

Tobias Boecken/Claudia Krapfl*

Anlagenbau und Naturkatastrophen – Vertragliche Risikoverteilung und prozessuales Vorgehen bei Streitigkeiten nach den FIDIC-Regel- werken

I. Einführung

Extreme Wetterereignisse und Naturkatastrophen häufen sich; daran wird sich nichts mehr ändern. Auch das Jahr 2023 war wieder von außergewöhnlichen Naturkatastrophen geprägt: Waldbrände in Kanada, Starkregen und Überschwemmungen in Libyen, Erdbeben in Marokko. Am 4.7.2023 hat die Weltorganisation für Meteorologie einen weiteren El Niño ausgerufen, ein Wetterphänomen, das alle zwei bis sieben Jahre auftritt und globale Temperaturen in die Höhe treibt und diese Effekte noch verstärken wird.¹ Derartige Naturkatastrophen haben massive wirtschaftliche Folgen für Großbauprojekte, sowohl für Auftragnehmer als auch für Auftraggeber. Ein Beispiel: Im Jahr 2015 ereignete sich in der Nähe der Stadt Kathmandu in Zentralnepal ein schweres Erdbeben. Dieses hatte erhebliche Auswirkungen auf einige laufende Großbauprojekte wie das Wasserkraftwerksprojekt Upper Tamakoshi oder das Projekt zur Modernisierung des einzigen internationalen Flughafens Nepals, Tribhuvan. Die Bauarbeiten für das Wasserkraftwerksprojekt, das die Stromversorgung in Nepal erheblich verbessern sollte, hatten 2010 begonnen und sollten innerhalb von sechs Jahren abgeschlossen werden. Die durch das Erdbeben verursachten Schäden an der Baustelle verzögerten das Projekt jedoch um mehrere Jahre, das schließlich im September 2021 fertiggestellt wurde.² Auch das Flughafenprojekt, das 2012 begonnen wurde und innerhalb von drei Jahren fertiggestellt werden sollte, wurde durch das Erdbeben verzögert. Es kam zu einem Schiedsverfahren zwischen der Zivilluftfahrtbehörde und dem Auftragnehmer und das Projekt wurde schließlich im Jahr 2020 von einem anderen Auftragnehmer fertiggestellt.³ Dies sind nur zwei Beispiele, bei denen eine Naturkatastrophe die Realisierung von wichtigen Anlagen- und Infrastrukturprojekten behindert und damit die Entwicklung einer betroffenen Region erheblich verzögert hat.

Die Gefahren des Klimawandels verstärken die Bedrohung für Anlagen- und Infrastrukturprojekte erheblich. Insoweit soll nachfolgend aufgezeigt werden, ob und wie die FIDIC-Regelwerke eine Risikoverteilung für die Folgen von Naturkatastrophen auf Anlagenbauprojekte vornehmen.⁴ Materiellrechtlich steht dabei die vertragliche Risikoverteilung im Fokus (0.). In prozessualer Hinsicht werden die in den FIDIC-Regeln vorgesehenen Maßnahmen zur Streitbeilegung erläutert (0.).

II. Vertragliche Risikoverteilung bei Naturkatastrophen nach den FIDIC- Regelwerken

1. Grundsatz

Die wichtigsten FIDIC-Regelwerke⁵ werden weltweit häufig für internationale Bauvorhaben angewandt. Die wesentlichen Bücher sind das sog. Red Book für Bauvorhaben mit Projektplanung durch den Auftraggeber,⁶ das Yellow Book für Bauvorhaben mit Projektplanung und Ausführung durch den Auftragnehmer⁷ und das Silver Book für schlüsselfertig zu erstellende Bauvorhaben.⁸ Ziel sämtlicher FIDIC-Bücher ist die faire Zuweisung der mit Bauvorhaben typischerweise verbundenen Risiken. Die jeweiligen Risiken sollten von derjenigen Partei getragen werden, die sie aus objektiver Sicht am ehesten tragen kann.⁹

Der Ausgangspunkt zur Risikoverteilung ist wie folgt: Im Regelfall trägt der Auftragnehmer („Contractor“ in der Terminologie der FIDIC-Regelwerke) die mit der Abwicklung eines Projekts verbundenen Risiken und Gefahren. Der Auftraggeber („Employer“ in der Terminologie der FIDIC-Regelwerke)

* Dr. Tobias Boecken, Rechtsanwalt, ist Partner der Fachgebietsgruppe Dispute Resolution bei Gleiss Lutz, Berlin. Dr. Claudia Krapfl, Rechtsanwältin, ist Counsel der Fachgebietsgruppe Dispute Resolution bei Gleiss Lutz, Stuttgart.

