeckten Mängeln vor. Gemäß Judikatur bedeutet dies, dass eine Rüge in der Regel innerhalb von sieben Tagen ab Kenntnis des Mangels und seines Verursachers erfolgen muss, ansonsten sind die entsprechenden Mängelrechte verwirkt.¹⁴ Ferner soll die Zustellung eines die Mängel feststellenden Gutachtens mit der Aufforderung zur Stellungnahme keine ausreichende Mangelerüge darstellen.¹⁵ Weiter genügt es nach der Rechtsprechung nicht, wenn man sinngemäß

„Mängel gemäß beiliegendem Gutachten rügt“. Vielmehr ist eine gesonderte Mängelbeschreibung erforderlich.¹⁶ Zudem muss eine vorsorglich erhobene Rüge nochmals wiederholt (und ggf. präzisiert) werden, wenn der Mangel und dessen Verursacher endgültig feststehen.

[23] Die Prüfungs- und Rügeobliegenheit hat bei Werkverträgen nach Schweizer Recht zur Folge, dass der Bauherr (bzw. der Total- oder Generalunternehmer im Verhältnis zu seinen Subunternehmern) ständig befürchten muss, durch eine zu späte Rüge Mängelrechte zu verlieren. Dies führt in der Praxis zum einen dazu, dass Mangelerügen an der Tagesordnung sind. Zum anderen treffen die Parteien in der Regel (insbesondere auch beim Anlagenbauvertrag) abweichende Vereinbarungen mit Bezug auf die Rüge. So ist es nicht unüblich (wenn die Rügeobliegenheit nicht gänzlich ausgeschlossen wird), eine Rüge während zwei Jahren ab der Abnahme zuzulassen und für später entdeckte Mängel eine Rügefrist von 60 oder 90 Tagen ab Kenntnis des Mangels vorzusehen.

VI. Haftungs- und Gewährleistungsausschluss

[24] Haftungsausschlüsse sind möglich. Gewisse Beschränkungen gibt es zwar, diese bleiben jedoch deutlich hinter den aus dem deutschen Recht bekannten Einschränkungen für Haftungsausschlüsse zurück, insbesondere jenen, die auf dem deutschen AGB-Recht fußen.

[25] Haftungsausschlüsse (ebenso wie Haftungsbegrenzungen) sind zunächst zu interpretieren. Dabei gilt der Grundsatz der Auslegung zugunsten derjenigen Vertragspartei, die einen Haftungsausschluss formuliert hat (*in dubio contra stipulatorem*): Unklare oder widersprüchliche Haftungsausschlüsse werden demnach zum Nachteil der Partei ausgelegt, die den Ausschluss formuliert hat.¹⁷

[26] Nach Art. 100 Abs. 1 OR kann die Haftung für „rechtswidrige Absicht“ (gemeint ist Arglist) und grobe Fahrlässigkeit nicht im Voraus begrenzt werden. Für Hilfspersonen, das schweizerische Pendant zum deutschen Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB, kann die Haftung nach Art. 101 Abs. 3 OR indes vollständig ausgeschlossen werden, d. h. auch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.

[27] Auch Haftungsausschlüsse in AGB sind zulässig.¹⁸ Im Schweizer AGB-Recht gilt indessen ebenso der Vorrang der Individualabrede. Wird also in den AGB die Haftung ausgeschlossen, so ist der Haftungsausschluss insoweit unwirksam.¹⁹

[28] Unter Gewährleistungsausschlüssen ist eine Beschränkung der an Werkmängel anknüpfenden Haftung zu verstehen. Die all-

7) BGE 111 II 162 vom 5.6.1985.

8) BGE 111 II 162 vom 5.6.1985.

9) BGE 111 II 162 vom 5.6.1985.

10) Siehe Art. 368 Abs. 1 OR; BGE 4A_177/2014 vom 8.9.2014, E. 4.1.

11) vgl. BGE 4C_34/2005 vom 18.8.2005, E. 4.2.2.

12) BGE 4C_34/2005 vom 18.8.2005, E. 4.2.2.

13) BGE 128 III 416 vom 5.9.2002, E. 4.2.2.

14) BGE 4A_55/2012 vom 31.7.2012, E. 5.1, zu den 7 Tagen E. 7.2.

15) BGE 4A_53/2012 vom 31.7.2012, E. 6.4.1.

16) BGE 4A_53/2012 vom 31.7.2012, E. 6.4.1.

17) BGE 115 II 264 S. 268 vom 17.7.1989, E. 5 lit. a.

18) Implizit BGE 124 III 155 vom 7.10.1997, E. 3 lit. c.

19) Vgl. BGE 4C_456/1999 vom 16.3.2000, E. 3 lit. b.

gemeinen Regelungen für Haftungsausschlüsse gelten auch im Rahmen von Gewährleistungsausschlüssen. Wird an einer Stelle des Vertrags eine Werkeigenschaft ausdrücklich zugesichert und die Haftung für diese übernommen, so gilt der an anderer Stelle vereinbarte vollständige Gewährleistungsausschluss insoweit wegen Widerspruchs nicht; eine entsprechende Gewährleistungsbeschränkung wäre jedoch wirksam.²⁰

VII. Konventionalstrafen und Schadenspauschalierung

[29] Konventionalstrafen und Schadenspauschalen sind nach Schweizer Recht zulässig. Die Bestimmungen über Konventionalstrafen (auch „Pönale“ genannt) finden sich in Art. 158 ff. OR. Die Zulässigkeit der Vereinbarung von Schadenspauschalen ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Im Ausgangspunkt wendet die Schweizer Rechtsprechung jedoch die Bestimmungen zu den Konventionalstrafen analog auf Vereinbarungen zu Schadenspauschalen an.²¹

[30] Ein Anspruch auf eine Konventionalstrafe besteht (soweit die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen erfüllt sind) auch dann, wenn dem Anspruchsteller keinen Schaden erlitten hat (Art. 161 Abs. 1 OR). Anders verhält es sich bei einer Schadenspauschale: Hier muss der Gläubiger zwar nicht die Schadenshöhe nachweisen, wohl aber, dass ihm im Grundsatz ein Schaden entstanden ist.²²

[31] In der Vertragspraxis oft übersehen wird, dass die Konventionalstrafe zwar nach Art. 161 Abs. 2 OR gestattet, den Ersatz des die Pönale übersteigenden Schadens zu verlangen, der Gläubiger dafür jedoch ein Verschulden nachweisen muss (anders als bei der gesetzlichen Regel des Art. 97 Abs. 1 OR, der sinngemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entspricht). Erfahrene Vertragsredakteure legen daher im Vertragstext fest, dass ein Anspruch auf Ersatz des über die Pönale hinausgehenden Schadens besteht, es sei denn, der Schuldner beweist, dass ihn kein Verschulden trifft.

[32] Konventionalstrafen können in beliebiger Höhe vereinbart werden (Art. 163 Abs. 1 OR). Übermäßige Pönale werden aber vom (Schieds-)Richter nach seinem Ermessen herabgesetzt (Art. 163 Abs. 3 OR). Sein Ermessen hat er dabei nach „Recht und Billigkeit“ auszuüben (Art. 4). Eine Herabsetzung ist insbesondere dann geboten, wenn der Betrag der Pönale in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Interesse des Gläubigers an der Aufrechterhaltung des Betrags in voller Höhe besteht.²³ Dies kommt potenziell dann in Betracht, wenn die Vertragsstrafe den entstandenen Schaden massiv überschreitet.²⁴ Andererseits kann der Verschuldensgrad des Schuldners dazu führen, dass eine Herabsetzung der Pönale abgelehnt wird.²⁵

VIII. Suspendierungsrecht des Unternehmers

[33] Wird der Unternehmer (zu Unrecht) nicht bezahlt, obwohl er eine fällige Forderung gegenüber dem Besteller besitzt, kann er seine Leistung bis zum vollständigen Erhalt der Zahlung einstellen. Zwar fehlt eine ausdrückliche Regelung im Gesetz. Jedoch wird ein solches Leistungseinstellungsrecht auf Art. 82 OR gestützt.²⁶ Die Schwierigkeit für den Unternehmer besteht in solchen Fällen darin, zu beurteilen, ob der Rückbehalt der Zahlung durch den Besteller berechtigt war oder nicht. Stellt sich nämlich später heraus, dass die Nichtzahlung durch den Besteller vertragskonform war (etwa weil

der Besteller seine Zahlung aufgrund erheblicher, vom Unternehmer zu vertretender Mängel zurückgehalten hat), so war es der Unternehmer, der seine Leistung zu Unrecht eingestellt hat, dadurch in den Verzug gefallen ist und sich nach Art. 103 Abs. 1, 106 OR schadensersatzpflichtig gemacht hat. Entsprechend zögerlich machen Unternehmer in der Praxis von ihrem Suspendierungsrecht Gebrauch. Dennoch wollen Besteller auch ein solches Risiko oft nicht eingehen. Aus diesem Grund enthalten bestellerfreundliche Anlagenbauverträgen oft Bestimmungen, wonach Meinungsverschiedenheiten über die Vergütung den Unternehmer in keinem Fall zur Leistungseinstellung berechtigen. Unternehmer müssen sich dabei stets die Frage stellen, ob sie sich auf solche Verträge einlassen wollen, bieten diese doch den Bestellern die Möglichkeit, sehr früh keine (weiteren) Zahlungen mehr auszurichten und den Unternehmer dennoch zur vollständigen Leistung anhalten zu können.

IX. Verjährung

[34] In der Schweiz gilt eine Regelverjährung von zehn Jahren (Art. 127 OR) ab Fälligkeit der Forderung (Art. 130 Abs. 1 OR). Der Tatbestand der Forderungen aus „Handwerksarbeit“ nach Art. 128 Nr. 1 OR, der ein fünfjährige Verjährungsfrist nach sich zieht, wird nur restriktiv angenommen bei Überwiegen oder zumindest Aufwiegen der manuellen Tätigkeit gegenüber den übrigen Leistungen, insbesondere den maschinellen und organisatorischen oder administrativen Leistungen.²⁷ Er spielt bei Anlagenbauverträgen daher in der Regel keine Rolle. Vorbehaltlich anderweitiger vertragliche Abmachungen (die allerdings üblich sind) wird die gesamte Werklohnforderung mit der „Ablieferung“ (dh der Abnahme) fällig (Art. 372 Abs. 1 OR). Entsprechend verjährt die Werklohnforderung aus einem Anlagenbauvertrag innerhalb von zehn Jahren ab Fälligkeit der Forderung.

[35] Hinsichtlich der Verjährung von Gewährleistungsansprüchen ist zu unterscheiden. Im Ausgangspunkt beträgt die Gewährleistungsfrist zwei Jahre ab Abnahme (Art. 371 Abs. 1 S. 1 OR). Wurde ein bewegliches Werk bestimmungsgemäß in ein unbewegliches Werk integriert und dessen Mangelhaftigkeit verursacht, gilt eine Frist von fünf Jahren (Art. 371 Abs. 1 S. 2 OR). Hat der Unternehmer ein unbewegliches Werk zu erstellen, gilt ebenfalls eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren (Art. 371 Abs. 2 OR). Die gleiche Verjährungsfrist gilt gegenüber dem Architekten und Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet und die Mangelhaftigkeit des Werkes (mit)verursacht haben. Aus der Aufangverweisung auf die Vorschriften des Kaufrechts durch Art. 371 Abs. 3 OR folgt, dass bei absichtlichem Verschweigen von Werkmängeln eine zehnjährige Gewährleistungsfrist gerechnet ab der Abnahme gilt (Art. 210 Abs. 6 S. 1 OR iVm Art. 127 OR).

[36] Vereinbarungen über die Verkürzung der Gewährleistungsfrist sind (auch bei Anlagenbauverträgen) grundsätzlich problemlos zulässig. Die im Sachgewährleistungsrecht vorgesehene Einschränkung

20) Differenzierend Peter Gauch, Der Werkvertrag, Rz. 2563 ff., insbesondere Rz. 2565.

21) BGE 4A_601/2015 vom 19.4.2016, E. 2.3.

22) Vgl. BGE 109 II 462 S. 468 vom 13.12.1983, E. 4 lit. a.

23) BGE 133 III 201 S. 209 vom 15.3.2007, E. 5.2.

24) BGE 133 III 43 S. 54 vom 30.10.2006, E. 4.2.

25) BGE 114 II 264 S. 264 vom 22.6.1988, E. 1 lit. a, b.

26) BGE 89 II 232 vom 25.6.1963 E. 4 lit. a., allerdings den Besteller betreffend.

27) BGE 116 II 428 vom 9.10.1990 E. 1 lit. a.

kung, dass eine Verkürzung auf weniger als zwei Jahre nicht zulässig ist, dürfte bei Anlagenbauverträgen in der Regel nicht gelten, da die Anlage wohl in den seltensten Fällen für den „persönlichen oder familiären Gebrauch“ bestimmt sein wird (Art. 371 Abs. 3 OR iVm Art. 210 Abs. 4 lit. b OR).

[37] Möglich ist auch die Vereinbarung längerer Gewährleistungsfristen.²⁸ Die Grenze liegt bei 10 Jahren.²⁹

[38] Wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht ist, dass Verhandlungen die Verjährung nicht hemmen. Es ist daher durchaus möglich, sich im Rahmen von Vergleichsgesprächen, wenn keine anderweitige schriftliche Vereinbarung getroffen wird (Art. 134 Abs. 1 Nr. 8 OR), in die Verjährung „hineinzuverhandeln“. Absolut an der Tagesordnung und rechtlich zulässig ist es, sich bei drohender Verjährung beim Schuldner einen Verzicht auf die Verjährungseinrede einzuholen (Art. 141 OR). Zu beachten ist, dass der Verzicht für seine Wirksamkeit schriftlich eingeholt werden muss (Art. 141 Abs. 1^{bis} S. 1 OR). Dies erfordert eine eigenhändige Unterschrift (Art. 13 f. OR). Verzichtserklärungen per E-Mail, aber auch unter elektronischer Einfügung einer gescannten Signatur, sind unwirksam. Der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt sind mit einem qualifizierten Zeitstempel verbundene qualifizierte elektronische Signaturen nach dem Schweizer Bundesgesetz über die elektronische Signatur (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR).

X. Streitbeilegung

[39] In Anlagenbauverträgen werden typischerweise Streitbeilegungsmechanismen vereinbart, die sich besonders für komplexe und technisch anspruchsvolle Projekte eignen. Dabei sind sog. Multi-Tier-Klauseln gängig, die eine gestufte Streitbeilegung vorsehen. Diese beginnt in der Regel mit Verhandlungen, gefolgt von einer Adjudikationsentscheidung und schließlich, falls erforderlich, einem Schiedsverfahren. Ziel der gestuften Herangehensweise ist es, den Parteien zu ermöglichen, Streitigkeiten in einer frühen Phase beizulegen, bevor sie eskalieren.

[40] Dispute Adjudication Boards (DABs) werden in der Praxis bei langfristigen Bauprojekten immer häufiger eingesetzt. Bei „Standing DABs“ stehen unabhängige Experten während der gesamten Projektdauer zur Verfügung, um bei Streitigkeiten schnell und sachkundig Entscheidungen treffen zu können. Auf diese Weise können Projektverzögerungen minimiert werden. DAB-Entscheidungen sind bindend, können jedoch in einem späteren Schiedsverfahren angefochten werden.

[41] Schiedsgutachten sind eine weitere Methode, bei der unabhängige Experten zu technischen oder fachlichen Fragen Stellung nehmen. Diese Gutachten sind meist sowohl für die Parteien als

auch für ein mögliches späteres Schiedsgericht bindend. Sie tragen dazu bei, technische Streitpunkte zu klären, ohne ein langwieriges Verfahren durchlaufen zu müssen.³⁰

[42] Schiedsverfahren sind im Anlagenbau sehr weit verbreitet, da sie neben der Flexibilität des Verfahrens die Möglichkeit bieten, Schiedsrichter zu benennen, die mit den technischen und juristischen Besonderheiten solcher Projekte vertraut sind. Ein weiterer wichtiger Vorteil gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit ist die weltweite Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen gemäß der New Yorker Konvention.³¹

[43] An Anlagenbauprojekten sind häufig mehrere Vertragspartner und Subunternehmer beteiligt. Daher kann sowohl die Einbeziehung von Drittparteien in ein bestehendes Schiedsverfahren (Joinder) als auch die Konsolidierung mehrerer Schiedsverfahren zu einem einzigen Verfahren wichtig sein, um Rechtsstreitigkeiten effizient und umfassend beizulegen und widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden. Die neueste Version 2021 der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung (Swiss Rules) des Swiss Arbitration Centre enthält spezifische Regelungen, um die Einbeziehung von Drittparteien zu erleichtern und sicherzustellen, dass alle relevanten Parteien in das Verfahren eingebunden sind.³²

XI. Fazit

[44] Zusammenfassend zeigt dieser kurze Überblick, dass das Schweizer Recht als auf Anlagenbauverträge anzuwendendes Recht nicht nur durch seine Stellung als neutrales und verlässliches „Kompromissrecht“ überzeugt, sondern auch durch spezifische Regelungen, die in der Praxis von besonderer Bedeutung sind. Die Liberalität des Schweizer AGB-Rechts, die klaren Vorgaben zur Ablieferung und Annahme des Werkes sowie die detaillierten Regelungen zu Gewährleistungsrechten und Untersuchungspflichten des Bestellers bieten eine solide Grundlage für eine ausgewogene Vertragsgestaltung. Weitere in diesem Artikel erläuterte Aspekte, wie die flexiblen Möglichkeiten für Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse, machen das Schweizer Recht zu einer bevorzugten Alternative für internationale Vertragsparteien, die sowohl Rechtssicherheit als auch Flexibilität gewährleistet.

28) BGE 4A_221/2010 vom 12.1.2012 E. 3.

29) BGE 4A_221/2010 vom 12.1.2012 E. 3.

30) Vgl. etwa Expert Determination, Bernd Ehle, in: A. J. Roquette/T. Ch. Pröstler (Eds.), *International Construction Disputes – A Practitioner's Guide*, C. H. Beck/Hart/Nomos, 2022, pp. 66–80.

31) New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958.

32) Siehe Artikel 6 und 7 der Swiss Rules, abrufbar unter <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2022/07/Swiss-Rules-2021-DE.pdf>.

DR. SIMON MANNER/DR. MATTHIAS VON KOSSAK*

Quo vadis Engineer? Zur Rolle des Engineers in internationalen Anlagenbauprojekten

Die Einbindung eines Engineers kann in internationalen Anlagenbauprojekten für eine effektive Bauüberwachung eine zentrale Rolle spielen. Dieser Beitrag untersucht die Regelungen der FIDIC-Mustervertragsbedingungen im sog. FIDIC Red Book und FIDIC Yellow Book. Beide FIDIC-Bücher sehen für den Engineer weitreichende Aufgaben und Befugnisse vor, die neben der Kontrolle des Bauvorhabens auch für die Bauvertragsparteien bindende Anordnungen (*instructions*) und Festlegungen (*determinations*) erfassen. Das Konzept des Engineers birgt allerdings auch Risiken, sodass projektspezifisch entschieden werden sollte, ob und wie im jeweiligen Projektvertrag die Rolle des Engineers konkret ausgestaltet wird.

The involvement of an engineer can play a central role in international plant construction projects for effective construction supervision. This article analyses the provisions of the FIDIC Model Conditions of Contract in the so-called FIDIC Red Book and FIDIC Yellow Book. Both FIDIC Books provide for extensive duties and powers for the Engineer which, in addition to the supervision of the construction project, also include binding instructions and determinations for the parties to the construction contract. However, the concept of the engineer also harbours risks, meaning that it should be decided on a project-specific basis whether and how the role of the engineer is specifically defined in the respective project contract.

I. Einführung

[1] Anlagenbauprojekte sind komplexe Vorhaben mit einem hohen Potenzial für Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten.¹ Während der Bauphase ist daher ein gut strukturiertes und gelebtes Contract- und Claim-Management unerlässlich. Mit der Verwendung standardisierter Vertragsbedingungen² verständigen sich die Bauvertragsparteien zur Überwachung der Projektrealisierung häufig auf die frühzeitige Einbindung eines Ingenieurs, den sog. Engineer, als neutrale dritte Partei, die aber nicht Bauvertragspartei ist. Nach der traditionellen Vorstellung beinhaltet die Rolle des Engineers dabei nicht nur die Vertragsadministration, wie etwa die Bescheinigung von Zahlungen, die Gewährung von Bauzeitverlängerungen und der Erlass von Änderungsanordnungen, sondern auch die Kompetenz zur vorläufigen Entscheidung von Streitigkeiten, die sich aus seiner Vertragsadministration ergeben.³

[2] Mit der Veröffentlichung der sog. „Rainbow Suite“ der FIDIC-Musterverträge (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*)⁴ im Jahr 1999⁵ und deren Neuauflage im Jahr 2017 hat sich die Rolle des Engineers verändert und weiterentwickelt. Da sich die Verwendung der 2017-FIDIC-Verträge in der Praxis zunehmend durchsetzt⁶, soll in diesem Beitrag das dortige Verständnis von der Rolle des Engineers näher beleuchtet werden. Die konkrete Ausgestaltung dieser Rolle richtet sich dabei nicht nur nach der Verwendung des jeweiligen FIDIC-Buches. Vielmehr können die Rechte und Pflichten des Engineers von den Parteien projektspezifisch abweichend oder ergänzend geregelt werden, wovon in der Praxis auch regelmäßig Gebrauch gemacht wird.⁷

II. Die Rolle des Engineers nach den 2017-FIDIC-Verträgen

1. Allgemeine Unterschiede der 2017-FIDIC-Mustervertragsbedingungen

[3] Die englischsprachigen und insgesamt wegen ihrer Farbgebung auch als „Rainbow Suite“ oder „Regenbogen“ bezeichneten FIDIC-Mustervertragsbedingungen umfassen das FIDIC Red Book (*Conditions of Contract for Construction*), das FIDIC Yellow Book (*Conditions of Contract for Plant and Design-Build*) und das FIDIC

* Dr. Simon Manner ist Rechtsanwalt und Inhaber der auf Schiedsverfahren, Prozessführung und Konfliktlösung spezialisierten Kanzlei Manner Disputes (www.mannerdisputes.com) in Hamburg. Dr. Matthias von Kossak ist Rechtsanwalt (Counsel) bei Manner Disputes in Hamburg.

- 1) Haller/Sattler, in: Krimphove (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtbarkeit, 2023, I. (Einleitung), Rn. 1.
- 2) Dazu Hök, ZfBR 2021, 3 ff. (Vergleich der FIDIC-Mustervertragsbedingungen mit den Vertragswerken der *Engineering Advanced Association of Japan ENAA* und der von der englischen *Institution of Civil Engineers ICE* herausgegebenen *New Engineering Contracts NEC*); vgl. ferner Rupa, ZfBR 2020, 219 ff.
- 3) Dazu Klatf/Menrath, in: Ostendorf (Hrsg.), Internationale Wirtschaftsverträge, § 21 Rn. 264; Mallmann, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen, 2002, S. 95 ff.
- 4) <https://fidic.org> (zuletzt abgerufen am 25. September 2024).
- 5) Hök, ZAP 2007, 235 (237) (zur Rolle des Engineers nach immer noch häufig eingesetzten Erstauflage der FIDIC-Mustervertragsbedingungen aus dem Jahr 1999).
- 6) Zur Inhaltskontrolle der FIDIC-Mustervertragsbedingungen nach deutschem AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB), vgl. nur Bonke/Stumpf, NZBau 2018, 449 ff.
- 7) Vgl. Klatf/Menrath, in: Ostendorf (Hrsg.), Internationale Wirtschaftsverträge, § 21 Rn. 265 (zu Abänderungen in den besonderen Vertragsbedingungen, den sog. „Particular Conditions of Contract“).

Silver Book (*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*).⁸ Die allgemeinen Vertragsbedingungen (*General Conditions – „GC“*) der FIDIC-Bücher sind wortgleich, soweit der besondere Vertragszweck keine Abweichung erfordert.⁹ Sie unterscheiden sich hinsichtlich der Zuweisung von Verantwortung und Risikoverteilung zwischen den Parteien sowie der Art der Projektabwicklung.

[4] Das FIDIC Red Book weist dem Auftraggeber die Planungsverantwortung zu, während der Auftragnehmer die Bauausführung übernimmt (traditionelle Vergabe mit Planung durch den Auftraggeber zum Aufmaß gegen Einheitspreis). Das FIDIC Yellow Book überträgt die Planungs- und Bauausführungsverantwortung vollständig auf den Auftragnehmer (funktionale Vergabe mit Planungsverpflichtung des Auftragnehmers zum Pauschalpreis) und bietet damit ein flexibleres Design-Build-Modell. Nach dem FIDIC Silver Book (Turnkey-Vertrag mit vollständiger Planungsverantwortung des Auftragnehmers zum Festpreis) trägt der Auftragnehmer sämtliche Risiken für Planung, Beschaffung und Bau.¹⁰

2. Unterscheidung zwischen Engineer und Employer's Representative in den 2017-FIDIC-Mustervertragsbedingungen

[5] Alle drei FIDIC-Bücher sehen eine Betrauung einer dritten Person mit administrativen Aufgaben vor. Regelungen zum Engineer finden sich im FIDIC Red Book und im FIDIC Yellow Book. Während die Erstauflage des FIDIC Silver Book ebenfalls eine (eingeschränkte) Rolle des Engineers vorsah, wurde diese (auch im FIDIC Gold und Green Book) nunmehr durch den sog. „Employer's Representative“ ersetzt. Der Employer's Representative hat gegenüber dem Engineer weniger Eingriffsrechte und ist hauptsächlich für die Überwachung der Einhaltung der vertraglichen Anforderungen durch den Auftragnehmer zuständig.

3. Der Engineer als vom Auftraggeber benannte „neutrale“ Person im FIDIC Red Book und FIDIC Yellow Book

[6] Der Engineer wird vom Auftraggeber benannt und kann eine natürliche oder juristische Person sein (Sub-Cl. 3.1 GC¹¹). Ungeachtet seiner Beauftragung durch den Auftraggeber soll der Engineer als „neutraler“ Vermittler zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer fungieren (Sub-Cl. 3.7 GC: „shall act neutrally“¹²) und die vertragskonforme Umsetzung des Projekts beaufsichtigen. Der Engineer darf dabei bestimmte Aufgaben an Vertreter delegieren; für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben bleibt er jedoch allein verantwortlich (Sub-Cl. 3.4 GC).

[7] Die statuierte Neutralität des Engineers wird von Auftragnehmern häufig kritisch betrachtet.¹³ Der Engineer steht allein mit dem Auftraggeber in einem Vertragsverhältnis. Auch wenn das Verhalten des Engineers den Auftraggeber nicht von dessen vertraglichen Pflichten befreit, sieht Sub-Clause 3.2 GC ausdrücklich vor, dass das Handeln des Engineers im Interesse des Employer erfolgt („shall be deemed to act for the Employer“) und im Rahmen der Vertretung des Employers eine umfassende Zustimmungsfiktion für zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte gelten soll („such consent shall be deemed to have been given“). Zudem kam es in der Vergangenheit häufiger vor, dass Auftraggeber die Rolle des Engineers ihren eigenen Angestellten anvertraut haben, was sich mit der Neutralität und insbesondere der Unabhängigkeit des Engineers schwer in Einklang bringen lässt.¹⁴

3. Aufgaben und Befugnisse des Engineers nach dem FIDIC Red und Yellow Book

[8] Angelehnt an die Baupraxis in England sehen das FIDIC Red Book und das FIDIC Yellow Book jeweils unter der Klausel (Clause) 3 der allgemeinen Vertragsbedingungen (sog. *General Conditions – „GC“*) vor, dass der Engineer in sämtlichen Abschnitten des Bauvorhabens die zentrale Anlaufstelle für alle wechselseitig entstehenden Rechte und Ansprüche sein soll. Die weitreichenden Aufgaben und Befugnisse des Engineers sind jedoch nicht einheitlich in Clause 3 GC geregelt, sondern ergeben sich aus den einzelnen Unterkapiteln der Vertragsbedingungen.

a) Grundsatz: kein Recht zur Vertragsänderung

[9] Der Engineer ist grundsätzlich nicht berechtigt, den Vertrag abzuändern, insbesondere die Bauabläufe eigenständig anzupassen, den Auftragnehmer von vertraglichen Pflichten zu befreien oder unfaire Entscheidungen zu treffen (Sub-Cl. 3.2 GC). Diese Regelung ist jedoch nicht absolut. Denn gleichzeitig sehen sowohl das FIDIC Red Book als auch das FIDIC Yellow Book die spezifische Befugnis des Engineers vor, Änderungen anzuordnen, die durchaus auch Einfluss auf den Preis oder die Bauzeit zeitigen können. So kann der Engineer etwa durch eine Festlegung (*Determination*) über Ansprüche des Auftragnehmers vorläufig entscheiden (Sub-Cl. 3.7 GC). Ferner kann der Engineer bei Unklarheiten oder Widersprüchen des Vertrages eine Klarstellung (*Clarification*) oder Anordnung (*Instruction*) aussprechen und damit eine vorläufig bindende Auslegung vornehmen (Sub-Cl. 3.5 GC).

b) Kontrolle des Bauablaufs

[10] Kernaufgabe des Engineers ist die Kontrolle des Bauablaufs und des Qualitätsmanagements. Die Einbindung des Engineers dient im Wesentlichen dazu, die teilweise unkonkreten und auslegungsbedürftigen Anforderungen der FIDIC-Bücher an die Qualität des zu errichtenden Werks mit der notwendigen Fachkunde auszufüllen. Dem Engineer stehen hierbei unterschiedliche Instrumente zur Verfügung. So kann er Besprechungen (*Management Meetings*) anberaumen, um Angelegenheiten des Bauvorhabens gemeinsam zu besprechen (Sub-Cl. 3.7 GC). Er darf jederzeit Informationen des Auftragnehmers zum Fortschritt und zur Planung des Bauablaufs anfordern, von denen der Auftragnehmer nicht

8) Die Rainbow Suite wird ergänzt um das *Gold Book (Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects)*, das eine Erweiterung des *Silver Books* in Bezug auf die Übertragung des Betriebs der Anlage an den Auftragnehmer darstellt, das auf Tiefbauprojekte zugeschnittene und aus dem *Yellow Book* basierende *Emerald Book (Conditions of Contract for Underground Works)*, das *Green Book (Short Form of Contract)*, dessen Verwendung sich für kleinere und weniger komplexe Projekte eignet, sowie das *White Book (Client/Consultant Model Services Agreement)*, das Regelungen zur vertraglichen Beziehung zwischen Auftraggeber und Berater bereitstellt.

9) Hök, ZfBR 2021, 3.

10) Hök, ZfBR 2021, 3.

11) Die nachstehenden Klauselverweise beziehen sich auf die allgemeinen Vertragsbedingungen (*General Conditions – „GC“*) des FIDIC Red Book und des FIDIC Yellow Book (2017).

12) Siehe auch die Notes on the Preparation of Special Provisions zu Sub-Clause 3.7 FIDIC Red und Yellow Book („The opening words of this Sub-Clause state that the Engineer ‘shall act neutrally between the Parties’ when carrying out his/her duties under this Sub-Clause and ‘shall not be deemed to act for the Employer’. By these statements it is intended that, although the Engineer is appointed by the Employer and acts for the Employer in most other respects under the Contract, when acting under this Sub-Clause the Engineer treats both Parties even-handedly, in a fair-minded and unbiased manner.“).

13) Vgl. nur Rupa, ZfBR 2020, 219 (221 mwN).

14) Vgl. dazu Mahnken, in: Bock/Zons (Hrsg.), *Rechtshandbuch Anlagenbau*, 2. Aufl. 2021, Rn. 1373.

ohne Zustimmung des Auftraggebers abweichen darf (Sub-Cl. 4.1 GC). Auch die Einschaltung von Sub-Unternehmern sowie die Freigabe von Zahlungen an diese bedürfen grundsätzlich der Zustimmung des Engineers (Sub-Cl. 4.4 und Sub-Cl. 4.5.2 GC). Der Engineer legt ferner den Baubeginn (*Commencement of Works*) fest (Sub-Cl. 8.1 GC).

[11] Der konkrete Maßstab der Qualitätssicherung durch den Engineer richtet sich nach der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem Engineer. Da der Engineer typischerweise im Lager des Auftraggebers steht, birgt dies das praktische Risiko, dass Entscheidungen des Engineers häufiger im Sinne des Auftraggebers ausfallen. Jenseits des Streitbelegungsmechanismus nach dem jeweiligen FIDIC-Buch, der eine Überprüfung der Festlegungen des Engineers ermöglicht, können sich Auftragnehmer mangels vertraglicher oder deliktischer Anspruchsgrundlage regelmäßig nicht beim Engineer schadlos halten.¹⁵

c) Anordnungen (*instructions*)

[12] Der Engineer ist befugt, während des Bauablaufs verbindliche Anordnungen (*instructions*) zu erlassen, die für die Ausführung der Bauarbeiten erforderlich sind (siehe z. B. Sub-Cl. 3.5 GC). Diese Anordnung ist für den Auftragnehmer verbindlich, kann ihn jedoch im Falle einer Leistungsänderung zur Vorlage eines Nachtragsangebots berechtigen (Cl. 13 GC).

[13] Das FIDIC Red Book und das FIDIC Yellow Book sehen an zahlreichen Stellen die Befugnis zu *Instructions* vor (u. a. im Rahmen der Vertragsauslegung nach Sub-Cl. 3.7 GC, der Zusammenarbeit mit dem Personal des Auftraggebers nach Sub-Cl. 4.6 GC, zu Unterlagen des Auftragnehmers nach Sub-Cl. 5.2.1 GC, Tests nach Sub-Cl. 7.4 GC, Mangel- und Mangelbeseitigung nach Sub-Cl. 7.5 und 7.6, Baufortschritt nach Sub-Cl. 8.7 GC, Aussetzung des Auftraggebers nach Sub-Cl. 8.9 bis 8.11 GC, Fertigstellung Sub-Cl. 9.1 GC, Abnahme nach Sub-Cl. 11.1, 11.2, 11.4, 11.6 und 11.8 GC, Leistungsänderungen und Anpassungen nach Sub-Cl. 13.1 bis 13.6 GC und nach Kündigung Sub-Cl. 15.2.3, 16.3 und 17.2 GC).

[14] Gestalten sich die Bauarbeiten des Auftragnehmers als zu langsam oder fallen sie hinter den Terminplan zurück, kann der Engineer vom Auftragnehmer die Vorlage eines angepassten Terminplans verlangen, um die Arbeiten zu beschleunigen und eine fristgerechte Fertigstellung zu ermöglichen (Sub-Cl. 8.7 GC). Der Engineer kann außerdem jederzeit bis zur Abnahme bindende Leistungsänderungen (*Variations*) anordnen bzw. ein Angebot des Auftragnehmers hierzu anfordern (Cl. 13 GC), wobei er zugleich über die sich hieraus ergebende Anpassung von Vergütung und Bauplan zu entscheiden hat.

d) Festlegungen (*determinations*)

[15] Eine zentrale Bedeutung kommt dem Engineer zudem in Bezug auf die vorläufige Klärung von Ansprüchen (*claims*) und Meinungsverschiedenheiten zu. Das FIDIC Red Book und das FIDIC Yellow Book sehen grundsätzlich den Engineer als Ausgangsinstanz vor, der Streitigkeiten schlichten soll, um Verzögerungen des Bauablaufs nach dem Prinzip „*work first, argue later*“ möglichst gering zu halten.

[16] Dem Engineer obliegt es demnach, bei bestimmten Meinungsverschiedenheiten vorläufig verbindliche Festlegungen (*determinations*) zu treffen (Sub-Cl. 3.7 GC) (u. a. bei behaupteten

Fehlern in den Vorgaben des Auftraggebers nach Sub-Cl. 1.9 GC, Kosten der Mangelbeseitigung nach Sub-Cl. 11.2 GC, Leistungsänderungen nach Sub-Cl. 13.3.1 GC, Mehrkosten nach Sub-Cl. 13.5 GC, Zahlungsplänen nach Sub-Cl. 14.4 GC bei Kündigung nach Sub-Cl. 15.3, 15.6 und 18.5 GC).

[17] Einer *Determination* hat dabei stets ein Schlichtungsversuch voranzugehen (Sub-Cl. 3.7.1 GC). Daraufhin hat der Engineer eine gerechte Festlegung zu treffen, die sämtliche relevanten Umstände zu berücksichtigen hat und im Einklang mit den Bestimmungen des Vertrages steht (Sub-Cl. 3.7.2 GC). Für die Festlegung ist grundsätzlich eine Frist von 42 Tagen vorgesehen (Sub-Cl. 3.7.3 GC). Außerdem ist der Engineer zur ausführlichen Begründung der Festlegung verpflichtet, was eine Neuerung der Auflage von 2017 darstellt und die Transparenz des Festlegungsprozesses fördern soll. Abgesehen hiervon sehen die beiden FIDIC-Bücher keine spezifischen verfahrensmäßigen Vorgaben für eine *Determination* vor.

d) Streitbeilegung durch Dispute Avoidance and Adjudication Boards (DAAB) und Schiedsgerichte

[18] Die Tätigkeiten des Engineers und insbesondere das *Agreement or Determination*-Verfahren nach Sub-Clause 3.7 GC sowie das *Claim*-Verfahren nach Clause 20 GC stellen noch keine Streitentscheidungen dar.¹⁶ Anders als noch in der Erstauflage der Rainbow-Suite von 1999 sehen das FIDIC Red Book und das FIDIC Yellow Book in der Fassung von 2017 den Engineer auch nicht mehr als eigenständige Stufe der Streitbeilegung vor. Diese Aufgabe ist nunmehr allein einem *Dispute Avoidance and Adjudication Board* (DAAB) und – quasi in zweiter Instanz – einem Schiedsgericht zugewiesen.

[19] Im Hinblick auf den Engineer kann demnach jede Partei binnen 28 Tagen nach Erhalt einer *Determination* durch eine *Notice of Dissatisfaction* (NOD) gegenüber der jeweils anderen Partei erklären und begründen, dass und weshalb sie mit der vollständigen oder mit Teilen der *Determination* des Engineers nicht einverstanden ist (Sub-Cl. 3.7.5 GC). Danach steht es jeder Partei frei, das DAAB anrufen, um eine Überprüfung der *Determination* herbeizuführen (Sub-Cl. 21.4 GC).

[20] Entscheidungen des DAAB sind durch ein Schiedsgericht überprüfbar. Allerdings steht es im Falle einer *Determination* des Engineers der anderen Partei frei, unmittelbar ein Schiedsverfahren einzuleiten, wenn sich eine der Parteien der *Determination* widersetzt (Sub-Cl. 21.6 GC).

[21] Die Einschaltung eines stehenden (*standing*) DAAB (oder sonstiger Dispute Boards), die eigenständig zu treffenden Vereinbarungen unterliegen, kann signifikante Kosten versuchen und lohnt sich daher primär nur bei hochvolumigen Verträgen. So werden *standing* DAB's u. a. bei Offshore-Windparkprojekten in Nord- und Ostsee häufig eingesetzt.

III. Gestaltungsmöglichkeiten

[22] In der Praxis wird auf Auftragnehmerseite regelmäßig versucht, den möglichen Konflikt zwischen der nach dem FIDIC-Konzept be-

15) Siehe auch *Pacific Associates Inc. v Baxter* [1990] 1 QB 993 (zum englischen Recht).

16) Mahnken, in: Bock/Zons (Hrsg.), *Rechtshandbuch Anlagenbau*, 2. Aufl. 2021, Rn. 1374.

absichtigten Neutralität des Engineers¹⁷ und seiner Tätigkeit im Auftrag und „im Lager“ des Auftraggebers durch modifizierende Regelungen zur Entscheidungsmacht des Engineer zu entschärfen.¹⁸ Dies ist beispielsweise durch eine komplementäre Verständigung auf einen Schiedsgutachter mit Festlegungsbefugnis (sog. „expert determination“) möglich, die sich etwa bei Uneinigkeit des Engineers und des Auftragnehmers über die Erreichung bestimmter Meilensteine oder das Vorliegen von Mängeln anbieten kann.¹⁹ Ein solches Schiedsgutachterverfahren (ob ad hoc oder institutionell, zB nach den Regeln der DIS-SchGO oder den ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings) kommt auch alternativ zur Streitbeilegung und -vermeidung durch ein DAAB in Betracht, der die klassische Anlagenbauindustrie in Deutschland (anders als z. B. die Offshore-Windindustrie) immer noch kritisch gegenüberzustehen zu stehen scheint.

[23] Alternativ zum Einsatz eines Engineers und auch zur Streitbeilegung durch ein DAAB kommt auch die Vereinbarung einer frühzeitigen neutralen Bewertung (sog. „early neutral evaluation“ oder „ENE“) durch einen von beiden Parteien (und nicht nur vom Auftraggeber) bestellten und damit (unzweifelhaft) neutralen Dritten in Betracht.²⁰ Diese Methode hat sich jedoch in Kontinental-Europa noch nicht durchgesetzt. Häufig wird die Bezeichnung als „Engineer“ (in Anlehnung an das FIDIC Silver Book) durch den Begriff „Employer’s Representative“ ersetzt. Eine Änderung der Aufgaben und Befugnisse des Dritten und insbesondere seiner Entscheidungsmacht geht allein damit jedoch noch nicht einher.

IV. Fazit

[24] Der im FIDIC Red Book und FIDIC Yellow Book vorgesehene Einsatz eines Engineers birgt Chancen und Risiken zugleich.

Als Bindeglied zwischen den verschiedenen Projektbeteiligten kann er die Kommunikation und Zusammenarbeit fördern und effektiv zur Streitvermeidung beitragen. Der weite Spielraum des Engineers ermöglicht dabei eine effektive Kontrolle des Bauvorhabens und bietet die Möglichkeit zur zügigen Beilegung von Meinungsverschiedenheiten ohne Beeinträchtigung des Baufortschritts.