- 1 Extreme Weather: Fair warning, *The Economist* vom 26.8.2023, S. 10.
- 2 Upper Tamakoshi Hydroelectric Project, 29.3.2019, abrufbar unter <https://www.power-technology.com/projects/upper-tamakoshi-hydroelectric-project/>; Nepals größtes Wasserkraftwerk geht in Betrieb, 14.10.2021, abrufbar unter <https://tractebel-engie.com/en/news/2021/nepal-s-largest-hydropower-plant-enters-into-operation>.
- 3 Cosmo Sanderson, Nepal authority declares win in airport dispute, in *Global Arbitration Review*, 27.5.2021, abrufbar unter <https://globalarbitrationreview.com/nepal-authority-declares-win-in-airport-dispute>.
- 4 Soweit im Folgenden nicht anders angegeben oder differenziert wird, sind die FIDIC-Regelwerke Red Book, Yellow Book und Silver Book (Second Edition 2017) gemeint; für einen Überblick über die jeweiligen Anwendungsbereiche und Inhalte der einzelnen FIDIC-Regelwerke siehe Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Kaminsky VOB/B Anh. § 18 Abs. 6 Rn. 27 ff.
- 5 FIDIC steht für Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, eine Organisation nationaler Ingenieurverbände, die bereits 1913 gegründet wurde.
- 6 FIDIC Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer.
- 7 FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Built for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor.
- 8 FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects.
- 9 Roquette/Schweiger PrivBauR/Ritter/Schätzlein E.II. Rn. 42.

trägt nur solche Risiken, die ihm vertraglich ausdrücklich zugewiesen sind.¹⁰

2. Risikoverteilung bei Naturkatastrophen

Zu den Folgen von Naturkatastrophen enthalten die FIDIC-Regelwerke eine differenzierte Risikoverteilung. Zunächst ist zu klären, was nach den FIDIC-Regelwerken als Naturkatastrophe einzustufen ist (dazu 1.). Dann ist nach den möglichen Folgen zu unterscheiden: Zeitverzögerung durch die vorübergehende Undurchführbarkeit der vertraglich geschuldeten Leistung (dazu 2.), die lang anhaltende Undurchführbarkeit der vertraglich geschuldeten Leistung (dazu 3.), den Kosten, die dem Contractor aufgrund der Naturkatastrophe entstehen (dazu 4.) und den Schäden am Werk selbst, die die Naturkatastrophe verursacht (dazu 5.).

a) Naturkatastrophe als Exceptional Event

Der Begriff des Exceptional Event ist in Ziff. 18 der FIDIC-Regelwerke näher definiert. Er beschreibt solche außergewöhnlichen Ereignisse, auf deren Eintritt die Parteien keinen Einfluss haben. Den für solche Ereignisse bisher üblichen Begriff der Force Majeure hat FIDIC in der aktuellen zweiten Auflage der FIDIC-Bücher aufgegeben. Nun wird der Terminus Exceptional Event verwendet, ohne dass sich in der Sache, an der Definition oder dem Regelungsmechanismus für derartige Ereignisse etwas geändert hätte.¹¹ Hintergrund der Begriffsänderung ist, dass in einer Vielzahl von Jurisdiktionen mit kodifiziertem Zivilrecht ein nationalrechtliches Verständnis der Force Majeure herrscht, welches nicht immer deckungsgleich mit dem Begriff der FIDIC-Regelungen war. Die terminologische Änderung dient somit der Verhinderung von Missverständnissen im Spannungsfeld zwischen den FIDIC-Regelungen in Ziff. 18 und den etwaigen vorhandenen nationalen Regelungen zur „höheren Gewalt“ in dem auf den Vertrag anwendbaren nationalen Recht.¹²

Die Definition von Exceptional Event ist dabei in allen drei FIDIC-Regelwerken identisch und findet sich jeweils in Ziff. 18.1. Ziff. 18 regelt auch die hiermit in Zusammenhang stehenden Rechte und Pflichten der Parteien.

Ein Exceptional Event ist nach Ziff. 18.1 Abs. 1 ein außergewöhnliches Ereignis – oder ein entsprechender Umstand –,

- das außerhalb der Kontrolle der Parteien liegt (vgl. (i)),
- gegen das die unmittelbar betroffene Partei bei Vertragsschluss vernünftigerweise keine Vorkehrungen treffen konnte (vgl. (ii)),
- das von derselben Partei auch nicht verhindert oder überwunden werden kann (vgl. (iii)), und
- das nicht im Wesentlichen der anderen Partei zugeschrieben werden kann (vgl. (iv)).¹³

Die oben genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt werden.

Die vorstehende Definition ist dem Verständnis der „höheren Gewalt“ nach deutschem Recht (vgl. etwa § 206 BGB)¹⁴ sehr ähnlich, unterscheidet sich von jener aber darin, dass im deutschen Recht das Ereignis unvorhersehbar sein muss. Das deutsche Recht ist für die Annahme einer „höheren Gewalt“ also etwas strenger als es die FIDIC-Regeln für die Annahme eines Exceptional Event sind.¹⁵

In Ziff. 18.1 Abs. 2 a) bis f) führen die FIDIC-Regelwerke Beispielgruppen für das in Ziff. 18.1 Abs. 1 abstrakt beschriebene Exceptional Event auf. Diese Beispiele, die nicht abschließend sind, müssen ebenfalls die vier oben aufgeführten abstrakten Kriterien erfüllen, um als Exceptional Event zu gelten.

In Ziff. 18.1 Abs. 2 f) werden ausdrücklich Naturkatastrophen wie Erdbeben, Tsunamis, Vulkanausbrüche, Hurrikans oder Taifune genannt. Derartige Naturkatastrophen werden häufig die Voraussetzungen nach Ziff. 18.1 Abs. 1 (i) und Ziff. 18.1 Abs. 1 (iv) erfüllen, so dass ein Exceptional Event angenommen werden kann. Dennoch wird im Einzelfall je nach Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Naturkatastrophe und ihrer Zerstörungsintensität näher zu prüfen sein, ob der Contractor vor Vertragsschluss tatsächlich keine Vorkehrungen gegen die Naturkatastrophe hätte treffen können (Ziff. 18.1 Abs. 1 (ii)) oder ob der infolge der Naturkatastrophe eingetretene Behinderungsumstand tatsächlich nicht verhindert oder überwunden werden kann (Ziff. 18.1 Abs. 1 (iii)). Literatur zur Auslegung dieser Voraussetzungen findet sich nur sehr spärlich. Fraglich könnte insbesondere sein, ob mit Ziff. 18.1 Abs. 1 (ii) auch der Abschluss einer Versicherung erfasst sein könnte. Allerdings regelt Ziff. 19.2 Abs. 3 (iv) ausdrücklich, dass zur Absicherung von Exceptional Events keine Versicherung abgeschlossen werden muss. Insofern ist davon auszugehen, dass auch dann ein Exceptional Event vorliegen kann, wenn sich die betroffene Partei vor Vertragsschluss gegen dessen wirtschaftliche Folgen hätte versichern können.

Abzugrenzen ist die Naturkatastrophe zudem von „außergewöhnlich ungünstigen klimatischen Bedingungen“ nach Ziff. 8.5 c). Solche ungünstigen klimatische Bedingungen liegen vor, wenn sie in Kenntnis der zur Verfügung gestellten Klimadaten und/oder der in dem jeweiligen Land veröffentlichten Klimadaten für die geografische Lage des Baustellenstandorts unvorhersehbar waren. Dies können etwa Starkregen oder Überschwemmungen sein, die nicht auf einen Hurrikan zurückzuführen sind. „Außergewöhnlich ungünstige klimatische Bedingungen“ berechtigen nach Ziff. 8.5 c) nur zu Bauzeitverlängerung; sie bewirken aber keine vorübergehende Befreiung von der Leistungspflicht und begründen keinen Anspruch auf Kostenerstattung.

b) Zeitverzögerung wegen vorübergehender Undurchführbarkeit der vertraglich geschuldeten Leistung

Die von der Naturkatastrophe betroffene Partei, meist der Contractor, kann vorübergehend von der Erfüllung der betroffenen Leistung befreit werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:¹⁶

10 Vgl. für eine detaillierte Auflistung der nach den FIDIC-Vorschriften jeweils zu tragenden Risiken Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Kaminsky VOB/B Anh. § 18 Rn. 186 ff.

11 Vgl. Roquette/Schweiger PrivBauR/Ritter/Schätzlein E.II. Rn. 349.

12 Vgl. Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Kaminsky VOB/B Anh. § 18 Rn. 207.

13 Vgl. Roquette/Schweiger PrivBauR/Ritter/Schätzlein E.II. Rn. 350.

14 BGH NJW 1953, 184; BGH NVwZ 2005, 358 (359) mwN; vgl. ausführlich zum Begriff der „höheren Gewalt“ im deutschen Recht Weick ZEuP 2014, 281 (284 ff.).

15 Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Kaminsky VOB/B Anh. § 18 Rn. 201.

16 Roquette/Schweiger PrivBauR/Ritter/Schätzlein E.II. Rn. 353.

- Die betroffene Partei hat das Exceptional Event innerhalb von 14 Tagen gegenüber der anderen Partei angezeigt, nachdem die betreffenden Umstände entdeckt wurden (Ziff. 18.2 Abs. 1 und 2). Diese Anzeige muss schriftlich erfolgen und als „Notice“ bezeichnet sein. Sie muss außerdem unterzeichnet werden und entweder in Papierform per Kurier oder in der vereinbarten elektronischen Form übermittelt werden (Ziff. 1.3);
- Die betroffene Partei hat die betroffene Leistung genau beschrieben, die aufgrund des Exceptional Event derzeit nicht erfüllt werden kann (Ziff. 18.2 Abs. 1);
- Die betroffene Partei bemüht sich angemessen darum, die Verzögerung aufgrund des Exceptional Event so gering wie möglich zu halten (Ziff. 18.3 Abs. 1);
- Die betroffene Partei macht der anderen Partei unverzüglich Mitteilung, wenn das Exceptional Event keine Auswirkungen mehr hat. Tut sie dies nicht, kann die andere Partei unter Nennung von Gründen anzeigen, dass sie keine Auswirkungen des Exceptional Event mehr sieht (Ziff. 18.3 Abs. 3).

Hält sich die betroffene Partei an die 14-tägige Frist zur Mitteilung des Exceptional Event, ist sie ab dem Zeitpunkt des Entstehens des Leistungshindernisses von der Leistung vorübergehend befreit. Macht die betroffene Partei dagegen erst nach Ablauf der 14-tägigen Frist eine entsprechende Mitteilung, gilt die Befreiung erst ab dem Zeitpunkt des Zugangs der Mitteilung bei der anderen Partei.

Diese Befreiungsmöglichkeit gilt ausdrücklich nicht für Zahlungsverpflichtungen, weil die Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen üblicherweise durch ein Exceptional Event nicht beeinflusst wird (Ziff. 18.2 Abs. 4).