Nicht unkritisch ist die Nähe des Engineers zum Auftraggeber zu sehen. Es empfiehlt sich daher, bei jedem einzelnen Projekt die Sinnhaftigkeit eines Engineers zu hinterfragen und, soweit man diese bejaht, einzelne Befugnisse des Engineers ggf. abzuändern oder durch Kontrollmechanismen, ggf. auch alternativ zu einem DAB oder DAAB, zu ergänzen. Zudem sollten die Verantwortlichkeiten weiterer Dritter, wie insbesondere eines DAAB oder weiterer vorläufiger Streitentscheider (zB Schiedsgutachter) klar abgrenzbar sein, um eine mehrstufige und effiziente Streitbeilegung sicherzustellen. Durch die sorgfältige Prüfung und Ausgestaltung dieser Rollenverteilung kann das Risiko von eskalierenden Konflikten reduziert und letztlich auch die Effizienz eines Projekts gesteigert werden.

17) Hök, ZfBR 2021, 3 (5); Rupa, Standardisierte Projektverträge FIDIC und NEC im Vergleich, ZfBR 2020, 219.

18) Dazu auch Gallistel, Zeitschrift für Vergaberecht & Bauvertragsrecht (ZVB) 2018, 136 (137 f.).

19) Zur Leistungsbestimmung und Streitschlichtung durch den Engineer als Tätigkeit iSv § 317 Abs. 1 BGB, vgl. Mahnken, in: Bock/Zons (Hrsg.), Rechtshandbuch Anlagenbau, 2. Aufl. 2021, Rn. 1373.

20) Vgl. dazu beispielsweise das Angebot des Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) sowie die von CEDR veröffentlichte „Preparation Guidance“: <https://www.cedr.com/alternative-dispute-resolution-processes/earlyneutralevaluation/> (zuletzt abgerufen am 25. September 2024).

JUSTUS KRANER, M. A.*

Praxis der Vertragsgestaltung: Performance-Garantien

Mit diesem Beitrag soll eine lose Reihe zur Praxis der Vertragsgestaltung begonnen werden. Ziel ist es, von und für Praktiker die Top-Themen der Vertragsgestaltung im Anlagenbau aufzugreifen und praktische Hinweise zur Vertragsgestaltung zu geben. Es geht darum, die eigene Erfahrung der Autoren hinsichtlich Marktstandards, Problemstellungen und Lösungsmöglichkeiten fruchtbar zu machen. Akademische Diskussionen sollen bewusst vermieden werden, da der Alltag der Vertragspraxis im Fokus stehen soll. Gestartet wird die Reihe aus der Mitte der Schriftleitung heraus mit einem Beitrag zu einem für jeden Anlagenbau-Vertrag äußerst wichtigen Thema, den Performance-Garantien.

This article is the first in a loose series on the practice of contract drafting. The aim is to address the top issues of contract drafting in plant construction by and for legal practitioners and to provide practical advice on contract drafting. The aim is to make each authors' own experience of market standards, problems and possible solutions fruitful. Academic discussions should be deliberately avoided, as the focus should be on everyday contract practice. The series starts with a contribution from the editorial team on a topic that is extremely important for every plant construction contract: performance guarantees.

*) Justus Kraner, M. A., ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Friedrich Graf von Westphalen & Partner in Köln und Mitglied der Schriftleitung.

I. Die Bedeutung von Performance-Garantien in der Praxis der Vertragsgestaltung

[1] In Anlagenbauverträgen spielen Performance-Garantien eine wichtige Rolle und stellen einen weit verbreiteten Marktstandard dar. Typischerweise geht es im Kern darum, dass der Auftragnehmer bestimmte Leistungswerte der zu planenden/errichtenden Anlage vertraglich fest zusagt und sich für den Fall, dass die fertiggestellte Anlage die zugesagten Leistungswerte zur Abnahme bzw. im nachfolgenden Betrieb nicht erreicht (Performance-Defizite), zur Zahlung einer festgelegten finanziellen Kompensation an den Auftraggeber verpflichtet (häufig bezeichnet als „Performance Damages“ oder auch „technische Pönalen“).

[2] Die damit einhergehende Festlegung konkreter Leistungswerte spielt eine wichtige Rolle im Zusammenhang mit einem häufig geschuldeten funktionalen Leistungserfolg – sei es aufgrund einer funktionalen Leistungsbeschreibung (wie sie in Anlagenbauverträgen üblich ist), sei es aufgrund gesetzlicher funktionaler Erfolgsverantwortung (im Sinne einer „implied warranty“). Die vertraglich vereinbarten Performance-Werte konkretisieren die funktionale Leistungsbeschreibung/gesetzliche Erfolgsverantwortung in diesem Punkt und machen das Erreichen/Nicht-Erreichen von Funktionalitäten mess- und überprüfbar.

[3] Vertragliche Regelungen im Zusammenhang mit Performance-Garantien berühren damit den Kern eines jeden Anlagenbau-Projekts. Denn es liegt auf der Hand, dass die Performance einer Anlage eines der wesentlichen Kriterien für den Erfolg eines Projekts ist. Gleichzeitig liegt darin für beide Seiten auch ein Risiko: Der Auftraggeber plant mit einer Anlage, die eine bestimmte Performance bringt. Tut sie das nicht, wird er aller Voraussicht nach Verluste einfahren. Für den Auftragnehmer auf der anderen Seite stellen Performance-Defizite nicht nur einen möglichen Reputationsverlust dar, sondern können auch potentiell gravierende finanzielle Konsequenzen nach sich ziehen.

[4] Vor diesem Hintergrund haben vertragliche Regelungen zu Performance-Garantien eine doppelte Funktion: Zum einen bieten sie dem Auftraggeber eine Sicherheit, dass die Anlage am Ende auch das kann, was sie nach dem Vertrag können soll. Zum anderen fungieren Performance-Garantien aus der Perspektive des Auftragnehmers auch als eine Haftungsbegrenzung hinsichtlich der zugesagten Leistungswerte.

[5] Allerdings können Vertragsregelungen zu Performance-Kriterien nur dann ihre (Sicherungs-)Funktion für beide Parteien erfüllen, wenn sie sauber ausgestaltet sind. „Saubere Ausgestaltung“ meint dabei, dass (i) sie verständlich formuliert sind (und zwar möglichst auch für Nicht-Techniker), (ii) Klarheit herrscht hinsichtlich Voraussetzungen und Rechtsfolgen, und (iii) potentielle Fallstricke bei der Gestaltung vermieden werden.

[6] Die wichtigsten Punkte, die bei der Gestaltung von typischen Performance-Garantien im Blick zu behalten sind, sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.

II. Wichtige Unterscheidung im Vorfeld: Haftung für Performance-Garantien einerseits und allgemeine Mängelhaftung andererseits

[7] Vor dem Einstieg in die konkreten Gestaltungsfragen der eigentlichen Performance-Garantien ist es wichtig, sich einen bedeu-

tenden Unterschied auf konzeptioneller Ebene zu vergegenwärtigen: Performance-Garantien folgen typischerweise anderen bzw. eigenen Regeln als die allgemeine Mängelhaftung (oder sollten das zumindest). Im Vertrag sollte es deshalb eine ausdrückliche Trennung zwischen den Performance-Garantien (bzw. der Haftung für Performance-Defizite) einerseits und der allgemeinen Mängelhaftung andererseits geben. Für Performance-Defizite gilt dann (idealerweise) ein spezielles Regelungsregime mit ganz bestimmten Rechtsfolgen unter Ausschluss der allgemeinen Mängelhaftung hinsichtlich der zugesagten Leistungswerte.

[8] Dabei handelt es sich in erster Linie um ein Auftragnehmer-Thema: Der Auftragnehmer kann so nämlich vermeiden, dass die angestrebte Haftungsbeschränkung auf die Performance Damages durch Rückgriff auf das allgemeine Mängelhaftungsregime unterlaufen wird.

[9] Praktisch wird dies am besten dadurch erreicht, indem Leistungswerte und die Konsequenzen im Fall von Leistungsdefiziten getrennt von den allgemeinen Mängelhaftungsbestimmungen (dh in unterschiedlichen Klauseln des Vertrags) geregelt werden. Rechtstechnisch entscheidend ist dann aber die ausdrückliche Klarstellung, dass (i) die vertraglichen Regelungen hinsichtlich der Performance-Werte/Defizite abschließend sind, und (ii) sämtliche weiteren denkbaren Rechte (vertragliche und gesetzliche) wegen eines etwaigen Nicht-Erreichens der Performance-Werte ausgeschlossen werden.

III. Generelle Hinweise zur Gestaltung von Performance-Garantien

1. Aufbringung der erforderlichen Sorgfalt

[10] Gerade weil es sich um einen zentralen Punkt des Vertrags handelt, der keineswegs trivial ist, sollte der Gestaltung von Performance-Garantien ausreichend Aufmerksamkeit gewidmet werden. Das betrifft sowohl die Phase der Erstellung des initialen Vertragsentwurfs als auch die Verhandlungsphase mit der Erarbeitung etwaiger geänderter Fassungen. Und das gilt für alle beteiligten Disziplinen (Juristen, Kaufleute, Techniker) gleichermaßen. Es sei an dieser Stelle aber insbesondere den Juristen nahegelegt, dieses Thema nicht allein den Technikern und/oder Kaufleuten zu überlassen, auch wenn es – für manche vielleicht ungewohnt – sehr tief in technische Zusammenhänge hineinführt.

2. Interdisziplinarität

[11] Es gibt wenige Regelungskomplexe in einem typischen Anlagenbau-Vertrag, an dem die interdisziplinäre Zusammenarbeit wichtiger ist: Eine gelungene Regelung von Performance-Garantien bedarf zum einen des Inputs der Techniker für die exakte Beschreibung der Parameter (einschließlich etwaig relevanter Randbedingungen) und der Messverfahren zu ihrer Überprüfung. Zum zweiten ist es Aufgabe der Juristen, auf eine verständliche und (für unbeteiligte Dritte) nachvollziehbare Formulierung zu achten sowie Sorge zu tragen, dass Voraussetzungen und daran geknüpfte Rechtsfolgen eindeutig bestimmt sind; sie müssen auch den vertraglichen Kontext im Blick behalten (dazu unter 3.). Und schließlich müssen, drittens, die Kaufleute die kommerziellen Festlegungen, zB mit Blick auf die Höhe der Performance Damages oder auch die wirtschaftlichen Konsequenzen weitergehender Rechtsfolgen, einschätzen und bewerten.

3. Wahrung des Überblicks

[12] Last but not least (and actually most importantly) ist es wichtig, den Überblick über die verschiedenen, letztlich immer miteinander zusammenhängenden Regelungskomplexe des Vertrags nicht zu verlieren und das Zusammenspiel der verschiedenen Vertragsdokumente stets im Blick zu behalten.

[13] In den allermeisten Fällen wird der Vertrag aus etlichen, wenn nicht einer Vielzahl von vertraglichen Dokumenten bestehen, die überdies häufig hierarchisch geordnet in einer vertraglich definierten Rangreihenfolge zueinander stehen. Gerade im Zusammenhang mit Regelungen zu Performance-Garantien lässt sich häufig beobachten, dass sie sich in verschiedenen Vertragsdokumenten auf unterschiedlichen Hierarchieebenen verteilen. Das ist, auch wenn es sich nicht gänzlich vermeiden lässt, potentiell gefährlich. Denn: Auf diese Weise kommt es ganz schnell (und bis zum Vertragsschluss unbemerkt) zu Inkonsistenzen und Widersprüchen.

[14] Deshalb sollten Performance-Garantien möglichst an einer Stelle im Vertrag geregelt werden, jedenfalls die wichtigen und entscheidenden Punkte. Für einzelne Details (zB Messverfahren, Tests o. ä.) mag dann auf Vertragsanlagen verwiesen werden. Aber auch hierbei sollte darauf geachtet werden, dass es möglichst nur *eine* (oder zumindest nur so wenig wie möglich) Vertragsanlage(n) zu allen Details der Performance-Garantien gibt.

[15] Lässt es sich aber im Einzelfall nicht vermeiden, dass es mehrere Dokumente im Zusammenhang mit Performance-Garantien auf mehreren Hierarchie-Ebenen gibt, sollte besonderes Augenmerk auf folgende Punkte gerichtet werden:

- genaue Prüfung auf mögliche Inkonsistenzen/Widersprüche;
- abstrakt-allgemeine Regelungen in höchst-/höherrangigen Dokumenten, und zunehmender Detaillierungsgrad in rangniedrigeren Dokumenten;
- Achtung, dass nicht dieselben Dinge in verschiedenen Dokumenten doppelt geregelt werden! (dabei besteht erhöhte Gefahr von Inkonsistenzen und Widersprüchen);
- Vermeidung des Gebrauchs unterschiedlicher Begriffe/Termini für gleiche Sachverhalte/-fragen (zB unterschiedliche Bezeichnung der konkreten Performance-Garantien oder für die Tests, mit denen deren Erreichung gemessen wird).

[16] Aber nicht nur der Abgleich von mehreren Vertragsdokumenten ist im Blick zu halten, sondern auch das Zusammenspiel von mehreren Regelungskomplexen. So berührt die Frage des Erreichens/Nicht-Erreichens von Leistungswerten in der Regel die Bestimmungen zu Abnahme, Haftung/Haftungsbeschränkungen, Kündigung/Rücktritt, Zahlungen/Zahlungsbedingungen sowie Sicherheiten (falls eine Vertragserfüllungs-/Gewährleistungsbürgschaft zu stellen ist). Hier müssen alle relevanten Vertragsbestimmungen immer zusammen gedacht werden.

III. Regelung/Gestaltung von Performance-Garantien

[17] Kern einer jeden Regelung von Performance-Garantien ist natürlich die Festlegung der konkreten Leistungswerte selbst. Das ist allerdings komplexer und weniger banal, als es auf ersten Blick den Anschein hat. Denn keineswegs wäre es etwa mit der simplen Nennung eines einzelnen technischen Parameters getan. Vielmehr

sind die jeweiligen Parameter technisch exakt zu beschreiben, und es ist dabei der gesamte technische und vertragliche Kontext im Blick zu behalten. Wie gesagt (s. o.): Am besten sollten alle Performance-Werte konzentriert an einem Ort geregelt werden (und nicht verstreut über etliche Spezifikationen hinweg). Ob dieser eine Ort der Vertragshaupttext, ein spezieller Vertragsanhang oder ein dedizierter Teil/Abschnitt der Leistungsbeschreibung/Spezifikation ist, ist demgegenüber unerheblich.

1. Technisch exakte Definition der jeweiligen Performance-Werte und der Randbedingungen

[18] Die Leistungswerte, die die vertragsgegenständliche Anlage erreichen soll, müssen technisch so exakt wie möglich beschrieben und definiert werden. Typische Performance-Werte können bspw. sein:

- Produktionskapazität (Stückzahl, Megawatt, Übertragungskapazität etc.)
- Wirkungsgrad
- Zieltemperatur
- Emissionswerte (Schall, Schadstoffe, Abwärme etc.)
- Übertragungsverluste
- Verfügbarkeit
- Zuverlässigkeit
- Eigenbedarf der Anlage
- Life Cycle Costs der Anlage
- Wartungszeiten/-intervalle
- Dauer unbemannten Betriebs
- etc.

[19] Technisch gesehen muss zu jedem Wert die (physikalische) Einheit und ggfs. die Bezugsgröße genau definiert sein. So ist bspw. der Unterschied ausdrücklich klarzustellen, ob es etwa jeweils um Megawatt (elektrisch) oder Megawatt (thermisch), den Schalleistungs- oder den Schalldruckpegel, um bar oder bar(ü) geht. Hinsichtlich der Bezugsgrößen kann es darauf ankommen, ob bspw. (im Fall einer Verfügbarkeitsgarantie) die Betriebsstunden oder die Zeitdauer gemeint sind, auf die sich die Stillstandszeiten beziehen.

[20] Aussagekräftig und eindeutig bestimmbar sind konkret festgelegte Leistungswerte darüber hinaus aber auch nur, wenn ihre jeweiligen technischen Randbedingungen exakt definiert sind. Es liegt auf der Hand, dass etwa die Zusammensetzung von Roh-/Ausgangsstoffen oder Umweltbedingungen Einfluss auf die Leistungsparameter haben. Derartige Randbedingungen sind unbedingt mit aufzunehmen. Das kann zB die Methanzahl bei Erdgas sein, die genaue Zusammensetzung von Speisewasser für Kessel oder auch Windstärke/-richtung und Temperaturen im Fall von Windkraftturbinen. Es kann zudem sinnvoll sein, unterschiedliche Betriebszustände zu berücksichtigen (bspw. durch Angabe verschiedener Zielwerte für Vollast und abgestufte Teillastfälle).

[21] Nicht unterschätzt werden sollte darüber hinaus auch die Bedeutung von Alterungskurven. Die für die Errichtung der Anlage verwendeten Materialien und Komponenten unterliegen einer natürlichen Alterung. Darunter versteht man im Allgemeinen eine zeitliche, häufig unerwünschte Veränderung der Materialeigenschaften. Etwas pauschalisiert lässt sich sagen, dass die Eigenschaften von Materialien und Anlagen im Laufe der Zeit unwiederbringlich schlechter werden. Eine solche Alterung hat Einfluss auf

die Erreichung der vereinbarten Performance-Garantien (je älter die Anlage, umso schwerer ist deren Erreichung). Und weil diese Alterung sofort (dh vor Abnahme der Anlage, sogar vor Einbau/Verwendung der Materialien/Komponenten) beginnt, ist es essentiell, die Alterung von Material/Komponenten als wichtige Randbedingung für die Performance-Werte zu berücksichtigen. Das geschieht über die Vereinbarung von sog. Alterungskurven. Das sind Diagramme, die die Leistungswerte in Abhängigkeit vom Alterungsprozess angeben. Das ist für einen Auftragnehmer insbesondere dann wichtig, wenn sich der Zeitpunkt verschiebt, zu dem er das Erreichen der Performance-Werte nachzuweisen hat. Mit der Anwendung von Alterungskurven wird in einer solchen Situation eine Benachteiligung des Auftragnehmers vermieden.

[22] Das alles ist natürlich an sich kein Hexenwerk – und für Techniker ohnehin Alltag und bare Selbstverständlichkeit. Aber im Eifer des Gefechts und der Hektik der Vertragsverhandlungen können Fehler und Verwechslungen nicht ausgeschlossen werden. Auch wenn sicherlich solche Fehler in den meisten Fällen später einvernehmlich korrigiert werden können, kann es Situationen geben, in denen das nicht mehr möglich ist. Und dann kann es schnell Zweifel an und Streit um Auslegung der Performance-Garantien geben.

2. Unterscheidung zwischen vor und nach Abnahme nachzuweisenden Performance-Garantien

[23] Von den oben beispielhaft genannten Performance-Garantien (s. Rn. 18) werden einige vor bzw. als Voraussetzung zur Abnahme nachzuweisen sein (Leistungswerte im engeren Sinne), andere hingegen erst in einem bestimmten Zeitraum nach Abnahme (Verfügbarkeitsgarantien im weiteren Sinne). Dieser Unterscheid wirkt sich an verschiedenen Stellen aus, zB im Zeitpunkt der Tests, der Frage der Abnahmevoraussetzungen, der Fälligkeit etwaiger Kompensationszahlungen etc.

[24] Deshalb ist in allen Fragen der Voraussetzungen und Rechtsfolgen solcher Performance-Garantien dieser Unterscheid immer im Blick zu behalten und konsequent durchzuhalten.

3. Weitere Voraussetzungen der Performance-Werte (insbes. Mitwirkungen des Auftraggebers)

[25] Neben den eben beschriebenen technischen Randbedingungen gibt es aber in der Regel weitere Voraussetzungen, die erfüllt sein sollten, damit dem Auftragnehmer die Erreichung der Performance-Werte möglich ist. Zumeist handelt es sich dabei um Beistellungen und Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers.

[26] In der Regel ist es so, dass der Auftraggeber das Personal für den Betrieb der Anlage bereitzustellen hat. Dieses sollte ausreichend qualifiziert zu sein, dh die erforderlichen Qualifikationen des Auftraggeber-Personals sind im Vertrag festzulegen (das kann von bestimmten Fachqualifizierungen bis zu geforderten Sprachkenntnissen reichen). Im Gegenzug übernimmt der Auftragnehmer häufig die Verpflichtung, das Personal des Auftraggebers im Betrieb der konkreten Anlage zu schulen.

[27] In diesen Zusammenhang gehört auch die Klarstellung, dass die Performance-Werte nur gelten, soweit die Betriebs- und Wartungsanweisungen des Auftragnehmers eingehalten werden/wurden.

[28] Die Bereitstellung von Betriebsmitteln und Ausgangsstoffen/Vorprodukten obliegt naturgemäß ebenfalls dem Auftraggeber. Auch diesbezüglich sollte im Vertrag klar geregelt werden, welche Stoffe der Auftraggeber in welcher Qualität bis zu welchem Zeitpunkt zur Verfügung zu stellen hat.

[29] Aber auch weitere Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers (etwa im Zusammenhang mit Messungen/Tests) sollten vertraglich klar vereinbart sein, ebenso wie Zugangsgewährung für den Auftragnehmer (besonders wichtig im Zeitraum nach Abnahme) und Informationspflichten des Auftraggebers (bspw. zu Ausfällen, Defekten und ähnlichen Vorkommnissen).

[30] Unbedingt zu regeln sind schließlich die Folgen im Fall des Ausbleibens, der Verspätung und/oder von Qualitätsdefiziten der vom Auftraggeber zu erbringenden Mitwirkungsleistungen/-handlungen. Soweit es um deren Verzögerung geht, sollte der Auftragnehmer in einer solchen Situation zunächst einen Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen („*extension of time*“) haben. Er sollte zudem darauf achten, dass ihm ein Anspruch auf Erstattung zusätzlicher Kosten ausdrücklich zugestanden ist. Ferner sind Vorkehrungen zu treffen für den Fall, dass sich die Messungen/Tests zum Nachweis der Performance-Werte verzögern. Zum einen helfen dem Auftragnehmer hier die Alterungskurven (s. o.). Zum anderen, und insbesondere falls die Verzögerung erheblich ist, bietet sich aus Perspektive des Auftragnehmers ein vertraglicher Mechanismus an, wonach die Performance-Tests als bestanden und die Performance-Werte als erreicht gelten, soweit ein vereinbarter Spätest-Termin für die Performance-Tests überschritten wird.

[31] Für den Fall von Qualitätsdefiziten in den Auftraggeber-Mitwirkungen sind die Konsequenzen für die Erreichung der Performance-Werte in den Blick zu nehmen und entsprechend zu berücksichtigen. Im Worst Case sind Schäden am Gewerk des Auftragnehmers entstanden, die einen Nachweis der Leistungswerte rein faktisch schwierig bis unmöglich machen. Auch für einen solchen Fall kann daran gedacht werden, den Auftragnehmer von seiner Pflicht zum Nachweis der Performance-Werte zu entbinden.

[32] Alle derartige Regelungen zu Auftraggeber-Mitwirkungen sind übrigens im Interesse beider Parteien. Für den Auftragnehmer liegt das selbstverständlich auf der Hand (er ist auf diese in der Regel angewiesen und muss sich entsprechend absichern). Aber auch für den Auftraggeber ist die ausdrückliche und konkrete Festlegung seiner erforderlichen Mitwirkungen von Vorteil. Denn: vage, uneindeutige und unklare Bestimmungen bieten einem gewieften Auftragnehmer in vielen Fällen einen Türöffner, um etwa eine Behinderung anzuzeigen (gestützt auf die Behauptung, eine angeblich fällige Mitwirkungshandlung des Auftraggebers sei verspätet), sich so einen taktischen Vorteil und einen (ggfs. Gegen-)Anspruch (nicht zuletzt auf fiktive Abnahme, s. o.) aufzubauen. Die explizite (gerade auch: terminliche) Festlegung der Mitwirkungsleistungen sichert aus dieser Perspektive also auch den Auftraggeber ab.

4. Messverfahren und Performance-Tests

a) Allgemeines

[33] Das Erreichen/Nicht-Erreichen der zugesagten Performance-Werte muss selbstverständlich überprüft werden. Das erfolgt in Messungen und Tests, deren Details (Zeitpunkt, Umfang, Voraussetzungen, Verfahren, Methode) ebenfalls ausdrücklich im Vertrag

geregelt werden müssen. Es gibt zahlreiche unterschiedliche Bezeichnungen für derartige Messungen oder Tests (üblich sind u.a. „Performance-Tests“ oder „Abnahme-Messungen“), weshalb unbedingt auf eine konsistente Begrifflichkeit zu achten ist (und ganz besonders, wenn sich die Regelungen zur Performance-Garantie auf mehrere Vertragsdokumente verteilen, s. o.). Dies gilt umso mehr, als typischerweise die gesamte Phase der Leistungserbringung über eine ganze Reihe unterschiedlicher Tests stattfindet (zB „Factory Acceptance Test“ = FAT). Es muss am Ende klar sein, welche Messungen bzw. Tests gemeint sind und welches die besonders wichtigen Tests zur Überprüfung der Performance-Garantien sind. Denn: Allein auf diese wird es am Ende maßgeblich ankommen.

[34] Im Ausgangspunkt ist zunächst erforderlich, dass die Messungen und Tests in technischer Hinsicht exakt definiert werden. Es muss klar sein, was mit welchen Messmethoden (zB mit welchen Messgeräten) unter welchen konkreten Bedingungen und an welchem Ort getestet wird. Auch die Messzeitpunkte bzw. Messzeiträume müssen den technischen Erfordernissen entsprechen und eindeutig festgelegt sein (zur vertragsrechtlichen Kehrseite siehe im folgenden Absatz). Wichtig – aber potentiell sehr streitanfällig – sind zudem Regelungen zu Messtoleranzen. Die richtige Formulierung kann hier im Ernstfall einen kategorialen Unterschied machen (Bestehen oder Nicht-Bestehen des fraglichen Performance-Tests). So werden Messtoleranzen üblicherweise in Prozent angegeben (bereits an dem Punkt sollte Klarheit herrschen, ob Prozentpunkte oder Prozentwerte gemeint sind). Und dann hat die Aussage „*der Messwert liegt im Bereich von +/- X% des Performance-Werts*“ einen gänzlich anderen Gehalt als „*der Performance-Wert liegt im Bereich von +/- vom Messwert*“ – zwischen beiden können kommerziell Welten liegen.

b) Tests vor/zu Abnahme und Tests nach Abnahme

[35] Die juristische und vertragsgestaltende Perspektive erfordert wiederum klare Festlegungen zum Zeitpunkt und zu vertraglichen Konsequenzen der durchzuführenden Performance-Tests. So wird häufig unterschieden zwischen Tests, die vor Abnahme durchgeführt werden (und deren Bestehen eine Abnahmevoraussetzung ist), und solchen Tests, die erst nach Abnahme erfolgen. Letzteres bietet sich typischerweise für Performance-Werte an, deren Messung über einen längeren Zeitraum erfolgt (wie bspw. Verfügbarkeit – hier sind Evaluierungsperioden von mehreren Jahren nach Abnahme absolut üblich).

[36] Ein weiterer Unterschied besteht zwischen punktuellen Tests (zu einem definierten Zeitpunkt) und Tests über längere Zeiträume hinweg. In Bezug auf punktuelle Tests wäre (im Interesse des Auftragnehmers) klarzustellen, dass das Bestehen des Tests dazu führt, dass der Auftragnehmer den fraglichen Leistungswert ein für allemal nachgewiesen hat, und dass der Auftragnehmer daraufhin keinerlei Rechte mehr diesbezüglich geltend machen kann (auch wenn sich der Wert im weiteren Verlauf wieder verschlechtern sollte).

[37] Schließlich bedarf es einer ausdrücklichen Regelung dazu, wenn Tests nicht erfolgreich sind und die Latte der Leistungswerte „gerissen“ wird. Es stellt sich dann die Frage, ob, nach welcher Maßgabe, wie oft und auf wessen Kosten Performance-Tests wiederholt werden dürfen/müssen.

IV. Vertragliche Regelungen zu Performance-Defiziten

[38] Kern einer jeden Performance-Garantie sind die Rechtsfolgen, die an Leistungsdefizite geknüpft werden, dh daran, dass die Anlage die zugesagten Performance-Werte nicht erreicht. Häufig steht die vom Auftraggeber zu beanspruchende Kompensationszahlung („Performance Liquidated Damages“, „Performance Damages“, „Performance-LDs“, „technische Pönale“ im Vordergrund, allerdings sollte das nicht den Blick auf etliche weitere wichtige regelungsbedürftige Punkte in diesem Zusammenhang verstellen.

1. Kompensationszahlung („Performance Damages“)

[39] Aber natürlich ist die Vereinbarung zu Kompensationszahlungen im Fall des Nicht-Erreichens der vertraglichen Leistungswerte der Dreh- und Angelpunkt einer Performance-Garantie. Diese „Performance Damages“ sollten an einem Ort zusammengefasst geregelt werden (dazu bietet sich ganz praktisch eine Tabelle an), und wegen ihrer Bedeutung möglichst nicht versteckt in irgendeiner Anlage zur Spezifikation, sondern entweder direkt im Vertragshaupttext oder in einem gesonderten Vertragsanhang/Schedule.

[40] Die Performance Damages selbst werden üblicherweise gestaffelt je Einheit/Prozent Abweichung vom Garantiewert in einem Betrag (entweder als fixe Geldsumme oder in Prozent des Vertragspreises) angegeben. Bspw. kann im Rahmen einer Verfügbarkeitsgarantie, bei der eine vereinbarte Verfügbarkeitsgarantie von 98 % zugesagt ist, folgendes vereinbart werden (rein fiktive Zahlen):

| Tatsächliche Verfügbarkeit | Kompensation |
|----------------------------|--------------|
| < 98 % | EUR 100.000 |
| < 97 % | EUR 150.000 |
| < 96 % | EUR 200.000 |
| < 95 % | EUR 250.000 |

In diesem Beispiel wäre noch klarzustellen, ob die Kompensationszahlung für jedes einzelne Prozent gelten soll (dh im Fall einer tatsächlichen Anlagenverfügbarkeit von 96 % würden EUR 100.000 + EUR 150.000 + EUR 200.000 EUR = EUR 450.000 fällig), oder schon jeweils den kumulierten Betrag wiedergeben (dann würden im Fall einer tatsächlichen Anlagenverfügbarkeit von 96 % „nur“ EUR 200.00 fällig).

[41] Derartige Performance Damages sollen in der Regel das verbleibende Leistungsdefizit der Anlage abgelten (differenzierter kann das jedoch bei Verfügbarkeitsgarantien zu sehen sein, s. Rn. 46). In jedem Fall ist es übliches Verständnis der Parteien, dass eine abschließende Regelung darstellen, dh dass der Auftraggeber nichts darüber hinaus beanspruchen kann. Das ist in jedem Fall ausdrücklich zu regeln, indem weitergehende Ansprüche des Auftraggebers (egal aus welchem Grund) explizit ausgeschlossen werden (s. Rn. 53).

[42] Im Fall von mehreren zugesagten Performance-Werten geht zudem das Auftragnehmer-Interesse dahin, ein Gesamt-Cap als Haftungsgrenze für alle Performance-Garantien zu vereinbaren. Der Auftraggeber wiederum wird häufig verlangen, dass die Performance Damages nicht auf das Gesamt-Haftungs-Cap des Auftragnehmers anzurechnen ist.

[43] Auch an Regelungen zur Fälligkeit der Kompensationszahlungen ist zu denken, was namentlich für die nach Abnahme nachzuweisenden Performance-Garantien von Bedeutung ist.

2. Nachbesserung und ihr Verhältnis zur Kompensationszahlung

[44] Die Kompensationszahlung ist indes nur eine (und nicht einmal die erste) Konsequenz des Nicht-Ereichens von Performance-Werten. Zunächst und zuvörderst wird der Auftraggeber nämlich vom Auftragnehmer (berechtigterweise) verlangen, die Anlage mittels Nacherfüllungsmaßnahmen in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen.

[45] Verhandlungspunkt ist in diesem Zusammenhang häufig, wie viele Nachbesserungsversuche der Auftragnehmer zu unternehmen hat (wobei, am Rande bemerkt, zumeist völlig unklar bleibt, was als Nachbesserungsversuch gilt). Der Auftraggeber wird meist eine unbegrenzte oder recht hohe Anzahl an Nachbesserungsversuchen verlangen und sich das Recht vorbehalten, nach seinem Belieben zum Anspruch auf Kompensationszahlung überzugehen. Aus Sicht des Auftragnehmers gilt es hingegen, sich (erstens) ein Recht auf eine bestimmte Anzahl an Nachbesserungsversuchen zu sichern (vor denen der Auftraggeber nicht zur Kompensation übergehen kann), und (zweitens) als Auftragnehmer selbst das Recht zu haben, auf weitere Nachbesserungsversuche zu verzichten und den Gleiswechsel auf die Kompensationszahlung zu vollziehen.

3. Insbesondere Verfügbarkeitsgarantien

[46] Insbesondere im Zusammenhang mit Verfügbarkeitsgarantien kann über folgende Differenzierung diskutiert werden: Die Verfügbarkeits-Pönalen/LDs können so konzipiert sein, dass sie die Haftung des Auftragnehmers für die Minder-Verfügbarkeit ebenso abgelten wie seine Haftung für eine Beseitigung der Gründe für die Minderverfügbarkeit (dh mit Zahlung der Verfügbarkeits-LDs ist der Auftragnehmer aus beidem „raus“). Oder aber man stellt (als Auftraggeber) klar, dass die Zahlung der LDs/Pönalen nichts an der Verpflichtung des Auftragnehmers ändert, die Gründe für die Minder-Verfügbarkeit zu beseitigen und die Kosten dafür zu tragen.

4. Mindestkriterien, Abnahmeverweigerung und Vertragsbeendigung/Rückabwicklung

a) Mindestkriterien

[47] Regelungen für den Worst Case dürfen selbstverständlich nicht fehlen. Diese werden vor allem dann relevant, wenn die tatsächlich gemessenen Leistungswerte unterhalb der Range sind, für die Kompensationszahlungen vereinbart sind. Hier können sich allerdings schnell Unklarheiten ergeben, wie anhand des obigen Beispiels (s. Rn. 40) demonstriert werden kann: Dem Wortlaut nach wäre jeder Wert unter 95 % Verfügbarkeit (auch zB ein Wert von 53 %) mit der Kompensationszahlung abgegolten. Dies kann, zumal aus Auftraggeber-Perspektive kaum gewollt sein. Wo dann jedoch genau eine Grenze gezogen werden soll, ab der etwaige weitergehende Auftraggeber-Rechte greifen sollen, wird mangels eindeutiger Regelung nur schwer zu entscheiden sein.

[48] Deshalb bietet es sich an, dafür eindeutige Mindestwerte festzulegen, bei deren Über-/Unterschreiten weitere Rechte für den Auftraggeber wie etwa die Verweigerung der Abnahme, Selbst-

vornahme und Vertragsbeendigung (Rücktritt/Kündigung/Zurückweisung) in Betracht kommen. Dann sollte aber auch klargestellt werden, dass der Auftraggeber diese weiteren Rechte nicht hat, soweit die Mindestwerte nicht verletzt werden (und er damit insoweit auf die Kompensation beschränkt ist).

b) Vorsicht bei Rechtsfolge Vertragsbeendigung/Rückabwicklung

[49] Werden für den Fall der Nicht-Einhaltung der Mindest-Kriterien als weitergehende Auftraggeber-Rechte die Verweigerung der Abnahme sowie Kündigung/Rücktritt/Zurückweisung (termination/rescission/rejection) vertragsgestalterisch in Betracht gezogen, ist Folgendes im Hinterkopf zu behalten: Angesichts der auf dem Spiel stehenden Wirtschaftswerte sollte im Interesse beider Parteien eine voreiligen Rückabwicklung (bis zur Verpflichtung zum Rückbau der Anlage) oder gar ein Automatismus dahin vermieden werden. Gefährlich wäre es, gerade im Kontext internationaler Projekte, sich dabei auf die unterstellten Inhalte einer bestimmten Terminologie zu verlassen. So mögen „Kündigung“ und „Rücktritt“ aus deutsch-rechtlicher Perspektive verhältnismäßig klare Bedeutungen haben, die aber bei Verwendung anderer Sprachen, anderer Sachrechte und internationalen Vertragsmustern schlicht nicht mehr gegeben sind und in die Irre führen können. So sieht bspw. das FIDIC Yellow Book 2017 in Ziff.11.4c) vor, dass der Auftragnehmer zum Rückbau im Fall einer Kündigung verpflichtet ist (was der Rechtsfolgen nach nahe beim deutschrechtlichen Rücktritt ist). Deshalb: Unabhängig von dem konkret verwendeten Begriff ist es dringend zu empfehlen, dass die Rechtsfolgen in Gänze und konkret im Vertrag ausbuchstabiert sind.

c) Abnahmeverweigerung

[50] Ist vertraglich die Möglichkeit einer Abnahmeverweigerung vorgesehen, muss geregelt werden, was konkret die Folgen davon sein sollen. Insbesondere sollte klargestellt werden, dass eine Abnahmeverweigerung nicht zwingend einer Zurückweisung der Anlage (im Sinne von Rücktritt/Kündigung) gleichsteht. Denn ein Automatismus zur Rückabwicklung sollte angesichts der auf dem Spiel stehenden Wirtschaftswerte im Interesse beider Parteien vermieden werden. Sodann sind Möglichkeiten, wie eine Abnahme dennoch erreicht werden kann, zu bedenken (etwa: bestimmte Anzahl an Nachbesserungsversuchen plus ggfs. die Zahlung einer weiteren Kompensation).

d) Vertragsbeendigung/Rückabwicklung

[51] Eine Vertragsbeendigung bzw. Rückabwicklung sollte als ultima ratio nur für den Fall in Betracht gezogen werden (und das ist dann so ausdrücklich zu regeln), dass die Leistungswerte dem Auftraggeber den wesentlichen wirtschaftlichen Vorteil der Anlage entziehen. Für den Fall sollte immer noch genau überlegt werden, ob eine Rückabwicklung (dh Rückbau) wirklich gewollt und auch tragbar ist. Als Alternative an eine Vertragsbeendigung ohne Rückbauverpflichtung zu denken („Kündigung“), verbunden mit Schadensersatzansprüchen, ggfs. begrenzt auf eine gesonderte (erhöhte) Haftungsgrenze.

5. Bonus

[52] Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Parteien durchaus auch einen Bonus zu Gunsten des Auftragnehmers vereinbaren können für den Fall, dass die tatsächlich erzielten Werte besser als die vertraglich zugesagten sind.

V. Ausschluss weitergehender Rechte und Ausgestaltung als abschließende Regelung

[53] Wie oben schon erläutert (s. o. II.), sollten die Regelungen zu Performance-Garantien in sich abschließend sein. Das muss allerdings ausdrücklich und prominent geregelt sein, wobei insbesondere folgende Aspekte zu berücksichtigen sind:

- Erstens sind die Rechte und Pflichten der Parteien in Bezug auf das Erreichen/Nicht-Erreichen der Performance-Werte auf die ausdrücklich in dem konkreten Vertrag genannten Rechte/Pflichten zu beschränken.
- Zweitens stehen dem Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer die vereinbarten Performance Damages bezahlt hat, keine weiteren Rechten mehr wegen der Nicht-Erreichung des fraglichen Wertes zu.
- Drittens werden sämtliche weiteren Rechte und Pflichten der Parteien (sowohl nach Vertrag als auch nach Gesetz) hinsichtlich der Performance-Garantien ausdrücklich ausgeschlossen.
- Es kann dann noch klargestellt werden, dass dieser Ausschluss nicht die Mängelrechte wegen anderer Mängel als die Nicht-Erreichung der Performance-Werte umfasst.

VI. Ausblick

[54] Hiermit endet der Überblick zu den wichtigsten Punkten, über die sich die Beteiligten bei der Gestaltung von Performance-Garantien Gedanken machen sollten. Wichtig ist, dass es nicht so sehr auf die verwendete Begrifflichkeit ankommt, sondern darauf, dass Voraussetzungen und daran geknüpfte Rechtsfolgen vollständig, klar und eindeutig und vor allem ausdrücklich geregelt werden. Dann ist im Übrigen auch das dem Vertrag zu Grunde liegende Sachrecht von nur noch untergeordneter Bedeutung.

[55] Vieles könnte selbstverständlich noch weiter vertieft werden (bspw. wären allein Messtoleranzen einen ganzen Aufsatz wert), und der erfahrene Praktiker wird noch dutzende weitere unterschiedliche Gestaltungsvarianten kennen (und vielleicht vermissen). Mit Blick auf das Ziel dieses Beitrags – den Blick für die zentralen und wichtigen Punkte zu schärfen – ist indes auch eine Überfrachtung zu vermeiden. Gelegenheit zur Vertiefung wird es sicherlich geben, so wie auch zu wünschen ist, dass die hiermit begonnene Reihe zur Praxis der Vertragsgestaltung den Bedürfnissen gerecht wird und auf Resonanz trifft.

INTERNATIONALES RECHT

DR. KILIAN BÄLZ, LL. M. (LONDON)/FARAH FAWZY, LL. M. (HU BERLIN)*

Verträge mit der öffentlichen Hand in Ägypten: Rechtliche Rahmenbedingungen – Vertragsgestaltung – Streitbeilegung

Aufgrund einer Vielzahl von Megaprojekten ist Ägypten ein wichtiger Markt für internationale Unternehmen. Einfach zu navigieren ist dieser allerdings nicht, gerade bei Geschäften mit der öffentlichen Hand. Der Beitrag erläutert die einschlägigen rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen. Zentral für den geschäftlichen Erfolg in Ägypten ist ein Verständnis der spezifischen Governance-Strukturen und ein daran angepasstes Vertrags- und Konfliktmanagement.

In view of the large number of mega projects, Egypt is an important market for international enterprises. The Egyptian market, however, is not easy to navigate, in particular when it comes to transactions with the public sector. This article discusses the respective legal, economic, and political frameworks. The key to success in the Egyptian market is understanding the specific governance structures and applying a tailored contract and dispute management.

* Dr. Kilian Bälz, LL. M. (London) ist Partner und Farah Fawzy, LL. M. (HU Berlin) ist juristische Mitarbeiterin bei Amereller Rechtsanwälte – Mena Associates, Berlin/Kairo (www.amereller.com).

I. Einleitung

[1] Die ägyptische Regierung verfolgt seit einigen Jahren ein ehrgeiziges wirtschaftliches Reformprogramm. Im Mittelpunkt stehen staatliche Investitionen in die öffentliche Infrastruktur. Für internationale Unternehmen ist Ägypten damit ein wichtiger Markt, etwa wenn es um den Verkauf von Komplettlösungen in den Bereichen der schienengebundenen Infrastruktur oder der Energieversorgung geht. Megaprojekte wie der Bau eines 2000km Hochgeschwindigkeitszugnetzes oder der Ausbau des Containerhafens in Damietta bieten Geschäftschancen, wie sie in den entwickelten Märkten Europas nicht bestehen.¹ Hinzu kommen die Pläne zum Aufbau einer Wasserstoffindustrie, mit maßgeblicher Unterstützung der EU.² Ägypten ist in vielen Branchen als Markt alternativlos.

[2] Zugleich ist Ägypten kein einfacher Markt. Die Planung und Umsetzung der staatlichen Megaprojekte unterliegen einem Primat der Politik. Viele Projekte werden von Unternehmen des Militärs kontrolliert, das in der ägyptischen Wirtschaft eine wichtige Rolle spielt. Zeitpläne sind oft ambitioniert und Budgets eher knapp. Verträge unterliegen zwingend einem Sondervertragsrecht der öffentlichen Hand und sehen verbreitet eine Streitbeilegung nach den Regeln des Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA) vor.

[3] Erfolg bei Geschäften mit der öffentlichen Hand in Ägypten erfordert ein Verständnis der spezifischen Rahmenbedingungen und Governance-Strukturen und ein darauf abgestimmtes Vertrags- und Konfliktmanagement.

II. Der rechtliche Rahmen für Verträge mit der öffentlichen Hand

[4] Verträge mit der öffentlichen Hand unterliegen Gesetz 182/2018 über Verträge mit der öffentlichen Hand (VerwaltungsvertragsG) sowie der dazu erlassenen Durchführungsverordnung 692/2019 (Durchführungs-VO). Das Gesetz enthält neben dem Vergaberecht materielle Regeln für sogenannte „Verwaltungsverträge“, die bei Transaktionen mit der öffentlichen Hand zwingend zur Anwendung kommen. Im Vergleich zu Verträgen mit Privatunternehmen schränkt das die vertragliche Gestaltungsfreiheit wesentlich ein. Bei Verträgen mit der Privatwirtschaft ist des Weiteren eine Wahl ausländischen Rechts zulässig.³

[5] Das ägyptische Recht definiert den Verwaltungsvertrag in Anlehnung an das französische Konzept des „contrat administratif“. Konstitutiv sind drei Kriterien: (i) die Parteien des Vertrages sind ein Privatunternehmen einerseits und die öffentliche Hand andererseits; (ii) der Vertragsgegenstand betrifft die öffentliche Infrastruktur oder staatliche Dienstleistungen (im weitesten Sinne); und (iii) die öffentliche Hand bezieht sich bei Vertragsabschluss auf die Bestimmungen des öffentlichen Rechts und behält sich im Vertrag bestimmte Sonderrechte („Privilegien“) vor.⁴ Ergänzt werden die Bestimmungen des VerwaltungsvertragsG von Sondergesetzen, wie beispielsweise dem Gesetz über Öffentlich-Private-Partnerschaften 67/2010 (auch als PPP-Gesetz bekannt) oder dem Gesetz 5/2015 über die Bevorzugung ägyptischer Produkte in staatlichen Verträgen.⁵ Konzessionsverträge erfordern ein Parlamentsgesetz und sind in der Regel auf 30 Jahre beschränkt (Art. 32 (3) Verfassung 2014).

[6] Soweit keine zwingenden Vorschriften eingreifen, besteht vertragliche Gestaltungsfreiheit. Subsidiär zum VerwaltungsvertragsG finden die Bestimmungen des ägyptischen ZGB Anwendung. Das ägyptische ZGB 131/1948 beruht im Wesentlichen auf französischem Recht. In der Vergabepaxis sind Musterverträge verbreitet, die auf den FIDIC-Musterverträgen aufbauen. Von diesen abzuweichen ist rechtlich zulässig, wenn auch in der Praxis der öffentlichen Auftraggeber eher unüblich (und oft vom Auftraggeber unerwünscht).

III. Vergaberecht

[7] Das VerwaltungsvertragsG kennt die international üblichen Vergabearten (geregelt in Art. 7ff). In der Praxis ist neben der öffentlichen Ausschreibung auch die Direktvergabe verbreitet. Das gilt insbesondere bei strategischen Großprojekten.

[8] Anwendung finden die Vergabevorschriften auf Geschäfte öffentlicher Körperschaften, einschließlich der aus dem Staatshaushalt finanzierten Körperschaften, Einheiten der öffentlichen Verwaltung (Ministerien, Organisationen und Agenturen des Staates mit Sonderhaushalten), lokaler Verwaltungseinheiten, Behörden des öffentlichen Dienstes und der Wirtschaft sowie privater Fonds, die sich im Besitz einer dieser Einrichtungen befinden. Staatsunternehmen in Privatrechtsform hingegen unterliegen nicht dem Vergabegesetz. Auch ist die militärische Beschaffung weitgehend vom Vergaberecht ausgenommen (Art. 77 VerwaltungsvertragsG).

[9] Viele der großen Projekte unterliegen einem Primat der Politik und werden daher nicht öffentlich ausgeschrieben. Das führt zu verschiedenen rechtlichen Fragen. Teilweise wird etwa die Strategie eines vergaberechtlichen „push down“ verfolgt: nachdem das betreffende Ministerium einen Anbieter identifiziert hat, wird ein nachgeordnetes Staatsunternehmen in Privatrechtsform mit der Projektdurchführung betraut, das formell nicht den Vergabevorschriften des VerwaltungsvertragsG unterliegt. Alternativ dazu werden die Gründe der „Dringlichkeit“ und des „strategischen Interesses“ die nach Art. 62 VerwaltungsvertragsG eine Direktvergabe rechtfertigen, von der öffentlichen Hand extensiv ausgelegt. Inwieweit das einer rechtlichen Nachprüfung standhält, ist eine Frage des Einzelfalls. Gesetz 32/2014 hat aber die Möglichkeit von Dritten, Vergabeentscheidungen rechtlich anzufechten, auf Fälle manifester Korruption beschränkt.⁶ Damit ist es einem dritten

1) Beides Projekte mit deutscher Beteiligung: www.mobility.siemens.com/eg/en/p/ortfolio/references/moving-egypt.html; [www.hapag-lloyd.com/en/company/about-us/newsletter/2023/01/new-hub-in-the-eastern-mediterranean.html#:~:text=A%20state%2Dof%2Dthe%2D,its%20customers%20and%20Egypt%2C%20too](http://www.hapag-lloyd.com/en/company/about-us/newsletter/2023/01/new-hub-in-the-eastern-mediterranean.html#:~:text=A%20state%2Dof%2Dthe%2D,its%20customers%20and%20Egypt%2C%20too.). Alle Internet-Links zuletzt abgerufen am 16.8.2024.

2) [www.gtai.de/de/trade/aegypten/branchen/grosses-internationales-interesse-a-m-wasserstoffstandort-aegypten-803606#:~:text=Im%20November%202023%20hatte%20%20%C3%84gypten,Globaler%20Marktanteil%20von%208%20Prozent](http://www.gtai.de/de/trade/aegypten/branchen/grosses-internationales-interesse-a-m-wasserstoffstandort-aegypten-803606#:~:text=Im%20November%202023%20hatte%20%20%C3%84gypten,Globaler%20Marktanteil%20von%208%20Prozent.).

3) Art. 19 Zivilgesetzbuch. Hierzu Bälz/Rizk in Geimer/Schütze/Hau, Internationaler Rechtsverkehr 1001 – 7 f.

4) Al-Tamawi, Al-usus al-`amma lil-`uqud al-idâriyya [(Allgemeine Grundsätze der Verwaltungsverträge) (2011) 58 (arabisch).

5) Weitere Spezialgesetze bestehen für einzelne Branchen, etwa den schienengebundenen Verkehr oder den Betrieb von Häfen.

6) Der ägyptische Verfassungsgerichtshof hat die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes bestätigt (14.1.2023 – Verfahren 120/36). In der Vergangenheit haben Dritte (insbesondere NGOs) vielfach die Vergabeentscheidungen im öffentlichen Interesse angefochten, mitunter auch mit Erfolg. Grundlage war eine weite Definition der Drittbetroffenheit, was effektiv jedem Bürger ein Klage-recht hinsichtlich der ordnungsgemäßen Verwendung öffentlicher Mittel eingeräumt hat.

Wettbewerber (oder anderen Stakeholder) in aller Regel verwehrt, gegen die Vergabeentscheidung oder den Vertrag gerichtlich vorzugehen. Die diffizilen vergaberechtlichen Probleme werden damit nur selten praktisch relevant. Es bleibt jedoch das Risiko, dass die Behörde selbst einen Vertrag aufgrund einer fehlerhaften Vergabeentscheidung aufhebt oder annulliert – denkbar etwa nach einem Wechsel der Behördenleitung.

IV. Privilegien der öffentlichen Hand

[10] Verträge mit der öffentlichen Hand unterliegen zwingend ägyptischem Recht. Das VerwaltungsvertragsG und die allgemeinen von der Rechtsprechung entwickelten Grundätze sehen dabei eine ganze Reihe von Vorrechten der öffentlichen Hand vor:

- Die öffentliche Hand ist dazu berechtigt, den Vertrag einseitig anzupassen, ohne dass sich die betreffenden Kalkulationsgrundlagen ändern (bis zu 15 %, bzw. bei Bauverträgen bis zu 25 % des Vertragswertes, Art. 46 VerwaltungsvertragsG).
- Die öffentliche Hand kann für den Fall des Verzugs Vertragsstrafen vereinbaren (bei Projekt- und Bauverträgen bis zu 10 % des Vertragswertes). Die Vertragsstrafen schließen die Geltendmachung eines weitergehenden Schadensersatzes nicht aus (Art. 48 VerwaltungsvertragsG).
- Die öffentliche Hand kann den Vertrag jederzeit im öffentlichen Interesse kündigen. Hat der Vertragspartner keinen Anlass zur Kündigung geboten, ist er jedoch zur Entschädigung berechtigt.⁷
- Das Leitungsverweigerungsrecht des privaten Vertragspartners ist ausgeschlossen. Wird der private Vertragspartner nicht bezahlt, kann dieser nicht die Arbeiten an dem Projekt aussetzen und ist darauf beschränkt, gegen die öffentliche Hand auf Zahlung zu klagen oder den Vertrag zu kündigen und Entschädigung zu verlangen.⁸

[11] Die fehlende Vertragsparität hat dabei auf viele Unternehmen, die erstmals in Ägypten tätig sind, eine abschreckende Wirkung. Die Vorstellung, dass sich die öffentliche Hand Vorrechte vorbehält, ist für viele internationale Unternehmen schwer eingängig. In der Praxis lässt sich damit erfahrungsgemäß in aller Regel leben. Der Grund mag auch sein, dass die öffentliche Hand in der Ausübung der betreffenden Rechte eher zurückhaltend ist.

V. Haftungsausschlüsse- und -begrenzungen

[12] Soweit keine Sonderregeln vorliegen, finden auch auf Verträge mit der öffentlichen Hand die allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln Anwendung, die im Zivilgesetzbuch (ZGB) enthalten sind. Für internationale Unternehmen ist zentral, die hier bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten zu nutzen:

- Die vertragliche Haftung kann ausgeschlossen oder begrenzt werden, solange die Pflichtverletzung nicht auf Arglist oder grober Fahrlässigkeit beruht (Art. 217 (2) ZGB). Damit ist es möglich, in diesem Rahmen die Haftung insgesamt auszuschließen oder der Höhe nach zu begrenzen (typischerweise auf einen bestimmten Prozentsatz des Vertragswertes).
- Eine private Partei kann zwar keine Vertragsstrafe zu ihren Gunsten vereinbaren (weil nur die öffentliche Hand „Strafgewalt“ hat). Die Vereinbarung von pauschalitem Schadensersatz (Pönalen) ist aber zulässig. Das Gericht (oder Schiedsgericht) kann den Betrag herabsetzen, wenn es der Überzeu-

gung ist, dass kein Schaden (oder nur ein sehr viel niedrigerer Schaden) eingetreten ist (Artt. 223-225 ZGB).

- Im vorgenannten Rahmen ist es auch möglich, bestimmte Schadenstypen von der Ersatzpflicht auszunehmen (etwa für Betriebsunterbrechung, entgangenen Gewinn oder den Verlust von Geschäftschancen).

[13] Nicht möglich ist ein Ausschluss der deliktischen Haftung (Art. 217 (3) ZGB). Soweit zwischen den Parteien eine Vertragsbeziehung besteht, geht aber im Regelfall das vertragliche Haftungsregime vor.⁹ Hinzu kommt, dass Ansprüche aus decennaler Haftung (Art. 651ff ZGB) nicht vertraglich ausgeschlossen oder modifiziert werden können. Die betreffenden Bestimmungen sehen eine zehnjährige verschuldensunabhängige Garantiehafung von Bauunternehmer und Architekt für Mängel eines Gebäudes oder einer „festen Installation“ vor, die die Standfestigkeit beeinträchtigen können. Die Haftungsfolgen sind potenziell weitreichend, aber in der Praxis des Anlagenbaus beschränkt auf den Einsturz der betreffenden Strukturen. Wenn eine Anlage nicht die erforderliche Leistung erbringt oder sonst mangelhaft ist, ist das kein Fall der decennalen Haftung.

VI. Force Majeure und Hardship

[14] Das ägyptische Recht unterscheidet zwischen Unmöglichkeit und der Anpassung des Vertrages an geänderte Umstände (imprévision). Die Begrifflichkeiten sind dabei nur teilweise deckungsgleich mit den Konzepten von Force Majeure und Hardship, wie sie in internationalen Vertragsmustern üblich sind.

[15] Unmöglichkeit liegt vor, wenn die betreffende vertragliche Leistungspflicht objektiv unmöglich geworden ist und dies auf einem Grund beruht, der nicht der Kontrolle des Schuldners unterliegt (Art. 373 ZGB).¹⁰ Rechtsfolge ist, dass der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei wird. Die ägyptische Rechtsprechung stellt dabei an die Unmöglichkeit strenge Anforderungen, so dass Unmöglichkeit in der Praxis keine große Rolle spielt. Das gilt insbesondere für die in der „Post Arab Spring“-Periode nach 2011 typischen Probleme, wie etwa mit der Sicherheit in abgelegenen Regionen (Sinai), der Stromknappheit oder der wiederholten Abwertung des ägyptischen Pfundes. In diesen Fällen war die Vertragserfüllung häufig wesentlich erschwert, ohne aber objektiv unmöglich zu sein. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit begründet keine Unmöglichkeit.

[16] Eine Vertragsanpassung wegen geänderter Umstände setzt voraus, dass (i) ein Ereignis von allgemeiner Tragweite eingetreten ist, das (ii) die Parteien nicht haben vorhersehen können und das (iii) die Vertragserfüllung wesentlich erschwert, ohne diese zu verunmöglichen. In diesem Fall ist die beschwerte Partei dazu berechtigt, eine Anpassung des Vertrages zu verlangen (und zwar entwe-

7) Al-Tamawi, Allgemeine Grundsätze (2011) 750 ff.; Oberstes Verwaltungsgericht 3.3.1990 – Berufung 3389/30.

8) Al-Tamawi, Allgemeine Grundsätze (2011) 548 ff.; Oberstes Verwaltungsgericht 24.4.1990 – Berufung 2606/31 und 26.6.2021 – Berufung 12010/54.

9) Ganz eindeutig ist die Rechtsprechung hier allerdings nicht. Im Ergebnis ist es jedoch so, dass eine wirksam vereinbarte vertragliche Haftungsbeschränkung nicht durch eine Klage aufgrund von Delikt umgangen werden kann (aus letzter Zeit etwa Wirtschaftsgericht Kairo 27.12.2014 – Berufung 2176/2012).

10) Sanhūrī, Al-wasīt fi sharh al-qānūn al-madanī (Kommentar zum ZGB) Bd. 3 (2010) 799 ff. (arabisch).

der eine Anpassung ihrer Leistungspflicht oder der Gegenleistung), um das vertragliche Gleichgewicht wieder herzustellen (Art. 147 ZGB). Gerade im Zusammenhang mit der wiederholten Abwertung des ägyptischen Pfundes stellte sich die Frage, inwieweit erhebliche Wechselkursschwankungen eine Vertragsanpassung rechtfertigen. Die Rechtsprechung hat das zunächst verneint, lässt inzwischen aber Ausnahmen zu.¹¹ Insgesamt legt die Rechtsprechung an die „Wesentlichkeit“ der Leistungerschwerung strenge Maßstäbe an. Auch wenn die gesetzliche Regelung in Auseinandersetzungen oft ins Feld geführt wird, hat dies selten Erfolg.

[17] Die Bestimmungen über Unmöglichkeit und *imprévision* können beide im Grundsatz vertraglich modifiziert (wenn auch nicht insgesamt ausgeschlossen) werden. Für internationale Unternehmen ist es ratsam, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Zu berücksichtigen ist, dass in der ägyptischen Praxis eine Leistungsbefreiung wegen „*Force Majeure*“ objektive Unmöglichkeit voraussetzt, wenn der Vertrag den Begriff nicht ausdrücklich auf Fälle der wirtschaftlichen Unmöglichkeit erstreckt. Des Weiteren ist ratsam, etwa das FOREX-Risiko oder Preisschwankungen am Weltmarkt klar zu regeln. Schließlich sollte der Vertrag die üblichen Anzeige- und Kündigungsrechte enthalten.

VII. Garantien

[18] Bei Projekten mit der öffentlichen Hand hat der internationale Partner die üblichen Garantien zu stellen. In der Regel werden diese von einer ägyptischen Bank abgegeben, mit einer entsprechenden Rückgarantie durch die Bank des internationalen Unternehmens.

- Bietungsgarantie, festgesetzt je nach Projekt (Art. 22 VerwaltungsvertragsG): Die Bietungsgarantie verfällt, wenn der erfolgreiche Bieter trotz Zuschlag keinen Vertrag mit dem öffentlichen Auftraggeber abschließt.
- Erfüllungsgarantie in Höhe von 5 bis 30 % des Vertragswertes (Art. 40 VerwaltungsvertragsG): Die Erfüllungsgarantie soll die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages absichern und kann im Falle der Nicht- oder Schlechtleistung in Anspruch genommen werden.

[19] Die Freigabe der Garantien ist in Ägypten eine notorische Problemquelle. Zwar ordnet das VerwaltungsvertragsG an, dass die Garantien unverzüglich nach Ablauf der im Vertrag vereinbarten Garantiezeit zurückzureichen sind (Art. 40 VerwaltungsvertragsG), doch funktioniert das in der Praxis selten reibungslos. Erschwerend kommt hinzu, dass nach den AGB der Banken die internationale Bank ihren Kunden regelmäßig nur dann aus der Haftung entlässt, wenn die erstgarantierende ägyptische Bank bzw. der Begünstigte einen entsprechenden Release Letter ausstellt. Hier neigen Entscheider des öffentlichen Sektors zu extremer Zurückhaltung und wollen den Eindruck vermeiden, vorschnell auf Ansprüche der öffentlichen Hand verzichtet zu haben. Das kann die Rückgabe von Garantien erheblich verzögern.

[20] Des Weiteren ist es nach ägyptischem Recht praktisch so gut wie ausgeschlossen, im Falle einer offensichtlich unberechtigten Ziehung der Garantie eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Der Grund ist, dass die ägyptische ZPO einen abschließenden Katalog an Gründen aufstellt, die den Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtfertigen. Die unberechtigte Inanspruchnahme einer Garantie

gehört nicht dazu. Damit bleibt dem internationalen Partner in diesem Fall nur das Hauptsacheverfahren bzw. das Schiedsverfahren.

VIII. Streitbeilegungsklauseln

[21] Streitigkeiten aus Verwaltungsverträgen fallen im Grundsatz in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.¹² Die Zuständigkeit ist (wenn keine Schiedsklausel vorliegt) zwingend. Im Gegensatz dazu kann in einem internationalen Vertrag mit einer privaten Partei im Grundsatz auch ein ausschließlicher Gerichtsstand im Ausland vereinbart werden. Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung allerdings, dass der Rechtsstreit eine Verbindung zu dem gewählten Forum hat.¹³

[22] Nach Art. 91 VerwaltungsvertragsG können die Parteien aber auch eine Schiedsklausel vereinbaren (und würden das in der Regel bei größeren Projekten auch tun). Eine Schiedsklausel erfordert die Zustimmung des zuständigen Ministers (Art. 91 VerwaltungsvertragsG), die der Minister persönlich erteilen muss und der die Entscheidung auch nicht delegieren kann (Art. 1 Schiedsgesetz 27/1994). Stimmt der zuständige Minister der Schiedsklausel nicht zu, kann die Schiedsvereinbarung wegen Verstoß gegen die zwingenden Bestimmungen des ägyptischen Rechts unwirksam sein.¹⁴ In diesem Fall scheidet eine Vollstreckung des betreffenden Schiedsspruchs in Ägypten aus.¹⁵ Ein internationales Schiedsgericht wird in der fehlenden Ministerzustimmung allerdings regelmäßig kein Verfahrenshindernis sehen. Denn wer in einem Vertrag eine Schiedsklausel vereinbart, und sich im Streit dann darauf beruft, dazu (aufgrund einer fehlenden internen Zustimmung) nicht berechtigt gewesen zu sein, handelt in aller Regel treuwidrig.¹⁶ Problematisch sind hier aber die Fälle, in denen der ausländische Vertragspartner weiß, dass die Ministerzustimmung fehlt (etwa, weil die Parteien bei der Unterzeichnung nicht darauf haben warten wollen).

[23] Üblicherweise besteht die ägyptische öffentliche Hand auf einem Schiedsort in Ägypten und der Anwendung der CRCICA Schiedsregeln. Die 2024 neu gefassten CRCICA-Schiedsregeln¹⁷ beruhen im Wesentlichen auf dem UNCITRAL-Vorbild und sind eine durchaus brauchbare Schiedsordnung, die internationalen Standards entspricht. Die in der internationalen Praxis mitunter weiter anzutreffenden Vorbehalte gegenüber CRCICA sind nach Erfahrung der Verfasser nicht berechtigt. Auch ist die ägyptische Rechtsprechung im wesentlichen schiedsfreundlich.¹⁸ Lokale Gerichtsverfahren betreffend die Aufhebung von Schiedssprüchen oder auch die Erteilung der Vollstreckungsklausel dauern aber in vielen Fällen lange.

11) Berufungsgericht Alexandria 7.3.2023 – Berufung 77/6066.

12) Al-Tamawi, Allgemeine Grundsätze (2011) 187 ff.

13) Hierzu im Einzelnen Bälz/Rizk, in Geimer/Schütze/Hau 1001 – 6 f.

14) Die Linie der Rechtsprechung ist hier nicht ganz klar. Ausführlich Shehata, Arbitration in Egypt (2021) 57 ff.

15) Ägypten ist Vertragsstaat der New York Convention (1958 – NYC). Nach der NYC ist die Anerkennung und Vollstreckung aus einem Schiedsspruch aber ausgeschlossen, wenn eine der Parteien die subjektive Schiedsfähigkeit fehlt. Das ist etwa der Fall, wenn eine erforderliche Gremienzustimmung fehlt (Art. V Abs. 1a) NYC).

16) Von Salger/Trittman/Schlabrendorff, Internationale Schiedsverfahren (2019) § 2 Rn 48.

17) [crcica.org/arbitration/rules2024](https://www.crcica.org/arbitration/rules2024).

18) Siehe zB Shehata, Arbitration (2021) 334.

[24] Für viel Verunsicherung hat die Damietta Port-Entscheidung des ägyptischen Kassationshofes gesorgt.¹⁹ Streitpunkt war, inwieweit ein Schiedsgericht auch dazu befugt ist, über eine verwaltungsrechtliche Vorfrage zu entscheiden. Im Fall stritten die Parteien darüber, inwieweit eine Vertragsänderung ordnungsgemäß vom Kabinett gebilligt wurde. Der Kassationshof stellte sich auf den Standpunkt, dass ein Schiedsgericht nicht dazu befugt sei, über verwaltungsrechtliche Fragen zu entscheiden und das Schiedsverfahren in einem solchen Fall bis zur Entscheidung der Verwaltungsgerichte aussetzen müsse. Die Entscheidung hat viel Kritik erfahren, weil sie geeignet ist, die Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus Verwaltungsverträgen grundsätzlich in Frage zu stellen. Unter ägyptischen Praktikern überwiegt gleichwohl die Auffassung, es handele sich um einen „Ausreißer“.

IX. Erfolgreiches Vertrags- und Konfliktmanagement

[25] Für den praktischen Erfolg entscheidend ist ein an das Projekt angepasstes Vertrags- und Konfliktmanagement.

[26] Über interkulturelles Verhandeln mit ägyptischen und anderen arabischen Partnern wurde schon viel geschrieben – meistens aber aus einer verklärend kulturalistischen Perspektive, die die Rolle des Islam und der arabisch-orientalischen Kultur in den Vordergrund stellt. In der Projektpraxis sind solche Klischees wenig hilfreich. Hier kommt es in der Regel auf ganz andere Punkte an. Ägypten ist ein Emerging Market. Entscheidend ist sich zu vergegenwärtigen, wer in einer konkreten Situation mit wem über was verhandelt. Nur wer die spezifische Governance-Struktur eines Projektes versteht, die Ziele und Handlungsspielräume der Verhandlungspartner kennt (und auch ernstnimmt), kann erfolgreich verhandeln.

[27] Viele der strategisch wichtigen Großprojekte folgen einer politischen Logik und die oberste Projektleitung obliegt oft einem Militär oder ex-Militär, der möglicherweise weniger in Ablaufpläne und Budgets als an die Erreichung bestimmter politischer Vorgaben

denkt. Eine Anpassung von Zeitplänen und Budgets, etwa aus technischen Gründen, wegen des Verzugs anderer Projektbeteiligter oder aus sonst geänderten Umständen (Corona, Ukraine-Krieg) ist damit oft schwer zu verhandeln – auch wenn die betreffenden Nachträge in technischer oder kaufmännischer Sicht berechtigt sind. Die Erwartung ist, mit den vorhandenen Ressourcen das gesetzte Ziel in der vorgegebenen Zeit zu erreichen.

[28] Hinzu kommt, dass Ansprechpartner auf der Projektebene in erster Linie Ingenieure sind und keine Juristen – auch in Vertragsfragen. Ingenieure suchen bei Problemen primär nach einer technisch machbaren Lösung, die im Budget liegt, und orientieren sich nicht ausschließlich daran, was einmal vertraglich vereinbart war. Das Vertragsmanagement ist getrieben von einer technischen Rationalität und lässt Raum für verschiedene Lösungen. Juristen sind dabei zunächst meist nur als Berater im Hintergrund involviert. Wenn Juristen in der Verhandlung selbst in Erscheinung treten, ist das oft ein Indiz dafür, dass eine streitige Auseinandersetzung unvermeidlich ist. Dann weicht die technisch-kaufmännische Rationalität einer formal-juristischen, bei der rechtliche Positionen mit Nachdruck verfolgt werden, mitunter jenseits aller wirtschaftlicher Überlegungen.

[29] Ein erfolgreiches Vertrags- und Konfliktmanagement erfordert so, technisch-kaufmännische Problemlösungen auszuloten, ohne vertragliche Rechte aufzugeben und den „Tipping Point“ zu erkennen, an dem die flexible technisch-kaufmännische Diskussion in eine formal-juristische übergeht. Projektziele sind dabei oft politisch und nicht rein technisch-wirtschaftlich definiert und nur, wer das versteht und anerkennt, hat im ägyptischen Markt Erfolg. Am Ende ist dabei Ägypten ein Markt mit vielen Herausforderungen, aber auch mit vielen Lösungsmöglichkeiten.

19) Ägyptischer Kassationshof 8.7.2021 – Kassationen 1964 und 1968/91. Hierzu Bälz IPRax 2022, 310.

MIRELLA LECHNA-MARCHEWKA*

Are European Public Tenders Closed to Chinese Companies?

On 7 March 2024, the Advocate General of the Court of Justice of the European Union (AG) issued an opinion on a referral for a preliminary ruling related to a Croatian tender for the construction of railway infrastructure (C-652/22), finding that companies from third countries, such as Turkey and China, do not have the right to participate in EU public tenders. Although companies from third countries win few EU contracts, the value of them runs into billions. A ruling by the CJEU in line with this opinion would upend the European public procurement market.

Am 7. März 2024 hat der Generalanwalt des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) seine Schlussanträge zu einem Vorabentscheidungsersuchen im Zusammenhang mit einer kroatischen Ausschreibung für den Bau von Eisenbahninfrastruktur (C-652/22) vorgelegt und festgestellt, dass Unternehmen aus Drittländern wie der Türkei und China keinen Anspruch darauf haben, an öffentlichen Ausschreibungen der EU teilzunehmen. Obwohl Unternehmen aus Drittländern nur wenige EU-Aufträge erhalten, beläuft sich der Wert dieser Aufträge auf Milliardenbeträge. Ein Urteil des EuGH im Sinne dieses Urteils würde den europäischen Markt für öffentliche Aufträge signifikant verändern.

I. The Public Procurement Market: A Significant Slice of the Economic Pie

[1] Public procurement is the process by which public entities and those operating under specific, non-competitive conditions (in sectors such as energy, water, public transport and postal services) procure works, goods, or services from private companies. While procurement procedures in the EU are based on the national laws of Member States, for contracts exceeding a certain value¹, these rules must comply with EU public procurement laws, i. e., Public Procurement Directive 2014/24/EU² and Utilities Directive 2014/25/EU³. These harmonise the minimum rules for public procurement, creating a level playing field for businesses across Europe. The core principles of these Directives are transparency, equal treatment, and an open procurement market.

[2] Each year, more than 250,000 public authorities in the EU spend around 14 % of GDP annually on procurement. Public authorities are often the primary buyers in sectors such as energy, transport, waste management, social protection, and health and education services. Public procurement serves as a tool to stimulate job creation, economic growth, innovation, resource efficiency, and social inclusion.⁴

[3] Through international agreements like the World Trade Organisation (WTO) Agreement on Government Procurement (GPA) and bilateral Free Trade Agreements with procurement chapters the EU has committed to allowing specific third countries access to its public procurement market. Outside of these agreements, bidders from third countries are not guaranteed entry into EU procurement procedures and can be excluded. However, in principle, the EU's entire public procurement market, worth €2.4 trillion, is open to

global bidders, while EU companies only secure a fraction of the global procurement market—around €10 billion out of a total of €8 trillion annually⁵. Given that much of the global procurement market remains closed to EU companies, pressure has been growing for the European Commission (EC) to seek more balanced and reciprocal conditions for participation in public procurement.

[4] Third-country bidders are not subject to the same stringent environmental, social, or labour standards as their EU counterparts, nor do they necessarily follow state aid regulations comparable to those in the EU. This has also led to concerns that allowing third-country bidders access to EU public procurement puts EU businesses at a disadvantage. Chinese bidders have been a particular focus, as China has secured major infrastructure contracts in Europe under its *Belt and Road Initiative*, despite maintaining a largely closed procurement market for EU firms. Additionally, fears over Chinese participation were heightened after the collapse of COVEC's first infrastructure project in Europe.⁶

* Attorney at law, Managing Partner at Wardynski and Partners, Al. Ujazdowskie, 00-478 Warszawa, Poland, mirella.lechna@wardynski.com.pl

- 1) The main thresholds: EUR 143 000 for most types of services and supplies purchased by central government authorities, EUR 5 538 000 for construction contracts.
- 2) 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.
- 3) Directive 2014/25 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 and repealing Directive 2004/17/EC.
- 4) https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en.
- 5) Data from the EC as of 2019.
- 6) In 2009 China Overseas Engineering Group (COVEC) won a public contract for construction of a motorway in Poland and withdrew 2 years later.

II. The Current Case

[5] These broader concerns about third-country participation in EU public procurement are not merely theoretical, as demonstrated in case C-652/22, which raises important legal questions about the interpretation of the relevant EU procurement rules.

1. Background

[6] In a case referred to the CJEU for a preliminary ruling, a Croatian court raised concerns regarding the interpretation of EU law in the context of a tender held by HŽ Infrastruktura d. o. o. for Reconstruction of the existing track and construction of a second track on the Hrvatski Leskovac – Karlovac section⁷ worth EUR 270 000 000 under the Utilities Directive.

[7] The case itself did not involve a Chinese entity. The contractor who initiated the national appeal procedure was from Turkey, and the legal issue in question did not concern the right of third-country entities to participate in European public procurement. Rather, the Turkish entity was seeking the annulment of the selection of a competing bidder, meaning the case did not revolve around the Turkish company winning the tender. Instead, the core issue was whether EU law permits the submission of supplementary documents by the contractor during the re-evaluation of its bid after the annulment of the initial award decision.

[8] Although none of the parties raised any objections regarding the admissibility of the request for a preliminary ruling, the CJEU, which must examine this issue *ex officio*, raised doubts regarding whether contractors from third countries, not covered by international agreements, are allowed to participate in public procurement procedures governed by the Utilities Directive. This led the Court to ask the parties to provide written submissions on the issue, and these also came from the governments of Estonia, France, Croatia, Austria, Poland, and the EC.

[9] As a result, the AG's opinion, rather than focusing solely on the procedural issue of submitting supplementary documents, focused on the question of third-country participation in EU procurement. Ultimately, his conclusion was that the Croatian court's request should be deemed inadmissible.⁸

2. The Advocate General's Legal Interpretation

[10] The AG analysed whether third-country entities can be involved in European public tenders. After establishing the scope of participation as defined in the Utility Directive, he then explored whether third-country access to public procurement can be regulated at the domestic level.

a) *Ratione Personae* of the Utilities Directive

[11] In his analysis, the AG specifically focuses on Article 43 of the Utilities Directive, which states: "Conditions relating to the GPA and other international agreements: In so far as they are covered by Annexes [...] to the GPA and by the other international agreements by which the Union is bound, contracting entities [...] shall accord to the works, supplies, services, and economic operators of the signatories to those agreements treatment no less favourable than the treatment accorded to the works, supplies, services, and economic operators of the Union." According to the AG, this implies that the Utilities Directive does not apply to contractors from third countries that are not covered by any international agreements.

[12] The AG also points out Article 86 of the Utilities Directive, which concerns the participation of contractors from third countries in European public procurement procedures. According to this provision, the EU may suspend or limit the awarding of contracts to third-country contractors if their country does not provide EU contractors with effective access on the same terms.

[13] As a result, the AG concludes that a reading of Article 86, in conjunction with Article 43 of the Utilities Directive, suggests that the decision to admit third-country contractors to European public procurement can be made by the EUR on a case-by-case basis, ultimately concluding that contractors from third countries not covered by international agreements are not covered by the Utilities Directive. In the context of Case C-652/22, this leads him to conclude that the Turkish company is not entitled to participate in the public procurement procedure under the Utilities Directive.⁹

[14] The parties involved in the case, however, hold different positions on this issue. The Croatian government suggests that the Utilities Directive applies to all contractors, regardless of their place of establishment. The Austrian government, on the other hand, emphasises that the Directive generally does not apply to contractors from third countries without agreements with the EU, but if admitted to the procedure, such contractor can rely on the Directive. The governments of Estonia, France, and Poland firmly state that the exclusion of third-country contractors is directly derived from Article 43 of the Directive. Meanwhile, the EC argues that contractors from third countries not mentioned in Article 43 of the Directive may not participate in EU public tenders. In the case of Turkish contractors however, it suggests that they may rely on specific provisions of the Ankara Agreement¹⁰, which prohibits the introduction of new restrictions on the freedom to provide services, although this does not apply to public procurement. [15] Therefore, AG further seeks to determine whether Member States have the authority to regulate such access of third-country bidders through national law.

b) Third-Country Access Regulated at Domestic Level?

[16] The majority of parties to proceedings before the CJEU acknowledge that Member States can regulate the participation of third-country contractors in public procurement, although the arguments supporting this position vary. Some argue that it is a shared competence between the EU and the Member States. Others suggest that although this regulation falls under the exclusive competence of the EU, Member States can act as long as the EU has not adopted specific rules or imposed a general prohibition on the participation of third-country contractors in European procurement. Only the EC took the position that the rules governing the participation of third-country contractors in public procurement fall under the exclusive competence of the European Union, meaning that only the EU is authorised to issue legally binding rules granting

7) Request for a preliminary ruling from the Visoki upravni sud Republike Hrvatske (Croatia) lodged on 18 October 2022 – Kolin Inšaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş. v Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (Case C-652/22)

8) Opinion Of Advocate General Anthony Michael Collins delivered on 7 March 2024, Case C-652/22, p. 82

9) *Ibid.* p. 33.

10) Agreement Establishing an Association Between the European Economic Community and Turkey of 1.9.1963.

equal treatment to third-country contractors, and Member States cannot establish general rules in this area.

[17] In this regard, the AG cites the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) to distinguish the functioning of the internal market, which is a shared competence between the EU and its Member States, from the common commercial policy, which pertains to trade between Member States and third countries and is the exclusive competence of the EU. The AG notes that public procurement can be both internal and external. Furthermore, in external tenders, the award of public contracts falls under the exclusive competence of the EU. In other words, only the EU has the authority to determine whether and under what conditions third-country contractors may participate in public procurement procedures within the Union.¹¹

[18] There is little room for disagreement with the AG's view here. However, his final position may be contested, particularly in light of his subsequent reasoning. The AG, relying on the wording of Article 43 of the Utilities Directive, sees it as the exercise by the EU of its competence concerning contractors based in a country that is a party to the GPA or another international agreement related to public procurement. He then concludes that the EU has not exercised its exclusive competence regarding the participation of contractors from third countries that are not party to such agreements.¹² This final assertion, however, clearly calls for an analysis that extends beyond the scope of Article 43 of the Utilities Directive.

III. What the legal Framework Suggests

[19] The interpretation of public procurement law at EU level frequently yields intriguing and at times long-anticipated implications for its application at national level. Nevertheless, certain elements of the AG's opinion, particularly the assertion that the Utilities Directive suggests that a third-country company "lacks the right to participate in a public procurement procedure governed by this directive", appears somewhat reductive. While the argument regarding the exclusive competence of the European Union to regulate trade with third countries is undeniable, EU policy in this area is typically pursued through tools other than public procurement directives. Therefore, any analysis of third-country access to the EU public procurement market should be viewed in the context of the entire system of public procurement regulation. Reliance just on Article 43 of the Utilities Directive leads to overinterpretation in the context of analysis of the accessibility of the European procurement market to third-countries.

1. Eliminating Barriers: The Market-Opening Role of the Directives

[20] Public procurement law was designed to ensure fair access to public procurement as part of the European integration project. However, procurement directives were not developed until long after the single market's creation, in the 1970s, because the TFEU provisions guaranteeing freedom of establishment and freedom to provide services were insufficient to eliminate existing legal and practical barriers to procurement. From the outset, the directives aimed to coordinate procurement procedures to guarantee the exercise of TFEU freedoms. This alone demonstrates that the directives were not intended as instruments to regulate market

access between the EU and third countries, and it likely suggests that the Directive should not be analysed in this context at all. What the opinion does not acknowledge is that the directives do lay down obligations and procedures that must be followed to prevent any discrimination in favour of *domestic* industry. Moreover, as outlined in the EC's communication on Guidelines on the participation of bidders from third countries in the EU public procurement market, the procedural rules set out in the procurement directives apply to all contracts, regardless of the bidder's origin. This interpretation is further supported by the definition of *economic operator* provided in the Utilities Directive. This definition does not explicitly exclude natural or legal persons based in third countries from its scope. In fact, its wording suggests that it is a functional definition, applying to anyone who participates in the tender process.

[21] This issue was addressed in another case C-266/22. The AG argued that a purposive interpretation of EU law leads to the conclusion that "the Member States' right to apply less favourable treatment to contractors from certain third countries indicates that such contractors cannot be included within the scope of the public procurement directives"¹³ Importantly, however, in that case, it was not argued that a third-country entity is not entitled to participate in a European public procurement procedure in general. Instead, the dispute concerned the exclusion of a Chinese contractor on the grounds that it did not meet the definition of an *economic operator* as established in Romanian law.¹⁴ As a result, Case C-266/22 revolved around whether domestic law could exclude a third-country entity from a tender based on its country of origin.

[22] Since the TFEU guarantees the freedoms of establishment and service provision exclusively for economic operators from Member States, and the Procurement Directives effectively outlines the terms on which they can access the European procurement market, this legislation primarily serves EU businesses. This creates a scenario where contracting authorities can, in general, favour economic operators from Member States over those from third countries, who may not have the legal grounds to challenge such discrimination under the Procurement Directives or TFEU. However, none of the provisions analysed in the opinion explicitly prevent third-country operators from accessing public contracts in the single market.