Erfüllt der Contractor sämtliche dieser Voraussetzungen, hat er nach Ziff. 18.4 a) ausdrücklich einen Anspruch auf eine Verlängerung der Bauzeit („extension of time“ oder „EOT“). Dieser Anspruch ist nach dem Claims-Verfahren geltend zu machen (siehe III.1.b).

c) Lang anhaltende Undurchführbarkeit der vertraglich geschuldeten Leistung

Dauert die Störung durch das Exceptional Event länger als 28 Tage, hat die betroffene Partei alle 28 Tage eine weitere „Notice“ an die andere Partei zu schicken, die die andauernden Auswirkungen des Exceptional Event beschreibt.

Bleibt der Großteil der vertraglich geschuldeten Leistung für einen ununterbrochenen Zeitraum von 83 Tagen oder addierten Einzelunterbrechungen von 140 Tagen aufgrund des Exceptional Event undurchführbar, haben beide Parteien das Recht, den Vertrag zu kündigen (Ziff. 18.5 Abs. 1 in Verbindung mit Ziff. 16.3). Nach Ziff. 18.5 Abs. 3 hat der Contractor im Falle der Kündigung Anspruch auf Vergütung der folgenden Leistungen:

- die nach dem Vertrag erbrachten Leistungen (vgl. a);
- bestimmte Kosten, die bereits für spätere Leistungen angefallen sind (vgl. b);
- jedwede weiteren Kosten, die dem Contractor im Vertrauen auf die Erfüllbarkeit des Vertrages entstanden sind (vgl. c);
- die Kosten der Beseitigung provisorischer Bauten und Geräte einschließlich Rückführungskosten (vgl. d); und

- die Kosten der Rückführung des Personals des Contractors (vgl. e).

Darüber hinaus schließt ein nach den FIDIC-Bestimmungen vorliegendes Exceptional Event die Anwendung der nationalen Unmöglichkeitregeln nicht aus (Ziff. 18.6).¹⁷ Liegt ein solcher Fall vor, ist dies der anderen Partei anzuzeigen und die Parteien werden als Folge von der weiteren Vertragsdurchführung befreit (Ziff. 18.6 Abs. 2 (i)). Die Vergütung bestimmt sich auch dann nach Ziff. 18.6 Abs. 2 (iii) iVm Ziff. 18.5.¹⁸

d) Kosten, die dem Contractor aufgrund der Naturkatastrophe entstehen

Ziff. 18.4 b) enthält darüber hinaus die Regel, dass neben dem Anspruch auf EOT auch ein Anspruch auf Kostenerstattung bestehen kann, soweit dem Contractor im Zusammenhang mit dem Exceptional Event Kosten entstanden sind. Dies schließt alle angemessenen Aufwendungen ein, die bei der Vertragserfüllung entstehen, ob auf der Baustelle oder außerhalb, einschließlich Steuern, Betriebskosten und ähnlicher Kosten, nicht aber entgangenen Gewinn (Ziff. 1.1.19). Zu denken ist hier etwa an die Kosten, die dem Contractor entstehen, weil er Personal und Ausrüstung vorhalten muss, obwohl aufgrund der Naturkatastrophe keine Arbeiten möglich sind.

Allerdings greift hier für Naturkatastrophen eine wichtige Einschränkung. Ein Exceptional Event aufgrund einer Naturkatastrophe berechtigt nämlich nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Ziff. 18.4 b) nicht zur Erstattung der daraus resultierenden Mehrkosten.¹⁹ Denn Ziff. 18.4 b) verweist nur auf die in Ziff. 18.1 a) bis e) genannten Exceptional Events, aber gerade nicht auf Ziff. 18.1 f), der die Naturkatastrophen enthält.

e) Kosten, die die Naturkatastrophe am herzustellenden Werk verursacht

Separat geregelt ist die Haftung für Schäden am herzustellenden Werk selbst. Diese werden bei einer Naturkatastrophe regelmäßig die meisten Kosten verursachen.

1. Nach Ziff. 17 ist grundsätzlich bis zur Abnahme der Contractor verantwortlich für:
 - „Works“; umfasst nach Ziff. 1.1.87 sowohl das herzustellende Werk selbst, sog. „permanent works“, also dauerhafte Arbeiten, die nach dem Vertrag vom Contractor zu leisten sind (Ziff. 1.1.64), sowie „temporary works“, also temporäre Arbeiten aller Art, die zur Durchführung des Werkes erforderlich sind (Ziff. 1.1.80);
 - „Goods“; umfasst nach Ziff. 1.1.44 etwa Ausrüstung und Materialien des Contractors, die zur Herstellung des Werkes benötigt werden; und
 - „Contractor’s Documents“; umfasst nach Ziff. 1.1.15 Dokumente des Contractors, wie zB Berechnungen, Zeichnungen oder Computerprogramme.

¹⁷ Typischerweise findet im Zusammenhang mit den FIDIC-Regelwerken eine ausdrückliche Rechtswahl statt, vgl. hierzu und zur Rechtsnatur der FIDIC-Regelwerke im Einzelnen Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Kaminsky VOB/B Anh. § 18 Rn. 8 ff.

¹⁸ Leinemann/Hilgers/Kaminsky VOB/B, FIDIC, Rn. 165.

¹⁹ Siehe Übersichtstabelle bei Leinemann/Hilgers/Kaminsky VOB/B, FIDIC, Rn. 445 (zu Klausel 19.4).