[23] In particular, no such prohibition arises from Article 43 of the Utilities Directive. These provisions require Member States to treat equally contractors from non-EU countries with which the EU has signed relevant agreements. Thus, this provision only allows different treatment of operators based on their country of origin if they come from countries without such agreements. Regarding this regulation, the EC states in its communication: "[...] economic operators from third countries that have not concluded any agreement [...] are not guaranteed participation in EU procurement procedures and may be excluded from them." The Commission thus does not interpret the provisions of the Directive as prohibiting third-country entities from participating in European procurement

11) Opinion in Case C-652/22, p. 45.

12) Opinion in Case C-652/22, p. 50.

13) Opinion of AG Athanasios Rantos of May 11, 2023, Case C-266/22, p. 66.

14) *Ibid.*, p.27.

or obliging to exclude them. It merely indicates that they cannot claim the right to participate. The phrase “may be excluded from them” implies a potential preference for EU economic operators, stressing that equal access is not guaranteed for entities from countries with which the EU has not established the necessary international agreements.

[24] Finally, the analysis presented by the AG also overlooks the interpretation of Article 86 of the Utilities Directive as discussed by public procurement law scholars. Contrary to the conclusions drawn by the AG, Arrowsmith and Wang argue that since Article 86 allows the EU to adopt unilateral measures, such as restricting or suspending the access to third-country contractors and is without prejudice to the EU’s obligations, this provision must concern situations where the EU has no obligations regarding the resolution of potential disputes related to market access for third countries¹⁵, i. e. no agreement regulating access to public procurement in place. Similarly, they interpret Article 85 of the Utilities Directive allowing for the exclusion of third-country offers. The latter not only permits such discrimination but also confirms that the directive, in general, foresees the participation of third-country bidders in EU procurement procedures. Therefore, the interpretation of Utilities Directive should be the opposite – i. e., that it, in principle, does not prohibit access to European public procurement for third-country entities, but suggests there may be measures limiting it.

2. Targeting Market Access and Foreign Influence

[25] In today’s globalised economy, and in light of the EU’s challenges in ensuring reciprocity in access to public procurement markets worldwide, the AG’s opinion addresses a demand for protecting the European market, and could be seen as an easy solution to a complex problem. Nevertheless, the EU’s policy in this area is generally implemented through tools other than the public procurement directives. The conclusions of the opinion are at odds with other European legal instruments. The desired changes are, in fact, taking place through dedicated European legislation, such as the International Procurement Instrument (IPI)¹⁶ or the Foreign Subsidies Regulation (FSR).¹⁷

[26] IPI regulation aims to promote reciprocity in access to international public procurement markets. It also lays down procedures for the EC to: (i) investigate alleged measures or practices negatively affecting the access of EU businesses; (ii) impose, as a last resort, IPI measures to restrict access to EU public procurement procedures for the non-EU countries concerned. Measures under the IPI apply to all public procurement procedures above a threshold of €15,000,000 for works, or €5,000,000 for goods and services.

[27] Article 86 of the Utilities Directive and the IPI not only share the goal of regulating market access and ensuring reciprocity. They both also provide for the possibility of the EU taking unilateral measures to restrict access to the market. It could be suggested that the IPI complements the framework established by Article 86, offering a more defined mechanism for the EU to act in situations where there are no reciprocal agreements in place with third countries.

[28] Under the FSR, the EC has the authority to investigate bids in public procurement processes where the estimated contract value

is at least €250 million, re: financial contributions made by non-EU governments to companies operating within the EU. The FSR does not limit the concept of a third country to specific categories of states, nor does it provide exemptions for any countries. Consequently, the regulation applies to all non-EU states, including those that have agreements with the EU regarding mutual access to public procurement markets.

[29] If the above is not considered sufficient evidence that EU law does not, in principle, prevent third-country entities from accessing the European public procurement market, it is worth noting that by exercising its authority under the FSR in early 2004, the EC in fact confirmed the legal possibility of third-country entrepreneurs, including those from China, participating in EU tenders¹⁸. Notably, the Commission’s three FSR investigations into the EU public procurement market concerned Chinese contractors. If an absolute prohibition on the participation of third-country companies in European tenders existed, as the opinion suggests, these three procedures initiated by the EC would be effectively meaningless.

IV. Final Thoughts

[30] This analysis suggests that the Court may not necessarily follow the AG’s position and declare that the Utilities Directive imposes a blanket prohibition on third-country companies from participating in EU public procurement. Such a ruling would be unexpected both legally and politically, and would not benefit European businesses seeking to expand beyond EU borders.

[31] A major shift in the treatment of third-country contractors due to this opinion is, therefore, unlikely. Only dedicated European legislation might bring real change. Indeed, access to the European market for third-country contractors is less about formal restrictions and more about potential market distortions.

[32] An interesting legal question would be however whether once admitted to a tender under an EU directive, a third-country contractor can invoke the preliminary ruling mechanism.

15) Wang, P., and Arrowsmith, S., *Trade Relations with Third Countries in Public Procurement*, in Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Volume 2, Sweet & Maxwell, 2018, p. 889.

16) Regulation (EU) 2022/1031 of the European Parliament and of the Council of 23 June 2022 on the access of third-country economic operators, goods and services to the Union’s public procurement and concession markets and procedures supporting negotiations on access of Union economic operators, goods and services to the public procurement and concession markets of third countries.

17) Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on foreign subsidies distorting the internal market.

18) The investigation of 16 February 2024 concerned Qingdao Sifang Locomotive Co., Ltd., a subsidiary of CRRC Corporation, a Chinese state-owned entity and the world’s largest rolling stock manufacturer bidding in the tender via Bulgaria’s Ministry of Transport and Communications for 20 electric “push-pull” trains and their maintenance over 15 years for €610 million. Two investigations of 3 April 2024 related to (i) a consortium composed of the ENEVO Group (the consortium leader and a Romanian-based provider of engineering and consulting services) and LONGi Solar Technologie GmbH (a newly established and wholly-owned German subsidiary of a Chinese parent company, LONGi Green Energy Technology Co., Ltd, listed on the Hong Kong Stock Exchange, and (ii) a consortium comprised of two subsidiaries of Shanghai Electric Group Co. Ltd, a Chinese state-owned enterprise. The subsidiaries are the Shanghai Electric UK Co. Ltd. and Shanghai Electric Hong Kong International Engineering Co. Ltd., both bidding in the tender via a Romanian contracting authority- Societatea PARC FOTOVOLTAIC ROVINARI EST S. A. for the design, construction and operation of a photovoltaic park in Romania, with an installed power of 110 MW for €375 million.

DR. REINMAR WOLFF, MARBURG*

Wie man vermeidet, im Schiedsverfahren am Ende zwischen allen Stühlen zu sitzen

Die fehlende Möglichkeit, Dritte an Verfahrensergebnisse zu binden, gehört zu den wesentlichen Nachteilen der Schiedsgerichtsbarkeit. Sie war in der Vergangenheit häufig Grund dafür, auf die Vorteile einer Schiedsvereinbarung zu verzichten. Der Beitrag stellt die Ergänzenden Regeln für Streitverkündungen der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) vor, die seit dem 15.3.2024 die Streitverkündung im Schiedsverfahren ermöglichen.

The inability to bind third parties to the results of arbitral proceedings is one of the main disadvantages of arbitration. In the past, this has often been a reason to forego the advantages of an arbitration agreement. This article presents the Supplementary Rules for Third-Party Notices of the German Arbitration Institute (DIS), which have made it possible to issue third-party notices in arbitral proceedings since 15 March 2024.

I. Das Problem

[1] Jeder Anlagenbaupraktiker kennt das Risiko von Nachunternehmerketten. Wer ein Kraftwerk errichten lässt, wird sich an seinen Generalunternehmer halten, wenn die Turbinen nicht die erwartete Leistung erbringen. Der Generalunternehmer wird den Anspruch abzuwehren versuchen. Gelingt ihm dies nicht, wird er sich bei seinem Nachunternehmer, der die Turbine hergestellt und montiert hat, schadlos halten. Werden die Ansprüche klageweise durchgesetzt, läuft der Generalunternehmer Gefahr, die gegen ihn ausgeurteilten Pflichten im Verhältnis zum Auftraggeber nicht an den Nachunternehmer weiterreichen zu können. Das kann unterschiedliche Gründe haben: So können dem Generalunternehmer technische Kenntnisse fehlen, die nur der Turbinenbauer besitzt. Oder die Kläger beider Prozesse können über unterschiedliche Beweismittel verfügen. In jedem Fall läuft der Generalunternehmer Gefahr, am Ende zwischen allen Stühlen zu sitzen. Das liegt daran, dass die Entscheidungen jeweils nur zwischen ihren Parteien wirken und Dritte – wie den Nachunternehmer – nicht binden.

[2] Im deutschen Zivilprozess kann der Generalunternehmer seinem Nachunternehmer den Streit verkünden. Das Schiedsverfahrensrecht dagegen kennt keine Streitverkündung. Kam es darauf an, Rückgriffsansprüche zu sichern, war dies ein gewichtiger Grund gegen den Abschluss einer Schiedsvereinbarung,¹ selbst wenn andere Gründe, etwa die Vertraulichkeit des Verfahrens, die Möglichkeit, spezialisierte Schiedsrichter zu wählen, oder die internationale Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs die Streitentscheidung durch ein Schiedsgericht nahegelegt hätten.

II. Der rechtliche Rahmen

[3] Die Streitverkündung, wie sie in §§ 72 ff. ZPO vorgesehen ist, kann im Wege der Parteivereinbarung im Schiedsverfahren nachgebildet werden.

1. Gleichwertigkeitsanforderungen

[4] Eine solche Parteivereinbarung muss allerdings ausreichenden Rechtsschutz aller Beteiligten wahren, um wirksam zu sein: Schon von Verfassungs wegen ist demjenigen rechtliches Gehör zu gewähren, in dessen rechtliche Stellung ein Urteil unmittelbar eingreift.² Daher kann die Streitverkündungswirkung nach §§ 74, 68 ZPO nur in dem Umfang eintreten, in dem der Streitverkündete an dem Verfahren mitwirken konnte (§ 74 Abs. 1, § 67 ZPO). Im Schiedsverfahren kann das nicht anders sein.

[5] Auch im Übrigen muss das Schiedsverfahren in einer dem Rechtsschutz durch staatliche Gerichte gleichwertigen Weise ausgestaltet sein.³ Zu den erforderlichen Mitwirkungsrechten im Verfahren kommen daher weitere, eigens schiedsverfahrensrechtliche Anforderungen. Denn anders als das staatliche Gericht ist das Schiedsgericht nur denjenigen gegenüber zur bindenden Entscheidung berufen, die sich seiner Entscheidung unterworfen haben, und anders als das staatliche Gericht wird das Schiedsgericht durch die Parteien bestellt.

[6] Mit Blick auf diese Unterschiede zwischen gerichtlichem Verfahren und Schiedsverfahren hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung „Schiedsfähigkeit II“ weitere Voraussetzungen für gleichwertigen Rechtsschutz durch das Schiedsgericht aufgestellt. So müssen sämtliche Gesellschafter, auf die sich die Wirkungen des Schiedsspruchs erstrecken sollen, schiedsgebunden sein und an der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter mitwirken können,

*) Dr. Reinmar Wolff ist Rechtsanwalt und Habilitand an der Philipps-Universität Marburg. Der Verfasser war Mitglied der Arbeitsgruppe, die die DIS-ERS entworfen hat.

1) Queen Mary, University of London, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, S. 8.

2) BVerfGE 60, 7 (15) = NJW 1982, 1635 (1636).

3) BGHZ 180, 221 Rn. 10 = SchiedsVZ 2009, 233 (zu Beschlussmängelstreitigkeiten).

sofern nicht die Auswahl durch eine neutrale Stelle erfolgt.⁴ Die so verstandene Gleichwertigkeit muss die Parteivereinbarung selbst sicherstellen;⁵ dass sich die Gleichwertigkeit lediglich im konkreten Einzelfall ergibt, reicht dagegen nicht aus.⁶ Diesen Anforderungen müssen auch parteivereinbarte Streitverkündungsregelungen genügen.

[7] Ausländische Schiedsverfahrensrechte, die bei Wahl eines Schiedsorts außerhalb Deutschlands zur Anwendung kommen, mögen weniger strenge Regeln vorsehen. Bei der vorausschauenden Vertragsgestaltung wird das freilich kaum helfen, außer wenn sichergestellt ist, dass alle Gerichte oder Schiedsgerichte im Folgerechtsstreit diesem weniger strengen Maßstab folgen.

2. Lösungsansätze ohne gleichen Einfluss der Beteiligten auf die Bestellung des Schiedsgerichts

[8] Manche Regelwerke – wie Buch 4 § 17 Abs. 1 der Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten 2020 (SOBau) oder § 44 der Streitlösungsordnung für das Bauwesen 2021 (SL Bau), ähnlich auch Art. 6 Abs. 3 der Swiss Rules – sehen vor, dass die Parteien das Schiedsgericht bestellen, der Streitverkündete dagegen keinen Einfluss auf die Bestellung der Schiedsrichter hat. Solche Regelungen lassen sich zwar einfach und schlank umsetzen. Sie werden aber den genannten Gleichwertigkeitsanforderungen nicht gerecht und können daher rechtlich keinen Bestand haben.

[9] Es spricht vieles dafür, dass das Erfordernis der Gleichwertigkeit schiedsgerichtlichen Rechtsschutzes unabhängig davon gilt, ob der Streitverkündete prozessual oder materiellrechtlich an den Schiedsspruch gebunden wird.⁷ Für das rechtliche Gehör hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass es außer den förmlich am Prozess Beteiligten auch demjenigen zu gewähren ist, dem gegenüber die richterliche Entscheidung materiellrechtlich wirkt.⁸ Für den gleichen Einfluss aller Beteiligten auf die Bestellung des Schiedsgerichts wird nichts anderes gelten. Denn der gleiche Einfluss aller, die an den Schiedsspruch gebunden sind, auf die Besetzung des Schiedsgerichts sichert die Unabhängigkeit seines Spruchs. Wenn das richtig ist, haben auch Regelwerke wie die Munich Rules,⁹ die keine Beteiligung des Streitverkündeten an der Bestellung des Schiedsgerichts vorsehen, rechtlich keinen Bestand.¹⁰

[10] Eine Ausnahme davon, dass bereits die Regelung zur Streitverkündung alle Gleichwertigkeitserfordernisse einschließlich des gleichen Einflusses auf die Bildung des Schiedsgerichts vorsehen muss, ist freilich für Fälle denkbar, in denen sich die Beteiligten erst nach Bestellung des Schiedsgerichts auf Regelungen zur Streitverkündung verständigen. Zwar fehlt es auch dann am gleichen Einfluss des Dritten und der Parteien auf die Bestellung des Schiedsgerichts. Unterwirft sich der Dritte allerdings einem ohne seine Mitwirkung bereits bestellten Schiedsgericht, macht er sich die ihm bekannte Auswahlentscheidung der Parteien zu eigen.¹¹

III. Die Interessen

[11] Auch wenn eine Parteivereinbarung zur Streitverkündung nach Bestellung des Schiedsgerichts rechtlich möglich ist, werden regelmäßig nicht alle Beteiligten daran interessiert sein, sie abzuschließen. Vor die freie Wahl gestellt, den Streit verkündet zu bekommen, wird sich der Dritte meist dagegen entscheiden. Zwar

kann er als Nebenintervenient die Hauptpartei im Ausgangsschiedsverfahren unterstützen und damit von vornherein eine Rückgriffssituation abwenden. Die Hauptpartei wird er aber auch ohne förmliche Beteiligung am Ausgangsschiedsverfahren unterstützen können, ohne sich gleichzeitig an den Schiedsspruch zu binden und damit seine „zweite Chance“ im Folgerechtsstreit aus der Hand zu geben. Auch die Gegenpartei wird meist kein eigenes Interesse daran haben, eine Streitverkündung zu ermöglichen, die ihr nicht nützt, sondern im Gegenteil das Ausgangsschiedsverfahren verkompliziert und womöglich auch ihre Erfolgsaussichten im Schiedsverfahren vermindert.

[12] In aller Regel verständigen sich die Parteien bereits bei Abschluss des Hauptvertrags auf den Streitbeilegungsmechanismus. Wenn es dabei auf die Möglichkeit einer Streitverkündung ankommt, diese aber von der mindestens unsicheren Zustimmung aller Beteiligten nach Bestellung des Schiedsgerichts abhängt, wird die Entscheidung gegen eine Schiedsvereinbarung fallen. In der Verhandlungssituation hilft daher nur eine Vereinbarung, die in einem späteren Schiedsverfahren eine einseitige Streitverkündung auch dann ermöglicht, wenn die übrigen Beteiligten nicht zustimmen. Anders als während eines laufenden Schiedsverfahrens wird es der späteren Hauptpartei während der Vertragsverhandlung häufig gelingen, Streitverkündungsregelungen mit der Gegenpartei und dem Dritten zu vereinbaren. So kann sie bei entsprechender Verhandlungsmacht den Abschluss des (Nachunternehmer-)Vertrags mit dem Dritten von einer dahingehenden Vereinbarung abhängig machen oder den übrigen Beteiligten bei anderen Vertragsbestimmungen entgegenkommen.¹²

IV. Die Ergänzenden Regeln für Streitverkündungen der DIS (DIS-ERS)

[13] Die DIS-ERS übertragen die Regeln der Streitverkündung vor den staatlichen Gerichten in das Schiedsverfahren. Das bedarf eines nicht unerheblichen Regelungsaufwands, um die rechtlichen Rahmenbedingungen (s. Rn. 4) einzuhalten. Die DIS-ERS erfordern nicht, dass sich der Schiedsort in Deutschland befindet. Das anwendbare Schiedsverfahrensrecht muss den Parteien allerdings vergleichbare Gestaltungsspielräume gewähren, was international ganz überwiegend der Fall ist.

1. Anwendbarkeit

[14] Die DIS-ERS gelten nur, wenn sie eigens vereinbart werden (Art. 1.1). Zwar wird es bspw. bei Nachunternehmerketten häufig sachgerecht sein, sich auf die DIS-ERS zu verständigen. In anderen Fallgestaltungen aber wäre es nicht dienlich, Dritte in ein als vertraulich vereinbartes Schiedsverfahren (Art. 44 DIS-SchO) einbeziehen zu können. Dass die DIS-ERS nur mit Zustimmung der

4) BGHZ 180, 221 Rn. 20 = SchiedsVZ 2009, 233.

5) BGHZ 180, 221 Rn. 23 ff. = SchiedsVZ 2009, 233.

6) BGHZ 180, 221 Rn. 28 = SchiedsVZ 2009, 233.

7) Dazu Wolff SchiedsVZ 2008, 59.

8) BVerfGE 60, 7 (15) = NJW 1982, 1635 (1636).

9) Wach SchiedsVZ 2020, 228.

10) Zweifelnd auch Münch in MüKoZPO, 6. Aufl. 2022, Vor § 1025 Rn. 232 mit Fn. 717; Voit in Musielak/Voit, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 1042 Rn. 11 mit Fn. 28. Auf ihre (zweifelhafte) Praxistauglichkeit (dazu Borris/Quinke/Kaehlbrandt/Wolff SchiedsVZ 2024, 61 (66)) kommt es daher gar nicht mehr an.

11) S. etwa den Regelungsvorschlag von Theune SchiedsVZ 2024, 68.

12) Näher zur Interessenlage der Beteiligten Borris/Quinke/Kaehlbrandt/Wolff SchiedsVZ 2024, 61 (62 f.).

Parteien gelten, überlässt ihnen die Entscheidung und schützt sie damit vor unerwünschter Drittbeteiligung.

[15] Für die Einbeziehung der DIS-ERS stehen zwei Musterklauseln zur Verfügung. Die Standardmusterschiedsklausel ergänzt die DIS-Musterschiedsklausel um die DIS-ERS. Haben die Parteien die Klausel nicht weiter beschränkt, kann jede Partei der Standardmusterschiedsklausel den Streit verkünden und ihr kann der Streit verkündet werden. Das ermöglicht auch Streitverkündungen innerhalb mehrgliedriger Nachunternehmerketten.

[16] Die DIS-ERS setzen allerdings nicht voraus, dass alle Beteiligten die Streitbeilegung durch ein DIS-Schiedsgericht vereinbaren. Erforderlich ist das nur für die Parteien des Ausgangsschiedsverfahrens, weil die DIS-ERS in die Regeln zur Bestellung des Schiedsgerichts eingreifen und dabei auch weitreichende Entscheidungen zu treffen sein können (s. Rn. 24). Diesen Verfahrensregeln muss sich auch der Dritte unterworfen haben, weil er – wenngleich nicht als Partei – am Ausgangsschiedsverfahren mitwirkt. Den Folgerechtsstreit dagegen brauchen Hauptpartei und Dritter nicht vor einem Schiedsgericht nach der DIS-SchO auszutragen, nicht einmal überhaupt vor einem Schiedsgericht. Die Streitverkündungswirkung wirkt in den Folgerechtsstreit selbst dann hinein, wenn er vor einem staatlichen Gericht geführt wird. Eine solche Verfahrensvereinbarung ohne Schiedsvereinbarung ermöglicht die Alternativmusterklausel.

2. Streitverkündung

[17] Wer für den Fall des ihm ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann nach Art. 2 DIS-ERS den Streit verkünden. Das übernimmt die Regelungen zur Zulässigkeit der Streitverkündung nach § 72 Abs. 1 ZPO wörtlich, so dass Rechtsprechung und Schrifttum für Abgrenzungsfragen fruchtbar gemacht werden können. Weil es sich bei den DIS-ERS lediglich um eine Vereinbarung der Parteien handelt, kann dies auch unabhängig vom Schiedsort geschehen.

[18] Den Streit können die Parteien allerdings nur bis zu den in Art. 4.1 bis 4.3 DIS-ERS bestimmten Zeitpunkten verkünden, die allesamt vor der Bestellung des Schiedsgerichts liegen. Nur so kann sichergestellt werden, dass der Streitverkündungsempfänger denselben Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts hat wie die Parteien. Zu einem späteren Zeitpunkt kann der Streit nur verkündet werden, wenn der Streitverkündungsempfänger zustimmt und das Verfahren annimmt, sich also nicht auf zurückliegende Beteiligungsmöglichkeiten beruft (Art. 4.4 DIS-ERS).

[19] Die Streitverkündung erfolgt durch Einreichung eines Streitverkündungsschriftsatzes bei der DIS (Art. 3 DIS-ERS), den sie den übrigen Beteiligten übermittelt (Art. 6.1 DIS-ERS). Der Streitverkündungsempfänger kann seinerseits einem weiteren Dritten den Streit verkünden, allerdings nur bei allseitiger Zustimmung (Art. 5 DIS-ERS).

3. Beitritt des Streitverkündungsempfängers

[20] Der Dritte braucht sich die Streitverkündungswirkung (Art. 11 DIS-ERS) nur entgegenhalten zu lassen, wenn er sich am Schiedsverfahren beteiligen und an der Bestellung des Schiedsgerichts mitwirken konnte (s. Rn. 4 ff.). Um sich beteiligen zu können, muss der Streitverkündungsempfänger dem Schiedsverfahren beitreten.

Die Streitverkündungswirkung tritt unabhängig davon ein, ob der Streitverkündungsempfänger tatsächlich beitrifft oder nicht.

a) Rechtsstellung

[21] Der beigetretene Streitverkündungsempfänger (Nebenintervenient) muss den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in der er sich zur Zeit seines Beitritts befindet. Er kann Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen und alle Verfahrenshandlungen wirksam vornehmen, allerdings nur, soweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen (Art. 6.4 S. 1, 2 DIS-ERS). Diese Rechtsstellung ist eng an § 74 Abs. 1, § 67 S. 1 ZPO angelehnt, so dass Rechtsprechung und Schrifttum zu diesen Vorschriften auch für Art. 6.4 DIS-ERS fruchtbar gemacht werden können. Soweit der Nebenintervenient danach mit Angriffs- und Verteidigungsmitteln sowie Verfahrenshandlungen ausgeschlossen ist, tritt keine Streitverkündungswirkung nach Art. 11.1 DIS-ERS ein.

[22] Nicht auf die Unterstützung der Hauptpartei beschränkt ist der Nebenintervenient bei der Bestellung des Schiedsgerichts. Hier nimmt er eigene Rechte wahr und ist der Hauptpartei gleichgestellt (Art. 6.4 S. 3, Art. 7 und 8 DIS-ERS). Dass er gleichberechtigt an der Bestellung des Schiedsgerichts mitwirken kann, ist eine der Voraussetzungen dafür, dass sich der Nebenintervenient die Streitverkündungswirkung entgegenhalten lassen muss (s. Rn. 6).

b) Wirksamkeit

[23] Im Einzelfall kann zweifelhaft sein, ob Streitverkündung und nachfolgender Beitritt wirksam waren. Das kann vielfältige Gründe haben, von der Zulässigkeit der Streitverkündung nach Art. 2 DIS-ERS über Fragen der Fristberechnung bis hin zur Vertretung der Beteiligten im Schiedsverfahren. Gleichzeitig berührt die Wirksamkeit von Streitverkündung und Beitritt zentrale Fragen der Bestellung des Schiedsgerichts, der möglicherweise vereinbarungswidrigen Beteiligung Dritter am Schiedsverfahren und der Streitverkündungswirkung. Diesen Regelungsfragen, die im Verfahren vor den staatlichen Gerichten nur teilweise aufgeworfen werden, haben die DIS-ERS einen Raum gewidmet.

[24] Es gehört zu den Leitlinien der DIS-ERS, den Beigetretenen an der Bestellung des Schiedsgerichts zu beteiligen (s. Rn. 4). Gleichzeitig bedroht die Bestellung des Schiedsgerichts unter Beteiligung nicht Mitwirkungsberechtigter oder unter Nichtbeteiligung Mitwirkungsberechtigter den Schiedsspruch in seinem Bestand (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. d Fall 1 ZPO). In dieser Situation erklärt Art. 6.2 S. 4 DIS-ERS die Entscheidung der DIS über die Wirksamkeit des Beitritts für Zwecke der Bestellung des Schiedsgerichts für verbindlich. Damit sind genau diejenigen an der Bestellung des Schiedsgerichts zu beteiligen, deren Beitritt die DIS für wirksam erklärt hat, und zwar unabhängig davon, ob das Schiedsgericht oder ein mit der Überprüfung des Schiedsspruchs betrautes Gericht die Einschätzung der DIS teilen. Steht die Wirksamkeit des Beitritts in Streit, entscheidet statt des DIS-Sekretariats der DIS-Rat (Art. 6.2 S. 5 DIS-ERS), so dass in Zweifelsfällen eine belastbare Entscheidung gewährleistet ist.

[25] Für alle übrigen Zwecke bindet die Entscheidung der DIS über die Wirksamkeit des Beitritts nachfolgende (Schieds-)Gerichte nicht. Während der Eintritt der Streitverkündungswirkungen im

Verfahren vor den staatlichen Gerichten regelmäßig erst im Folgerechtsstreit überprüft wird,¹³ schaffen die DIS-ERS zu einem früheren Zeitpunkt Sicherheit. Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Beitritts sind fristgebunden geltend zu machen; über sie entscheidet das Schiedsgericht (Art. 10.1 DIS-ERS). Stellt das Schiedsgericht die Unwirksamkeit der Streitverkündung fest, enden die Streitverkündungswirkungen und der beigetretene Streitverkündungsempfänger scheidet aus dem Verfahren aus. Diese Entscheidung ist endgültig (Art. 10.2 DIS-ERS). Weniger weitreichende Wirkungen kommen der Entscheidung des Schiedsgerichts zu, wenn es die Wirksamkeit der Streitverkündung feststellt. Denn andernfalls könnte das Schiedsgericht seinem Schiedsspruch überprüfungsfrei Streitverkündungswirkung zu Lasten eines unwirksam Streitverkündeten beimessen, während ein Schiedsspruch gegen eine Partei, die sich ihm nicht unterworfen hat, aufhebbar ist (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO). Da die unrichtige Feststellung einer wirksamen Streitverkündung als solche regelmäßig keinen Aufhebungsgrund verwirklichen wird, war Rechtsschutz auf anderem Wege zu verwirklichen. Art. 10.3 DIS-ERS stellt die Entscheidung des Schiedsgerichts, mit der es die Wirksamkeit einer Streitverkündung bejaht, im Folgerechtsstreit überprüfbar, präkludiert den Streitverkündungsempfänger aber gleichzeitig mit Einwänden, die er nicht bereits im Ausgangsschiedsverfahren erhoben hat oder dort hätte erheben können.

4. Wirkungen der Streitverkündung

[26] Die Streitverkündungswirkung übernimmt Art. 11.1 DIS-ERS aus § 68 ZPO. Dabei handelt es sich um eine eigenständige Wirkung der Entscheidung, die neben die Rechtskraft tritt. Während in Rechtskraft nur die Entscheidung über den Streitgegenstand erwächst (s. § 322 Abs. 1 ZPO), beschränkt sich die Streitverkündungswirkung nicht nur auf die im Tenor der Entscheidung ausgesprochenen Rechtsfolgen, sondern erstreckt sich auch auf die Richtigkeit der Entscheidung und damit die Feststellung und rechtliche Beurteilung der Tatsachen einschließlich der präjudiziellen Rechtsverhältnisse (tragende Feststellungen).¹⁴

[27] Die Streitverkündungswirkung nimmt dem Streitverkündungsempfänger zwei Einwände, nämlich den der unrichtigen Entscheidung des Ausgangsschiedsverfahrens und den, die Hauptpartei habe das Ausgangsschiedsverfahren mangelhaft geführt. Der Einwand der mangelhaften Verfahrensführung bleibt dem Streitverkündungsempfänger freilich insoweit erhalten, als er selbst deshalb keinen Einfluss auf das Ausgangsschiedsverfahren nehmen konnte, weil ihn Art. 6.4 S. 1, 2 DIS-ERS auf die Unterstützung der Hauptpartei beschränkt.

[28] Das prozessökonomische Instrument der Streitverkündung wird die Hauptpartei nicht nutzen, wenn ihr Rückgriffsanspruch gegen den Dritten zu verjähren droht, bis es zum Folgerechtsstreit kommt. Zwar hemmt die Zustellung der Streitverkündung nach § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB die Verjährung, aber zum sicheren Anwendungsbereich dieser Regelung zählt nur die Streitverkündung vor den staatlichen Gerichten. Um Zweifel zu vermeiden, ob auch die Streitverkündung im Schiedsverfahren die Verjährung hemmt, ordnet Art. 11.4 DIS-ERS diese Rechtfolge ausdrücklich an. Diese Regelung setzt freilich voraus, dass die Parteien nach dem auf sie anwendbaren Recht Vereinbarungen zur Verjährung treffen können.

5. Kosten

[29] Im Verfahren vor den staatlichen Gerichten werden die Kosten der Nebenintervention zwischen Gegenpartei und Nebenintervenient verteilt (§ 101 Abs. 1 ZPO), während die Hauptpartei, die den wesentlichen Nutzen aus der Streitverkündung zieht, nicht mit Kosten belastet wird. Eine Übernahme dieser Regelung in die DIS-ERS hätte deren Akzeptanz zu gefährden droht. Denn warum sollten sich die Gegenpartei, die gar keinen Nutzen aus der Streitverkündung zieht, und der Streitverkündete, der daran ein nur beschränktes (Unterstützungs-)Interesse hat, mit einem Regelwerk einverstanden erklären, das ihnen die Mehrkosten der Streitverkündung auferlegt? Art. 13.1 DIS-ERS weisen die durch die Streitverkündung verursachten DIS-Bearbeitungsgebühren daher der Hauptpartei zu, und zwar unabhängig vom Ausgang des Verfahrens. Weitere Kosten der Nebenintervention werden nach Art. 13.5 DIS-ERS zwischen Hauptpartei und Nebenintervenient verteilt, auch insoweit wird also die Gegenpartei nicht belastet. Da zwischen Hauptpartei und Nebenintervenient nicht notwendig eine Schiedsvereinbarung besteht (s. Rn. 16), begründet Art. 11.3 DIS-ERS zwischen beiden eine eigenständige Beitrittsschiedsvereinbarung, die den Erlass eines Kostenschiedsspruchs in diesem Verhältnis ermöglicht.

V. Fazit

[30] Die DIS-ERS ermöglichen Streitverkündungen im Schiedsverfahren, die nicht von einer während des Schiedsverfahrens erklärten und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mindestens ungewissen Zustimmung anderer Beteiligter abhängen. Die DIS-ERS können bereits bei Abschluss des Hauptvertrags vereinbart werden, also zu einem Zeitpunkt, zu dem es der Hauptpartei häufig gelingen wird, eine Verständigung aller Beteiligten auf das Regelwerk herbeizuführen (s. Rn. 12). Der Preis dafür ist, dass der Dritte an der Bestellung des Schiedsgerichts mitwirken kann, was ein komplexes Regelwerk erfordert. Die Komplexität beschränkt sich allerdings auf die DIS-ERS selbst, während die Parteien die DIS-ERS durch Musterklauseln einfach einbeziehen können.

[31] Gegenwärtig sind die DIS-ERS das einzige Regelwerk ihrer Art. Gewiss lassen sich ihre Regelungsprinzipien auf andere Schiedsgerichte, seien es institutionelle oder Ad-hoc-Schiedsgerichte, übertragen. Die DIS-ERS sind aber eng mit der DIS-SchO verzahnt und greifen in Kernbereiche wie die Schiedsrichterbestellung ein. Streitverkündungen in anderen institutionellen Schiedsverfahren setzen – neben einem auf die jeweilige Schiedsordnung abgestimmten Regelwerk – daher stets voraus, dass die jeweilige Institution die Administration eines Verfahrens nach solchen Vereinbarungen übernimmt. Noch herausfordernder ist die Vereinbarung entsprechender Regeln in Ad-hoc-Schiedsverfahren, weil die Regeln neben einem erheblichen Administrationsaufwand auch die Notwendigkeit mit sich bringen, eine belastbare Entscheidung über die Wirksamkeit eines Beitritts zu treffen (s. Rn. 24). Das wird die Möglichkeiten einer benennenden Stelle, wie sie in Ad-hoc-Schiedsverfahren häufig vorgesehen ist, regelmäßig übersteigen. Für den Praktiker, der bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung sicherstellen will, dass er am Ende nicht zwischen allen Stühlen sitzt, sind die DIS-ERS gegenwärtig alternativlos.

13) Schultes in MüKoZPO, 6. Aufl. 2020, § 74 Rn. 8.

14) BGHZ 221, 363 Rn. 27 = NJW 2019, 1748.

TOBIAS ZUBERBÜHLER*

IBA Rules of Evidence – The Best of Two Worlds

The taking of evidence (via document production, witness testimony and expert reports) has become the major cost driver in international arbitration during the last decades. One of the reasons is the adaption of certain elements of common law court procedure into the civil law universe such as extensive document production, written witness statements and lengthy hearings. Many civil law proponents (rightly) complain about this “Americanization” of international arbitration but are trying to turn back the clock to the good old days in the past when (a very exclusive gentlemen’s club from Western Europe ...) decided arbitration cases with little information and the flip of a coin. By contrast, the IBA Rules of Evidence have managed to combine the essential elements of both worlds and have developed into the most successful soft law instrument in international law. In order to maintain the importance of these vital guidelines, arbitral practice needs to be continually adapted to enhance efficiency and reduce costs. Some ways to do so without compromising procedural fairness shall be presented here.

Die Beweisaufnahme (durch Vorlage von Dokumenten, Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten) hat sich in den letzten Jahrzehnten zum größten Kostentreiber in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit entwickelt. Einer der Gründe dafür ist die Übernahme bestimmter Elemente des Common Law in das Zivilrecht, wie zB umfangreiche Verfahren zur Vorlage von Dokumenten, schriftliche Zeugenaussagen und lange Witness Hearings. Viele prominente Stimmen des Civil Law beklagen (zu Recht) diese „Amerikanisierung“ der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, versuchen aber auch, die Uhr zurückzudrehen in die gute alte Zeit, als (ein sehr exklusiver Gentlemen's Club aus Westeuropa ...) Schiedsfälle mit wenig Informationen und einem Münzwurf entschieden haben. Im Gegensatz dazu haben es die IBA Rules of Evidence geschafft, die wesentlichen Elemente beider Rechtssysteme zu vereinen und sich zum erfolgreichsten Soft-Law-Instrument im internationalen Recht zu entwickeln. Um die Bedeutung dieser wichtigen Guidelines zu gewährleisten, muss die Schiedspraxis kontinuierlich angepasst werden, um die Effizienz zu steigern und die Kosten zu senken. Einige Möglichkeiten, dies zu erreichen, ohne die Verfahrensgerechtigkeit zu beeinträchtigen, sollen hier vorgestellt werden.

I. Introduction

[1] The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (“IBA Rules”) have become a true success story in international arbitration during the last decades.

[2] According to a survey published in 2016, the IBA Rules were applied in 72 % of arbitrations seated in England, 55 % of arbitrations in the US and 62 % of arbitrations in France and Switzerland. On a worldwide level, nearly half (48 %) of the arbitrations known to the respondents of the survey referenced the IBA Rules.¹ It may easily be presumed that the numbers are higher today.

[3] Designed as a compromise and synthesis between civil law and common law rules of procedure, the IBA Rules were introduced to the arbitration community in 1999² and revised in 2010 and 2020.

[4] Not surprisingly, practitioners with a civil law background have criticized the IBA Rules as catalyst for the “Americanization” of international arbitration in the last years. They point to the alleged common law “nuisances” of written witness statements, cross-

examination and excessive document production as major cost drivers, warning that these unnecessary procedural features are forcing arbitration users back to court litigation or into mediation.

[5] In this author’s view, we should not be so pessimistic. The IBA Rules are here to stay, and so is international arbitration. In the following, the most significant elements of the IBA Rules shall be presented, together with some proposals to render evidence taking more efficient and examples from the author’s personal experience.

[6] Hopefully, this article may assist arbitration users and their in-house counsel in deciding (together with external lawyers and arbitral tribunals) whether to adapt the IBA Rules for their arbitrations and to alleviate any concerns in this respect.

*) Tobias Zuberbühler in an independent arbitrator based in Winterthur, Switzerland (Zuberbühler Arbitration, www.zuberbuehler-arbitration.ch).

1) IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee, Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, September 2016, N 13 and chart at N 42.

2) Following a predecessor version of 1983 that never gained much attention.

[7] Ideally, an application of the IBA Rules should already be discussed during contract negotiations and stipulated in the arbitration clause (particularly in the case of agreements between civil law and common law parties).³ Where this is not the case, parties should at least agree on the IBA Rules as guidelines for the taking of evidence once arbitration proceedings have been initiated.⁴ Nowadays, this approach is actually very common even in disputes between parties from civil law jurisdictions.

II. Bringing Together Civil Law and Common Law Systems

[8] In the common law system, the disclosure of all documentary evidence (whether helpful or detrimental to a party's case) at the outset of the proceedings is regarded as fundamental for procedural fairness. Therefore, it is mainly the duty of the parties to collect the evidence, sometimes even before the main court proceedings have started (by so-called "pre-trial discovery", during which the parties' lawyers conduct "depositions" with witnesses of the other side and collect written evidence without support by judges).

[9] In civil law jurisdictions, by contrast, the parties build their case on the evidence available, to satisfy the burden of proof. While requests for document production are admissible, they are quite rare in practice and have to be very specific.

[10] Another difference is that witnesses provide written statements before they are cross-examined in the common law world, while civil law judges formally lead the examination of witnesses (with hardly any prior contact, not even by the lawyers of the party offering the witnesses).

[11] As to expert reports, they are submitted by the parties under the common law system but often ordered by courts in civil law proceedings.

[12] Common law procedure also gives more weight to witness evidence, while civil law practitioners rely more heavily on contemporary documents.

[13] While one could argue that the IBA Rules have adopted more common law than civil law elements, the tide seems to have been turning in the last years. Push-back by civil law proponents against U. S.-style litigation practice in international arbitration has led to a more nuanced approach and realization that excessive and costly evidence taking procedures are harmful to international arbitration's general reputation.

[14] This critique has culminated in the creation of the "Inquisitorial Rules of Taking Evidence in International Arbitration" ("Prague Rules") in 2018, designed to move back to the basics of the civil law inquisitorial approach (less or no document production, no written witness statements, no cross-examination, and tribunal-appointed instead of party-appointed experts). While the general approach of the Prague Rules is certainly laudable, they still do not seem to be gaining much traction in international practice.

[15] Lastly, it should be noted that, even if US parties manage to impose a US seat during contractual negotiations, parties from other jurisdictions are well advised to opt for the IBA Rules as a

compromise, to avoid (costly and unaccustomed) U. S.-style litigation practice during the arbitration proceedings.

III. Efficient, Economical and Fair Process for the Taking of Evidence

[16] As enshrined in the Preamble, the IBA Rules "are intended to provide an efficient, economical and fair process for the taking of evidence in international arbitration."

[17] First of all, it is evident that the widespread adoption of the IBA Rules *per se* already leads to more efficient and fair evidence taking, by raising predictability and providing guidance to less experienced users.⁵

[18] The more and more desperate calls by arbitration practitioners for a reduction of time and costs have not remained unheard, and the arbitration community seems to be increasingly addressing the users' pains in recent years.⁶

[19] For such initiatives to have an impact, however, much more needs to be done. Some starting points shall be presented below.

1. Promotion of Settlement

[20] The most effective way to reduce costs in evidence taking is of course to avoid the entire exercise (or at least substantial parts) by settlement. The possibility of tribunal-assisted settlement discussions (with a preliminary assessment of the case by the arbitrators) should already be addressed in the initial case management conference, and settlement hearings can be held (i) after a first exchange of submissions (i. e. before document production), (ii) before the hearing (when everything is on the table) or even (iii) during the hearing.⁷

2. Early Identification of Decisive Issues and Bifurcation

[21] Pursuant to Article 2(3) of the IBA Rules, the "Arbitral Tribunal is encouraged to identify to the Parties, as soon as it considers it to be appropriate, any issues: (a) that the Arbitral Tribunal may regard as relevant to the case and material to its outcome; and/or (b) for which a preliminary determination may be appropriate."

[22] It is obvious that the early identification of issues deemed material by the tribunal will help to streamline the parties' submission of evidence and limit costs. The problem in practice is often

3) E. g. by adding the following sentence: "The procedures for the taking of evidence shall be governed by the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration." Admittedly, parties in international business very rarely think so far ahead in the author's experience.

4) In most arbitrations, the IBA Rules are applied as (flexible) guidelines and not as strictly binding procedural rules. A model clause for inclusion in Procedural Order No. 1 ("PO1") could e. g. be worded as follows: "As far as this PO1 does not provide otherwise, or the arbitral tribunal does not hold otherwise, the parties and the arbitral tribunal may seek guidance from the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration in its version of 17 December 2020 ("IBA Rules of Evidence") without being bound by them."

5) Zuberbühler/Hofmann/Oetiker/Rohner, IBA Rules of Evidence, 2nd ed., Schulthess, Zurich/Basel/Geneva 2022, Preamble N 6-7.

6) See for example the ICC Report "Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration" of 2007 (updated in 2012), with recommendations regarding evidence taking at p. 11-14.

7) The author (as presiding arbitrator) once suggested examining the main protagonists in a dispute on the first day of the hearing, followed by settlement discussions on the second and a postponement of the other witness examinations. The parties settled.

that, up until the first case management conference (to discuss the procedural rules and timetable), the arbitrators will only have a rudimentary understanding of the parties' arguments because the initial submissions (request for arbitration and answer, if any) are usually very limited in content.

[23] Therefore, tribunals tend to postpone the identification of material issues (and also the communication of issues that need to be further explored) to a so-called "mid-stream conference", which is typically held after the tribunal's decision on document production and aims at narrowing down the second round of written submissions to the decisive issues, before the hearing takes place.

[24] Civil lawyers tend to forget that common law procedures are not *always* devised to last forever and cost a ton of money – there are features enhancing efficiency such as the concept of summary judgment. Because in the common law system, (i) the factual background tends to be more comprehensive at the beginning of court proceedings (following pre-trial discovery) and (ii) settlement during proceedings is uncommon, summary judgment (the expeditious determination of manifestly unmeritorious claims or defenses) will often be an adequate measure. Therefore, this concept has found its way into common law arbitration procedures⁸ and, since a few years, is also recognized as a method to improve efficiency in civil law arbitrations.⁹

[25] Another method to potentially save time and costs is bifurcation. Some decisions on decisive issues (such as the lack of jurisdiction or a claimant's failure to establish the respondent's contractual liability) can massively reduce the parties' efforts because (i) the merits do not need to be addressed at all (in the case of jurisdiction) or (ii) a (regularly burdensome and costly) damage calculation is not necessary (for lack of liability). On the other hand, whenever bifurcation does not put an end to the dispute, this will ultimately prolong the proceedings.¹⁰

3. Streamlining of Evidence by Experts

[26] In today's ever more complex business world, the role of experts is becoming increasingly important, and the related costs are on a steady rise. Continuous management of expert evidence by the parties and arbitrators from the outset of the proceedings until the end of the hearing is therefore crucial.

[27] Already at the initial case management conference, it might be appropriate in some cases to discuss whether party-appointed experts should be instructed at all. The appointment of a single expert by the tribunal will reduce costs and at the same time avoid the problem of "two big ships passing in the night" (i.e. the situation that methods of e.g. damage calculation applied by party-appointed experts are so fundamentally different that the tribunal is forced to choose one general method over the other and has no possibility to compare the underlying parameters).

[28] Similarly, in highly complex technical disputes, the tribunal might have to appoint its own expert on top of the parties' because it has no chance to understand and assess the expert reports submitted by both sides.¹¹ In such cases, it would equally seem more efficient to appoint only one expert from the beginning.

[29] While many parties will insist on the right to appoint "their" trusted expert(s), the users of international arbitration should also be reminded of their complaints about exorbitant costs. A good starting point would be to reflect on how the parties (together with their legal counsel) can contribute to reducing the length and price tag of arbitrations, by breaking up certain paradigms and e.g. streamlining the process of expert evidence.

[30] A further (and rarely applied) option to reduce the scope of expert evidence are expert meetings (not to be confused with the confrontation of experts at hearings). As provided for in Article 5(4) of the IBA Rules, tribunals may order that party-appointed experts meet bilaterally to confer on their reports and attempt to reach an agreement on certain issues, followed by a joint report on any common understanding and the remaining areas of disagreement.¹²

4. Preventing Late Submission of Evidence

[31] Being more of a nuisance than a massive cost driver, late submission of evidence (and particularly last-minute submission before the hearing) can nevertheless cause considerable costs and stress.

[32] To counter such guerilla tactics, the tribunals should insist on "frontloading", i.e. the presentation of all available evidence in the first substantial submissions (statement of claim and statement of defense) and a cut-off date before the hearing (after which no new evidence will be accepted).

[33] Naturally, a party willing to undermine the proceedings with surprise attacks will not be deterred by such procedural agreements. In case of violations, tribunals will need to find a balance between the right to be heard and procedural efficiency. While late submission of evidence in the last written briefs will rarely be struck off the record (because some time remains before the hearing takes place or the parties can be granted an opportunity to comment orally at the beginning of the hearing), last-minute evidence on the eve of the hearing should not be permitted in the author's view (unless the other party agrees to an immediate response).

5. Limiting the Duration of Hearings

[34] One of the major cost drivers in today's arbitrations are lengthy hearings (with an armada of lawyers). Many civil law practitioners do not understand why hearings in the common law system often proceed for many weeks without any decisive results. Here again, a more nuanced perspective shows that some cases (also under civil law) are so complex and extensive to require the

8) See Article 29 of the Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (SIAC).

9) ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration, par. 109-114; Article 39 of the Arbitration Rules of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) Arbitration Institute.

10) For details see Zuberbühler/Hofmann/Oetiker/Rohner, Art. 2 N 17-25.

11) In a case relating to mathematical algorithms for encryption programs, the tribunal (after receiving hundreds of pages of formulae by party-appointed experts) was forced to appoint a third expert, only to be told by the parties that there were not more than 200 experts of higher mathematics capable of understanding the issue – worldwide. Needless to say, the tribunal was not much smarter after receiving the third report but at least able to render a decision.

12) For a more detailed regulation of joint expert reports, see Article 6 of the CI Arb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration.

examination of dozens of witnesses over a considerable period of time.¹³

[35] When parties present an unnecessarily large number of witnesses, tribunals should have the courage to intervene and exclude witnesses from the hearing if the arbitrators come to the conclusion that the testimony would be redundant or that witness evidence is not required because certain facts have already been sufficiently proven by documents on the record (so-called “anticipated assessment of evidence”).

[36] At the hearing itself, in the author’s opinion, the time spent (predominantly by English barristers and US litigators) on “character assassination” of witnesses could better be used for elucidating the factual background of the dispute and asking at least a few questions that can be answered with more than a “yes” or “no”.

6. Robust Allocation of Costs

[37] Article 9(8) of the IBA Rules authorizes tribunals to assign costs for bad faith conduct in connection with the taking of evidence.

[38] Although most published decisions sanctioning bad faith conduct relate to other areas than evidence taking (such as the failure to pay cost advances, late filing of submissions, refusal to sign the terms of reference, last minute appointment of counsel, requesting excessive compensation), cost sanctions have also been imposed, e. g., for the non-participation in oral hearings.¹⁴

[39] Other scenarios that could be subject to cost consequences in procedural orders or awards are: (i) the failure to produce documents as well as excessive and unreasonable document production requests;¹⁵ (ii) abusive challenges of experts;¹⁶ (iii) unexcused absence of witnesses at the hearing who are under the control of a party; (vi) submitting fabricated documents or intentionally wrong translations; or (v) enticing false testimony of a witness.

IV. Document Production

1. Never-ending Controversy

[40] The production of documents is probably the most controversial issue not only in evidence taking, but in international arbitration generally. Because the scope of document production and approaches under civil and common law are so fundamentally different, the discussions (and conferences) on this topic will never end.

[41] Despite the underlying clash of cultures, Art. 3 of the IBA Rules has established a compromise for this thorny field deserving credit and respect. Nonetheless, the civil lawyers’ crusade to limit excessive document production is ongoing and has mainly focused on the following conditions: (i) that only very narrow categories of documents may be requested; (ii) that the requirement of materiality be strictly applied; and (iii) that parties can only submit requests in relation to which they carry the burden of proof.

2. Narrow and Specific Category of Documents

[42] Where it is not possible to identify specific documents, requesting parties need to define categories of documents in their production requests. Article 3(3)(a)(ii) of the IBA Rules determines that a request shall contain “a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of Documents that are reasonably believed to exist [...]”

[43] The spectrum of interpretation for the term “narrow and specific” is of course neither narrow nor specific, but wide open and different from case to case. The drafters of the IBA Rules certainly did not want to open the door for fishing expeditions, so overly broad requests for “any and all documents [...]” in a certain area without further specification will have little chance of success. Requests should be narrowly tailored and limited in time and subject matter.¹⁷

3. Relevance and Materiality

[44] Another debated issue is the standard of relevance and materiality. Article 3(3)(b) of the IBA Rules provides that a document production request shall contain “a statement as to how the Documents requested are relevant to the case and material to its outcome.”

[45] Since no document could possibly be material to the outcome but not relevant to the case, these two elements ultimately boil down to one: The materiality test enables tribunals to deny requests where documents generally appear to be relevant but will not affect the outcome of the proceedings.¹⁸

4. Burden of Proof

[46] All too often in practice, parties submit broad document production requests solely targeted at disproving (unsubstantiated) allegations of the other party. Since the burden of proof dictates that claims must first be substantiated by the alleging party, many eminent (civil law) practitioners have taken the position that document production requests should only be granted if they serve to discharge the requesting party’s burden of proof.¹⁹

[47] On the other side, prominent common law practitioners have advocated that the (requesting) counterparty “may, if material (and adverse) documents are not disclosed, be able to prevail by selectively presenting other documents or evidence. It is both illogical and unfair to deny a party disclosure of documents otherwise subject to disclosure, merely because it does not bear the burden of proof with respect to the underlying issues to which the document is relevant.”²⁰ Civil law authors have started to endorse such broader scope,²¹ leading to a more nuanced view that document production requests by parties not carrying the burden of

13) The author was involved in an arbitration under Swiss law with nine weeks of hearings (five on liability and four on quantum). While the examination of around sixty well prepared factual witnesses did not produce much added value, the confrontation of expert witnesses was quite enlightening.

14) Zuberbühler/Hofmann/Oetiker/Rohner, Art. 9 N 77, referring to ICC Case No. 6527 (1991) and ICC Case No.8486 (1996).

15) Robin Moser, Effects of Procedural Misconduct on the Allocation of Costs in International Arbitration, ASA Bulletin 4/2022, p. 6-7.

16) The author recalls an arbitration where an immediate cost decision of CHF 50,000 was issued against a party for an abusive challenge of an expert and the related costs for the counterparty and the tribunal. The penalty was paid while the proceedings were still pending.

17) Zuberbühler/Hofmann/Oetiker/Rohner, Art. 3 N 104-107.

18) Zuberbühler/Hofmann/Oetiker/Rohner, Art. 3 N 121-129.

19) Yves Derains, Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A Continental Viewpoint, ICC Bulletin Special Supplement 2006, 83-91, at p. 87; Bernard Hanotiau, Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of “Best Practices”, ICC Bulletin Special Supplement 2006, 113-119, at p. 116.

20) Gary B. Born, International Commercial Arbitration, 3rd ed 2021, 2539.

21) Reto Marghitola, Document Production in International Arbitration, Kluwer Law International 2015, 55-56.

proof may be granted, but only if they are connected to specific factual allegations of the requesting party.²²

[48] While the debate continues, users should keep in mind that document production is not (and will never be) an exact science. Because arbitrators issue their corresponding decisions on a *prima facie* basis, it is often not even clear which party will ultimately carry the burden of proof for certain allegations and can also be difficult for the arbitrators to already determine the truly important and decisive issues. Moreover, decisions on document production requests are strongly influenced by personal preferences of arbitrators (for a more strict or more lenient approach), irrespective of their legal background. As everywhere, striking the right balance is key.

V. Conclusion

[49] The IBA Rules of Evidence have developed into an indispensable building block to shape efficient evidence taking pro-

ceedings for arbitration users around the world. Combining common law and civil law elements of civil procedure in an acceptable way for both worlds, the IBA Rules have become the most widely used and successful soft law guidelines in international arbitration.

[50] Some skepticism will always remain with respect to the idiosyncrasies of other legal systems, fueling complaints about excessive costs of common law proceedings on one hand and the limitation of procedural rights in civil law proceedings on the other. It is hard to question and break up the paradigms of the legal systems we grew up with. Yet, a look beyond our nose will do no harm and contribute to the further development of international *lex evidenti*a.

22) Zuberbühler/Hofmann/Oetiker/Rohner, Art. 3 N 130-135.

CORPORATE/COMPLIANCE

DR. AXEL KALLMAYER/STINE WALTER, LL. M.*

Wo die Uhren anders ticken – neue Rechte für Schweizer Kunden gegen ausländische Lieferanten

Wer in der Schweiz verkauft, kann sich der Forderung von Kunden ausgesetzt sehen, Produkte aus dem Ausland zu dortigen Preisen zu beziehen, anstelle über eine Schweizer Niederlassung zu höheren Schweizer Preisen beliefert zu werden. Eine soweit ersichtlich weltweit einmalige neue Regelung des Schweizer Kartellrechts soll dies ermöglichen. Ein erster Anwendungsfall zeigt die Bedeutung für deutsche Unternehmen mit Schweizer Aktivitäten. Beispielsweise Hersteller von Originalersatzteilen, die den Schweizer Markt bedienen, könnten betroffen sein.

Those who sell in Switzerland may find themselves facing demands from customers to purchase products from abroad at local prices instead of being supplied via a Swiss subsidiary at higher Swiss prices. A new provision of Swiss antitrust law which is apparently unique in the world, is intended to make this possible. A first case demonstrates the significance for foreign companies with Swiss activities. For example, manufacturers of original spare parts that supply the Swiss market could be affected.

I. Worum geht es für deutsche Unternehmen?

[1] Am 1. Januar 2022 ist eine neue Regelung im Schweizer Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (**KG**) in Kraft getreten. Damit wurden zwei wesentliche Änderungen eingeführt. Erstens wurde das Konzept der relativen Marktmacht aufgenommen – ein Konzept, welches im deutschen Kartellrecht schon lange etabliert ist. Danach kann eine Abhängigkeit

einzelner Kunden bestehen, weil diese keine zumutbaren alternativen Belieferungsquellen haben. Zweitens wurde in **Art. 7 Abs. 2 lit. g KG** eine weitere Kategorie in die Liste der Beispiele auf-

*) Der Verfasser ist Partner der Kanzlei Kapellmann und Partner Rechtsanwältin mbB und berät zum deutschen und EU-Kartellrecht sowie zur Fusionskontrolle. Die Verfasserin ist Rechtsanwältin im Brüsseler Büro der Kanzlei Kapellmann und Partner Rechtsanwältin mbB und berät zum Kartellrecht sowie zu Fragen des EU- und Außenwirtschaftsrechts.

genommen, die einen Missbrauch der Marktstellung darstellen können. Sie betrifft die **Freiheit des Einkaufs im Ausland zu dortigen Preisen**. Konkret kann das einem Schweizer Kunden das Recht geben, von einem deutschen Lieferanten zu verlangen, ihn statt über eine Schweizer Niederlassung oder Landesgesellschaft in Deutschland oder einem Drittstaat zu dortigen Preisen zu beliefern.

[2] Soweit ersichtlich, gibt es nirgendwo sonst eine vergleichbare Bestimmung. Für deutsche Unternehmen dürfte die Regelung schon deshalb relevant sein, weil die Schweiz nach Wert der Exporte im Jahr 2023 unter den Top zehn wichtigsten Handelspartnern deutscher Unternehmen war.¹ Allein im Maschinenbau lagen ihre Umsätze mit Schweizer Kunden bei ca. 6,5 Milliarden Euro.²

[3] Unternehmen, die in die Schweiz verkaufen und entweder marktbeherrschend sein oder jedenfalls im Verhältnis zu einzelnen Schweizer Kunden über relative Marktmacht verfügen könnten, sollten sich daher mit der neuen Regelung und ihren möglichen Auswirkungen auseinandersetzen. Dies könnte z. B. das **Ersatzteilgeschäft** betreffen, denn nach der recht extensiven EU-Rechtsprechung haben Hersteller (OEMs) im Bereich ihrer Originalersatzteile oft eine marktbeherrschende Stellung inne.³

II. Was sagt die neue Regelung des Schweizer Kartellrechts?

1. Entstehung

[4] Die neue Schweizer Regelung geht auf die Volksinitiative „Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (**Fair-Preis-Initiative**)“ zurück. Wer schon einmal in der Schweiz war, weiß, dass viele Produkte und Dienstleistungen dort wesentlich teurer sind als in der EU. Laut dem Schweizer Bundesamt für Statistik lag das Preisniveau der EU im Jahr 2022 bei 100, während das der Schweiz bei 157,4 lag.⁴ Der Ruf als Hochpreisinsel kommt also nicht von ungefähr. Demgegenüber steht die im Durchschnitt wesentlich höhere Kaufkraft Schweizer Konsumenten.

[5] Aus dieser Gemengelage heraus entstand die Volksinitiative, deren Vertreter der Hochpreisinsel durch Senkung der Preise für importierte Waren und Dienstleistungen ein Ende setzen wollten. Durch die Gewährleistung der Beschaffungsfreiheit im In- und Ausland sollte die Wettbewerbsfähigkeit Schweizer Unternehmen gestärkt werden. Denn die Vertreter waren der Auffassung, dass international tätige Unternehmen den Schweizer Markt abschotten würden, um hohe Preise durchsetzen und die Schweizer Kaufkraft ausnutzen zu können.⁵

[6] Der Bundesrat empfand einige der geforderten Maßnahmen als zu weitgehend und unterbreitete daher einen indirekten Gegenvorschlag. Letztlich folgte das Parlament diesem jedoch nicht und übernahm in seiner Gesetzesvorlage die Kernforderungen der Fair-Preis-Initiative, was im Ergebnis die Änderung des KG zur Folge hatte.⁶

2. Regelungsgehalt

[7] Art. 7 Abs. 1 KG beinhaltet die allgemeine Regelung, dass marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen sich unzulässig verhalten, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Aus-

übung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

[8] In Art. 7 Abs. 2 KG findet sich eine nicht abschließende Auflistung von Beispielen, die als solche unzulässigen Verhaltensweisen in Betracht kommen. Die neu eingefügte lit. g nennt nunmehr „die Einschränkung der Möglichkeit der Nachfrager, Waren oder Leistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen“. Mit anderen Worten: Unternehmen, die entweder marktbeherrschend oder relativ marktmächtig sind und ihre Waren oder Dienstleistungen sowohl in der Schweiz als auch im Ausland anbieten, **können verpflichtet sein, Schweizer Kunden ihre Waren zu dem im Ausland üblichen Preis zu verkaufen**.

3. Erste Anwendungsfälle

[9] Die ersten Anwendungsfälle in der Schweiz wurden mit Spannung erwartet. Denn diese werden maßgeblich dafür sein, wie die Regelung ausgelegt wird und was Unternehmen in der Praxis zu beachten haben. Soweit bekannt, hat die Schweizer Wettbewerbskommission (WEKO) bisher aber lediglich zwei Untersuchungen zu der neuen Regelung eröffnet, wovon nur eine abgeschlossen ist.

[10] Im Rahmen der ersten Untersuchung warf die Galexis AG, eine Schweizer Großhändlerin für Pharma- und Gesundheitsprodukte, dem weltweit tätigen Gesundheitskonzern Fresenius Kabi vor, ihr missbräuchlich den Bezug von Trink- und Sondennahrung im Ausland zu verweigern.⁷ Die WEKO schloss die Untersuchung erst kürzlich ab. Die Veröffentlichung der Entscheidung steht zwar noch aus. Erste Kernaussagen lassen sich jedoch der veröffentlichten Pressemeldung entnehmen. Im Ergebnis verneinte die WEKO eine relative Marktmacht von Fresenius Kabi gegenüber der Galexis AG und ließ erkennen, dass selbst wenn diese bestanden hätte, das Verhalten von Fresenius Kabi wohl nicht missbräuchlich gewesen wäre.⁸

1) Statista, Rangfolge der wichtigsten Handelspartner Deutschlands nach Wert der Exporte im Jahr 2023, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/date/n/studie/2876/umfrage/rangfolge-der-wichtigsten-handelspartner-deutschlands-nach-wert-der-exporte/>.

2) Statistisches Bundesamt, Publikationen, Außenhandel und Dienstleistungen, Außenhandel und Dienstleistungen der BRD mit dem Ausland – Integrierte Daten für den Berichtszeitraum 2019-2023, Mai 2024, Tabelle III A Ziff. 2 und 2.8, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Aussenhandel/_inhalt.html#_ha4dxm9we.

3) EuGH GRUR Int 1980, 46 Rn. 9-10.

4) Schweizerische Eidgenossenschaft, Bundesamt für Statistik, Preisniveauindizes, abrufbar unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/preise/internationale-preisvergleiche/preisniveauindizes.html>.

5) Vgl. zu den Hintergründen der Fair-Preis-Initiative Schweizerische Eidgenossenschaft, Botschaft zur Volksinitiative „Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)“ und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2019 4877, 4899, abrufbar unter: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1720/de>; Schweizerische Eidgenossenschaft, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Fair-Preis-Initiative, abrufbar unter: <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage-wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/Fair-Preis-Initiative.html>.

6) Schweizerische Eidgenossenschaft, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Fair-Preis-Initiative, abrufbar unter: <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage-wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/Fair-Preis-Initiative.html>.

7) Die Verfasser waren als Berater auf Seiten der Fresenius Kabi-Gruppe an dem Verfahren beteiligt.

8) Schweizerische Eidgenossenschaft, Wettbewerbskommission, WEKO: Relative Marktmacht im Gesundheitswesen?, abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-101668.html>; Waser/Travaglini NZKart 2022, 42 (43).

[11] Die zweite Untersuchung richtet sich gegen die französische Verlagsgruppe Madrigall. Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob Madrigall Schweizer Buchhändler auf unzulässige Weise in der Möglichkeit einschränkt, französischsprachige Bücher zu besseren Preisen in Frankreich zu kaufen.⁹ Der Ausgang des Verfahrens bleibt abzuwarten.

III. Vergleich mit dem Missbrauchsverbot des EU-Rechts

[12] Man könnte sich fragen, ob die neue Schweizer Regelung wirklich so neu ist, oder ob sie nur in einem anderen Gewand daherkommt. Schließlich ist anderswo beispielsweise auch das Verbot der Preisdiskriminierung bekannt. Allerdings zeigt ein Vergleich mit dem europäischen Missbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV dann doch die Einzigartigkeit der neuen Schweizer Missbrauchsvariante. Abgesehen davon, dass dem europäischen Kartellrecht das Konzept der relativen Marktmacht fremd ist, dürfte Art. 7 Abs. 2 lit. g KG über den Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV, insbesondere dem Verbot der Preisdiskriminierung hinausgehen.

[13] Zwar ist es grundsätzlich denkbar, dass einige der von der neuen Schweizer Regelung erfassten Szenarien auch unter eine Missbrauchsvariante des Art. 102 Abs. 2 AEUV fallen könnten. Dies wird anhand eines Beispiels deutlich: Der Preis in Deutschland für ein bestimmtes Produkt, das von einem marktbeherrschenden Unternehmen angeboten wird, ist höher als der Preis für dasselbe Produkt, das von einer Tochtergesellschaft des marktbeherrschenden Unternehmens in Polen angeboten wird. Ein deutscher Kunde zieht es daher vor, nicht vor Ort bei dem marktbeherrschenden Unternehmen zu dem in Deutschland üblichen Preis zu kaufen, sondern bei der Tochtergesellschaft in Polen zu dem dort üblichen niedrigeren Preis.

[14] Preisdiskriminierung kann einen Missbrauch nach Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV darstellen. Denkbar ist also, dass der deutsche Kunde in dem obengenannten Beispiel gegenüber den Kunden in Polen diskriminiert wird, wenn er höhere Preise als diese zahlen muss. Allerdings deutet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) darauf hin, dass dies nur dann der Fall ist, wenn die Handelspartner jedenfalls potenziell im Wettbewerb zueinander stehen.¹⁰ Das wäre in dem Beispiel nur dann der Fall, wenn die Märkte in Deutschland und Polen einen gemeinsamen geographischen Markt für das Produkt bilden würden.

[15] Schon darin liegt ein entscheidender Unterschied zur neuen Schweizer Norm. Denn diese sieht es schon als Missbrauch an, wenn die Produkte sowohl im Ausland als auch in der Schweiz verkauft werden und die Möglichkeit, im Ausland zu den dortigen Preisen einzukaufen, beschränkt wird. Daraus lässt sich keine Anforderung an das Bestehen einer Wettbewerbsbeziehung ableiten. Insofern ist die Schweizer Regelung deutlich weiter und dürfte erheblich mehr Szenarien erfassen als das Verbot nach Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV.

[16] Auch die Rechtsfolgen der Vorschriften weichen voneinander ab. Die Schweizer Norm dürfte dahingehend zu verstehen sein, dass Schweizer Kunden wählen können, im Ausland zu den dort branchenüblichen Preisen einzukaufen. Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV verpflichtet dagegen „nur“, nichtdiskriminierende Preise anzubie-

ten. Dies ist nicht unbedingt gleichbedeutend mit den in dem anderen Mitgliedstaat branchenüblichen Preisen. Denn der EuGH erkennt an, dass Unterschiede in Transportkosten, Steuerbelastungen, Zollabgaben, Löhnen, Absatzbedingungen, Währungen sowie der Stärke des Wettbewerbs zulässigerweise verschiedene Preise bedingen können.¹¹

[17] Wie weit die Unterschiede wirklich gehen, kann erst die Praxis der WEKO in Bezug auf die neue Schweizer Regelung zeigen. Gerade deshalb sollten Unternehmen, die ihre Produkte in die Schweiz verkaufen, die Entwicklungen im Blick behalten.

IV. Was bedeutet die neue Regelung für deutsche Unternehmen?

1. Welche Unternehmen sind betroffen?

[18] Grundsätzlich können alle Unternehmen betroffen sein, die (1) Waren oder Leistungen in der Schweiz und im Ausland anbieten und (2) die entweder marktbeherrschend oder ihrem Kunden gegenüber relativ marktmächtig sind.

[19] Dabei sieht die Regelung selbst keine Beschränkung auf eine bestimmte Art von Ware oder Dienstleistung vor. Nichtsdestotrotz dürfte es aber bestimmte Bereiche geben, in denen sie aufgrund der Marktstruktur und der Bedeutung spezifischer Produkte eine besondere Rolle spielen wird, zum Beispiel weil es keine Alternativmöglichkeiten gibt, auf die Kunden ausweichen können.

2. Beispiel: Ersatzteilgeschäft

[20] Das **Ersatzteilgeschäft** dürfte einen solchen Bereich darstellen. Denn die Rechtsprechung des EuGH im Fall *Hugin/Kommission* legt nahe, dass ein **Hersteller von Originalersatzteilen** auf dem Markt dieser Ersatzteile grds. eine beherrschende Stellung innehat. Denn es gibt neben seinen Produkten erfahrungsgemäß oft keine oder nur geringe alternative Bezugsquellen für die Originalersatzteile.¹²

[21] Vor diesem Hintergrund ist im Maschinenbau und spezifisch im Ersatzteilgeschäft ein erhöhtes Risiko für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung zu sehen. Da dies eine der Voraussetzungen für die Anwendung der neuen Schweizer Regelung ist, sollten Hersteller von Originalersatzteilen, die ihre Produkte auch in die Schweiz verkaufen, sich mit dieser vertraut machen.

3. Erste kartellbehördliche Entscheidung bietet Anhaltspunkte

[22] Die erste Entscheidung der WEKO bietet wichtige Anhaltspunkte für die Anwendung der neuen Regelung.

a) Relative Marktmacht

[23] Da das Konzept der relativen Marktmacht in der Schweiz ebenfalls neu ist, war unklar, welche Anforderungen die WEKO im Einzelnen an diese stellen und ob sie sich hierbei zum Beispiel an der deutschen Praxis orientieren würde. Wie erwähnt, ist die endgültige Entscheidung zum Fall *Galexis AG/Fresenius Kabi* noch

9) Schweizerische Eidgenossenschaft, Wettbewerbskommission, Die WEKO untersucht relative Marktmacht im Bereich französischsprachiger Bücher, abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-92688.html>.

10) EuGH BeckRS 2018, 5689 Rn. 25-26.

11) EuGH NJW 1978, 2439 (2442).

12) EuGH GRUR Int 1980, 46 Rn. 9-10.

nicht veröffentlicht. Aus dem Presserohstoff geht jedoch bereits hervor, dass die WEKO das Vorliegen relativer Marktmacht anhand von **drei Kriterien** überprüft: **(1)** Abhängigkeit, **(2)** mangelnde Gegenmacht des abhängigen Unternehmens und **(3)** grobes Selbstverschulden.¹³

[24] Um zu beurteilen, ob ein Schweizer Unternehmen wirklich **abhängig** ist, untersucht die WEKO, ob es ausreichende und zumutbare **Ausweichmöglichkeiten** hat. Dies erfolgt in **drei Schritten**. **(i)** Zunächst werden die grundsätzlichen Ausweichmöglichkeiten ermittelt. Diese können beispielsweise in einem alternativen Produkt oder dem Bezug über einen anderen Lieferanten oder Hersteller bestehen. **(ii)** In einem zweiten Schritt werden die Folgen eines etwaigen Ausweichens ermittelt. Dazu hat die WEKO in der Untersuchung Galexis AG/Fresenius Kabi beispielsweise untersucht, welche Folgen die Auflösung der Lieferbeziehung für die jeweilige Partei haben würde. **(iii)** Schließlich beurteilt die WEKO die Zumutbarkeit dieser Folgen. Die Entscheidung hat gezeigt, dass dabei die Finanzkraft der Gruppe, zu der ein Unternehmen gehört, eine Rolle spielen kann. So können geringe Nachteile im Falle eines Wegfalls der Lieferbeziehung gemessen an einer hohen Finanzkraft zumutbar sein.¹⁴

[25] Das Kriterium der **mangelnden Gegenmacht** besteht auch im deutschen Recht. Konkret wird hier untersucht, ob zwischen den Unternehmen in Bezug auf das fragliche Geschäft eine ungleiche Machtverteilung besteht. In ihrer Entscheidung prüfte die WEKO dies erneut anhand der möglichen Nachteile einer Auflösung der Lieferbeziehung. Voraussetzung für die Annahme mangelnder Gegenmacht sei das Vorliegen eines klaren Ungleichgewichts der Nachteile.¹⁵

[26] Im Rahmen des **groben Selbstverschuldens** stellt sich die Frage, ob die Abhängigkeit auf eigene Fehler des abhängigen Unternehmens zurückzuführen ist.¹⁶

b) Missbrauch

[27] Sofern ein Unternehmen die vorgenannten Kriterien erfüllt und deshalb relativ marktmächtig ist, oder es darauf nicht ankommt, weil es ohnehin marktbeherrschend ist, wird geprüft, ob sein Verhalten missbräuchlich war. Allgemein würde ein Missbrauch bejaht werden, wenn das Verhalten ein Unternehmen im Wettbewerb **behindert oder benachteiligt, ohne dass wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe** greifen.¹⁷

[28] Da die WEKO in der konkreten Entscheidung bereits das Vorliegen relativer Marktmacht verneint hat, äußerte sie sich zu der Frage des Missbrauchs nur am Rande. Selbst wenn Fresenius Kabi gegenüber der Galexis AG eine relativ marktmächtige Stellung eingenommen hätte, wäre ihr Verhalten wohl nicht missbräuchlich gewesen. Denn es könne nicht nachgewiesen werden, dass die ausländischen Konditionen mehr als geringfügig besser seien als die für die Galexis AG beim Einkauf über Fresenius Kabi Schweiz geltenden Bedingungen.¹⁸

[29] Daraus lässt sich jedenfalls eine zentrale Aussage ableiten. Die Preise, zu denen Unternehmen in der Schweiz und im Ausland verkaufen, müssen **nicht identisch** sein. Ein anderes Ergebnis wäre auch schon deshalb widersinnig, weil es Unternehmen dann nicht möglich wäre, den unterschiedlichen Märkten und Kosten vor

Ort, wie Gehältern oder Mieten, Rechnung zu tragen. Genau darin liegen aber sachliche Gründe für unterschiedliche Preise. Daher ist diese Äußerung der WEKO in ihrer ersten Entscheidung zu begrüßen.

[30] Ab wann aber die Grenze zur Missbräuchlichkeit genau überschritten wird, lässt sich aus der Entscheidung nicht ableiten. Hierfür wäre eine Entscheidung notwendig, in der sich die WEKO intensiver mit dem Missbrauchsvorwurf auseinandersetzt, weil entweder das Bestehen relativer Marktmacht oder einer marktbeherrschenden Stellung bejaht wurde. Insofern sind die Ergebnisse der weiteren Untersuchungen der WEKO abzuwarten.

[31] Grundsätzlich dürfte aber eine Preissetzung, die primär darauf gerichtet ist, die vergleichsweise hohe Kaufkraft Schweizer Kunden auszunutzen, ohne dass etwaige höhere Preise durch die lokalen wirtschaftlichen Bedingungen (z. B. höhere Kosten vor Ort, Transportkosten, Zölle) erklärbar sind, leicht in den Verdacht der Missbräuchlichkeit kommen.

4. Konsequenzen für die Praxis

[32] Potenziell betroffene Unternehmen sollten die vorgenannten Grundsätze berücksichtigen. Andernfalls drohen ihnen Verfahren vor der WEKO. Sollten diese nicht zu ihren Gunsten ausgehen, drohen unterschiedliche Konsequenzen, je nachdem ob sie relativ marktmächtig oder marktbeherrschend sind.

[33] Ein Unternehmen, das **marktbeherrschend** ist und sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, wird mit einem Betrag **bis zu 10 %** des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes sanktioniert.¹⁹

[34] Anders als bei marktbeherrschenden Unternehmen kann der Missbrauch der Stellung als **relativ marktmächtiges** Unternehmen **nicht direkt sanktioniert** werden.²⁰ Möglich ist aber, dass die WEKO dem Unternehmen bestimmte Untersagungen oder Verpflichtungen auferlegt. Sollte das Unternehmen gegen diese Verfügung verstoßen, kann die WEKO Sanktionen verhängen.²¹

[35] Vor diesem Hintergrund sollten Unternehmen Anfragen von Schweizer Kunden bei eigenen Gesellschaften außerhalb der Schweiz nicht leichtfertig mit Verweis auf eine Schweizer Vertriebsgesellschaft oder Schweizer Preise ablehnen. Vielmehr sollten solche Anfragen sorgfältig mit Blick auf die neue Schweizer Regelung geprüft werden. Ist der Lieferant marktbeherrschend (was ist der relevante Markt?) oder verfügt er über relative Marktmacht? Wenn ja, wie stellt sich die Preisgestaltung in der Schweiz und dem Ausland dar?

13) Wettbewerbskommission, Presserohstoff – WEKO: Relative Marktmacht im Gesundheitswesen?, 4.7.2024, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/88645.pdf>.

14) Wettbewerbskommission (Fn. 13).

15) Wettbewerbskommission (Fn. 13).

16) Wettbewerbskommission (Fn. 13).

17) Wettbewerbskommission (Fn. 13).

18) Wettbewerbskommission (Fn. 13).

19) Art. 49a Abs. 1 S. 1 KG.

20) Schweizerische Eidgenossenschaft, Wettbewerbskommission, Merkblatt und Meldeformular – Relative Marktmacht, Rn. 29, abrufbar unter: https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/anzeigen/relative_marktmacht.html.

21) Wettbewerbskommission (Fn. 20).

V. Fazit

[36] Im Ergebnis handelt es sich bei Art. 7 Abs. 2 lit. g KG um eine, soweit ersichtlich, einzigartige Regelung, die über das aus dem europäischen Kartellrecht bekannte Verbot der Preisdiskriminierung erheblich hinausgeht. Aufgrund dieser Neuartigkeit ist es schwierig, die konkreten Anforderungen schon heute abschließend zu bestimmen. Die erste Entscheidung hat bereits wichtige Anhaltspunkte mit Blick auf die Anforderungen an die relative Marktmacht gegeben. Die Anforderungen hinsichtlich des Missbrauchs, insbesondere mit Blick auf die Abgrenzung zulässiger und unzulässiger Preisunterschiede bleiben jedoch noch konkretisierungsbedürftig. Schon heute steht aber fest, dass sich aus der Regelung keine Pflicht ergibt, Produkte in der Schweiz und im Ausland immer zu denselben Preisen anzubieten.

[37] Da zB bei Herstellern von Originalersatzteilen Marktbeherrschung oft naheliegt, sollten diese die neue Regelung im Blick behalten. Dies gilt umso mehr, als dass ihnen im Falle eines Verstoßes Bußgelder bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes drohen.

[38] Eine Preissetzung in der Schweiz, die primär darauf gerichtet ist, die höhere Kaufkraft Schweizer Kunden auszunutzen, kann nun schnell in das Fadenkreuz der Schweizer Kunden und der WEKO kommen. Bei Preisunterschieden, die sich sachlich begründen lassen, ist diese Gefahr deutlich geringer. Anfragen von Schweizer Kunden, im Ausland zu dortigen Preisen zu kaufen, sollten nicht vorschnell pauschal abgelehnt, sondern im Lichte des Vorstehenden geprüft werden.

IT/DIGITALISIERUNG UND IP

DR. MARC STÖRING/LINA MONDRY*

Der Data Act und dessen (vertragliche) Relevanz für den Anlagen- und Maschinenbau

Am 11.1.2024 ist die „Verordnung über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung“ („Data Act“, „DA“) in Kraft getreten. Für den Maschinen- und Anlagenbau lässt der Data Act weitreichende Konsequenzen erwarten. Denn im Mittelpunkt des neuen Gesetzes stehen Daten, die bei der Nutzung vernetzter Produkte bzw. hiermit verbundener Dienste erzeugt werden. Dieser Aufsatz beleuchtet das Regelungsregime des Data Acts insbesondere vor dem Hintergrund des Anlagen- und Maschinenbaus.

On 11 January 2024, the 'Regulation on harmonised rules on fair access to and use of data' ('Data Act', 'DA') came into force. The Data Act is expected to have far-reaching consequences for mechanical and plant engineering. This is because the new law centres on data that is generated when using connected products or related services. This article examines the regulatory regime of the Data Act, particularly against the background of plant and mechanical engineering.

I. Regelungsregime des Data Acts

1. Grundgedanke des Data Acts

[1] Der Data Act ist Teil der Europäischen Digitalstrategie, die das Ziel verfolgt, einen Binnenmarkt für Daten zu schaffen.¹ Er ist keine umsetzungsbedürftige Richtlinie, sondern eine direkt geltende Verordnung, folgt aber dem aktuellen Trend des Europäischen Verordnungsgebers, untechnischer von einem „Act“ statt konkret von einer „Regulation“ zu sprechen. Im Kern soll der Data Act ein neues Zugangsregime für Daten schaffen: Diejenigen, die durch die Nutzung von vernetzten Geräten Daten erzeugen, sollen zu diesen Daten Zugang erhalten bzw. die Weitergabe der Daten an Dritte

veranlassen können.² Diesen Regelungsgedanken baut der Verordnungsgeber auf einigen Definitionen auf, welche die wesentlichen Konstellationen erfassen sollen. Leider sind zentrale Definitionen dabei sprachlich schwer zugänglich, und zusätzlich treten redaktionelle Eigenarten hinzu, welche nur als handwerkliche Fehler bewertet werden können.

*) Dr. Marc Störing, Rechtsanwalt und Partner bei Osborne Clarke, Köln; Lina Mondry, Rechtsanwältin und Associate bei Osborne Clarke, Köln.

1) EU Kommission, Mitteilung der Kommission, Eine europäische Datenstrategie, 19.2.2020, COM (2020) 66 final.

2) Heintze/Herbers/Kraus BB 2024, 649.

[2] In der Praxis wird deshalb ein Großteil der rechtlichen Beschäftigung mit dem Data Act vom Umgang mit jenen Definitionen und ihren mitunter überraschenden oder nur bedingt sinnvollen Ergebnissen handeln. Ganz bewusst löst sich nachfolgende Erläuterung deshalb vom Wortlaut des Data Acts und beschreibt die zentralen Begrifflichkeiten freier. Details gesetzlicher Definitionen finden nur Beobachtung, soweit sie mit ihren Eigenarten in der praktischen Anwendung für Schwierigkeiten sorgen werden.