2. Kommt es vor der Abnahme zu Verlust oder Schäden an Works, Goods oder Contractor's Documents, hat der Contractor nach Ziff. 17.1 Abs. 4 dies auf eigenes Risiko und auf eigene Kosten zu beheben.

Ziff. 17.2 enthält zu dieser Grundregel dann wichtige Ausnahmen. Nach Ziff. 17.2 d) haftet der Contractor nicht bei Einwirkungen von Naturgewalten („operation of forces of nature“), die unvorhersehbar und gegen die vernünftigerweise keine Sicherungsvorkehrungen durch einen erfahrenen Contractor zu erwarten sind. Ziff. 17.2 e) verweist dann wieder auf das Exceptional Event nach Ziff. 18.1 a) bis f), welches damit auch Naturkatastrophen umfasst (Ziff. 18.1 f)). Auch bei Vorliegen einer Naturkatastrophe ist der Contractor daher insoweit nicht haftbar.

3. Nach Ziff. 17.2 Abs. 3 hat der Contractor die oben genannten Ereignisse anzuzeigen. Auf Verlangen des Employers muss der Contractor Verlust bzw. Beschädigung des Werkes beheben. Dies gilt dann als Anordnung einer Variation nach Ziff. 13.3.1 („variation instruction“), was bedeutet, dass der Contractor nach Ziff. 13.3.1 Abs. 4 eine EOT und/oder eine Preisanpassung verlangen kann – unabhängig von den weiteren formalen Voraussetzungen aus Ziff. 20.2 für Claims.
4. Die Ziff. 17.2 Abs. 3 gilt ausdrücklich vorbehaltlich Ziff. 18.4 („subject to sub-clause 18.4“). Wie oben dargestellt, hat der Contractor nach Ziff. 18.4 bei Schäden durch Naturkatastrophen einen Anspruch auf EOT, aber gerade keinen Kostenerstattungsanspruch für Kosten, die ihm aufgrund der Naturkatastrophe entstanden sind. Der Verweis könnte daher so verstanden werden, dass dies auch für Kosten gilt, die bei der Behebung von Verlust oder Beschädigung des Werkes entstehen. Allerdings ist die wohl einhellige Meinung in der Kommentarliteratur, dass Ziff. 17.2 Abs. 3 und Ziff. 18.4 nebeneinanderstehen und unterschiedliche Schadensposten betreffen.²⁰ Insofern hat der Contractor Anspruch auf Erstattung der Kosten, die für die Beseitigung von Schäden am Werk aufgrund von Naturkatastrophen entstehen.

3. Zwischenfazit zur Risikoverteilung

5. Im Ergebnis ist der Contractor weitgehend geschützt, wenn eine Naturkatastrophe ein Anlagenbauprojekt betrifft. Entstehen Schäden oder gar Verlust am Werk selbst, hat der Contractor Ansprüche auf EOT und/oder Kostenerstattung, wenn er die Schäden angezeigt hat und er daraufhin mit der Beseitigung der Schäden beauftragt wird. Der Begriff des Werkes ist hier sehr weit angesetzt und umfasst auch Ausrüstung, Materialien und Dokumente des Contractors.
6. Darüber hinaus hat der Contractor noch Anspruch auf EOT, soweit ihm Verzögerungen aufgrund der Naturkatastrophe entstehen, dh solange aufgrund der andauernden Auswirkungen der Naturkatastrophe keine Arbeiten möglich sind. Die damit im Zusammenhang stehenden Kosten (etwa für die Vorhaltung von Personal und Ausrüstung) kann er allerdings nach Ziff. 18.4 nicht ersetzt verlangen.
7. Der Risikoverteilung bezüglich Naturkatastrophen liegt die grundsätzliche Wertung zugrunde, dass der Employer

das Risiko unvorhersehbarer Ereignisse tragen soll, weil der Contractor solche nicht zumutbar hätte einpreisen können.²¹ Dies mag auf den ersten Blick als nicht fair erscheinen, weil eine Naturkatastrophe auch nicht in den Verantwortungsbereich des Employers fällt und auch von diesem nicht unmittelbar eingepreist werden kann. Allerdings streben die FIDIC-Regelwerke eine in ihrer Gesamtheit ausgewogene Risikoverteilung an. Sie sind daher auch in ihrer Gesamtheit zu betrachten und nicht isoliert in Bezug auf Naturkatastrophen.

III. Prozessuales Vorgehen bei Streitigkeiten nach den FIDIC-Regelwerken

Wie ist vorzugehen, wenn über eine Zeitverzögerung und Kostenerstattung im Zusammenhang mit einer Naturkatastrophe keine Einigkeit zwischen den Parteien erzielt werden kann? Die FIDIC-Regelwerke bieten hierfür sehr detaillierte Regelungen, die insbesondere der Streitbeilegung dienen. Vorgesehen ist ein dreistufiges System, mit dem die Parteien ihre Differenzen möglichst rasch und unkompliziert lösen sollen.²² Das Regelungssystem der aktuellen Versionen aus dem Jahr 2017 im Red, Yellow und Silber Book ist auch hier im Wesentlichen identisch und vor allem darauf ausgerichtet, eine möglichst zeitnahe, einvernehmliche und auch fachkundige Streitbeilegung herbeizuführen. Der Fokus auf Streitbeilegung wird auch durch die neue Gliederung der Versionen aus 2017 deutlich. Während in den Voraufgaben Claims, Disputes und Arbitration in Ziff. 20 noch zusammen geregelt waren, sind Claims nunmehr in Ziff. 20 geregelt, und Disputes und Arbitration in Ziff. 21. Dies soll deutlich machen, dass Claims nicht unbedingt zu einem Dispute führen müssen.²³