2. Wesentliche Begrifflichkeiten

a) Daten

[3] Erfasst sind nach Art. 1 Abs. 2 DA ausdrücklich sämtliche Daten, d. h. personenbezogene – also datenschutzrechtlich relevante Daten – und nicht-personenbezogene Daten. Die Daten müssen im Rahmen der Nutzung von „vernetzten Produkten“ und „verbundenen Diensten“ entstanden sein.

b) Vernetztes Produkt

[4] Unter einem vernetzten Produkt versteht der Data Act solche Produkte, die Daten über ihre Leistung, Nutzung oder Umgebung verarbeiten und elektronisch übermitteln können.³

c) Verbundener Dienst

[5] Bei einem verbundenen Dienst handelt es sich um einen digitalen Dienst, der so mit dem vernetzten Produkt verbunden ist, dass ohne ihn eine oder mehrere Funktionen des vernetzten Produkts nicht ausgeführt werden könnten.⁴

3. Akteure im Kontext des Data Acts

[6] Im Wesentlichen definiert der Data Act drei Akteure: 1.) den Nutzer, 2.) den Dateninhaber und 3.) den Datenempfänger bzw. Dritten. Abhängig von der Qualifizierung sind die Akteure unter dem Data Act insbesondere zur Bereitstellung von Daten verpflichtet oder spiegelbildlich berechtigt, diese zu erhalten.

a) Nutzer

[7] Der Data Act stellt den Nutzer eines vernetzten Produkts oder verbundenen Dienstes in das Zentrum des Regelungsregimes. Nutzer soll dabei eine natürliche oder juristische Person sein, die ein vernetztes Produkt besitzt oder den verbundenen Dienst für das vernetzte Produkt in Anspruch nimmt. Entscheidend ist folglich, dass die Nutzung eines vernetzten Produkts bzw. verbundenen Dienstes durch den Nutzer zu einer Datengenerierung führt. Maßgeblich ist dafür nicht die sachenrechtliche Stellung als Eigentümer, sondern die tatsächliche (berechtigte) Verwendung.⁵

b) Dateninhaber

[8] Nach Art. 2 Nr. 13 DA ist Dateninhaber eine natürliche oder juristische Person, die nach dem Data Act, weiterem Unionsrecht oder nach nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung des Unionsrechts berechtigt oder verpflichtet ist, Daten zu nutzen und bereitzustellen, die sie während der Erbringung eines verbundenen Dienstes abgerufen oder generiert hat.

[9] Diese gesetzliche Definition wirft eine Reihe von Fragen auf. Zunächst scheint die Dateninhaberschaft allein auf solche Daten bezogen, welche der Dateninhaber während der Erbringung eines verbundenen Dienstes abgerufen oder generiert hat, nicht aber auf Produktdaten. Jedoch stellen die Erwägungsgründe zum Data Act, ebenso wie die Art. 4 ff. DA, auf Produktdaten, sowie ver-

bundene Dienstdaten ab. Es sprechen daher gute Gründe dafür, dass die Dateninhaberschaft gerade nicht auf die Erbringung eines verbundenen Dienstes beschränkt ist und es sich vielmehr um einen redaktionellen Fehler in der Definition des Dateninhabers handelt.⁶

[10] Ferner müssen nach der gesetzlichen Definition des Dateninhabers die natürlichen oder juristischen Personen dazu berechtigt oder verpflichtet sein, Daten zu nutzen und bereitzustellen, um als Dateninhaber zu qualifizieren. An dieser Stelle zeigt sich die wahrscheinlich größte Schwierigkeit in der zukünftigen Rechtsanwendung. Denn die Legaldefinition verweist auf die Verpflichtung zur Datenbereitstellung, welche aber gerade Folge der entsprechenden Qualifizierung als Dateninhaber wäre. Die Definition des Art. 2 Nr. 13 DA ist damit zirkulär.⁷

[11] Einige Stimmen in der Literatur fordern daher als zusätzliches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine faktische Datenherrschaft für die Qualifizierung als Dateninhaber.⁸ Eine solche solle demjenigen zufallen, der „technisch in rechtmäßiger Weise die faktische Möglichkeit hat, auf den entsprechenden Datenbestand zuzugreifen.“⁹ Insbesondere die Effizienz der Umsetzung des Data Acts spricht insoweit für das Bedürfnis einer faktischen Datenherrschaft.¹⁰

[12] Andere Stimmen sprechen sich hingegen gegen das Erfordernis einer faktischen Datenherrschaft aus. Denn der Data Act bezwecke gerade die Auflösung einer etwaig bestehenden Kontrolle über Daten. Das primäre Ziel des Data Acts liege insoweit darin, den Zugang zu Daten zu erleichtern. Würde der Anwendungsbereich durch zusätzliche Hürden verschmälert, liefe dies dem vereinfachten Datenzugang zuwider.¹¹

[13] Letztgenannte Auffassung kann jedoch nicht überzeugen. Denn ein Unternehmen, welches über eine Vielzahl von Daten verfügt, würde nach der Definition nur dann als Dateninhaber qualifizieren, wenn es nach Unionsrecht zur Nutzung und Bereitstellung der Daten berechtigt oder verpflichtet ist. Außerhalb des Data Acts existieren jedoch kaum Normen, welche zur Bereitstellung (und Nutzung) von Daten verpflichten.¹² Ohne das Erfordernis einer faktischen Datenherrschaft wäre der Anwendungsbereich mithin nicht umfassender. Vor diesem Hintergrund sollte als Dateninhaber unter dem Data Act nur qualifizieren, wer nach der oben dargestellten Definition auch die faktische Datenherrschaft inne hat. Vor diesem Hintergrund qualifiziert regelmäßig ein Hersteller industrieller Maschinen oder Anlagen als Dateninhaber.

c) Datenempfänger bzw. Dritte

[14] Der Datenempfänger ist eine natürliche oder juristische Person, die zu Zwecken innerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen,

3) ErwGr. 14 zum DA.

4) ErwGr. 17 zum DA.

5) BeckOK DatenschutzR/Schild, 48. Ed. 1.5.2024, DA Art. 2 Rn. 75 f.

6) Heinzke/Herbers/Kraus BB 2024, 649; Hartl/Vogel LTZ 2024, 104.

7) Hartl/Vogel LTZ 2024, 104; Bomhard/Merkle RD 2022, 168; Schmidt-Kessel MMR 2024, 75.

8) Hartl/Vogel LTZ 2024, 104; Bomhard/Merkle RD 2022, 168; Schmidt-Kessel MMR 2024, 75.

9) Keppeler/Schneider/Nickel ITRB 2024, 180.

10) Keppeler/Schneider/Nickel ITRB 2024, 180.

11) Antoine CR 2024, 1.

12) Keppeler/Schneider/Nickel ITRB 2024, 182.

handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, ohne Nutzer eines vernetzten Produkts oder verbundenen Dienstes zu sein, und dem der Dateninhaber in dieser Rolle Daten bereitstellen muss. Der Datenempfänger ist folglich weder an der Generierung der Daten noch an der Herstellung des Produktes beteiligt, sondern möchte diese erhalten.

[15] Die Definition des Datenempfängers verweist zudem auf einen „Dritten“ als Unterfall des Datenempfängers. Inwieweit der Dritte sich jedoch von dem Datenempfänger unterscheiden soll, ergibt sich aus der Definition nicht: Es handelt sich jeweils um einen Akteur, dem der Dateninhaber Daten bereitstellen soll, ohne dabei Nutzer zu sein. Daher dürften beide Begriffe synonym zu verstehen sein. Für ein synonymes Verständnis spricht, dass andernfalls der Datenbereitstellungsanspruch des Art. 5 DA ohne erkennbaren Grund allein für einen Dritten gelten würde, während die Bedingungen, unter denen der Dateninhaber die Daten im Falle des Art. 5 DA bereitstellen darf, hingegen nur für einen Datenempfänger gelten würden.

4. Rechtliche Beziehung zwischen den Akteuren

a) Nutzer und Dateninhaber

aa) Datenzugang und Bereitstellung

[16] Das Ziel des Data Act – Daten leicht zugänglich zu machen – sollen die Regelungen in den Art. 3 bis 7 DA umsetzen: Die Vorschriften stellen ein Zugangskonzept dar, ausgehend vom direkten Zugriff des Nutzers, hin zu der Bereitstellungspflicht des Dateninhabers.¹³

[17] Aus Art. 3 Abs. 1 DA erwächst die Pflicht des Dateninhabers, vernetzte Produkte so zu konzipieren und herzustellen bzw. verbundene Dienste so zu konzipieren und zu erbringen, dass die Daten für den Nutzer einfach, sicher, unentgeltlich in einem umfassenden, strukturierten, gängigen und maschinen-lesbaren Format und, soweit relevant und technisch durchführbar, direkt zugänglich sind. Die Verpflichtung aus Art. 3 DA unterliegt daher der Einschränkung, dass der Dateninhaber dem Nutzer die Daten lediglich dann direkt zugänglich machen muss, soweit dies relevant und technisch durchführbar ist. Wann dies der Fall ist, findet sich weder im Verordnungstext noch in den Erwägungsgründen. Unklar ist auch, warum sich diese Einschränkung lediglich auf die direkte Zugangsmöglichkeit bezieht und nicht auch auf die übrigen Merkmale.¹⁴

[18] Wenn der Nutzer nicht direkt vom vernetzten Produkt oder vom verbundenen Dienst auf die Produktdaten zugreifen kann, hat er einen Datenzugangsanspruch gegen den Dateninhaber nach Art. 4 Abs. 1 DA auf die ohne Weiteres verfügbaren Daten, einschließlich der zur Auslegung und Nutzung der Daten erforderlichen Metadaten. Voraussetzung für den Datenzugangsanspruch ist folglich, dass keine Zugangsmöglichkeit nach Art. 3 Abs. 1 DA besteht.¹⁵

[19] Der Datenzugangsanspruch nach Art. 4 Abs. 1 DA unterliegt jedoch Einschränkungen. Der Dateninhaber kann den Datenzugang aufgrund von Sicherheitsanforderungen des Produkts begrenzen oder im Ausnahmefall gänzlich verweigern, wenn er nachweisen kann, dass ihm durch die Offenlegung von Informationen ein schwerer wirtschaftlicher Schaden entstünde.

[20] Daneben stellt der Data Act Verwendungsbeschränkungen auf. Hat der Nutzer die angeforderten Daten nach Art. 4 Abs. 1 Data Act erhalten, darf er diese nicht zur Entwicklung eines vernetzten Produkts nutzen, das mit dem vernetzten Produkt, von dem die Daten stammen, im Wettbewerb steht. Der Nutzer darf den Hersteller bzw. Dateninhaber auch nicht mittels der erlangten Daten ausspähen.

bb) Vorvertragliche Informationspflichten, Art. 3 Abs. 2, 3 DA

[21] Verkäufer, Vermieter, Leasinggeber und Hersteller eines vernetzten Produkts bzw. der Anbieter eines verbundenen Dienstes sind verpflichtet, dem Nutzer vor Vertragsabschluss detaillierte Informationen „in klarer und verständlicher Art und Weise“ bereitzustellen. Diese Informationen beziehen sich insbesondere auf Art und Umfang der Daten, die Speicherung der Daten und die Modalitäten des Zugriffs auf die Daten durch den Nutzer.

[22] Bei vernetzten Produkten dürften Verkäufer, Vermieter, Leasinggeber und Hersteller typischerweise zugleich Dateninhaber sein. Dies würde auch erklären, warum sich die Regelungen der vorvertraglichen Informationspflichten in Kapitel 2 des Data Acts und damit im Rahmen der Verpflichtungen des Dateninhabers verortet sind.

[23] Handelt es sich bei dem Dateninhaber ausnahmsweise nicht zugleich um die nach Art. 3 Abs. 2, 3 DA Verpflichteten, so unterliegt der Dateninhaber keinerlei Informationspflichten. Dies dürfte in der Praxis zu Schwierigkeiten führen. Denn denkbar ist, dass in einem solchen Fall Verkäufer, Vermieter, oder Leasinggeber nicht über die nach Art. 3 Abs. 2, 3 DA erforderlichen Informationen verfügen. Im Ergebnis dürfte daher empfehlenswert sein, dass der Dateninhaber in jedem Fall die in Art. 3 Abs. 2, 3 DA genannten Informationen bereitstellen muss und Verkäufer, Vermieter, Leasinggeber sowie Diensteanbieter auf die Informationen des Dateninhabers zurückgreifen und in ihre Verträge mit den Kunden aufnehmen.

cc) Datennutzung und Datenweitergabe durch den Dateninhaber

[24] Der Data Act sieht für den Dateninhaber Einschränkungen in der Verwendungs- und Weitergabemöglichkeit von Daten vor.

[25] Gemäß Art. 4 Abs. 13 DA darf der Dateninhaber Daten, bei denen es sich um nicht-personenbezogene Daten handelt, nur noch auf Grundlage eines Vertrags mit dem Nutzer verwenden. An den Inhalt eines solchen Datennutzungsvertrags stellt der Data Act keine Anforderungen.

[26] Offen ist, inwiefern Nutzer einmal erteilte Datennutzungsrechte entziehen können und welche Auswirkungen dies auf die Nutzungsmöglichkeiten des Dateninhabers hat. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, Datennutzungsverträge so auszugestalten, dass der Dateninhaber sämtliche generierten Daten dauerhaft und unbeschränkt nutzen darf. Denkbar ist gar, dass der Dateninhaber den Erwerb des Produkts oder die Nutzung des verbundenen Dienstes von der Einräumung einer solchen umfassenden Nut-

13) Weinhold/Schröder ZD 2024, 306.

14) Heinzke/Herbers/Kraus BB 2024, 649.

15) Heinzke/Herbers/Kraus BB 2024, 649.

zungsbefugnis an nicht-personenbezogenen Daten abhängig macht. Denn ein Kopplungsverbot, das einem solchen Vorgehen entgegensteht, sieht der Data Act nicht vor.¹⁶

[27] Gem. Art. 4 Abs. 14 DA, der nach seinem Wortlaut nur für nicht-personenbezogene Produktdaten, nicht aber für verbundene Dienstdaten gilt, sind Dateninhaber zudem nicht mehr frei darin, Produktdaten an andere weiterzugeben, wenn dies nicht „zur Erfüllung ihres Vertrags mit dem Nutzer“ erfolgt. Auch ein Dateninhaber, der Daten selbst nutzen darf, ist folglich darin beschränkt, die Daten weiterzugeben. Daneben muss der Dateninhaber auch Dritte vertraglich verpflichten, die von dem Nutzer erhaltenen Daten nicht erneut weiterzugeben.

b) Nutzer und Dritter

[28] Auf Verlangen eines Nutzers muss der Dateninhaber dem Dritten ohne Weiteres verfügbare Daten bereitstellen, Art. 5 Abs. 1 DA.

[29] Dies setzt eine Vereinbarung zwischen Nutzer und Drittem voraus.¹⁷ Inhaltlich muss die Vereinbarung den vom Nutzer bestimmten Zweck definieren, zu dem der Dritte die Daten nutzen darf, Art. 6 Abs. 1 DA. Im Übrigen haben die Parteien im Rahmen der Vereinbarung Gestaltungsspielraum und sind – bis zur Grenze der Missbräuchlichkeit – frei darin, eine Gegenleistung zu vereinbaren.¹⁸ Für den Nutzer ergibt sich daher die Möglichkeit, die Daten zu monetarisieren.

[30] Auch der Datenzugangsanspruch nach Art. 5 DA unterliegt Einschränkungen, wobei weitgehend Gleichlauf zu den Einschränkungen nach Art. 4 DA besteht (vgl. dazu Ziff. 3. a) aa)). Ergänzend gilt, dass Gatekeeper im Sinn des Digital Markets Acts vom Datenzugangsanspruch ausgeschlossen sind.¹⁹ Zudem darf der Dritte die Daten nicht zum Profiling nutzen außer, dies ist erforderlich, um den vom Nutzer gewünschten Dienst zu erbringen. An weitere Empfänger darf der Dritte die Daten nur weitergeben, wenn eine entsprechende Vereinbarung mit dem Nutzer vorliegt.

c) Dateninhaber und Dritte

[31] Der Zugriff des Dritten bedarf auch einer Vereinbarung zwischen dem Dateninhaber und dem Dritten. Diese Vereinbarung ist abstrakt von der zwischen Nutzer und dem Dritten bestehenden Vereinbarung. Wechselwirkungen werden jedoch bestehen. Denn der vom Nutzer im Rahmen der Vereinbarung mit dem Dritten zu definierende Zweck wird zwischen Dateninhaber und -empfänger fortwirken.²⁰

[32] Die Vereinbarung zwischen Dateninhaber und Drittem hat die allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit zu beachten. Ergänzend müssen die Parteien die Vorschriften der Art. 8 ff. DA beachten: Die Bedingungen der Vereinbarung müssen nach Art. 8 Abs. 1 DA insbesondere fair, angemessen und nicht-diskriminierend sein. Zudem muss die Gegenleistung angemessen sein (Art. 9 Abs. 1 DA). Schließlich unterliegt die Vereinbarung neben der allgemeinen Inhaltskontrolle nach §§ 134, 138 BGB, § 242 und §§ 307 ff. BGB, auch der Inhaltskontrolle gem. Art. 13 DA, die bestimmte Vertragsgestaltungen als missbräuchlich qualifiziert und damit als unwirksam bewertet.²¹ Die Europäische Kommission wird Mustervertragsklauseln veröffentlichen, um den Parteien bei der Ausarbei-

tung und Aushandlung von Verträgen Rechtssicherheit zu verschaffen.

[33] Insgesamt sollten Dateninhaber sich darauf einstellen, dass sie zukünftig in erster Linie mit Datenzugangsansprüchen von Dritten konfrontiert werden. Denn, obschon der Data Act auf den Nutzer fokussiert, werden Dritte den Bereitstellungsanspruch in erster Linie nutzen, um über den Nutzer Daten zu erhalten, deren Weitergabe ein Dateninhaber bislang verweigert hat.

II. Empfehlungen

[34] Unternehmen, deren Geschäftsmodell auf dem Umgang oder der Nutzung von Daten basiert, müssen ihre Rechte und Pflichten innerhalb des Data Acts verstehen: Qualifizieren sie als Dateninhaber oder Datenempfänger?

[35] Sodann sollten Unternehmen die Auswirkungen des Data Acts auf ihr Geschäftsmodell bewerten: Abhängig von der zuvor genannten Qualifizierung werden Unternehmen entweder Ansprüche auf Datenzugang erhalten oder Pflichten zur Datenbereitstellung unterliegen. Dies kann Auswirkungen auf das etablierte Geschäftsmodell haben oder neue Geschäftsmodelle ermöglichen.

[36] Wer Dateninhaber ist, muss sich auf Bereitstellungsansprüche von Nutzern und Dritten vorbereiten. Insbesondere solche Geschäftsmodelle, die bisher auf einer gewissen Exklusivität im Datenzugriff beruhen, können durch den Data Act bedroht werden. Betroffene Unternehmen sollten vor diesem Hintergrund frühzeitig die IT-Infrastruktur anpassen und entsprechende Vertragstexte, wie vorstehend vorgeschlagen, entwerfen bzw. anpassen. Denn bislang waren Daten – wenn überhaupt – allein ein nebensächlicher Gegenstand vertraglicher Regelungen. Bestehende Vertragswerke werden die Anforderungen des Data Acts kaum erfüllen.²² Die Vereinbarungen sollten dabei auch die Befugnis zur Nutzung der Daten durch den Dateninhaber sicherstellen.

[37] Agiert ein Unternehmen zudem als Verkäufer, Vermieter, Leasinggeber oder Hersteller eines vernetzten Produkts bzw. Anbieter eines verbundenen Dienstes, sollte es entsprechend Art. 3 DA Informationen für Kunden erstellen.

[38] Insgesamt empfiehlt es sich, frühzeitig Standardprozesse zur Einhaltung des Data Acts zu etablieren.

III. Fazit

[39] Ob der Data Act tatsächlich einen Binnenmarkt für Daten zu schaffen vermag, bleibt abzuwarten. Dies dürfte insbesondere vor

16) Bomhardt/Merke RD 2022, 168.

17) Kraft/Schumann GRUR-Prax 2024, 324; Heinzke/Herbers/Kraus BB 2024, 649.

18) Etzkorn RD 2024, 116.

19) Die Europäische Kommission hat bisher folgende Unternehmen als Torwächter benannt: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft, https://germany.representation.ec.europa.eu/news/faire-digitale-markte-torwachter-müssen-ab-heute-alle-dma-regeln-einhalten-2024-03-07_de, zuletzt aufgerufen am 13. August 2024.

20) Kraft/Schumann GRUR-Prax 2024, 324.

21) Kraft/Schumann GRUR-Prax 2024, 324.

22) Kraft/Schumann GRUR-Prax 2024, 324.

dem Hintergrund der erheblichen Rechtsunsicherheit, die bereits der Konzeption der Verordnung an sich geschuldet ist, zu bezweifeln sein.

[40] Darüber hinaus steht zu befürchten, dass der Data Act für den Rechtsfrieden nachteilige Folgen haben wird. Denn im Kern dürften die Datenzugangsregelungen regelmäßig zu Streit um die Bereitstellung der Daten an Dritte führen. Kein Dateninhaber wird, ohne sämtliche Verteidigungsstrategien ausgeschöpft zu haben, bereitwillig Daten herausgeben. Die Grundidee, denjenigen Kontrolle über die Daten zu gewähren, die vernetzte

Produkte nutzen, könnte insoweit gar in den Hintergrund rücken.

[41] Sicher ist jedoch, dass der Data Act insbesondere bei Herstellern zu einem Aufwand führen wird, um bestehende Prozesse rundum Daten zu identifizieren und sodann den Anforderungen des Data Acts anzupassen. Denn obschon zu befürchten steht, dass der Data Act keine praktische Relevanz entfalten könnte, drohen dennoch bei Verstößen gegen die Vorschriften des Data Act Sanktionen. Welche dies sind, teilen die Mitgliedstaaten der Europäischen Kommission bis zum 12.9.2025 mit.

FREDERICK RAFFEL, LL. M. (CUHK HONG KONG)/DR. KRISTINA SCHREIBER*

IT-Sicherheitsrecht für den Maschinen- und Anlagenbau

Neue sektorspezifische Pflichten durch die Umsetzung der NIS-2-Richtlinie

Die Bedeutung der Informationssicherheit nimmt mit fortschreitender Digitalisierung in allen Sektoren fortlaufend zu. Auch den Maschinen- und Anlagenbau bedrohen Angriffe auf die digitalen Systeme, sog. „Cyberattacken“ im Sprachgebrauch der EU. Mit ihrer Richtlinie (EU) 2022/2555 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union, die sog. NIS-2-Richtlinie, hat die EU daher auch den Maschinen- und Anlagenbau teils erstmalig mit spezifischen Pflichten im Bereich der Informationssicherheit belegt. Der deutsche Gesetzgeber arbeitet derzeit an der Umsetzung dieser NIS-2-Richtlinie in das deutsche Recht. Seit Ende Juli 2024 liegt ein abgestimmter Regierungsentwurf vor, der jetzt in das parlamentarische Verfahren geht und voraussichtlich im Frühjahr 2025 in Kraft treten wird. Gerade Unternehmen, die erstmalig von den informationssicherheitsrechtlichen Pflichten erfasst werden, müssen sich frühzeitig mit der Umsetzung beschäftigen. Wir geben einen Überblick, welche Anforderungen aus dem neuen Recht für den Maschinen- und Anlagenbau besonders wichtig werden.

The importance of information security is continuously increasing with ongoing digitalization in all sectors. Also the mechanical and plant engineering industry is threatened by attacks on digital systems, known as "cyberattacks" in EU terminology. With its Directive (EU) 2022/2555 on measures for a high common level of cybersecurity across the European Union, the so-called NIS-2 Directive, the EU has therefore imposed specific obligations in the area of information security on the mechanical and plant engineering industry, in some cases for the first time. The German legislator is currently working on implementing this NIS-2 Directive into German law. Since the end of July 2024, a coordinated government draft has been available, which is now entering the parliamentary process and is expected to come into force in spring of 2025. Especially companies that are subject to information security obligations for the first time must start early with the implementation. We provide an overview, which requirements from the new law will become particularly important for the mechanical and plant engineering industry.

*) Frederick Raffel, LL. M. (CUHK Hong Kong), ist Syndikusrechtsanwalt bei der SMS group GmbH in Mönchengladbach; Dr. Kristina Schreiber ist Rechtsanwältin, Fachanwältin für Verwaltungsrecht, CIPP/E und Partnerin bei Loschelder Rechtsanwälte und auf die regulatorische Beratung von Unternehmen im IT- und Datenschutzrecht spezialisiert.

I. Die Entwicklung des Informationssicherheitsrechts

[1] Gesetzliche Vorgaben zur Informationssicherheit gibt es bereits seit vielen Jahren. Erste EU-Vorgaben zur Sicherheit in der Informationstechnik wurden 2016 mit der NIS-1-Richtlinie festgelegt.¹ Anders, als die derzeit in Umsetzung befindliche NIS-2-Richtlinie², adressierte die NIS-1-Richtlinie aber nur wenige besonders zentrale Dienste, die für die Aufrechterhaltung kritischer gesellschaftlicher und / oder wirtschaftlicher Tätigkeiten unerlässlich sind.

[2] Auf nationaler Ebene wurde die NIS-1-Richtlinie durch das NIS-Umsetzungsgesetz vom 23. Juni 2017 umgesetzt,³ das in Artikel 1 als zentrales Element das Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSIG) an die neuen EU-rechtlichen Vorgaben anpasste. Das BSIG legt seither insbesondere die informationsrechtlichen Sicherheitspflichten für Kritische Infrastrukturen, die sog. KRITIS, fest. Welche Dienste im Detail als KRITIS qualifiziert werden, konkretisiert die auf Grundlage des BSIG erlassene Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-KritisV). Adressiert werden darin besonders bedeutende Dienste in den Sektoren Energie, Wasser, Ernährung, ITK, Gesundheit, Finanz- und Versicherungswesen, Transport- und Verkehr sowie Siedlungsabfallentsorgung.

[3] Angesichts der Entwicklungen der letzten Jahre mit einer zunehmenden Bedrohung der digitalen Sicherheit einerseits und der fortschreitenden Digitalisierung andererseits forciert die EU mit ihrer aktuellen Cybersicherheitsstrategie⁴ eine Verbesserung des EU-weiten Sicherheitsniveaus. Als ein wesentliches Element dieser Strategie legte die EU-Kommission im Dezember 2020 einen ersten Entwurf für eine NIS-2-Richtlinie vor.⁵ Nach einem knapp zwei Jahre andauernden Gesetzgebungsverfahren wurde die finale Version der NIS-2-Richtlinie am 27. Dezember 2022 im Amtsblatt der EU veröffentlicht.

[4] In Kraft getreten ist diese im Januar 2023, die Umsetzungsfrist endet am 17. Oktober 2024. Zur nationalen Umsetzung der Richtlinie liegt seit dem 24. Juli 2024 ein Entwurf der Bundesregierung für ein „NIS-2-Umsetzungs- und Cybersicherheitsstärkungsgesetz“ (NIS2UmsuCG) vor, dessen Artikel 1 ebenfalls als maßgebliches Element eine Novellierung des BSIG vorsieht.⁶ Seit dem 16. August 2024 läuft das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren hierzu.⁷ Eine wesentliche Änderung zur bisherigen Rechtslage liegt im deutlich erweiterten Anwendungsbereich der Richtlinie: Zum einen werden mehr Sektoren und Branchen erfasst – u. a. auch der Maschinenbau. Zum anderen wird jetzt zwischen wesentlichen und wichtigen Einrichtungen differenziert, wozu neben Betreibern kritischer Anlagen auch zahlreiche große und mittlere Unternehmen zählen; Unternehmen ab 50 Mitarbeitenden oder 10 Mio. Euro Jahresumsatz werden bereits erfasst.⁸ Der Begriff der Kritischen Infrastruktur wird ersetzt durch die Kritische Anlage, die weiterhin besonders strengen Pflichten unterliegt.⁹ Diese Anlagen stehen nicht mehr selbst im Fokus der neuen Regelungen, sondern ihre jeweiligen Betreiber, denen bereits bekannte, aber auch neue Pflichten auferlegt werden. Für die KRITIS-Betreiber werden neben den neuen Vorgaben aus dem NIS2UmsuCG die derzeit parallel erarbeiteten Anforderungen des KRITIS-Dachgesetzes greifen, das in Umsetzung der CER-Richtlinie erlassen werden wird.¹⁰

[5] Wie notwendig eine Stärkung der Cybersicherheit in deutlich mehr Unternehmen ist, zeigen aktuelle Studien, insbesondere der aktuelle BSI-Lagebericht 2023: Die Lage ist angespannt wie noch nie. Zunehmenden Angriffen stehen zunehmende Sicherheitslücken in der verwendeten Software gegenüber. Während die meisten Schadprogramme die Büronetze allgemein angreifen, wurden in einem Fall sogar Spezial-Schadprogramme wie Industroyer2 für Prozesssteuerungsanlagen entdeckt.¹¹

II. Adressaten aus dem Bereich des Maschinen- und Anlagenbaus

[6] Mit der Erweiterung des Adressatenkreises durch die NIS-2-Richtlinie und damit auch mit Artikel 1 des NIS2UmsuCG, der das BSIG novelliert („BSIG-E“), einher geht auch eine neue Bedeutung des Informationssicherheitsrechts für den Maschinen- und Anlagenbau. Eine Hilfestellung für eine erste Betroffenheitsanalyse bietet das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI).¹² Die Adressaten der Vorgaben des BSIG-E werden in § 28 BSIG-E legaldefiniert: Besonders wichtige Einrichtungen nach Absatz 1 der Norm und wichtige Einrichtungen nach Absatz 2. Adressiert sind damit insbesondere Unternehmen aus den in Anlage 1 oder Anlage 2 BSIG-E gelisteten Sektoren, wenn diese 50 oder mehr Mitarbeitende beschäftigen oder einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von über 10 Mio. Euro aufweisen.

[7] Bei der Bestimmung von Mitarbeiterzahl, Jahresumsatz und Jahresbilanzsumme ist gem. § 28 Abs. 3 BSIG-E auf die der Ein-

- 1) Richtlinie (EU) 2016/1148 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union.
- 2) Richtlinie (EU) 2022/2555 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 und der Richtlinie (EU) 2018/1972 sowie zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2016/1148.
- 3) Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/1148 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union, BGBl. 2017 I Nr. 40, S. 1885.
- 4) Strategie abrufbar unter digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/cybersecurity-strategy (zuletzt abgerufen am 12. September 2024).
- 5) Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2016/1148, COM(2020) 823 final.
- 6) Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der NIS-2-Richtlinie und zur Regelung wesentlicher Grundzüge des Informationssicherheitsmanagements in der Bundesverwaltung (im Folgenden: Regierungsentwurf), abrufbar unter: www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/kabinettsfassung/C11/nis2-regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 12. September 2024).
- 7) BR-Drs. 380/24.
- 8) Kipker/Dittrich, MMR 2023, 481 (482).
- 9) Kipker/Dittrich, MMR 2023, 481.
- 10) Richtlinie (EU) 2022/2557 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die Resilienz kritischer Einrichtungen und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/114/EG des Rates; KRITIS-Dachgesetz derzeit offiziell vorliegend im Referentenentwurf vom 21. Dezember 2023, www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/referentenentwurf/KM4/KRITIS-DachG-2.pdf;jsessionid=4A928A7B113E7604CAB2A4BF513FFDC.live871?__blob=publicationFile&v=5 (zuletzt abgerufen am 12. September 2024). Parallel dazu kursiert derzeit ein inoffiziell verbreiteter Entwurf vom 10. April 2024.
- 11) www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Lagebericht/Lagebericht2023.html?nn=129410 (zuletzt abgerufen am 12. September 2024).
- 12) www.bsi.bund.de/DE/Themen/Regulierte-Wirtschaft/NIS-2-regulierte-Unternehmen/NIS-2-betroffenheitspruefung/nis-2-betroffenheitspruefung_node.html (zuletzt abgerufen am 12. September 2024).

richtungsart zuzuordnende Geschäftstätigkeit abzustellen und gem. der Empfehlung der Kommission 2003/361/EG vom 6. Mai 2003 auch die jeweilige Kennzahl verbundener Unternehmen mit einzubeziehen: Gem. Art. 3 Abs. 2-3 Anhang zur Empfehlung sind verbundene Unternehmen und Partnerunternehmen gemeinsam zu betrachten. Dies sind Unternehmen mit kontrollierendem Einfluss, sei es wegen einer Beteiligung von über 25 % oder anderen Kontrollrechten.

[8] Adressiert wird als wichtige Einrichtung die juristische Person, die entsprechende Waren oder Dienstleistungen in dem gelisteten Sektor anbietet. Eine generelle Differenzierung danach, ob überwiegend eine bestimmte Leistung erbracht wird, ist nicht vorgesehen. Für die Adressierung des Unternehmens insgesamt ist es mithin bereits ausreichend, wenn auch Leistungen aus einem Segment gem. Anlage 1 oder 2 erbracht werden. Allerdings sollen die Mitarbeiteranzahl, Jahresumsatz und Jahresbilanzsumme nicht über das gesamte Unternehmen berechnet werden, wenn nur ein Teilbereich im adressierten Sektor – also etwa dem Maschinenbau – tätig ist: „Bei der Bestimmung der maßgeblichen Mitarbeiterzahlen und des Umsatzes sind nur diejenigen Teile der Einrichtung einzubeziehen, die tatsächlich im Bereich der in den Anlagen 1 und 2 genannten Definitionen der Einrichtungskategorien tätig sind, Querschnittsaufgaben wie beispielsweise Personal, Buchhaltung etc. sind hierbei anteilig zu berücksichtigen. Hierdurch wird sichergestellt, dass Einrichtungen, die insgesamt die Größenschwelle für Mitarbeiteranzahl, Jahresumsatz oder Jahresbilanzsumme überschreiten, deren hauptsächliche Geschäftstätigkeit jedoch nicht einer Einrichtungskategorie gemäß Anlage 1 oder 2 ... zuzuordnen ist, nicht in unverhältnismäßiger Weise erfasst werden.“¹³

1. Maschinenbau nach NACE Rev. 2

[9] Anlage 1 BSIG-E listet insbesondere die Sektoren, die auch bisher schon als KRITIS adressiert waren, nun mit teils niedrigeren Schwellenwerten. Für den Maschinen- und Anlagenbau ist dies von neuer Relevanz, wenn danach adressierte Unternehmen beliefert werden.¹⁴ Unmittelbar adressiert wird in Anlage 2 BSIG-E neben etlichen anderen Sektoren in Nr. 5.4 der „Maschinenbau“, legaldefiniert in Nr. 5.4.1 als „Unternehmen, die eine der Wirtschaftstätigkeiten nach Abschnitt C Abteilung 28 der Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (NACE Rev. 2) ausüben“.

[10] Die NACE Rev. 2 wurde durch Verordnung (EG) Nr. 1893/2006 zur Aufstellung der statistischen Systematik der Wirtschaftszweige eingeführt und dient zuvörderst statistischen Zwecken. Für die Bestimmung des Anwendungsbereiches des neuen BSIG-E wird sie erst über die konkrete Verweisung relevant. Elementar ist dann, dass eine Qualifikation einheitlich für ein Unternehmen erfolgt – in anderem Kontext getroffene Festlegungen müssen einheitlich auch für die Klassifizierung unter dem neuen BSIG-E erfolgen (oder – begründet – insgesamt revidiert werden).

[11] Erfasst ist in diesem Abschnitt die Herstellung von Maschinen für diverse Einsatzbereiche bis hin zum Auffangtatbestand in 28.99 NACE Rev. 2: „Herstellung von Maschinen für sonstige bestimmte Wirtschaftszweige“, die anderweitig nicht genannt sind.

[12] Im Bereich des Maschinenbaus bestimmt sich die Klassifizierung damit letztlich ausschließlich nach der Größe: Unternehmen im Bereich des Maschinenbaus sind gem. § 28 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 i.V.m. Anlage 2 Ziff. 5.4 BSIG-E wichtige Einrichtungen, wenn sie im Geschäftsbereich Maschinenbau mindestens 50 Mitarbeiter beschäftigen oder einen Jahresumsatz und eine Jahresbilanzsumme von jeweils über 10 Mio. Euro aufweisen.

2. Lieferkette

[13] Auch unabhängig von einer unmittelbaren Adressatenstellung unter dem BSIG-E kommt eine Verpflichtung von Unternehmen nach dem neuen Recht in Betracht: Besonders wichtige und wichtige Einrichtungen nach § 28 BSIG-E müssen nach § 30 BSIG-E insbesondere ein Risikomanagement sicherstellen. Dies umfasst nach Absatz 2 Nr. 4 der Norm u. a. die „Sicherheit der Lieferkette einschließlich sicherheitsbezogener Aspekte der Beziehungen zwischen den einzelnen Einrichtungen und ihren unmittelbaren Anbietern oder Diensteanbietern“.

[14] Wenn mithin etwa ein Unternehmen aus dem Anlagenbau oder ein Zulieferer Adressaten unter dem BSIG-E beliefert, sollte sich auch dieses Unternehmen materiell auf verschärfte Anforderungen einstellen. Diese werden dann allerdings vom Vertragspartner zivilrechtlich auferlegt und nicht als gesetzliche, bußgeldbewehrte Pflicht aus dem BSIG-E. Trotz entsprechender Forderungen im Gesetzgebungsverfahren¹⁵ ist eine gesetzliche Verpflichtung in der Lieferkette, wie sie etwa im Datenschutzrecht aus Art. 28 DSGVO bekannt ist, nicht aufgenommen worden.

[15] Das unmittelbar vom BSIG-E adressierte Unternehmen muss für seine Lieferkette im Rahmen des nach § 30 BSIG-E verpflichtenden Risikomanagements ein sog. „Cyber-Supply Chain Risk Management“ vorsehen, kurz C-SCRM. Welche Anforderungen hier konkret erforderlich sind, ist vom Einzelfall abhängig. Das BSI hat etwa aktuelle Technische Richtlinien für den Erwerb von Software veröffentlicht.¹⁶ Diese konturieren den Stand der Technik zur Absicherung in der Lieferkette aus Sicht des BSI für dieses Produkt. Anbieter von Software, die ihre Produkte an Adressaten unter dem BSIG-E vertreiben, müssen sich auf entsprechende Anforderungen einstellen. Aber auch außerhalb dieses Bereiches zeigen die Richtlinien beispielsweise Zulieferern für Maschinenbauunternehmen, welche Risikomanagementanforderungen auf sie in der Lieferkette zukommen können, wenn ihre Kunden die Anforderungen des BSIG-E umsetzen. Weitere, allgemeinere Anhaltspunkte ergeben sich auch aus dem BSI-Standard 200-4 zu Outsourcing und Lieferketten. Danach ist es erforderlich, an alle Unternehmen in der Lieferkette solche Anforderungen an das Business Continuity Management zu stellen, die die eigene Arbeitsfähigkeit absichern. Zu

13) Regierungsentwurf, Stand 22.7.2024, Zu § 28, Zu Absatz 3, S. 156.

14) Zu den Anforderungen an das Risikomanagement in der Lieferkette noch sogleich, II. 2.

15) Etwa vom DAV, Stellungnahme Nr. 37/2024, S. 4 ff. für sog. Auslagerungsunternehmen, www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/D/downloads/stellungnahmen/C11/NIS-2-umsetzungs-cybersicherheit/NIS2UmsuCG070524_DAV.pdf.pdf;jsessionid=8AD3448562F5007335C76225BD548844.live872?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 12. September 2024).

16) BSI-TR-03183, abrufbar unter www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Standards-und-Zertifizierung/Technische-Richtlinien/TR-nach-Thema-sortiert/tr03183/TR-03183_node.html (zuletzt abgerufen am 12. September 2024).

erwarten sind vertragliche Pflichten zur Bereitstellung notwendiger Ressourcen und zur Durchführung eigener hinreichender Risikomanagementprozesse einschließlich Notfallplänen, umfassender Informationspflichten und weitreichender Berechtigungen zu regelmäßigen Audits inklusive Penetrationstests u. ä.

III. Informationssicherheitspflichten für den Maschinen- und Anlagenbau

[16] Fällt ein Unternehmen in den Anwendungsbereich des BSIG-E, sind je nach Klassifizierung als KRITIS, besonders wichtige oder wichtige Einrichtung unterschiedliche Pflichten zu erfüllen. Diese umfassen stets Registrierungspflichten, Vorgaben zum Risikomanagement und Meldepflichten, die Umsetzung wird durch begleitende Pflichten abgesichert. Für die im Maschinen- und Anlagenbau häufigen wichtigen Einrichtungen gelten im Vergleich zu den besonders wichtigen Einrichtungen, die auch KRITIS umfassen, niederschwellige Pflichten.

1. Risikomanagementmaßnahmen

[17] Kern des neuen Pflichtenkreises ist die Implementierung angemessener Risikomanagementmaßnahmen nach § 30 BSIG-E. Besonders wichtige Einrichtungen und wichtige Einrichtungen sind nach Absatz 1 Satz 1 der Norm „verpflichtet, geeignete, verhältnismäßige und wirksame technische und organisatorische Maßnahmen ... zu ergreifen, um Störungen der Verfügbarkeit, Integrität und Vertraulichkeit der informationstechnischen Systeme, Komponenten und Prozesse, die sie für die Erbringung ihrer Dienste nutzen, zu vermeiden und Auswirkungen von Sicherheitsvorfällen möglichst gering zu halten“. Diese Maßnahmen beziehen sich auf „sämtliche informationstechnischen Systeme, Komponenten und Prozesse ... , die von der jeweiligen Einrichtung für die Erbringung ihrer Dienste genutzt werden“. Als Dienstleistung sollen dabei „sämtliche Aktivitäten der Einrichtung, für die IT-Systeme eingesetzt werden“, verstanden werden.¹⁷ Das Risikomanagement ist auf Ebene der gesetzlichen Verpflichtungen neu, in der Sache aber angelehnt an die bekannten Maßnahmen aus der ISO27001-Zertifizierung und den IT-Grundschutz des BSI. Niederschlagen muss sich das Risikomanagement in das interne Compliance-System, welches als Dach der insgesamt notwendigen Prozess- und Strukturmaßnahmen dienen kann.

[18] Die Umsetzung der Risikomanagementmaßnahmen ist von der Geschäftsleitung zu überwachen, die für Verletzungen ihrer Überwachungspflicht haften muss; § 38 BSIG-E etabliert damit den sog. Cyber-Vorstand und erhebt das Risikomanagement zweifelsfrei zur organspezifischen Pflicht. Damit die Geschäftsleitung diese Pflicht auch erfüllen kann, ist sie nach § 38 Abs. 3 BSIG-E zur Schulung verpflichtet.

2. Registrierungspflichten

[19] Besonders wichtige Einrichtungen und wichtige Einrichtungen sind nach § 33 Abs. 1 BSIG-E verpflichtet, sich zu registrieren. Übermittelt werden müssen neben Name und Anschrift der relevanten Sektor, die geographischen Tätigkeitsbereiche und die Aufsichtsbehörden. Das Verfahren wird nach § 33 Abs. 6 BSIG-E vom BSI im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe festgelegt und auf der Homepage veröffentlicht.

3. Melde- und Unterrichtungspflichten

[20] Besonders wichtige und wichtige Einrichtungen müssen erhebliche Sicherheitsvorfälle dem BSI melden, § 32 BSIG-E. Ein erheblicher Sicherheitsvorfall ist ein Sicherheitsvorfall, der (a) schwerwiegende Betriebsstörungen der Dienste oder finanzielle Verluste für die betreffende Einrichtung verursacht hat oder verursachen kann oder (b) andere natürliche oder juristische Personen durch erhebliche materielle oder immaterielle Schäden beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen kann (§ 2 Nr. 11 BSIG-E). Solche Vorfälle sind beispielsweise Fehlkonfigurationen, die dazu führen, dass vertrauliche Informationen offengelegt werden, oder kriminelle Handlungen, wie zB Angriffe auf Server, der Diebstahl von vertraulichen Informationen sowie Sabotage oder Erpressung mit IT-Bezug.¹⁸

[21] Die Meldepflicht gliedert sich in eine frühe Erstmeldung nach spätestens 24 Stunden, die reguläre Meldung nach spätestens 72 Stunden und die Abschlussmeldung nach spätestens einem Monat. Die Meldepflicht besteht isoliert neben weiteren Meldepflichten, insbesondere nach Datenschutzvorfällen gem. Art. 33 DSGVO. Mit jeder Meldung muss die Informationsdichte erhöht werden. In der frühen Erstmeldung fokussiert sich die Meldung auf Angaben zu etwaigen Anhaltspunkten auf rechtswidrige oder böswillige Handlungen und mögliche grenzüberschreitende Auswirkungen. In der Meldung nach 72 Stunden kommt dann eine erste Bewertung des Sicherheitsvorfalls hinzu, in der u. a. Hinweise zu Schweregrad und Auswirkungen zu geben sind. Die Abschlussmeldung muss dann eine ausführliche Beschreibung des Vorfalls, Angaben zur Art der Bedrohung und der Ursache, den Abhilfemaßnahmen und den Auswirkungen enthalten.

[22] Bei erheblichen Sicherheitsvorfällen kann das BSI anordnen, dass die Kunden unterrichtet werden, § 35 BSIG-E. Auch diese Pflicht besteht isoliert von und parallel zu Art. 34 DSGVO.

4. Risiken bei Pflichtverletzungen: Von Anordnungs-, Untersagungs- und Bußgeldrisiken

[23] Das BSI ist befugt, die Umsetzung der Pflichten zum Risikomanagement, zu Meldungen und Schulungen des Cyber-Vorstands auch ggü. wichtigen Einrichtungen durchzusetzen, § 62 BSIG-E. Die Befugnisse des BSI ggü. besonders wichtigen Einrichtungen sind gem. § 61 BSIG-E noch weitreichender. Diese zentralen Pflichten des BSIG-E sind gem. § 65 BSIG-E auch mit Bußgeldern belegt, mit bis zu 7 Mio. Euro oder 1,4 % des Jahresumsatzes für wichtige Einrichtungen.

IV. Praktische Hinweise für die Umsetzung in Industrie- und Infrastrukturprojekten

[24] Die praktische Umsetzung von Cybersecurity-Maßnahmen im Maschinen- und Anlagenbau erfordert eine umfassende Betrachtung der oben beleuchteten Aspekte. Soweit Handeln erforderlich ist als unmittelbar betroffenes Unternehmen oder mittelbar innerhalb der Lieferkette, steht übergeordnet zunächst die Einrichtung

17) Regierungsentwurf, Stand 22.7.2024, Zu § 30, Zu Absatz 1, S. 160.

18) DER.2.1: Behandlung von Sicherheitsvorfällen (bund.de), abrufbar unter www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Grundschutz/Kompendium_Einzel_PDFs_2021/05_DER_Detektion_und_Reaktion/DER_2_1_Behandlung_von_Sicherheitsvorfaellen_Edition_2021.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 12. September 2024).

einer Projektgruppe, die durch den Cyber-Vorstand eingerichtet werden muss (siehe III. 1.). Die Experten sollten aus verschiedenen Fachrichtungen innerhalb des Unternehmens zusammengestellt werden (zB Compliance, IT, Recht, aber auch Experten für physische Gebäudesicherheit).

[25] Im Einzelnen erforderlich werden können im Rahmen einer individuellen Bedarfsanalyse beispielsweise die Überarbeitung bestehender Sicherheitssysteme, die physische und rechtliche Integration von Komponenten unterschiedlicher Hersteller und die Sicherstellung der Zukunftssicherheit. Dabei muss auch die Größe des Unternehmens berücksichtigt werden, um Maßnahmen effektiv und effizient umsetzen zu können.

[26] Vor dem Hintergrund sich ständig weiterentwickelnder rechtlicher Rahmenbedingungen sowie dem rasanten technologischen Fortschritt ist die Gewährleistung der Zukunftssicherheit essentiell in Projekten mit langer Lebensdauer. Unternehmen müssen langfristige Cybersecurity-Strategien entwickeln. Um bestehende Sicherheitssysteme auf dem neuesten Stand zu halten, sollten Unternehmen regelmäßige Sicherheitsaudits (intern und extern) durchführen. Insbesondere müssen Technologien wie Firewalls, Intrusion Detection Systems (IDS)¹⁹ (zB auch durch Implementierung eines Patch-Management-Systems) stetig beobachtet und aktualisiert werden. Der Einsatz von Virtual Patching kann eine temporäre Lösung bieten, bis umfassendere Nachrüstungen durchgeführt werden können. Anlagen sollten zudem darauf ausgerichtet werden, dass veraltete Komponenten vereinfacht ausgetauscht werden können.

[27] Gleichzeitig erfordert die oftmals in Maschinen- und Anlagenbauprojekten notwendige physische und rechtliche Integration von Komponenten unterschiedlicher internationaler Hersteller eine sorgfältige Planung und Umsetzung. Neben entsprechenden klaren vertraglichen Regelungen und Audits, können Sicherheits-Gateways und Protokollkonverter unterstützen, unterschiedliche Sicherheitsstandards zu harmonisieren und zu überwachen. Bei der Durchführung hilft es, eine eigene Stabsstelle für die Überwachung einzurichten.

[28] Schließlich muss die Größe des Unternehmens bei der Umsetzung aller Maßnahmen berücksichtigt werden. Kleine und mittelständische Unternehmen sollten auf Arbeitsgruppen und skalierbare Sicherheitslösungen setzen und bei Bedarf externe Experten hinzuziehen, um spezialisierte Sicherheitskompetenzen zu integrie-

ren. Managed Security Services können hierbei eine kosteneffiziente Möglichkeit bieten, umfassende Sicherheitsmaßnahmen zu implementieren. Als Best-Practice bei größeren Unternehmen wird sich die Erweiterung der Rechtsabteilung oder des IT-Sicherheitsteams erweisen.

[29] Eine besondere Herausforderung ergibt sich zudem daraus, dass das BSIG-E keine individuellen Regelungen für Unternehmensgruppen mit diversen verbundenen Unternehmen enthält: Jedes vom BSIG-E adressierte Unternehmen einer Unternehmensgruppe ist individuell registrierungspflichtig und bei Sicherheitsvorfällen meldepflichtig. Die Durchführung des Risikomanagements und die Implementierung der entsprechenden Prozesse und Maßnahmen kann indes dennoch in der gesamten Unternehmensgruppe erfolgen und lässt sich so oftmals auch einfacher umsetzen.

[30] Im Falle einer konkreten Cyberattacke sind die notwendigen Maßnahmen sehr individuell und können hier nicht abschließend beleuchtet werden.²⁰ Entscheidend ist es, bereits vor Eintritt eines Cyberfalls eine klare Strategie zu haben. Hierzu sollte ein Incident-Response-Team eingerichtet werden, das schnell auf Bedrohungen reagieren kann. Darüber hinaus sollte jeder IT-Anwender entsprechend geschult sein.²¹

V. Fazit und Ausblick

[31] Durch eine ganzheitliche Herangehensweise können Unternehmen im Maschinen- und Anlagenbau ihre Cybersecurity-Strategien effektiv stärken und den Anforderungen der NIS2-Richtlinie und ihrer Umsetzung im BSIG-E gerecht werden. In den kommenden Beiträgen werden wir tiefer in spezifische Maßnahmen zur Verbesserung der Cybersecurity eintauchen, einschließlich detaillierter Fallstudien und Best Practices. Wir werden auch rechtliche Implikationen und praxisnahe Lösungsansätze für den Maschinen- und Anlagenbau betrachten, um ein umfassendes Verständnis und konkrete Handlungsanweisungen zu bieten.

19) www.bsi.bund.de/DE/Service-Navi/Publikationen/Studien/IDS02/gr1_1.htm (zuletzt abgerufen am 12. September 2024).

20) Weitergehende Hinweise: www.allianz-fuer-cybersicherheit.de/Webs/ACS/DE/Informationen-und-Empfehlungen/Empfehlungen-nach-Angriffszielen/Unternehmen-allgemein/IT-Notfallkarte/TOP-12-Massnahmen/top-12-massnahmen_node.html (zuletzt abgerufen am 12. September 2024).

21) Auch hilfreich kann eine sog. „IT-Notfallkarte“ sein: www.allianz-fuer-cybersicherheit.de/Webs/ACS/DE/Informationen-und-Empfehlungen/Empfehlungen-nach-Angriffszielen/Unternehmen-allgemein/IT-Notfallkarte/IT-Notfallkarte/it-notfallkarte_node.html (zuletzt abgerufen am 12. September 2024).

PROF. DR. IUR. WINFRIED HUCK/TOBIAS VOIGT*

Contractors' All-Risk Insurance (CAR): Deckung, Risk Management und Rechtsrahmen (Teil 1)

Eine Bauleistungsversicherung (Contractors' All-Risk, CAR) bündelt oft die Interessen aller am Bauprojekt Beteiligten in einer einzigen Versicherung. Der genaue Umfang einer CAR-Police hängt stark von den spezifischen Projektbedingungen ab, wie etwa den Vertragsbedingungen des Bauvertrags oder dem lokal zwingenden Recht. Ergänzende Versicherungen sind oft erforderlich, um eine vollständige Risikoabdeckung zu gewährleisten. Besonders bei Infrastrukturprojekten, wie dem Bau von Brücken oder in der Ausprägung als Montageversicherung (Erection all Risk- EAR) bei Kraftwerken, ist dieser Versicherungstyp von großer Bedeutung. In einem zweiten Teil werden die Bedeutung der weit verbreiteten Praxis der Mitversicherung und die Kombination mit einer allgemeinen Haftpflichtdeckung beleuchtet, insbesondere die Mitversicherung von Subunternehmern. Es wird außerdem erläutert, wie spezielle Erweiterungen der CAR-Deckung, wie zB die Advanced Loss of Profits (ALOP)-Versicherung, vor finanziellen Verlusten durch Projektverzögerungen schützen können.

The policy often consolidates the interests of all parties involved in the project into a single insurance contract. While CAR insurance covers many risks, its exact scope depends heavily on the specific conditions of the project, such as the contractual terms of the construction agreement or mandatory domestic laws. Additional insurances are often required to ensure complete risk coverage. This type of insurance is particularly important in infrastructure projects, such as the construction of bridges, or in its form as Erection All Risks (EAR) insurance for power plants. In a second part, the importance of joint insurance, in particular of subcontractors, and the combination with general liability coverage is explored. It also explains how specific extensions of CAR coverage, such as Advanced Loss of Profits (ALOP) insurance, can protect against financial losses resulting from project delays.

I. Überblick über die Rolle der Bauleistungsversicherung (CAR) in der Praxis

[1] Die Bauleistungsversicherung (Contractors' All-Risk, CAR) ist ein weltweit verbreiteter Vertragstypus, der Versicherungsschutz bei Projekten im Anlagenbau gegen bestimmte Risiken während der Bauzeit und ggf. auch für die Dauer der Gewährleistung/Wartung („maintenance“) bietet. Solch eine Versicherungspolice schützt -entgegen des Wortlauts- längst nicht vor allen Risiken, sondern nur vor solchen, die gegen entsprechende Prämien vertraglich vereinbart worden sind. Böte ein Versicherer an, tatsächlich „alle“ Risiken abzudecken, er würde sich auf dem Markt kaum behaupten können.¹ Etwaige Begrenzungen der Deckung ergeben sich sodann aus den privatautonom vereinbarten versicherungsrechtlichen Obliegenheiten, Leistungsausschlüssen und inhaltlichen und zeitlichen Limitierungen.

[2] Bei vielen Bauprojekten wird eine Projektversicherung abgeschlossen, die die Sachinteressen aller Beteiligten in einer Police bündelt, es sei denn, es werden vom Projektvertrag weitere Policen

vertraglich gefordert. Diese werden dann oft als „Projektversicherung“, „Bauleistungsversicherung“ (CAR) oder „Montageversicherung“ (Erection All Risk – EAR) bezeichnet. Der Begriff „Montageversicherung“ wird vor allem bei Industrieanlagen wie Raffinerien oder Chemieanlagen verwendet.²

*) 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. 176 anm. 11.4

2) Roger ter Haar QC, Marshall Levine, Anna Laney, Construction insurance and UK construction contracts, 3.ed., Informa Law from Routledge, 2016, p. 176, anm. 11.2

[3] In der Regel schützt die CAR vor einer Vielzahl von Gefahren, die während der Bauphase auftreten können, beispielsweise durch unvorhergesehene Ereignisse wie Wettereinflüsse, mangelhaftes Material, Diebstahl und andere Schadensfälle.³ Doch die scheinbar einfache Frage, wie „alle“ Risiken eines Bauunternehmers erfasst werden, ist auch von der Risikolandschaft eines Projekts abhängig und von den konkreten Bedingungen des Projekts – etwa bei einem Wasserkraftwerk.⁴ Faktoren wie die Beschaffenheit des Bauwerks⁵, die Projektdauer, die Klauseln des Industrieanlagenvertrags, das jeweilige Recht, die Leistungsfähigkeit von Konsortialpartnern sowie rechtliche und faktische Rahmenbedingungen spielen bei der Risikoerfassung darüber hinaus eine Rolle. Je nach Projektzuschnitt werden in der Praxis ergänzende Versicherungsbedingungen angeboten, wie etwa All Machinery, Machinery Movement, Machinery Options, Property Engineering, Contractors Plant, Erection All Risks Computer, Electronic Equipment, Deterioration of Stock, Machinery Business Interruption.⁶

[4] Insbesondere bei Infrastrukturprojekten, wie etwa dem Bau von Straßen, Brücken oder Industrieanlagen, spielt die CAR eine erhebliche Rolle, um finanzielle Verluste zu minimieren. Etwaige Lücken der Deckung sind zu vermeiden, so wenn einzelne Versicherungen mit unterschiedlichen Bedingungen auf unterschiedlichen Rechtsordnungen kombiniert werden, und potenzielle Schnittstellen nicht ausreichend abgesichert sind. Die Frage der Versicherungsdeckung im Industrieanlagengeschäft und bei Infrastrukturprojekten gehört mit zu den komplexen und wenig transparenten Aspekten von Bauvorhaben im In- und Ausland.⁷

[5] Im Zentrum einer Versicherungsdeckung für den internationalen Anlagenbau steht häufig nicht nur die CAR als einzelne Police, sondern die Kombination mehrerer Versicherungen zur Abdeckung der mit einem Vorhaben verbundenen Risiken. Die Bauleistungsversicherung (CAR) und die Montageversicherung (EAR) sind in der Praxis von erheblicher Bedeutung. Dennoch kann es, je nach Projekt, erhebliche Unterschiede geben. Liegt zB ein Build, Operate, and Transfer-Projekt, ein BOT-Projekt⁸ vor, wird zu Beginn für das Projekt ein Versicherungskonzept erstellt, an dem Sachverständige (Loss Adjuster), lokale Broker, lokale Versicherer und ein internationaler Broker unter Einbeziehung der späteren Projektbeteiligten beteiligt werden.⁹ Bei Großprojekten können auch umfassende, speziell auf das jeweilige Projekt zugeschnittene Versicherungslösungen erforderlich werden, die als "Wrap-up" oder "Overall Insurance" bezeichnet werden.¹⁰ Als ein Beispiel für solch eine außergewöhnliche Projektversicherung gilt der Bau des Heathrow Terminal 5 im Vereinigten Königreich.¹¹ Ein weiteres bemerkenswertes Megaprojekt ist der 57 Kilometer lange Gotthard-Basistunnel, der am 1. Juni 2016 eingeweiht wurde. Der Gotthard-Basistunnel seinerseits ist ein Teilprojekt der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT), die aus drei Basistunnels und deren Zulaufstrecken besteht.¹² Die Versicherung für dieses monumentale Projekt zur Herstellung des Gotthard-Basistunnels wurde von einem Konsortium verwaltet, das ein umfassendes Versicherungspaket anbot, das mehrere Versicherungen wie Bau-, Unfall- und Haftpflichtversicherungen für Sach-, Personen- und Vermögensschäden umfasste.¹³

[6] Der Versicherungsvertrag ist jedoch kein zu dem Projektvertrag im Verhältnis der Akzessorietät stehender Vertrag, jedoch besteht eine enge Abhängigkeit von den expliziten Bedingungen des jeweiligen Projektvertrags.¹⁴

[7] Dies zeigt sich beispielsweise bei den FIDIC-Bedingungen für Anlagen- und Design-Build-Verträge (Second Edition 2017) (Yellow Book). Klausel 19 des Yellow Book verlangt vom Auftragnehmer, der das Projekt durchführt, den Abschluss von fünf spezifischen Versicherungen: für die Vertragsarbeiten, für Güter, für Haftung bei beruflichem Fehlverhalten („PI-Insurance“), für Personenschäden und Sachschäden („Public liability“), für Verletzungen von Arbeitnehmern („workers compensation“-Arbeitnehmerentschädigung) sowie für andere gesetzlich oder lokal vorgeschriebene Versicherungen.¹⁵

[8] Besondere Herausforderungen ergeben sich bei Offshore-Projekten. Die Bauphase der meisten großen Offshore-Öl- und Gasprojekte wird durch eine spezielle Bauleistungsversicherung, oft in Form der WELCAR-Police, abgedeckt. In der Praxis wird diese jedoch häufig erheblich angepasst.¹⁶ Durch die Entwicklung der Offshore-Windindustrie ergaben sich für den Versicherungsmarkt ganz neue Risiken, die ebenfalls in sehr individualisierten Policen verarbeitet wurden.¹⁷

3) Zum Ganzen, etwa: Cooke, Julian et al.: Construction All Risks Insurance, in: The Law of Construction Insurance, 2nd Edition, Informa Law from Routledge, 2017; Hodgkin, Raymond: Insurance Law in the Construction Industry, Taylor & Francis, 2014; Hök, Zur Versicherungsdeckung beim Auslandsbau unter Berücksichtigung der FIDIC-Verträge und der Contractor's All Risk Insurance (CAR), VersR 2009, 878; Schinnerer, Victor O., Contractors' All Risks Insurance: An Overview, in: International Construction Law Review, Vol. 11, No. 4, 1994, S. 346-357; Čadež, Versicherungskonzepte in regulierten Versicherungsmärkten bei BOT-Infrastrukturprojekten – Praxisbeispiel Stadtautobahn in Santiago de Chile, NZBau 2003, 10 (13).

4) Hierzu etwa „Hydro Power, Construction all Risks Policy wording“ von Allianz Engineering, UK, 67 p.

5) Hök, Zum Baugrundrisiko in Deutschland mit einem Blick ins Ausland und auf internationale Vertragsmuster, ZfBR 2007, 3 ff.

6) Vgl. etwa Allianz Insurance plc, All Machinery, Policy Wording, p. 19.

7) Hök, Zur Versicherungsdeckung beim Auslandsbau unter Berücksichtigung der FIDIC-Verträge und der Contractor's All Risk Insurance (CAR), VersR 2009, 878.

8) Hierzu etwa Nicklisch, BOT-Projekte: Vertragsstrukturen, Risikoverteilung und Streitbeilegung, BB 1998, 2; Augenblick/Custer, The build, operate, and transfer ("BOT") approach to infrastructure projects in developing countries, working paper; No. WPS 498 Washington, D.C., World Bank Group. <http://documents.worldbank.org/curated/en/919341468766792679/The-build-operate-and-transfer-BOT-approach-to-infrastructure-projects-in-developing-countries>.

9) Čadež, Versicherungskonzepte in regulierten Versicherungsmärkten bei BOT-Infrastrukturprojekten – Praxisbeispiel Stadtautobahn in Santiago de Chile, NZBau 2003, 10 (15).

10) Roger ter Haar QC, Marshall Levine, Anna Laney, Construction insurance and UK construction contracts, 3. ed., Informa Law from Routledge, 2016, p. 96, 5.23.

11) Donald Charett, Contracts for Construction and Engineering Projects, 2. Ed., 2022, p. 310.

12) Bundesamt für Verkehr BAV (CH), Elemente der NEAT, zur Projektaufsicht und zu den Controlling-Instrumenten <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/verkehrsmittel/eisenbahn/bahninfrastruktur/ausbauprogramme/abgeschlossene-ausbauprogramme/neat/projektaufsicht-und-controlling-instrumente.html>.

13) Schweizerische Gewerbezeitung v. 13.5.2016: Ein Versicherungsprojekt der Superlative, https://www.gewerbezeitung.ch/de/news_archiv/ein-versicherungsprojekt-der-superlative

14) Zur Verbindung zwischen Versicherungsvertrag und Vertragsstandards im Anlagenbau siehe Roger ter Haar QC, Marshall Levine, Anna Laney, Construction insurance and UK construction contracts, 3.ed., Informa Law from Routledge, 2016, p. 253: Contract insurance under JCT Standard; Building Contract 2011, p. 281: Contract insurance under JCT Major Project Construction Contract; p. 303: Contract insurance under NEC3 (2013) and p. 309: FIDIC conditions of contract.

15) Donald Charett, Contracts for Construction and Engineering Projects, 2. Ed., 2022 p. 302.

16) Stuart Beadhall and Simon Moore, Offshore Construction: Law and Practise, 2. Ed., 2022, p. 329, 14.32 and p. 332 ff.

17) Eine Alternative zur traditionellen Versicherung steht der Bauindustrie durch Vereinbarungen mit sogenannten Captive-Versicherungsgesellschaften ("Captives") zur Verfügung, vgl. Roger ter Haar QC, Marshall Levine, Anna Laney, Construction insurance and UK construction contracts, 3.ed., Informa Law from Routledge, 2016, S. 381 Rn. 29.1.

[9] Im Folgenden wird zwischen der Bauleistungsversicherung (CAR) und der Montageversicherung (EAR) unterschieden. Anschließend wird der internationale Rechtsrahmen, in den die CAR eingebettet ist, näher beleuchtet. Daraufhin werden interne und externe Risiken untersucht, wobei der zugrunde liegende Hauptvertrag eine zentrale Rolle spielt. Nach dieser Einführung werden praxisrelevante rechtliche Fragen, wie zum Beispiel die Deckung bei Betriebsunterbrechung (Advanced Loss of Profit, ALOP), behandelt.

II. Abgrenzung zwischen EAR und CAR

[10] Auch die Montageversicherung (EAR) ist in der Praxis weit verbreitet. Sie deckt in der Regel sämtliche Montage- und Testaktivitäten an Maschinen, Industrieanlagen, Stahlkonstruktionen und ähnlichen Strukturen ab, sowie Schäden an fremdem Eigentum und Personenschäden, die im Zusammenhang mit der Montage entstehen. Die Versicherung kann zudem Bauarbeiten, Montageausrüstung, Aufräumarbeiten, Ingenieurhonorare und bestehendes Eigentum des Bauherrn umfassen.¹⁸ Eine klare Abgrenzung der in der Praxis häufig genutzten Standardbedingungen ist oft schwierig, da diese manchmal als synonym für Sachversicherungen (material damage policies) betrachtet werden.¹⁹ In der Praxis werden sie jedoch als unterschiedliche Versicherungsformen angesehen. Die CAR-Versicherung kommt hauptsächlich bei Bauprojekten wie dem Bau von Gebäuden, Straßen oder Brücken zum Einsatz und schützt vor Risiken, die während der Bauphase auftreten können, wie Feuer, Diebstahl, Witterungsschäden oder Unfälle. Im Gegensatz dazu ist die EAR-Versicherung speziell auf Montageprojekte und den Anlagenbau ausgerichtet, insbesondere bei der Errichtung von Maschinen, Industrieanlagen oder Energieprojekten, die komplexe Montageprozesse erfordern.

III. Die CAR und der Projektvertrag

[11] Rechtlich gesehen hängen die Risiken bei Industrieanlagenprojekten (auch) davon ab, welches Recht wessen Staates auf den Industrieanlagenvertrag und den Versicherungsvertrag Anwendung findet. Dabei spielen z. B. folgende Fragen eine Rolle: Wurde ein internationaler Vertragsstandard von Joint Contracts Tribunal (JCT), der Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils bzw. International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), Organisation de Liaison des Industries Métalliques Européennes (ORGALIME), New Engineering Contract of the Institution of Civil Engineers, ICE (NEC) oder Engineering Advancement Association of Japan (ENAA)²⁰ dem Projektvertrag zugrunde gelegt und vereinbart? Welche Rechtswahl wurde getroffen? Handelt es sich um ein komplexes oder einfacheres Projekt?²¹ Außerdem ist wichtig, in welchem Staat das Projekt unter welchen Bedingungen und möglicherweise mit welchen "nominated subcontractors"²² abgewickelt wird. Hinzu kommen externe und interne Risiken (dazu sogleich mehr). Obwohl die meisten branchenüblichen Bauverträge eine Form der CAR vorschreiben, existieren keine einheitlichen, standardisierten Bedingungen für diese Police. Der Inhalt einer CAR-Versicherung wird privatrechtlich zwischen den Vertragspartnern meist auf der Basis von vorformulierten Vertragsbedingungen vereinbart (im Ausland eher selten auf der Basis deutschen Rechts) und umfasst dabei u. a. Klauseln zu Ausschlüssen (zB "wear, tear or gradual deterioration")²³, Obliegenheiten sowie Prämienrege-

lungen. Eine Versicherung dient in diesem Kontext als Instrument, um bestimmte materielle Schadensrisiken auf den Versicherer zu übertragen²⁴. Ungesichert bleiben jedoch Ausschlüsse (Exclusions), Selbstbehalte (Deductibles), Deckungsgrenzen (Limits) sowie etwa die Nichtbefolgung der Schadenmeldungsprozeduren (Claim procedures) auf der Grundlage der jeweiligen Versicherungsbedingungen.²⁵

[12] Im Folgenden wird auf die Bestrebungen der EU eingegangen, ein unionales privates Versicherungsvertragsrecht zu etablieren. Dabei werden auch nationale zwingende Vorschriften (ius cogens) sowie das europäische Kollisionsrecht (nach Art. 3 EGBGB: Internationales Privatrecht) thematisiert. Schließlich werden wichtige Besonderheiten erläutert, die sich ergeben, wenn englisches Recht einer CAR-Versicherung zugrunde gelegt wird.

IV. Die EU und das Versicherungsrecht

[13] Die Bestrebungen der EU-Kommission, ein harmonisiertes europäisches Vertragsrecht – sogar ein umfassendes unionales Privatrecht – im Binnenmarkt der 27 Mitgliedstaaten zu etablieren, sind vorerst gescheitert.²⁶ Abgesehen vom öffentlich-rechtlich geprägten Versicherungsaufsichtsrecht existiert derzeit kein vollendeter Binnenmarkt, der das private Versicherungsrecht abdeckt.²⁷ Bemerkenswerte Vorarbeiten wurden von einer Expertengruppe im Auftrag der EU-Kommission zu den Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) geleistet. Diese sollten als optionales Instrument für ein europäisches Versicherungsvertragsrecht dienen²⁸, das sich in der EU nicht verfestigen konnten.

18) Allianz Erection All Risks Insurance, <https://www.allianz.com.my/corporate/liabilities-operations-and-asset-protections/engineering-and-machines/erection-all-risks-insurance.html>.

19) Roger ter Haar QC, Marshall Levine, Anna Laney, Construction insurance and UK construction contracts, 3.ed., Informa Law from Routledge, 2016, p. 93, 5.10 "Material damage policies are often described as contractors all risks (CAR) or erectors all risks (EAR) policies." und p. 176, 11.3.

20) Hök, Internationale Vertragsstandards im Vergleich – Gegenüberstellung von FIDIC, ENAA und NEC4, ZfBR 2021, 3 ff.

21) Zu einfacheren, nicht komplexen Vorhaben für einen Zeitrahmen von ca. 2 Jahren und einem Gesamtvolumen von bis zu 10 Mio USD, vgl. Hök, Das Neue FIDIC Short Form of Contract – FIDIC Green Book, 2021, ZfBR 2022, 627 (628).

22) Ritter/Schätzlein, E. Auslandsbau, II. FIDIC-Standardbedingungen, in: Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Auflage 2020, Rn. 105; Frank-Fahle, Nominated Sub-Contractor-Klauseln im Lichte des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes: Die Wahl zwischen Pest und Cholera? ZfBR 2023, 6, 7 f; vgl. Julian Bailey, Construction law, Vol. III, 2. Ed., Routledge, 2016, auch p. 1527, 20.30. ff.

23) Roger ter Haar QC, Marshall Levine, Anna Laney, Construction insurance and UK construction contracts, 3.ed., Informa Law from Routledge, 2016, p. 179, 11.17: „All risks policies usually contain an exclusion in respect of damage caused by "wear, tear or gradual deterioration"“.

24) Donald Charett, Contracts for Construction and Engineering Projects, 2. Ed., 2022, Routledge, p. 301.

25) Siehe etwa Allianz Insurance plc, Contractors All Risk, Policy wording https://www.allianz.co.uk/content/dam/onemarketing/azuk/allianzco/uk/broker/docs/products/construction-select/previous-versions/contractors-all-risks-wording_acew1377-15.pdf oder die Website von HDI Construction & Erection All Risk Insurance: <https://www.hdi.global/insurance/engineering-and-construction/construction-project-insurance/>.

26) Dutta, Privatrechtsvereinheitlichung – (weiterhin) ein (sinnvolles) Anliegen der Europäischen Union? ZfPW 2024, 217; Martens, Ein Europa, ein Privatrecht – Die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts EuZW 2010, 527.

27) Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, § 1. Besondere Bedeutung der Versicherungscompliance, 3. Auflage 2020, Rn. 42.

28) Heiss, Basedow, Wandt, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), EuZW 2008, 68; Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss/Loacker, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), 2. Aufl. 2016.

V. CAR-Versicherung im Kollisionsrecht

[14] Bei grenzüberschreitenden Industrieanlagenverträgen und deren Absicherung durch Versicherungsverträge bleiben von nachgerade klassischer Bedeutung die Fragen, welches Recht wessen Staates auf den Vertrag Anwendung findet und, ob es einen Gleichlauf mit dem vereinbarten Recht des jeweiligen Industrieanlagenvertrag geben sollte, auf den sich die Versicherung bezieht, und, des Weiteren, welcher Gerichtsstand (§ 38 ZPO), bzw. welche Schiedsgerichtabrede bzw.-klausel (§ 1029 II ZPO), der CAR zugrunde zu legen ist.²⁹ Sind Rechtswahlvereinbarungen, weil an einem zivilrechtlichen Mangel leidend, unwirksam, wird für den Versicherungsvertrag auf das IPR, hier Art 7 ROM I VO³⁰ oder ggf. auf ein anderes nationales IPR zurückzugreifen sein.³¹ Das Vertragsrecht für die CAR-Versicherung folgt den Versicherungsbedingungen des jeweiligen Anbieters und dessen Verankerung in dem Recht eines Landes, bei dem zuweilen auch zwingendes Recht zu berücksichtigen ist (dazu gleich mehr). In der Praxis überwiegt – wie auch sonst – die Vereinbarung englischen Rechts³², wobei natürlich auch andere Jurisdiktionen möglich sind (Artt. 7, 3 ROM I VO). Art. 7 Abs. 1 ROM I VO differenziert zunächst zwischen Versicherungen von Großrisiken (insoweit gilt Art. 7 in toto) und sonstigen Risiken, ferner zwischen Versicherungen von Risiken, die in einem Mitgliedstaat belegen sind (dann gilt Art. 7 wiederum in toto), und solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Zudem werden Rückversicherungsverträge von seinem Anwendungsbereich ausgenommen (Art.7 Abs.1 S.2 Rom-I-VO).³³

VI. Lokal zwingendes Recht

[15] In vielen Fällen kann lokales zwingendes Recht zusätzliche Anforderungen an eine CAR-Versicherung stellen, bei der dann Ergänzungen nötig sind, um das jeweilige lokale Recht abzudecken. Im Folgenden werden Beispiele aufgeführt, die zeigen, wie nationale Bestimmungen ergänzende Vereinbarungen erforderlich machen können.

1. Garantie décennale

[16] In Frankreich sowie in Ländern, die vom französischen Recht beeinflusst sind – wie etwa die Vereinigten Arabischen Emirate, Ägypten, Algerien, Kamerun und Marokko – besteht die sogenannte Garantie décennale.³⁴ Diese gesetzlich vorgeschriebene zehnjährige Baugewährleistungsversicherung müssen sowohl Bauunternehmen als auch Bauherren abschließen. Es handelt sich dabei um eine objektbezogene Pflichtversicherung, die für alle Unternehmen gilt, die in einem direkten Vertragsverhältnis mit dem Bauherren stehen. Diese Versicherung deckt Schäden ab, die nach der Fertigstellung eines Bauprojekts auftreten und die Festigkeit oder Gebrauchstauglichkeit des Gebäudes beeinträchtigen. Sollte eine CAR-Versicherung dieses Risiko nicht in der spezifisch in Frankreich geforderten Weise abdecken, bliebe eine zehnjährige Deckungslücke offen, die zu einer Haftung des Bauunternehmers führen könnte.³⁵

2. Workers' Compensation Insurance in den USA

[17] In den USA liegt die Regulierung der privatrechtlichen Versicherungsbedingungen in der Zuständigkeit der 50 Bundesstaaten³⁶. Ein Beispiel³⁷ hierfür ist der Staat Kalifornien, der von einem Contractor oder Bauunternehmer verlangt, eine Workers' Compensation Insurance zugunsten der Arbeitnehmer abzuschließen. Ar-

beitgeber, die diese Versicherung nicht erwerben, verstoßen gegen den California Labor Code. Die Division of Labor Standards Enforcement (DLSE) hat die Befugnis, eine sogenannte "Stop Order" gegen jeden Arbeitgeber zu erlassen, der ohne eine gültige Workers' Compensation Versicherung agiert. Diese Anordnung stoppt die Geschäftstätigkeit des Unternehmens, bis die Versicherungsordnungsgemäß abgeschlossen ist.³⁸

3. Professional Indemnity (PI) Insurance in Australien

[18] Die Bedeutung von Versicherungen zum Schutz der Interessen der Vertragsparteien zeigt sich auch in den obligatorischen Bestimmungen für Versicherungen in standardisierten Bauverträgen. Beispielsweise schreibt das Building Act 1993 des Bundesstaates Victoria, Australien, vor, dass bestimmte registrierte Baupraktiker – darunter Bausachverständige, Bauinspektoren, Ingenieure, Entwurfsverfasser und Mengenermittler – eine Professional Indemnity (PI) Insurance in Höhe von mindestens 1 Million AUD für jeden einzelnen Anspruch und insgesamt für alle Ansprüche während eines Versicherungszeitraums aufrechterhalten müssen. Zusätzlich sind 500.000 AUD für die Deckung von Verteidigungskosten erforderlich.³⁹

VII. Rechtswahl: Englisch Recht und good faith

[19] Wird die CAR-Versicherung nach englischem Recht abgeschlossen, spielt – anders als sonst im englischen Recht üblich⁴⁰ – ausnahmsweise der Grundsatz von Treu und Glauben (good faith) eine entscheidende Rolle. Im Versicherungsrecht verlangt die Pflicht zur „utmost good faith“, dass jede Partei alle wesentlichen Fakten offenlegt, die den anderen Vertragspartner bei der Entscheidung beeinflussen könnten, ob er den Vertrag eingehen soll.⁴¹

29) Westphalen, Graf von/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 50. EL März 2024, Rn. 128.

30) Ferrari IntVertrR/Staudinger, 3. Aufl. 2018, VO (EG) 593/2008 Art. 7.

31) Zu dem chinesischem Kollisionsrecht, vgl. von Hein, Grenzen der Vertragsfreiheit im Internationalen Privatrecht (§ 12 AT ZGB), ZChinR 2019, S. 94 ff. ZHU Xiaozhe, Die Parteiautonomie und deren Beschränkung bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts für die zivilen Rechtsverhältnisse mit Auslandsbezug, ZChinR 2019, 107 (109 f.).

32) Stuart Beadnall and Simon Moore, Offshore Construction: Law and Practise, 2. Ed., 2022, p. 348, 14.133.

33) BeckOK BGB/Spickhoff, 71. Ed. 1.8.2024, VO (EG) 593/2008 Art. 7 Rn. 3.

34) Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl., 2012, § 36 Frankreich Rn. 84; vgl in der Praxis etwa Allianz (F): <https://www.allianz.fr/assurance-particulier/habitation-biens/assurance-habitation/conditions-pratiques/garantie-decennale.html>; Niggemann RIW 1998, 192.

35) Donald Charett, Contracts for Construction and Engineering Projects, 2. Ed., 2022, Routledge, p. 311.

36) Zum Uniform Commercial Code (UCC) siehe <https://www.law.cornell.edu/ucc> und DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law | Chapter 9 Incorporation of Standard Terms, Rn. 61-68.

37) U. a. Pennsylvania, Washington State, Maine, Wisconsin, Illinois, Arizona, New Jersey.

38) California Department of Insurance, Workers Compensation, Oct. 2023: <http://www.insurance.ca.gov/01-consumers/105-type/95-guides/09-comm/WorkersCompensation.cfm>.

39) Donald Charett, Contracts for Construction and Engineering Projects, 2. Ed., 2022, Routledge, p. 302, Donald E Charrett, 'Is Conventional Insurance for Construction Projects Fit for Purpose?' (2018) 34 Building and Construction Law 253.

40) Judgment of the High Court of Justice of 15 March 2019: A General Duty of Good Faith in English Contract Law?, ZEuP 2021, 423 (auch zu „relational contracts“): „... there is no general duty of good faith in English contract law ...“; siehe zur Anwendbarkeit von good faith bei int. Vertragstandards, wie etwa NEC4, Hök, ZfBR 2021, 3 (8).

41) Stuart Beadnall and Simon Moore, Offshore Construction: Law and Practise, 2. Ed., 2022, p. 325, 14.12.

[20] Nach dem Insurance Act 2015 (UK) ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, vor Abschluss des Versicherungsvertrags eine faire Darstellung des Risikos zu geben. Dies beinhaltet: (i) die Offenlegung aller wesentlichen Umstände, die dem Versicherungsnehmer bekannt sind oder bekannt sein sollten; oder (ii) zumindest die Bereitstellung ausreichender Informationen, die einen umsichtigen Versicherer dazu veranlassen, weitere Nachforschungen anzustellen, um diese wesentlichen Umstände zu ermitteln.⁴²

VIII. Deutsches Versicherungsvertragsrecht

[21] Da es sich bei der CAR ein global bekanntes und verfügbares Versicherungsformat handelt, sind das deutsche Versicherungsvertragsrecht und das ausgelagerte Versicherungsrecht in anderen deutschen Gesetzen von eher geringem Interesse.

[22] Deutsche Versicherungsmuster erscheinen im Ausland oft ungeeignet, weil das VVG, die Gesamtbedingungen des Versicherungsgewerbes und die deutsche AGB-Regulierung im Vergleich zum englischen Recht als weniger attraktiv und als mit höheren Rechtsrisiken behaftet gelten. Zudem sind deutsche Versicherungsbedingungen und deren umgebende Regulatorik nicht direkt auf internationale Großprojekte und deren spezifische Risiken zugeschnitten.

[23] Bei der Bindung von ausländischen Auftragnehmern in deutschen Anlagenbauprojekten muss häufig erst Verständnis für die Regelungen des VVG geweckt werden, insbesondere wenn der Auftragnehmer solche Regelungen direkt in der Police erwarten würde, zB wie die generelle Einstandspflicht der Versicherung auch im Fall grober Fahrlässigkeit mit der Kürzungsmöglichkeit nach § 81 VVG.