Nach dem dreistufigen System sind etwaige Ansprüche zunächst gegenüber dem Engineer geltend zu machen, der auf eine einvernehmliche Lösung hinzuwirken und ansonsten eine Entscheidung zu treffen hat (dazu I.). Wenn dies zu keiner für beide Seiten akzeptablen Lösung führt, soll die Dispute Avoidance/Adjudication Board über etwaige Streitigkeiten entscheiden (dazu II.). In letzter Instanz soll dann erst ein Schiedsverfahren über etwaige Streitigkeiten geführt werden (dazu III.).

1. Entscheidung über Ansprüche durch Engineer

Der sog. Engineer ist in den FIDIC-Regelwerken als Stelle zur Vermittlung bzw. Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten der Parteien konzipiert, die nach Ziff. 3 eigene Rechte und Pflichten erwirbt, ohne selbst Vertragspartei zu werden.²⁴ Problematisch dabei ist, dass nach Ziff. 3.1 der Employer den

20 Seppälä, The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary, 2023, Chapter IV, Clause 17.2, S. 1043; Baker/Mellors/Chalmers/Lavers, FIDIC Contracts: Law and Practice, 2009, Rn. 8.337.

21 Vgl. dazu Seppälä, The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary, 2023, Chapter IV, Clause 17.2, S. 1042–1043.

22 Umfassend zu den einzelnen Stufen Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Kaminsky VOB/B Anh. § 18 Rn. 380 ff.

23 Roquette/Pröstler International Construction Disputes/Begrich/Kerber Kap. 1 Rn. 20.

24 Roquette/Schweiger PrivBauR/Ritter/Schätzlein E.II. Rn. 118 ff.

Engineer ohne Beteiligung des Contractors benennt. Dies lässt im Ausgangspunkt durchaus Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Engineers zu. Dennoch werden dem Engineer von den FIDIC-Regelwerken weitreichende Rechte bei der Vertragsabwicklung eingeräumt.²⁵ Dies umfasst auch die Entscheidung über etwaige Ansprüche des Contractors im Zusammenhang mit Naturkatastrophen.

Hier ist nun wieder zu unterscheiden, ob es um Verzögerung und Kostenerstattung aufgrund der Behebung von Schäden am Werk oder um Verzögerungen aufgrund der Naturkatastrophe geht.

a) „Agreement“ oder „Determination“ durch Engineer

Geht es um EOT und Kostenerstattung wegen Schäden am Werk (Ziff. 17.2), ist das Verfahren, verkürzt dargestellt, wie folgt: Der Contractor hat zunächst unverzüglich eine Anzeige an den Engineer zu machen. Diese Anzeige muss schriftlich erfolgen und als „Notice“ bezeichnet sein. Sie muss außerdem unterzeichnet werden und entweder in Papierform per Kurier oder in der vereinbarten elektronischen Form übermittelt werden (Ziff. 1.3). Der Engineer hat daraufhin zu entscheiden, ob er den Contractor beauftragt, den Verlust oder die Beschädigung des Werkes zu beseitigen. Dies geschieht laut Ziff. 17.2 Abs. 3 nicht über das Claim-Verfahren, sondern über das Variation-by-Instruction-Verfahren nach Ziff. 13.3.1. Danach hat der Engineer ebenfalls in einer „Notice“ anzugeben, welcher Verlust bzw. welche Schäden zu beheben sind und gegebenenfalls die Form der Kostenerfassung für den Contractor (Ziff. 17.2 Abs. 3 iVm Ziff. 13.3.1 iVm Ziff. 3.5). Daraufhin hat der Contractor in einer Variation zu erfassen, welche Arbeiten dafür durchgeführt werden müssen, den Zeitplan dafür und wie der Vertragspreis anzupassen ist (Ziff. 13.3.1 Abs. 2). Danach entscheidet der Engineer über den Anspruch auf EOT und den Anspruch auf Anpassung des Vertragspreises (Ziff. 13.3.1 Abs. 3, 3.7).

Nach Ziff. 3.7 hat sich der Engineer bei dieser Entscheidung (sog. „Agreement“ oder „Determination“) neutral zu verhalten und soll gerade nicht als Vertreter des Employers auftreten. Der Engineer hat sich dabei mit beiden Parteien abzustimmen und die Diskussion zwischen den Parteien zu fördern, um eine Lösung herbeizuführen (Ziff. 3.7.1 Abs. 1). Ist dies nicht möglich, hat der Engineer selbst zu entscheiden und dabei fair vorzugehen unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände (Ziff. 3.7.2). Der Engineer hat seine Entscheidung innerhalb von 42 Tagen mitzuteilen. Tut er dies nicht, kann sich der Contractor direkt an die Dispute Avoidance/Adjudication Board wenden (Ziff. 3.7.3 Abs. 3 (ii)). Ist der Contractor mit der fristgemäß erteilten Entscheidung nicht einverstanden, muss er zunächst innerhalb von 28 Tagen eine Notice of Dissatisfaction abgeben und kann sich dann an die Dispute Avoidance/Adjudication Board wenden (Ziff. 3.7.5).

b) Notice-of-Claim-Verfahren

Geht es um Zeitverzug infolge der Naturkatastrophe, ist das Verfahren nach Ziff. 20 zu durchlaufen (Ziff. 20.1. Abs. 1 (b)).