IX. Transnationales privatrechtliches Versicherungsformat

[24] In der globalen Praxis hat sich jedoch ein einheitliches Verständnis herausgebildet, welche Mindestanforderungen eine CAR-Versicherung für komplexe Bauvorhaben erfüllen sollte. Der global agierende Industrieanlagenbau hat in der Praxis ein transnationales, privatrechtliches Versicherungsformat entwickelt. Dieses Format bietet einen bestimmten Mindestinhalt, der mithilfe von Versicherungsmaklern und weltweit tätigen Versicherungsunternehmen für jedes spezifische Projekt maßgeschneidert werden kann.

X. Interne Risiken

[25] Die Risiken, die üblicherweise in einem komplexen Bauvorhaben, eintreten können, sind aufgrund diverser Parameter höchst unterschiedlich und können sich zB aus Verzögerungen, Materialfehlern, Insolvenzen, Bauen im Bestand eines laufenden Betriebs ergeben. Risiken für ein Projekt ergeben sich ferner aus externen Rahmenbedingungen, die in Compliance-Funktion (§ 29 VAG) und Risikomanagementsystem (§§ 26, 27 VAG)⁴³ von Unternehmen detektiert und abgebildet sein müssen. Grob gefasst sind es externe und interne Risiken, die eine Deckung durch eine CAR nebst Ergänzungen durch andere Versicherungen verlangen.

XI. Externe Risiken

[26] Versicherungen, die darauf abzielen, Vertragspartner vor unvorhersehbaren Risiken und Haftungsfolgen zu schützen, stehen vor der Frage, wie eine breitere Palette von Risiken abzudecken ist, die durch globale Bedingungen entstehen. Zu externen Risiken zählen etwa Ereignisse wie Terror, Cybercrime, extreme Wetterphänomene, natural disasters, storms and the melting of glaciers and rise in sea levels (Klimawandel) sowie lokale und globale Pandemien. Organisatorische Vorsorge wird in den Bereichen Risikomanagement und Compliance getroffen. Sustainability-Vorsorge und Schadensereignisse, sofern versichert und versicherbar, schlagen sich in Geschäftsvorfällen, Bilanzen und Sustainability-Reports der Rückversicherer⁴⁴ nieder.

1. Klimawandel

[27] Klimabedingte Risiken stellen eine zunehmende Bedrohung für Projekte dar. Extremwetterereignisse wie Überschwemmungen und Trockenheit können die Projektumsetzung erheblich beeinträchtigen, was eine Anpassung der Versicherungsbedingungen erfordert. Projekte müssen so abgesichert werden, dass sie diesen physikalischen Risiken bestenfalls standhalten können, während gleichzeitig die Anforderungen steigen, Klimaneutralität und Ressourceneffizienz zu erfüllen (SDG 9 und 13)⁴⁵. Bis 2050 will die EU zur ersten klimaneutralen Region der Welt werden und damit den europäischen Green Deal verwirklichen. Mittlerweile folgen Japan, Südkorea, Kanada, Großbritannien und die USA diesem Ziel und planen, bis 2050 ebenfalls klimaneutral zu sein.⁴⁶ Der OECD-Konsensus (2023)⁴⁷, ein für die Praxis der Exportkreditversicherungen⁴⁸ wirkungsmächtiges „gentlemen agreement“⁴⁹, begünstigt Projekte in ausgewählten Sektoren (auch Kernkraft⁵⁰), die einen wesentlichen Beitrag zur Eindämmung des Klimawandels leisten, so zB Windenergie, Geothermische Energie, Gezeiten- und Gezeitenströmungsenergie, Photovoltaik, Solarthermie und Wasserkraft.⁵¹

42) Stuart Beadnall and Simon Moore, *Offshore Construction: Law and Practise*, 2. Ed., 2022, p. 326, 14, 16.

43) Nomos-BR/Laars VAG/Laars/Both, 6. Aufl. 2022, VAG § 26 Rn. 1-7.

44) Vgl. etwa Munich Re, *Sustainability Report 2023*, S. 66: „Furthermore, we apply underwriting restrictions and exclusions for fossil fuels [...]. These include restrictions on thermal coal activities in connection with new thermal coal mines/power plants/infrastructure, oil and gas activities in connection with new oil and gas fields or new “midstream” oil infrastructure, and oil-fired power plants, oil sands, and Arctic oil and gas activities.“

45) SDG 9 beruht auf drei Säulen: Industrie, Innovation und Infrastruktur, vgl. Huck, *Sustainable Development Goals*, 2022, Nomos, C. H. Beck, Hart, Goal 9, Rn. 1, 22, 39 sowie Goal 13 (climate change“), Rn. 43 f.

46) VDMA Jahresbericht 2022/2023, S. 15.

47) OECD, *Arrangement on Officially Supported Export Credits*, OECD/LEGAL/5005, 2023.

48) Exportkreditgarantien, Investitionsgarantien und Garantien für Ungebundene Finanzkredite werden als sog. „Hermesdeckungen“ verstanden; vgl. Euler Hermes AG, [exportkreditgarantien.de](https://www.eulerhermes.com/exportkreditgarantien.de)

49) No. 2 Status: „The Arrangement, developed within the OECD framework, initially came into effect in April 1978 and is of indefinite duration. The Arrangement is a Gentlemen’s Agreement among the Participants; it is not an OECD Act, although it receives the administrative support of the OECD Secretariat.“

50) Annex II: SECTOR UNDERSTANDING ON EXPORT CREDITS FOR NUCLEAR POWER PLANTS.

51) OECD, *Arrangement on Officially Supported Export Credits*, OECD/LEGAL/5005, 2023, Annex I: SECTOR UNDERSTANDING ON EXPORT CREDITS FOR CLIMATE CHANGE, S. 36 und 41. Zum OECD-Konsensus jüngst Klasken/Jenekens, *Neues internationales Regelwerk für staatliche Exportfinanzierungen RIW 2023*, 789 ff.

2. Pandemien

[28] Entsprechendes gilt für Pandemien und ihre Auswirkungen auf Großprojekte. Die Pandemie hat zudem die Bedeutung von robusten und flexiblen Versicherungsdeckungen unterstrichen, die nicht nur physische Schäden, sondern auch Betriebsunterbrechungen und Verzögerungen abdecken, die durch globale Gesundheitskrisen verursacht werden.⁵²

3. Exportkontrollen und Sanktionen

[29] Geopolitische Instabilitäten, wie sie im Ukraine-Krieg sichtbar werden⁵³, können durch Sanktionen und darauf gestützte Exportkontrollen Lieferketten unterbrechen und zu Projektverzögerungen führen. Diese Risiken müssen in der Versicherungsplanung berücksichtigt werden.⁵⁴ Die Organisation und Kontrolle durch Compliance der Vertragspartner eines Projekts spielt dabei eine entscheidende Rolle, insbesondere bei der Einhaltung internationaler und nationaler Vorschriften zu Exportkontrollen (nicht nur die der EU, sondern zB auch die der USA⁵⁵), sowie extraterritorial geltendes Recht.⁵⁶

4. Zwischenfazit

[30] Insgesamt müssen Unternehmen im Großanlagenbau ihre Versicherungsstrategien, Compliance-Programme und Risikomanagementprozesse verbinden, um den an eine Versicherungsstrategie gestellten Herausforderungen gerecht zu werden. Die Frage der Versicherungsdeckung im Industrienlagengeschäft und bei Infrastrukturprojekten zeigt sich auf der ganzen Linie als eine an-

spruchsvolle Aufgabe, bei der eine Fülle rechtlicher und versicherungspraktischer Fragen aufgeworfen werden, die für das konkrete Projekt oder für die jeweilige Projektphase von einem international aufgestellten Broker und einem global agierenden leistungsfähigen Versicherer gelöst werden können. In der Regel wird diese Lösung nicht nur aus einer CAR und/oder EAR bestehen.

Der Beitrag wird im nächsten Heft fortgesetzt.

- 52) Beyer/Hoffmann, Delta, Omikron und weiterhin COVID-19 – Still (an) Act of God / Force Majeure / Höhere Gewalt? NJOZ 2022, 161; Bernardi, Vertragsbindung und Force Majeure in der Gegenwart, RIW 2022, 180.
- 53) Leinemann: Der Ukraine-Krieg als ein auf (Bau-)Verträge einwirkendes Ereignis höherer Gewalt im Vertrags- und Vergaberecht, UKuR 2022, 53.
- 54) Europäische Kommission: EU-Sanktionen: EU beschließt neues Sanktionspaket gegen Russland – LNG, Schiffe, Personen, Banken, EuZW 2024, 63; Voss, 14. Russland-Sanktionspaket der EU: Erhöhtes Straf- und Bußgeldrisiko bei Sanktionsumgehungen, CCZ 2024, 198; Wiedmann/Hoppen, Die Russlandsanktionen der EU: Die Sanktionspakete 8 bis 13 und weitere Entwicklungen, RIW 2024, 401.
- 55) Von Hennigs; US-amerikanische Exportkontrollen: Aktuelle Bedeutung für grenzüberschreitende Transaktionen, IWRZ 2021, 63; Export Administration Regulations (EAR), die für einen güterbezogenen Anwendungsbereich für US-Produkte weltweit gelten (in § 734.3 EAR) und einen personenbezogenen Anwendungsbereich für US-Personen (u. a. § 734.5). Andere Konstellationen ergeben sich aus den Regeln des Office of Foreign Assets Control (OFAC); <https://ofac.treasury.gov/> see here: Sanctions Programs, Sanctions Lists and Country Information.
- 56) Schöffski: Urteil des EuGH in der Rechtssache „Bank Melli Iran“ – endlich mehr Klarheit bei der Anwendung der EU-Blocking-Verordnung im Umgang mit extraterritorialen Sanktionen? CCZ 2022, 74; Huck: Extraterritorialität US-amerikanischen Rechts im Spannungsverhältnis zu nationalen, supranationalen und internationalen Rechtsordnungen, NJOZ 2015, 993.

STEUERRECHT

PROF. DR. STEFAN BENDLINGER*

Steuerrechtliche Aspekte des internationalen Anlagenbaus

Die Rahmenbedingungen, Tipps und Handlungsempfehlungen

Das Thema „Steuern“ ist ein zentraler Aspekt, mit dem sich der deutsche Maschinen- und Anlagenbauer auseinandersetzen muss. Besonders wichtig ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen im Projektstaat eine Betriebsstätte begründet wird, was einen maßgeblichen Einfluss auf die Steuerbelastung eines Auslandsprojekts hat. Der folgende Beitrag fasst die wesentlichen Tatbestandsmerkmale des Betriebsstättenbegriffs zusammen und bietet Tipps zur Vermeidung unerwarteter steuerlicher Risiken.

Taxes are a central aspect that the German machinery, engineering and construction enterprise has to address. The question of whether and under what circumstances a project constitutes a permanent has a significant impact on the foreign project's tax burden. The following article summarizes the concept of permanent establishments and makes recommendations on how to avoid unexpected tax risks.

* Prof. Dr. Stefan Bendlinger ist Steuerberater und Senior Partner der ICON Wirtschaftstreuhand GmbH, Linz und Wien. Er war viele Jahre Mitglied des steuerlichen Arbeitskreises der Arbeitsgemeinschaft „Großanlagenbau“ des VDMA.

I. Kollidierende Besteuerungsansprüche zwischen Ansässigkeits- und Betriebsstättenstaat

[1] Grenzüberschreitende Maschinen- und Anlagenerrichtungen lösen in mindestens zwei Staaten steuerliche Folgen aus. Ertragsteuerlich erfasst Deutschland die in- und ausländischen Einkünfte (Welteinkommen) natürlicher Personen, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben (§ 1 Abs. 1 KStG) bzw jene von Körperschaften mit Geschäftsleitung oder Sitz in Deutschland (§ 1 Abs. 1 EStG). Gleichzeitig greift der Staat, in dem die zur Projektrealisierung nötigen Arbeiten durchzuführen sind nach seinem nationalen Steuerrecht im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht auf bestimmte Inlandseinkünfte zu. Unter anderem dann, wenn das deutsche Unternehmen im Tätigkeitsstaat nach nationalem Steuerrecht eine Betriebsstätte begründet oder die vom deutschen Unternehmen bezogenen Leistungsvergütungen in einem Katalog beschränkt steuerpflichtiger Einkünfte genannt sind, die in manchen Staaten unabhängig vom Bestand einer Betriebsstätte durch die Erhebung von Quellensteuern erfasst werden.

[2] Die dadurch ausgelöste Doppelbesteuerung kann durch Regelungen im deutschen Steuerrecht (§ 34c EStG) und die von Deutschland mit mehr als 100 Staaten abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)¹ beseitigt werden, die inhaltlich weitestgehend dem OECD-Musterabkommen (OECD-MA)² und fallweise dem UN-Musterabkommen³ folgen.

II. Die Betriebsstätte als zentrales Anknüpfungsmerkmal

1. Bauausführungen und Montagen

[3] Besteht mit dem Staat, in dem das deutsche Unternehmen Leistungen wie Bau, Montagen, eine Montageüberwachung, die Inbetriebnahme oder die Schulung von Kundenpersonal erbringt – auch als „Quellenstaat“ bezeichnet – ein DBA, dürfen Projektgewinne gemäß Art. 7 Abs. 1 OECD-MA (anteilig) nur dann dort besteuert werden, wenn das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit durch eine dort gelegene Betriebsstätte ausübt. Der Quellenstaat darf dann jene Gewinne besteuern, die der Betriebsstätte nach Fremdverhaltensgrundsätzen zuzurechnen sind. Was als Betriebsstätte iSe DBA gilt, ist in Art. 5 OECD-MA definiert. Eine doppelte Besteuerung im Ansässigkeits- und Quellenstaat kann jedoch nur dann vermieden werden, wenn zwischen den beiden Staaten Einigkeit über die Auslegung dieses Begriffes besteht. Konflikte können grundsätzlich nur durch Verständigungs- und Schiedsverfahren iSd Art. 25 OECD-MA bereinigt werden. Rein nationale Regelungen sind deshalb nicht geeignet, ein bilateral einheitliches Verständnis des in einem DBA definierten Betriebsstättenbegriffes herbeizuführen. Vielmehr darf es einer bilateral anerkannten Auslegungshilfe, die im Kommentar zum OECD-MA (OECD-MK) bzw im Kommentar zum UN-MA (UN-MK), der im Bereich der Betriebsstättenbesteuerung weitgehend dem OECD-MK entspricht, zu finden ist.

[4] Selbst wenn ein DBA-Vertragsstaat nicht Mitglied der OECD ist, spricht vieles dafür, bei der Auslegung eines DBA den OECD-MK heranzuziehen, wenn der Wortlaut des deutschen DBA jenem des OECD-MA entspricht. In manchen deutschen DBA ist ausdrücklich festgehalten, dass Abkommensbestimmungen anhand des OECD-MK zu interpretieren sind.⁴ Deshalb werden in der Folge die

für deutsche Maschinen- und Anlagenbauer relevanten Aussagen, die sich im OECD-MK zur Betriebsstättenbesteuerung finden, zusammengefasst, um damit deutschen Unternehmen eine Leitplanke zur Beurteilung der Betriebsstätteneigenschaft ihrer Auslandsprojekte zur Verfügung zu stellen.

[5] Nach dem Generalatbestand des Art. 5 Abs. 1 OECD-MA „... bedeutet der Ausdruck „Betriebsstätte“ eine feste Geschäftseinrichtung, durch die die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens ganz oder teilweise ausgeübt wird.“ Art. 5 Abs. 2 OECD-MA enthält eine demonstrative Aufzählung Betriebsstätten begründender Einrichtungen. Eine Bauausführungen oder Montagen soll gemäß Art. 5 Abs. 3 OECD-MA jedoch nur dann eine Betriebsstätte begründen, wenn ihre Dauer zwölf Monate überschreitet. Das bedeutet, dass selbst bei Bestand einer festen Geschäftseinrichtung an der Baustelle (zB ein Baustellencontainer), die Bauausführung oder Montage nur bei Überschreiten der 12-monatigen Schonfrist eine Betriebsstätte begründet.⁵ Sollte das deutsche Unternehmen von einer festen Geschäftseinrichtung aus – etwa einem Baustellen-Koordinationsbüro – mehrere Baustellen betreuen, und sollten die einzelnen Bauausführungen oder Montagen die 12-Monatsfrist nicht überschreiten, würde nur das Koordinationsbüro eine feste Geschäftseinrichtung iSd Art. 5 Abs. 1 OECD-MA begründen.⁶ Dieser dürfen jedoch nur jene Gewinne zugerechnet werden, die auf Funktionen entfallen, die von dieser Geschäftseinrichtung erbracht worden sind, nicht jedoch jene, die den eigentlichen Bau- und Montagetätigkeiten zuzuordnen sind.⁷

[6] Der Begriff „Bauausführung“ umfasst neben der Errichtung von Gebäuden, auch den Bau von Straßen, Brücken, Kanälen oder Renovierungsarbeiten, soweit diese über reine Wartungs- oder Instandhaltungsarbeiten hinausgehen. Auch die Errichtung von Rohrleitungen, Aushub- und Baggararbeiten fallen darunter.⁸ Der Begriff „Montage“ umfasst unter anderem die Installation von Geräten oder Maschinen innerhalb oder außerhalb eines Gebäudes.⁹ Auch Planungsleistungen vor Ort und die „supervision of the erection of a building“ sind von Art. 5 Abs. 3 OECD-MA erfasst.¹⁰ Deutschland hat allerdings in einer „Observation“ zu dieser Kommentarstelle im OECD-MK festgehalten, dass aus deutscher Sicht vor Ort erbrachte Planungs- und Überwachungsleistungen nur bei Bestand einer festen Geschäftseinrichtung iSd Art. 5 Abs 1 OECD-MA eine Betriebsstätte begründen können.¹¹ Dieses einseitige Begriffsverständnis Deutschlands hat in der Praxis bereits Besteuerungskonflikte ausgelöst.

[7] In Art. 5 Abs. 3 UN-MA findet sich eine erweiterte Betriebsstättendefinition, die auch Überwachungsleistungen umfasst

1) BMF IV B 2 – S 1301/21/10048 :003, Stand der Doppelbesteuerungsabkommen im Steuerbereich sowie der Abkommensverhandlungen am 1. Januar 2024 (15.1.2024).

2) OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version (as it read on 21 November 2017).

3) United Nations, Department of Economic & Social Affairs, Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries (2021).

4) So z. B. die Protokollbestimmung zu Art. 7 des deutsch-chinesischen DBA v. 28.3.2014, BGBl II 35/2015, 1647.

5) Tz 49 Satz 2 OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

6) Tz 49 Satz 4 OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

7) Tz 49 Satz 5 und 6 OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

8) Tz 50 erster Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

9) Tz 50 zweiter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

10) Tz 50 dritter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

11) Tz 172 OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

(Art. 5 Abs. 3 lit a UN-MA), eine nur sechsmonatige Schonfrist vorsieht und auch Dienstleistungen (Art. 5 Abs. 3 lit b UN-MA) zur Betriebsstätte werden lässt, wenn diese innerhalb eines Zwölfmonatszeitraumes mehr als 183 Tage andauern.

2. Projektbezogene Betrachtungsweise

[8] Die zwölfmonatige Schonfrist ist auf jedes einzelne Projekt anzuwenden. Allerdings sollen verschiedene Bauausführungen oder Montagen für Zwecke der Fristberechnung dann als eine Einheit gelten, wenn sie wirtschaftlich und geographisch zusammengehören, selbst wenn die Aufträge von verschiedenen Auftraggebern erteilt worden sind (zB iZm dem Bau von Reihenhäusern).¹²

[9] Zur Verhinderung einer künstlichen Vertragsaufteilung mit dem Zweck, die Zwölfmonatsfrist nicht zu überschreiten, hat das OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS in Aktionspunkt 7¹³ den DBA-Vertragsstaaten eine Ergänzung zu Art. 5 Abs. 3 OECD-MA¹⁴ vorgeschlagen, die – unabhängig von nationalen und zwischenstaatlichen Maßnahmen zur Missbrauchsabwehr – sicherstellen soll, dass durch „contract split“ zwischen verschiedenen Konzerngesellschaften die Begründung einer Betriebsstätte nicht vermieden werden kann. Bei der Berechnung der Zwölfmonatsfrist sollen in einer steuersubjektübergreifenden Betrachtungsweise die 30 Tage überschreitenden Anwesenheitszeiten verschiedener Konzerngesellschaften an einer Baustelle, die an ein- und demselben Projekt arbeiten, zusammengerechnet werden.

[10] Beispiel:¹⁵

Die in Deutschland ansässige RCo hat von der SCo den Zuschlag über die Errichtung eines Wasserkraftwerkes im Staat S bekommen. RCo soll im Staat S 22 Monate anwesend sein. Deshalb wird der Anlagenerrichtungsvertrag in zwei Teile zerlegt. Ein Vertrag wird zwischen der RCo und der SCo abgeschlossen, ein zweiter Vertrag zwischen der SCo und der RCo 1, einer Tochtergesellschaft der RCo, die ebenfalls in Deutschland ansässig ist. Die Erfüllung der beiden Verträge erfordert jeweils eine Anwesenheit der mit den vor Ort-Tätigkeiten beschäftigten Personen von nur 11 Monaten. Staat S kann – sollte die in BEPS Aktionspunkt 7 vorgesehene Ergänzung im DBA vorgesehen sein – davon ausgehen, dass sowohl die RCo als auch die RCo1 im Staat S eine Bau- bzw Montagebetriebsstätte begründen. Auch wenn RCo 1 in einem anderen Staat – inklusive des Projektstaates – ansässig sein sollte, ergeben sich die gleichen Folgen.

[11] Selbst wenn sich diese Ergänzung in Art. 5 Abs. 3 OECD-MA nicht findet, kann Staat S unter Berufung auf den in Art. 29 Abs. 9 OECD-MA vorgesehenen „Principal Purpose-Test“ oder in Anwendung innerstaatlicher Missbrauchstatbestände¹⁶ das gleiche Ergebnis erwirken.

3. Berechnung der zwölfmonatigen Schonfrist

[12] Bei der Feststellung, ob die 12-monatige Schonfrist überschritten wird, ist zu beachten, dass der Fristlauf mit der Aufnahme der Arbeiten (auch vorbereitender Arbeiten) an der Baustelle beginnt.¹⁷ Anwesenheitszeiten von Subunternehmern sind dem Generalunternehmer zuzurechnen.¹⁸ Denn es wird davon ausgegangen, dass diesem aufgrund vertraglicher Vereinbarungen der Bauplatz zur Verfügung steht.¹⁹ Der Subunternehmer selbst begründet aber nur dann eine Betriebsstätte, wenn dessen Anwesenheitsdauer die Zwölfmonatsfrist überschreitet.²⁰ Die Bauausführung

oder Montage besteht so lange, bis die Arbeiten fertig sind oder endgültig eingestellt wurden, wobei Tests und Probetriebe bei der Fristberechnung mit zu berücksichtigen sind. Die Baustellen-dauer endet mit der Übergabe der Anlage an den Auftraggeber („delivery of the plant“), solange sich weder der Generalunternehmer noch deren Subunternehmer zwecks Fertigstellung des Werks an der Baustelle aufhalten.²¹ Saisonale (zB Schlechtwetter) oder andere temporäre Unterbrechungen (zB Materialmangel, Streiks) sind in den Fristenlauf einzubeziehen.²²

[13] Beispiel:²³

Ein deutsches Bauunternehmen beginnt Straßenbauarbeiten in einem DBA-Staat am 1.5.2001, stellt aus witterungsbedingten Gründen oder wegen fehlender Ausrüstungsgegenstände die Arbeiten zwischen 1.11.2001 und 31.1.2002 ein und beginnt wieder am 1.2.2002. Die Bauarbeiten werden am 1.6.2002 fertiggestellt. Die Straßenbauarbeiten begründen eine Betriebsstätte, weil zwischen deren Beginn (1.5.2001) und deren Ende (1.6.2002) 13 Monate vergangen sind.

[14] Garantie- oder Reparaturarbeiten, die nach Fertigstellung der Bau- oder Montagearbeiten durchzuführen sind, sind bei der Berechnung der 12-Monatsfrist nicht zu berücksichtigen, ebenso wie die Schulung von Kundenpersonal nach Anlagenübergabe. Solche Tätigkeiten können jedoch eine Betriebsstätte begründen, wenn die Voraussetzungen einer „festen Geschäftseinrichtung“ iSd Art. 5 Abs. 1 OECD-MA erfüllt sind.²⁴

4. Bauausführungen und Montagen durch Mitunternehmenschaften

[15] Werden Bauausführungen oder Montagen durch steuerlich transparente Mitunternehmenschaften (zB Arbeitsgemeinschaften, ARGE) durchgeführt, ist bei der Fristberechnung auf die Anwesenheitsdauer der Mitunternehmenschaft als solche abzustellen.²⁵

[16] Beispiel:²⁶

Die in Deutschland (Staat A) ansässige ACo und die im Staat B ansässige BCo sind Partner einer ARGE, die im Staat C für die CCo

12) Tz 51 OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

13) OECD (2018), Verhinderung der künstlichen Umgehung des Betriebsstättenstatus, Aktionspunkt 7: Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, Tz 16 ff.; Schmidt-Heß, Die Verhinderung der künstlichen Vermeidung einer Betriebsstätte, IStR 2016, 165 (170).

14) Tz 51 vierter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

15) In Anlehnung an Tz 182 OECD-MK zu Art. 29 OECD-MA, Example J. Wagemann, Verschärfung des Betriebsstättenbegriffs nach OECD-MA, IWB 2016, 14 (22 f.); Bendlinger, Übernahme des Betriebsstättenbegriffs in die österreichischen Doppelbesteuerungsabkommen, ÖStZ 2017, 9 (12 f.); Ham/Retzer, BEPS Aktion Nr. 7 zu Betriebsstätten und die Auswirkungen auf die Betriebsstättengewinnabgrenzung, IStR 2016, 749 (756); Sennewald, Steuerliche Risiken bei der Ausweitung des Betriebsstättenbegriffs in Lüdicke (Hrsg) Internationale Geschäftstätigkeit in der Nach-BEPS-Welt (2018), 163 (189 ff.); Wilde; Lowering the Permanent Establishment Threshold via the Anti-BEPS Convention: Much Ado About Nothing?, INTERTAX 2017, 556 (561 f.);

16) Tz 79 OECD-MK zu Art. 1 OECD-MA.

17) Tz 54 erster Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

18) Tz 54 zweiter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

19) Tz 54 dritter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

20) Tz 54 vierter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

21) Tz 55 erster bis dritter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

22) Tz 55 fünfter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

23) In Anlehnung an Tz 55 siebter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

24) Tz 55 achter bis zehnter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

25) Tz 56 erster bis dritter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

26) In Anlehnung an Tz 56 vierter bis siebter Satz OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

ein Gebäude errichten soll. Die Bauarbeiten im Staat C erfordern eine 10-monatige Anwesenheitsdauer des Baustellenpersonals. Das DBA zwischen den Staaten A und C sieht für Bauausführungen und Montagen eine Schonfrist von 12 Monaten vor, jenes zwischen den Staaten B und C eine solche von nur 6 Monaten. Die Dauer der Bauausführung ist auf Ebene der ARGE zu bestimmen, das sind 10 Monate. Ob die Partner A und B im Staat C eine Betriebsstätte begründen, ist allerdings anhand der zwischen den Staaten A und C und B und C abgeschlossenen DBA festzustellen. Das bedeutet, dass Staat C nur die Betriebsstättengewinne des ARGE-Partners B besteuern darf, nicht jedoch jene des ARGE-Partners A.

[17] Die im internationalen Maschinen- und Anlagenbau gängige Auftragsabwicklung im Rahmen von Konsortien begründet für die einzelnen Konsortialpartner keine Mitunternehmerschaft. In solchen Fällen ist – anders als bei einer ARGE – die eine Betriebsstätte begründende Frist anhand der Anwesenheit der einzelnen Partner und nicht des Konsortiums als solches zu bestimmen.²⁷

5. Örtlich fortschreitende Projektaktivitäten

[18] Bau- oder Montagearbeiten können sich innerhalb eines Staates an verschiedenen Orten verlagern (zB Straßenbau, Bau von Kanälen, Wasserstraßen, Pipelines). Es kann auch sein, dass Großanlagen, wie zB eine Offshore-Plattform an verschiedenen Orten montiert werden, bevor diese an ihren finalen Standort verbracht werden. Zwecks Beurteilung der Betriebsstätteneigenschaft iSd Art. 5 Abs 3 OECD-MA ist von einem einzigen Projekt auszugehen, das bei Überschreiten der Zwölfmonatsfrist eine Betriebsstätte begründet, ungeachtet dessen, dass die Arbeiten an geografisch verschiedenen Orten durchgeführt werden.²⁸

III. Gewinnzuordnung zu Bau- und Montagebetriebsstätten

[19] Wird im Quellenstaat eine Betriebsstätte begründet, ist zu klären, welcher Anteil am Gewinn (oder Verlust) eines Bau- oder Montageprojektes dieser zugerechnet werden kann. Art. 7 OECD-MA fingiert dass das jener Gewinn ist, den die Bau- und Montagebetriebsstätte erzielt hätte, wenn sie als selbständiges und unabhängiges Unternehmen eine gleiche oder ähnliche Geschäftstätigkeit unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen ausgeübt hätte, wobei die jeweils ausgeübten Funktionen, die zum Einsatz gebrachten Wirtschaftsgüter und die von der Betriebsstätte übernommenen Risiken berücksichtigt werden müssen. Im Zuge des Update 2010 des OECD-MA wurde Art. 7 OECD-MA neu gefasst, indem darin fingiert wird, dass der Betriebsstätten-Ergebnisabgrenzung ein uneingeschränkter Fremdverhaltensgrundsatz zugrunde zu legen ist („authorized OECD-approach“).²⁹

[20] Zur Betriebsstätten-Ergebnisaufteilung iZm Bau- oder Montagebetriebsstätten enthält der OECD-MK zu Art. 7 OECD- nur wenige konkrete Aussagen, wenngleich bei Bau- und Montagebetriebsstätten die Ergebnisabgrenzung besondere Probleme bereiten kann.³⁰ Wichtig ist, dass es – von Sonderbestimmungen in wenigen deutschen DBA abgesehen³¹ – keine „Attraktivkraft der Betriebsstätte“ gibt, die es Quellenstaaten erlauben würde, bei Bestand einer solchen auch Gewinne anderer, nicht einer konkreten Betriebsstätte zuzuordnende unternehmerische Tätigkeiten zu besteuern. Gewinne aus der Lieferung von Anlagenteilen, oder der Erbringung projektspezifischer Dienstleistungen (zB Planung, De-

sign, Engineering, technische Beratung), die durch das Stammhaus erbracht werden, dürfen nicht der Betriebsstätte zugeordnet werden,³² weil die darauf entfallenden Gewinne nicht auf wesentliche, an der Baustelle wahrgenommene, Personalfunktionen zurückzuführen sind („significant people functions“), sondern auf jene des Stammhauses.³³ In manchen deutschen DBA ist das protokollarisch ausdrücklich vereinbart.³⁴

[21] Fehlende international akkordierte Leitlinien zur Gewinnaufteilung im internationalen Projektgeschäft haben zur Folge, dass einzelne Staaten Fragen der Gewinnaufteilung iZm Bauausführungen und Montagen innerstaatlich geregelt haben, so auch Deutschland. Der von der OECD vorgeschlagene AOA wurde für Wirtschaftsjahre die nach dem 31.12.2012 begonnen haben im Rahmen des AmtshilfeRLUMsG³⁵ in § 1 Abs. 5 AStG idF übernommen. Die Bestimmung ist ungeachtet dessen anzuwenden, ob sich in einem deutschen DBA eine Art. 7 OECD-MA idF des Update 2010 entsprechende Verteilungsnorm findet oder nicht.³⁶ Konkretisiert wurde die Regelung durch die Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung (BsGaV)³⁷, die sich in §§ 30 ff. BsGaV mit den Besonderheiten von Bau- und Montagebetriebsstätten auseinandersetzt und die um die Verwaltungsgrundsätze Betriebsstättengewinnaufteilung – VWGBsGa ergänzt worden ist.³⁸ In der Praxis sind die innerstaatlichen deutschen Regelungen auf Kritik gestoßen.³⁹ Denn wenn die Vertragsstaaten eines DBA eine allein bilateral zu klärende Frage rein innerstaatlich zu regeln versuchen, ist Doppelbesteuerung vorprogrammiert.⁴⁰ Die Praxis zeigt, dass der AOA

27) OECD, Issues in International Taxation, No. 6 – The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships Example 11, Tz 81 letzter Satz.

28) Tz 57 OECD-MK zu Art. 5 OECD-MA.

29) Kahle/Möding, Die Neufassung des Art. 7 OECD-MA im Rahmen der Aktualisierung des OECD-MA, IStR 2010, 757 (757 ff.); Melhem/Dombrowski, Die unbestimmten Grenzen der Selbstständigkeitsfiktion des AOA, IStR 2015, 912 (912 ff.);

30) Tz 35 dritter Satz OECD-MK zu Art. 7 OECD-MA.

31) Abs. 2 lit c des Protokolls zu Art. 7 des deutsch-indonesischen DBA v. 30.10.1990, BStBl II 1991, 1086.

32) Tz 36 dritter Satz OECD-MK zu Art. 7 OECD-MA und Tz 37 OECD-MK zu Art. 7 OECD-MA.

33) FG München 10.7.2023 – 7 K 1938/22, anhängig beim BFH unter I R 49/23; Blumers, DBA-Betriebsstätte und Personalfunktionen, DB 2021, 1159 (1159 ff.).

34) So zB Abs. 1 des Protokolls zu Art. 7 des deutsch-indischen DBA v. 19.6.1995, BGBl II 20/1996. Ebenso Abs. 2 lit a und b des Protokolls zu Art. 7 des deutsch-indonesischen DBA v. 30.10.1990, BGBl II 1991, 1086.

35) BGBl I 2013, 1809, BStBl I 2013, 802.

36) Barig, Abgrenzung der Betriebsstätteneinkünfte nach dem AOA, IWB 2013, 801 (801 ff.); Neumann-Tomm, Die bloße Einkünftekorrekturfunktion des § 1 Abs. 5 AStG, IStR 2015, 907 (907 ff.); Rehfeld/Goldner, Gewinnabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte, IWB 2013, 548 (552).

37) BGBl I 47/2014, 1603; Ditz/Lickhaupt, Germany Adopts New Regulations Governing Allocation of Income to Permanent Establishments, INTERTAX 2015, 508 (508 ff.); Kußmaul/Delarber/Müller, Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung-Entwurf – Ein allgemeiner Überblick, IStR 2014, 446 (446 ff.); Neumann-Tomm, Der Gewinn von Bau- und Montagebetriebsstätten nach den BsGaV, IWB 2015, 166 (166 ff.); Nientimp/Ludwig, Der Entwurf einer Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung, IWB 2013, 638 (638 ff.).

38) BMF IV B 5 – S 1341/12/10001-0e (22.12.2016), BStBl I 2017, 255 ff.; Gierlich/Müller/Macho, Die neuen Regelungen zur Gewinnzurechnung bei Betriebsstätten, TPI 2017, 174 (174 ff.); Heinsen, Die neuen Verwaltungsgrundsätze zur Betriebsstättengewinnaufteilung (VWG BsGA) – Zehn wichtige Neuerungen, DB 2017, 85 (85 ff.); Sennewald/Geberth, BMF veröffentlicht Verwaltungsgrundsätze zur Betriebsstättengewinnaufteilung, DB 2017, 31 (31 ff.); Tenberge, Die finalen Verwaltungsgrundsätze Betriebsstättengewinnaufteilung, IWB 2017, 99 (99 ff.).

39) Seeleitner/Sennewald/Müller, Praktische Fragestellungen bei der Anwendung des AOA auf Bau- und Montagebetriebsstätten, IStR 2017, 1013 (1020).

40) Tenberge, Die finalen Verwaltungsgrundsätze Betriebsstättengewinnaufteilung, IWB 2017, 99 (99 ff.); Seeleitner/Sennewald/Müller, IStR 2017, 1013 (1020).

deutscher Prägung bereits bilaterale Besteuerungskonflikte aufgelöst hat, die nur durch zeitraubende und aufwändige Verständigungsverfahren gelöst werden können.⁴¹

IV. Steuerliche Risikominimierung im internationalen Projektgeschäft

[22] Um die iZm Maschinen- und Anlagelieferungen ins Ausland anfallende Steuerbelastung zu optimieren, Steuerrisiken zu minimieren und böse Überraschungen zu vermeiden, sollten deutsche Unternehmen jedenfalls die folgenden Empfehlungen berücksichtigen:

1. Fachlicher Rat muss zwingend vor Vertragsunterzeichnung eingeholt werden, unter Berücksichtigung des deutschen, des zwischenstaatlichen und des ausländischen Steuerrechts. Die steuerliche Sanierung ausverhandelter Verträge ist aufwändig und wird meist vom Kunden auch nicht mehr zugelassen. Durch verspätetes Handeln begibt sich das Unternehmen außerdem jeglicher Gestaltungsmöglichkeiten.
2. Nachdem im Ausland erhobene Steuern nur selten eine korrespondierende Entlastung in Deutschland zur Folge haben, weil sich die in Deutschland und im Ausland der Steuererhebung zugrunde liegenden Bemessungsgrundlagen nicht decken, ist zumindest die „Überbesteuerung“ im Rahmen der Angebotskalkulation zu berücksichtigen. Gleiches gilt für „Compliance“-Kosten, die sogar den Steueraufwand übersteigen.
3. Die mit dem Auftraggeber abgeschlossenen Verträge sind unter Bedachtnahme auf landesspezifische Besonderheiten zu verfassen. Im Verhältnis zu manchen Staaten ist dringend anzuraten, einzelne Leistungskomponenten mit einem eigenen Preis zu versehen, um die Besteuerung von „Offshore-Gewinnen“ zu vermeiden.
4. Beim Hinweis auf den Transfer von deutschem „Know How“ an den Auftraggeber sollte insbesondere im Verhältnis zu Entwicklungs- und Schwellenländern Zurückhaltung geübt werden, weil Vergütungen für „Know How“ häufig als „Lizenzgebühren“ iSd Art. 12 OED-MA qualifiziert werden, die idR einen Quellensteuerabzug auslösen. Jedenfalls sollte genau definiert werden, was die Vertragsparteien unter dem Begriff verstehen.
5. Steuerklauseln sind notwendiger Bestandteil von Anlagenbauverträgen und schon allein deshalb erforderlich, um darin festzuschreiben, dass der Vertragspreis keine Umsatz- oder sonstige Verbrauchssteuern enthält. Andere Steuern (zB ausländische Körperschaftsteuer) können offen oder verdeckt überwältzt werden. „Offene Steuerüberwälzung“ bedeutet, dass der Auftraggeber die im Quellen- bzw Projektstaat anfallenden Abgaben übernimmt, was idR eine steuerliche Mitwirkung

des Auftraggebers bedingt, die vom deutschen Auftragnehmer meist nicht gewünscht ist. Außerdem ändert eine Steuerüberwälzungsklausel nichts daran, dass ertragsteuerlich stets der deutsche Auftragnehmer gegenüber den ausländischen Finanzbehörden Steuerschuldner bleibt. Steuerklauseln müssen fall- und landesspezifisch formuliert werden und sind einer Standardisierung nicht zugänglich.

6. Der steuerliche Status bzw die steuerliche Vorgangsweise des Auftragnehmers im Projektstaat muss mit Auftraggeber, ARGE-, Konsortialpartnern und Subunternehmern abgestimmt werden (Registrierung, Quellensteuern, umsatzsteuergerechte Fakturierung etc.).
7. Wenn verfahrensrechtlich möglich, sollte die steuerliche Projektabwicklung mit der vor Ort zuständigen Steuerbehörde vorweg abgestimmt werden, insbesondere dann, wenn die Betriebsstättenbesteuerung auf Grundlage einer Gewinnschätzung („deemed profit“) erfolgt.
8. DBA haben keinen Einfluss auf das nationale Verfahrensrecht. Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass im Quellenstaat keine ertragsteuerliche Betriebsstätte begründet wird, können zB umsatz- oder lohnsteuerliche Registrierungen erforderlich sein. Wird die 12-monatige Schonfrist unerwartet überschritten und wurden Compliance-Verpflichtungen nicht erfüllt, sind Säumnisfolgen die unangenehme Konsequenz.
9. Werden vom Vertragspreis oder Bestandteilen des Vertragspreises Quellensteuern einbehalten, muss vertraglich sichergestellt werden, dass der Auftraggeber verpflichtet ist Steuerquittungen zur Verfügung zu stellen, die für steuerliche Zweck in Deutschland erforderlich sein können.
10. Sofern gestalterische Maßnahmen gesetzt werden, um die ausländische Steuerbelastung zu reduzieren („Contract Split“, Umwandlung von Betriebsstätten begründenden „Aktiveinkünften“ in „Passiveinkünfte“, zB durch Arbeitskräfteüberlassung), muss sichergestellt werden, dass alle an der Projekt- abwicklung beteiligten Personen die dazu notwendigen Maßnahmen auch richtig umsetzen.

[23] Generell ist zu empfehlen, bei internationalen Bauausführungen und Anlagenerichtungen steueroptimierende Gestaltungen mit großer Vorsicht einzusetzen. Die Erfahrung zeigt, dass der mit der Vermeidung von Auslandsbetriebsstätten verbundene Aufwand häufig in keinem Verhältnis zu der damit bewirkten Steuerersparnis steht. Betriebswirtschaftlich und organisatorisch sinnvolle Abläufe sollten keinesfalls durch rein steuerrechtlich motivierte Konstrukte torpediert werden, die von den an einem Auslandsprojekt beteiligten Personen nicht vernünftig umgesetzt werden können.

41) Bendlinger/Wipfler, Betriebsstätten-Ergebnisabgrenzung im Verhältnis zu Deutschland, SWI 2022, 166 ff.