Zunächst muss die Partei, die EOT aufgrund der Naturkatastrophe fordert, dies dem Engineer in Form einer Notice of Claim (Ziff. 20.2) mitteilen. Die Anzeige ist zeitnah zu machen, spätestens innerhalb von 28 Tagen nach Kenntnis der Umstände, die dem Anspruch zugrunde liegen. Die Notice of

Claim muss eine schriftliche Beschreibung der Umstände enthalten, die den Anspruch begründen. Innerhalb von 84 Tagen muss die anspruchstellende Partei ihren Anspruch detailliert und vollständig begründet haben, wobei die Substanziierungshürde nicht zu hochgesteckt werden sollte.²⁶ Ein solcher „fully detailed claim“ muss schließlich Aussagen zu den Vertragsgrundlagen und deren behaupteten Änderungen und/oder eine rechtliche Begründung des geltend gemachten Anspruchs enthalten (Ziff. 20.2.4). Dem Claim sind zudem sämtliche Unterlagen beizufügen, die den Anspruch begründen.

Versäumt die anspruchstellende Partei die 28-Tage-Frist für die Notice of Claim, oder begründet sie ihren Claim nicht innerhalb von 84 Tagen, so gilt die Notice of Claim als unwirksam und der Claim ist grundsätzlich verfristet und bleibt daher bereits aus formalen Gründen erfolglos (Ziff. 20.2.1 Abs. 2 und Ziff. 20.2.4).²⁷ Dies gilt jedoch nur, wenn der Engineer binnen 14 Tagen nach Erhalt der Mitteilung eine „Notice“ einreicht, in der auf die Verspätung hingewiesen wird. Hält der Engineer die Frist von 14 Tagen nicht ein, gilt der Claim als wirksam gestellt (zumindest in formaler Hinsicht).²⁸

Sobald ein „fully detailed claim“ vorliegt, bestimmt Ziff. 20.2.5, dass wiederum der Engineer eine Entscheidung (sog. „Agreement“ oder „Determination“) nach Ziff. 3.7 innerhalb von weiteren 42 Tagen nach Einreichung der vollständigen Anspruchsbegründung herbeizuführen bzw. zu treffen hat. Der Engineer soll auch hier zunächst auf eine einvernehmliche Lösung der Parteien hinwirken. Ist dies nicht möglich, soll er selbst eine Entscheidung treffen. Trifft der Engineer innerhalb der Frist keine Entscheidung, gilt der Claim als abgelehnt (Ziff. 3.7.3 Abs. 3 (i)).

Ist die anspruchstellende Partei mit dieser Entscheidung nicht einverstanden, geht die Streitigkeit auf die nächste Stufe des Dispute Avoidance/Adjudication Boards über.

2. Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB)

Die Streitigkeiten, die die Parteien nicht selbst im Wege des unter C.I. dargestellten Streitbeilegungsverfahrens austräumen können, gelten nun als „Disputes“ und sind zunächst dem Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB) zuzuweisen, das in einem förmlichen, ebenfalls fristgebundenen Verfahren eine abschließende Entscheidung zu treffen hat. Das DAAB ist nun seit der FIDIC-Neuaufgabe 2017 bereits bei Vertragsbeginn als sog. standing DAAB einzurichten (vgl. Ziff. 21.1) und besteht in der Regel aus drei unabhängigen, unparteiischen sachverständigen Adjudikatoren (zB Ingenieure, Architekten oder bauverfahren Juristen).²⁹

Das DAAB muss innerhalb von 84 Tagen nach Eingang des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes eine Entscheidung treffen

25 Zur historischen Entwicklung des Engineers und zu seinen Aufgaben siehe Roquette/Pröstler International Construction Disputes/Begrich/Kerber Kap. 1 Rn. 43 ff.

26 Roquette/Pröstler International Construction Disputes/Begrich/Kerber Kap. 1 Rn. 39.

27 Ob diese formale Verfristung nach deutschem AGB-Recht zulässig ist, ist zweifelhaft, siehe dazu Roquette/Pröstler International Construction Disputes/Begrich/Kerber Kap. 1 Rn. 31 f.

28 Roquette/Schweiger PrivBauR/Ritter/Schätzlein E.II. Rn. 366.

29 Ausführliche Informationen zum DAAB-Verfahren finden sich bei Roquette/Schweiger PrivBauR/Mahnken/Aldinger G.IV. Rn. 106 ff.

(Ziff. 21.4.3). Erfolgt die Entscheidung innerhalb dieser Frist, ist sie für die Parteien vorläufig bindend und muss unverzüglich befolgt werden. Danach haben die Parteien 28 Tage Zeit, um zu entscheiden, ob sie die Entscheidung des DAAB akzeptieren oder eine Notice of Dissatisfaction abgeben (die sich auch nur auf abgrenzbare Teile der Entscheidung des DAAB beziehen kann). Wird keine Notice of Dissatisfaction abgegeben, ist die Entscheidung (oder ihre unangefochtenen Teile) endgültig und verbindlich und kann nicht mehr durch ein Schiedsverfahren angefochten werden (Ziff. 21.4.4). Ist eine Notice of Dissatisfaction abgegeben, sind die Parteien verpflichtet, innerhalb der folgenden 28 Tage einen (weiteren) Versuch einer gütlichen Einigung nach Ziff. 21.5 zu unternehmen (Amicable Settlement).

3. Schiedsverfahren

Erst nach Ablauf der 28-Tage-Frist kann jede Partei nach Ziff. 21.6 ein Schiedsverfahren als dritte und letzte Stufe der Streitbeilegung einleiten. In diesem Fall bleibt die DAAB-Entscheidung bis zu einer endgültigen Entscheidung des Schiedsgerichts verbindlich. Das Schiedsgericht kann darüber hinaus auch direkt angerufen werden, wenn sich eine der Parteien nicht an die bindende Entscheidung des DAAB hält (Ziff. 21.7) oder wenn ein DAAB gar nicht erst eingerichtet wurde (Ziff. 21.8).

Die FIDIC-Regeln verweisen verbindlich auf eine endgültige und bindende Streitbeilegung durch ein internationales Schiedsgericht in Ziff. 21.6 Abs. 1. Es legt die Parteien aber nicht auf eine bestimmte Schiedsordnung fest. Vielmehr können die Parteien die Schiedsordnung in den Particular Conditions (Besondere Vertragsbedingungen) frei bestimmen.³⁰ Soweit die Parteien hierzu keine Regelung treffen, sieht Ziff. 21.6 a) die Durchführung des Schiedsverfahrens nach der Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer (ICC) vor. Bestimmungen zur Anzahl der Schiedsrichter und zur Verfahrenssprache finden sich in Ziff. 21.6 b) und c).

Das Schiedsgericht ist durch die Entscheidung des DAAB nicht gebunden. Auch die Parteien sind frei, andere Argumente oder Beweismittel als im DAAB-Verfahren vorgetragen im Schiedsverfahren vorzubringen. Es gibt also keine Präklusion. Es wird außerdem ausdrücklich festgelegt, dass der Engineer – trotz seiner intensiven Vorbefassung und Entscheidung – jederzeit als Zeuge für das Schiedsgericht zur Verfügung stehen soll (Ziff. 20.6 Abs. 2 und 3).³¹

IV. Fazit

Angesichts der oft verheerenden Folgen einer Naturkatastrophe für die betroffene Region und ihre Wirtschaftsteilnehmer erscheint es nur sinnvoll und richtig, Naturkatastrophen auch im Rahmen der vertraglichen Risikoverteilung der FIDIC-Regelwerke zu berücksichtigen. Die Risikoverteilung geht hier deutlich zugunsten des Contractors aus. Sind Verlust des Werkes oder Schäden am Werk zu beseitigen, hat der Contractor einen Anspruch auf EOT und Kostenerstattung. Gleich-

ermaßen hat er einen Anspruch auf EOT, soweit aufgrund der Naturkatastrophe zeitweise keine Arbeiten möglich sind. Lediglich die damit im Zusammenhang stehenden Kosten (etwa für die Vorhaltung von Personal und Ausrüstung) hat er selbst zu tragen. Nachdem der Contractor in aller Regel für eine Bauzeitverzögerung in Form von bezifferten Schadenspauschalen haftet, stellen die Regelungen im Kontext von Verzögerungen im Zusammenhang mit Naturkatastrophen für den Contractor eine wichtige Erleichterung dar. Denn wie im Eingangsbeispiel zum Wasserkraftwerksprojekt Upper Tamakoshi in Nepal dargestellt, kann die Gesamtverzögerung eines Projekts auch mehrere Jahre ausmachen.

Für den Fall, dass es im Rahmen eines geltend gemachten EOT-Anspruchs oder eines Zahlungsanspruchs zu Unstimmigkeiten zwischen den Vertragsparteien kommt, sehen die FIDIC-Regelwerke ein ausdifferenziertes Verfahren vor, welches in erster Linie einer zeitsparenden Streitbeilegung dient. Unter dem Leitgedanken einer schnellen und einvernehmlichen Lösung sind die Parteien verpflichtet, vor Einleitung eines Schiedsverfahrens zunächst unter Anleitung des Engineers eine gemeinsame Lösung zu suchen bzw. eine Entscheidung des Engineers herbeizuführen, und in zweiter Instanz die verbindliche Entscheidung des mit unparteiischen Sachverständigen besetzten Dispute Avoidance/Adjudication Board einzuholen. Sämtliche dieser Maßnahmen sollen dazu dienen, eine Streitbeilegung so schnell wie möglich im laufenden Projekt zu erzielen und ein langwieriges Schiedsverfahren zu vermeiden.

Summary

Climate change significantly increases the threats to plant and infrastructure projects. This article examines whether and how the FIDIC Conditions allocate the risks resulting from natural catastrophes for plant construction projects. In terms of substantive law, the focus is on contractual risk allocation. From a procedural perspective, the dispute resolution measures provided for in the FIDIC Conditions are explained.



Tobias Boecken



Claudia Krapfl

30 Leinemann/Hilgers/Kaminsky VOB/B, FIDIC, Rn. 464.

31 Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Kaminsky VOB/B Anh. § 18 Rn. 401.